

00735

7



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y
PROPUESTA DE APLICACIÓN PARA LA REPÚBLICA DE CUBA.

282812

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO EMPRESARIAL
P R E S E N T A
LIC. ANTONIO EDUARDO SALINAS HERNÁNDEZ.

ASESOR DE TESIS: DR. FABIÁN MONDRAGÓN PEDRERO.



CIUDAD UNIVERSITARIA

2000.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

Dedicatoria

A mis padres , apoyo constante en mi superación profesional.

A Natacha, por el amor, la confianza y su comprensión de esposa.

A mis hijos Javier y Laura, fuente de inspiración y esperanza.

Agradecimientos

A mi Asesor de Tesis, Dr. Fabián Mondragón Pedrero, por haberme guiado con sabiduría durante la confección y desarrollo de ésta, así como por su apoyo constante y confianza otorgada para la realización de la misma.

A la Mtra. Teresita Ronquillo, por su magnífica ayuda en la corrección gramatical y de estilo de este trabajo.

A los Sinodales, Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano, Mtro. Francisco Rivera Alveláiz, Mtro. Guillermo Solórzano Leiro y Dr. Genaro Castro Flores, por sus valiosas observaciones y críticas constructivas para el mejoramiento de este trabajo.

Al Ministerio de Inversiones Extranjeras y de Colaboración Económica de Cuba (MINVEC), al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México (CONACYT), a la Empresa Laboratorios Biológicos-Farmacéuticos (LABIOFAM) de Cuba y a todas las instituciones y personas que de una forma u otra han contribuido a la culminación exitosa de mis estudios en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Introducción

Uno de los tipos fundamentales de sociedades mercantiles es la sociedad anónima, la cual se caracteriza por tener el capital dividido en acciones transmisibles, por su sistema democrático, por estar la administración eventualmente en manos de personas ajenas a la sociedad, y por la ausencia de responsabilidad personal de los socios.

Otras características que tipifican a la sociedad anónima es que requiere una denominación, siendo una sociedad capitalista por excelencia, sus administradores son temporales y con el carácter de revocables requiriendo la sociedad un capital mínimo y un domicilio determinado.

Todo parece indicar que estos elementos han hecho atractiva a este tipo de sociedad, y en especial que la responsabilidad de los socios que en ella participan, ante terceros y ante ella misma, se limita al capital accionario por ellos aportados a la persona moral o colectiva y que su obligación fundamental con la sociedad se reduce al pago de sus acciones en la forma, términos y condiciones que determina la ley. Además de estas causas y como colofón de la conveniencia de la utilización de este tipo de sociedad, surgió la posibilidad de que éstas se constituyeran como sociedades de capital variable, todo lo cual las ha convertido en las más utilizadas por las grandes concentraciones económicas y las empresas más importantes relacionadas con la actividad mercantil.

Por todos es sabido el importante rol que ha jugado y que juega este tipo de sociedad en la economía moderna. Fue por esta razón que escogí el tema de "la sociedad anónima" como objeto de estudio de mi trabajo de Especialización, estableciéndome como objetivo central demostrar que la vigente y obsoleta normatividad jurídica del Código de Comercio cubano y la inexistencia de una regulación especial respecto a las sociedades mercantiles provocan una limitación al

correcto funcionamiento de dichas sociedades, y especialmente de las sociedades anónimas en el país.

Este análisis se realiza a través de un estudio de la regulación jurídica de la sociedad anónima, y especialmente en cuanto a sus órganos sociales, en las legislaciones de México, Argentina y España; países que a mi juicio tienen legislaciones muy avanzadas al respecto. Al finalizar el trabajo analicé el vigente Código de Comercio cubano con sus insuficiencias y limitaciones, tomando como punto de referencia las normas jurídicas de los países mencionados anteriormente.

El presente trabajo consta de cuatro capítulos. En el Capítulo I expongo los antecedentes de la sociedad anónima, tanto en México como en el extranjero. Además incursiono en los conceptos de sociedad y sociedad anónima y en la naturaleza del acto constitutivo de las sociedades mercantiles.

El Capítulo II aborda los requisitos generales y particulares de constitución de la sociedad anónima, así como un análisis de los órganos sociales de la misma, es decir, la Asamblea de Accionistas, el Órgano de Administración y el Órgano de Vigilancia, y el tratamiento que da a dichas instituciones las legislaciones mexicana, argentina y española de la materia.

En el Capítulo III analizo el tratamiento de las sociedades anónimas en la legislación mercantil vigente en Cuba en estos momentos, a través de los artículos del Código de Comercio en vigor que abordan esta temática, así como la regulación de dichas sociedades en la Ley de Inversiones Extranjeras.

Por último, en el Capítulo IV hago referencia a la necesidad de promulgación de nuevas leyes en materia mercantil en Cuba, y especialmente de una Ley de Sociedades Mercantiles, la cual deberá contener en su articulado una regulación exhaustiva y minuciosa de las sociedades anónimas, en aras de lograr una correcta

protección y funcionamiento de las mismas en el marco de la nueva realidad económica cubana.

Capítulo I: Generalidades

Al comenzar nuestro estudio sobre las sociedades anónimas, encontramos una serie de referencias que establece el renombrado jurista Jorge Barrera Graf, en su libro *Instituciones de Derecho Mercantil*, en el cual menciona los orígenes de estas sociedades, de la siguiente forma:

“Surgen a mediados del Siglo XVIII, en que se organizan con esas notas las compañías para el comercio con las Indias, primero en Holanda, en Inglaterra y Francia después.

El derecho estatutario medieval tampoco las conoció, porque las empresas marítimas y otras de carácter comercial (bancario, etc.) se regulaban a través de la *commenda*, hasta el Código de Comercio de 1829, con las “compañías” que acogieron las Ordenanzas de Bilbao, las cuales, salvo períodos cortos de vigencia de nuestro primer Código de Comercio de 1854 rigieron en México hasta 1884, año en que se dictó el segundo Código de Comercio Mexicano.”¹

En la forma mediante la cual el jurista mencionado explica a la sociedad anónima, nos damos cuenta de que en esa época, no había una estructura jurídica en cuanto a ésta sociedad, sólo se contemplaban los primeros brotes de surgimiento de la misma.

¹Barrera Graf, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil, Generalidades, Derecho de la Empresa, Sociedades*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1998, p. 387.

Podemos plantear, que en sentido general este tipo de sociedades nacen con el desarrollo del comercio ultramarino de los países europeos con las colonias y posesiones en América y Asia, con el comercio de especias, frutas, telas, etc. También se puede considerar su origen en el siglo XVII, cuando en los puertos del Mar del Norte y del Atlántico aparecieron compañías mercantiles que tienen su origen en las luchas por las colonias de ultramar entre las grandes potencias marítimas de aquel entonces y que constituyen, según el maestro Garrigues, "el antecedente más directo de la moderna sociedad por acciones, como la Compañía de las Indias Orientales, creada en 1802."²

A este respecto, también recogimos el criterio del Dr. Roberto Mantilla Molina, quien señala:

"Surge verdaderamente la Sociedad Anónima cuando se intentan grandes empresas de descubrimiento y colonización de nuevas tierras, y para ello se organizan la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (1602), la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales (1621), la Compañía Sueca Meridional (1626), etc. que no solamente perseguían finalidades económicas sino políticas. En estas sociedades es en las que se origina la estructura de la actual sociedad anónima, que tan importante papel desempeña en la economía contemporánea." ²

Por lo tanto, corre la suerte de los grandes movimientos económicos de la época y con el nacimiento del capitalismo, cobra auge la sociedad citada; de la cual el autor Barrera Graf menciona:

"El surgimiento de las sociedades anónimas coincide con el nacimiento del capitalismo, que impuso la creación de empresas comerciales, para cuya fundación y funcionamiento se requerían ingentes capitales, y la limitación de la responsabilidad de los socios a la cuantía de sus aportaciones. El desarrollo del capitalismo hasta la fecha se logra a

² Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil, T-I*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, p.408.

través de la S.A, que ha constituido su instrumento mas idóneo, sobre todo al permitir la fácil transmisión de las acciones representativas del capital social de los socios fundadores a terceros, ya sea a través de acciones al portador (que se transmiten mediante su simple entrega), o de las nominativas (que además de la tradición requieren el endoso del documento)”³

Como características fundamentales de las sociedades anónimas en esta primera etapa de su funcionamiento, tenemos las siguientes:

- 1) Las acciones eran meras certificaciones, es decir, meros documentos probatorios.
- 2) Existía una desigualdad en cuanto a los derechos de los accionistas que las integraban.
- 3) El capital comienza siendo una suma de dinero suficiente para acometer una tarea determinada (capital funcional)
- 4) No se regula adecuadamente en estas sociedades la limitación de la responsabilidad del Estado.
- 5) La Junta General de Accionistas no aparece reflejada con la claridad que aparece en la actualidad.
- 6) Dejó de ser preponderante la persona (el elemento personal).
- 7) El patrimonio personal deja de ser la carta de presentación ante los acreedores o terceros.

³Barrera Graf, Jorge. Op.Cit., p. 388.

8) Existió una separación entre el negocio y el empresario (desde el punto de vista económico).

Durante la primera etapa del capitalismo, con el desarrollo industrial y comercial de los principales países europeos (Inglaterra, Francia, Países Bajos); las primitivas S.A. se mantienen como sociedades semi públicas, autorizadas, controladas y vigiladas por el Estado, con finalidades económicas complementarias a las de éste y también como sociedades privadas que aunque igualmente requerían la concesión estatal, poco a poco fueron extendiendo sus actividades para satisfacer las nuevas exigencias de la burguesía que comenzaba a destacar. Esta situación perduró hasta fines del siglo XVIII, durante el período anterior a la Revolución francesa y a la independencia de las colonias en América, que se inició en 1787 en los Estados Unidos y a partir de las dos primeras décadas del siglo XIX en las colonias españolas.

En la evolución conceptual de la sociedad anónima, la doctrina ha identificado un llamado "paralelismo con el régimen político"⁴, que se pudiera resumir en las siguientes etapas:

1) Nace con la tutela e intervención del Estado, surgiendo un control absoluto del Estado. Se consideraba a la sociedad una subsidiaria del mismo.

2) Promulgación del Código Francés de 1807. Penuria de preceptos legales. En esta segunda etapa regía fundamentalmente el "sistema de autorización del rey"; y se dedicaban muy pocos artículos a la sociedad anónima en las legislaciones de comercio que se promulgaban, refrendándose en ellos sólo los elementos esenciales que caracterizan a la sociedad anónima.

3) Actual etapa. Predomina la emisión de regulaciones específicas. Ej: Ley de Sociedades Mercantiles de México, Ley de Sociedades Mercantiles de España, etc.

⁴ Garrigues, Joaquín, Op. Cit., p. 408.

Con relación a la sociedad anónima moderna, Joaquín Garrigues señala:

“Actualmente, en sus relaciones externas con el Estado, la sociedad anónima moderna va perdiendo su significación privada, para convertirse en un órgano de la economía nacional”.⁵

A este fenómeno el propio autor lo denomina "socialización de la sociedad anónima"

Históricamente, ha existido una preocupación del Estado en relación con el papel que pueda desempeñar éste con respecto a las sociedades anónimas, y se han seguido varios sistemas al respecto, entre ellos el *Sistema Liberal*, de acuerdo con el cual, el Estado no debe mezclarse en las actividades económicas de los particulares y concretamente, debe permitir la constitución de la sociedad anónima con entera libertad. El *Sistema de Normación Imperativa*, el cual permite que cualquier grupo de personas constituya una sociedad de este tipo; pero las obliga a sujetar su creación y funcionamiento a una serie de normas de carácter imperativo, sin establecer en todo caso sanciones que garanticen de antemano el cumplimiento estricto de tales normas. También existió el *Sistema de la Autorización*; mediante el cual la sociedad anónima requería de una autorización previa del Estado para constituirse, éste sistema fue adoptado en las primeras épocas de surgimiento de las S.A. Por último, tenemos el llamado *Sistema de Control Permanente*, mediante el cual el Estado no se limita a dar normas imperativas para la creación y funcionamiento de las S.A. o a imponerles la exigencia de su previa autorización, sino que las somete a su inspección permanente, a efectos de cerciorarse todo el tiempo, de que están cumpliéndose las normas correspondientes.

En el caso de México, según lo planteado por el Dr. Mantilla Molina, se sigue un sistema ecléctico en la actuación del papel del Estado con respecto a las anónimas,

⁵ Ibidem, p. 412.

ya que la generalidad de las mismas está sometida a las normas, casi todas de carácter imperativo, que contiene la Ley de Sociedades Mercantiles.⁶

Como un elemento del Sistema de Autorización se encontraba originariamente la exigencia de la aprobación judicial para la inscripción en el Registro Público de Comercio de todas las sociedades, y entre ellas, de las sociedades anónimas; pero la autorización estaba supeditada al cumplimiento de ciertas normas de carácter predominantemente formal, y una vez cumplidas, necesariamente habría de concederla el juez sin que pudiera examinarse la conveniencia o la buena organización técnica y económica de la sociedad. A la fecha existe abrogación con respecto al elemento comentado anteriormente.

En el desarrollo de la sociedad se aprecian casos en donde se necesita la autorización del órgano ejecutivo, después de cerciorarse de la seriedad y posibilidades de buen éxito de la empresa que constituye la finalidad social, ejemplo: los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas.

También con respecto a México, para las sociedades anónimas que se dedican a determinadas actividades, se han establecido leyes especiales en correspondencia con el sistema de control permanente, entre las cuales tenemos la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley de Instituciones de Seguro, la Ley de Instituciones de Fianzas y la Ley de Sociedades de Inversión, de 30 de diciembre de 1955)

1.1) Antecedentes de regulación jurídica de la Sociedad Anónima.

1.1.1) Antecedentes Extranjeros

Como un antecedente remoto de regulación jurídica de las sociedades anónimas, se considera al Código de Comercio de Francia de 1808 que recogió la corriente costumbrista que ya se había manifestado en las Ordenanzas de Luis XIV de 1673 y

⁶ C.F.R. Mantilla Molina, Roberto. Op. Cit., p. 327.

1684, el cual por primera vez, reglamentó al lado de las sociedades en nombre colectivo y de las sociedades en comandita, a la sociedad anónima, que así se denominó porque en la denominación de la sociedad no debía incluirse el nombre de los socios (artículo 29) y por el hecho de que éstos cambiaban sin control alguno de la sociedad, e inclusive sin su conocimiento, a través de la transferencia de las acciones al portador.

El Código de Comercio de Napoleón que dedicó a la S.A. sólo 10 artículos, exigía expresamente para su existencia la "autorización del Rey". Este Código de Comercio, de acuerdo a lo señalado por el Dr. Barrera Graf, sentó las bases de la moderna S.A, que en virtud de la Ley Francesa de 24 de julio de 1867 se liberó del yugo de la concesión del Poder Público⁷.

Con el devenir del tiempo, algunos de los principios del Código francés fueron copiados en España, en el Código de Comercio de Sáinz de Andino de 1829. Este Código tuvo gran importancia, ya que influyó en el primer Código de Comercio Mexicano de 1854, el cual estableció su régimen corporativo más claro y sistemático, así como algunas reglas propias, de las cuales, las mas importantes son: el nombre de la sociedad, "anónima o por acciones" y la declaración terminante de "que la responsabilidad de cada socio llega hasta donde alcance el valor de la acción o acciones que tenga" (artículo 243), la obligación de la inscripción y del registro de la compañía (artículos 252 y 256), cuyo incumplimiento motivaba que "no surtirá efecto alguno en perjuicio de terceros" (art. 254); y finalmente, el reconocimiento de las Sociedades de Inversión (art.257).

En Francia, fue dictada una ley especial de sociedades el 24 de julio de 1867, la cual estuvo en vigor con algunas reformas durante un siglo, hasta la promulgación de la vigente ley en 1966. En esta ley, se otorgó el reconocimiento de la personalidad de la S.A., prescindiendo de la previa autorización oficial para la constitución de sociedades (regulado en el artículo 21). Claramente, era indicado que las acciones

⁷ CFR, Barrera Graf, Op. Cit. P. 389.

eran negociables, se fijó en siete el número mínimo de socios; además se atribuía competencia exclusiva a la asamblea de accionistas para nombrar administradores, los cuales debían ser accionistas; y comisarios (artículo 32) y además para modificar los estatutos. Asimismo, en su artículo 27, se atribuyó el voto a las acciones, se adoptó el principio mayoritario y se fijó el quórum de asistencia a las asambleas.

Se considera que esta ley de 1867, fue la primera en el mundo que reguló sistemáticamente a la S.A.; la cual fue seguida por los Códigos de Comercio italiano de 1882 y español de 1885, los cuales influyeron decisivamente en los Códigos mexicanos de 1884 y 1889, así como en Ley de Sociedades Anónimas de 1888.

Cabe mencionar que el Código de Comercio italiano de 1882 dedicó a la S.A. 65 preceptos (arts. 121 al 185), además de múltiples disposiciones generales aplicables tanto a este tipo social como a los demás. Sus principales aportaciones fueron las siguientes:

- 1) Impuso responsabilidad solidaria e ilimitada a los socios promotores y administradores que actuaran a nombre de la sociedad antes de su protocolización y registro.
- 2) Dictó reglas expresas sobre la constitución simultánea y sucesiva de la sociedad anónima.
- 3) Dictó reglas expresas sobre cada uno de los órganos sociales (administración, asamblea de accionistas y órgano de vigilancia)
- 4) Reguló a las acciones y a las obligaciones, así como el balance social.
- 5) Reservó sendos capítulos a la exclusión de socios, a la disolución de sociedades, a la fusión y a la liquidación.

Entre las principales aportaciones del Código de Comercio de España de 1885, tenemos las siguientes: atribuyó "personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles" (artículo 116, segundo párrafo), estableció el principio de que la denominación de la S.A. será distinta a la de cualquier otra, si bien "adecuada al objeto u objetos de la especulación que hubiera elegido", preceptuando éste extremo en el artículo 152, admitió que las acciones que se emitieran fueran nominativas o al portador (artículo 161); y además, estableció el régimen propio de unas u otras, según los artículos 162 y 163.

I.1.2) Antecedentes de las Sociedades Anónimas en México

Roberto Mantilla Molina citando a Miguel Lerdo de Tejada en su obra *Apuntes históricos de la histórica ciudad de Veracruz*, señala lo siguiente:

"La más antigua sociedad mexicana la cual cabe considerar como anónima, una compañía de seguros marítimos que en el mes de enero de 1789 comenzó sus operaciones en Veracruz, con un capital de \$230 000.00, formada por cuarenta y seis acciones de cinco mil pesos, y con una duración de cinco años. En 9 de julio de 1802 se constituyó la Compañía de Seguros Marítimos de Nueva España, a la que indudablemente puede considerarse como una sociedad anónima, ya que su capital, de cuatrocientos mil pesos, estaba dividido en ochenta acciones; los socios sólo eran responsables de la integración del capital social y sus acciones eran transmisibles"⁸

En el México independiente se encuentran referencias a sociedades que cabe considerarse como anónimas, en la concesión otorgada para establecer una vía a través del Istmo de Tehuantepec y las concesiones para explotar vías férreas.

La primera regulación legal para ellas se encuentra en el Código Lares, aún cuando pueda inferirse la poca importancia que para entonces (1854) habían alcanzado, del hecho de que sólo se regulan con respecto a ellas diez artículos (del 242 al 251); es verdad que tampoco los códigos europeos que en aquella época regían, eran mucho más minuciosos para establecer el régimen legal de la Sociedad Anónima. Es hasta el Código de 1884 que se consagra un buen número de preceptos referidos a este tipo de sociedad, la cual objeto de una ley especial en 1889, pronto derogada por el Código del mismo año, que reguló la materia de sociedades hasta la entrada en vigor de la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934.

⁸Mantilla Molina; Roberto, Op. cit., p. 324.

El profesor Jorge Barrera Graf, en su obra *Instituciones de Derecho Mercantil*, al referirse a las primeras regulaciones de las sociedades en México, acota lo siguiente:

“La regulación de las sociedades (civiles y mercantiles) estuvo sujeta en nuestro país durante la colonia, y durante el siglo XIX y el presente, primero a las leyes españolas, principalmente a las Siete Partidas y a las Ordenanzas de Bilbao, en segundo, a algunos ordenamientos dictados para la Nueva España (como las Ordenanzas de Minería de 1783), tercero, a las leyes y Códigos dictados en México con posterioridad a la independencia, a partir del Código Civil de Oaxaca, del 14 de enero de 1929, que reguló el contrato de sociedad civil y el Proyecto de Código Civil de Zacatecas de 1828 (anterior, pues, al Código de Comercio español de 1829), que ya regulaba las sociedades comerciales, y que estableció el principio de la responsabilidad limitada de los socios. En el primer ordenamiento mercantil mexicano, o sea, el Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales mercantiles de 1841, se incluyeron a las compañías de comercio, pero no se comprendió a la S.A.”⁹

En cuanto a la inclusión de la sociedad anónima en el Código de Comercio de 1854, el citado jurista señala lo siguiente:

“El Código de Comercio de 1854, que en materia de sociedades estuvo mas cerca del Código de Comercio francés, que del Código de Comercio español, exigía la inscripción de las sociedades en el Registro Público de Comercio (artículo 29, párrafo segundo), y que la sociedad no registrada “no producirá efectos entre los otorgantes”, aunque sí resultaba eficaz en favor de terceros (artículo 35); incluyó por primera vez en México a la S.A. (artículo 231, fracción tercera) y para la constitución y operación (como para los otros tipos que reguló,

⁹ Barrera Graf, Jorge. Op. cit., p.392.

la S en N.C. y la S. en C.) no exigió permiso o autorización expresa del Estado, sino solamente la matriculación (artículo 5º.), y para la S.A, el examen y aprobación de la escritura por el tribunal de comercio (artículo 253) imponía que su denominación indicara "el objeto o empresas para que se hayan formado" (artículo 242), sin excluir, como su homólogo español (art. 276), que apareciera el nombre de los socios; y que la "responsabilidad de cada socio llegara hasta donde alcanza el valor de las acciones que tenga" (artículo 243), similar al 278 del Código de Comercio español. Al igual que el Código hispano (arts. 326 y sgtes.), dictó reglas, aunque en número menor y más concretas sobre disolución (arts. 261 a 263), y omitió referirse a la liquidación que sí comprendió el ordenamiento español (arts. 336 y s.)" ¹⁰

Antes de que el Código mencionado anteriormente comenzara su vigencia, o sea, antes de 1854, ya se habían constituido y operaban en el país algunas sociedades anónimas; mas tarde, tanto la S.A. como otras sociedades mercantiles organizadas según modelos ingleses y norteamericanos de las *limited companies*, constituidas en virtud de Decretos del Ejecutivo Federal, funcionaron en materias principalmente de ferrocarriles, y en varias oportunidades dieron lugar a litigios, en los cuales se plantearon y se establecieron diversos principios corporativos.

La reforma constitucional de 1883 despejó el camino para la expedición del Código de Comercio de 1884, de carácter federal, aplicable a toda la República a partir del 20 de julio del propio año. Ese mismo año fue promulgado un nuevo Código Civil para el Distrito Federal (31 de marzo), mismo que recogió íntegramente la regulación sobre sociedades que contenía el código anterior de 1870 y estuvo vigente en el Distrito Federal hasta 1932.

¹⁰Ibidem, p. 393.

El Código de Comercio de referencia, y según la citada reforma en su artículo 72, fracción X de la Constitución de 1857; dedicó a la materia de sociedades un total de 276 artículos, del 352 al 628.

El Código citado *supra* contenía sesenta artículos relacionados con la S.A. (del 527 al 588), el primero de ellos estableció un principio que ha perdurado, "toda negociación lícita puede ser objeto de sociedades anónimas" (art. 528); exigía que el capital social se pagara al contado y en su totalidad, según el artículo 529, no obstante permitía que al tiempo de la constitución solamente se pagara el diez por ciento del capital social (art.535) Además el artículo 539 permitía que el importe de las acciones se cubriera en bienes muebles e inmuebles y que las acciones fueran nominativas, a la orden o al portador (art. 531), e imponía el reporte de dividendos entre los socios una vez constituida la reserva (artículo 530). También se aludía sin reglamentarlas, a acciones emitidas por la sociedad que se concedan a "industriales, inventores y dueños de privilegios", así como a los "fundadores de la empresa" (artículos 552, fracciones XII y XIII) Se refería a los tres órganos de la S.A., es decir: administración (arts.557a 563), juntas generales de accionistas (arts.564 a 576), ordinarias y extraordinarias (arts. 576 a 572) y al Consejo de Inspección (arts. 577 a 582).

Este Código dictó normas sobre las sociedades anónimas y sociedades en comandita compuesta, en la modalidad de capital variable.

El Presidente Díaz dictó una Ley Especial de Sociedades Anónimas en 1888, que derogó las disposiciones del Código de Comercio de 1884, relativas tanto a las sociedades anónimas como a las sociedades de responsabilidad limitada. Con relación a dicha ley, el maestro Barrera Graf refiere:

"Esta Ley siguió de cerca en muchas de sus disposiciones al Código de Comercio italiano de 1882, e influyó notablemente en el nuestro de 1890, del cual muchas normas pasaron a la ley vigente. Sus principios

más sobresalientes, que la distinguieron de la legislación anterior, fueron: la prohibición a los socios de hacer figurar sus nombres en la denominación social, bajo pena de responsabilidad personal y solidaria (art. 2º); la regulación de las dos formas de constitución de la sociedad., "suscripción o por medio de la comparecencia de dos o más personas que suscriban la escritura" (art. 4); el número mínimo de socios era de dos; distinguió las aportaciones de dinero, para las que permitió se pagara al menos el 10% de su valor, de las aportaciones en especie, que debían ser pagadas en su totalidad (art. 8); se permitían tanto las acciones al portador como las nominativas (art. 172); se limitaba al derecho de la S.A. a comprar sus propias acciones (art. 23), aunque no tanto como la ley vigente, y también que se hicieran préstamos o anticipos sobre ellas (art. 25)"¹¹

La legislación de referencia, en lo concerniente a la administración, permitía que ésta recayera en un Director o en un Consejo de Administración, según lo preceptuado en el artículo 27, al que le confería la representación general, salvo disposición contraria en los Estatutos. En cuanto a la vigilancia, la misma se confiaba a "uno o varios socios que se llamarán comisarios" (artículo 37) Además la Asamblea General de Accionistas, como órgano superior, gozaba de amplias facultades de "llevar a cabo o ratificar todos los actos de la sociedad y reformar los estatutos", según lo regulado en el art. 40. Asimismo debemos señalar que dedicó pocos artículos a la disolución y liquidación, muchos de los cuales pasaron a la ley actual.

Posteriormente fue promulgado el *Código de Comercio* del 15 de septiembre de 1889, el cual contenía el artículo 91, que declaraba; "las sociedades civiles, sin perder su carácter, pueden constituirse como sociedades de comercio, de conformidad con las disposiciones de este título".

¹¹Ibidem, p.394.

Debemos destacar que en México, no solamente existe la separación tradicional entre los ordenamientos civiles y mercantiles, sino que esa división se profundiza por diversa competencia legislativa: el derecho civil regulado por las legislaturas estatales, excepto el Distrito Federal, y el derecho comercial por el Congreso de la Unión.

Con respecto a lo señalado en el párrafo anterior, el autor Arturo Salinas en su artículo *Las Sociedades Mercantiles en el Código de Comercio de 1889*, expone lo siguiente:

“Conviene puntualizar que lo anterior no obsta para que la supletoriedad al Código de Comercio y a las leyes mercantiles en general esté, en principio, unificada a través del Código Civil del Distrito Federal que es aplicable en toda la República en materia federal.”¹²

Conforme al sistema constitucional mexicano, a diferencia de lo que ocurre en otros países, ni el código de comercio puede derogar a los códigos civiles, ni éstos, aunque sean posteriores, pueden derogar al código de comercio o a las leyes mercantiles en sus respectivos campos de competencia. Además, los códigos civiles de los estados de la Unión y del Distrito Federal pueden consagrar distintos conceptos de sociedad en general o diversos tipos específicos de sociedad o sociedades civiles, lo cual origina que en el derecho mexicano no exista la misma correlación entre las sociedades civiles y mercantiles que en los derechos tradicionales europeos que inspiraron en gran medida a la legislación mexicana.

Con respecto a lo señalado *supra*, el citado autor Arturo Salinas, expresa lo siguiente:

“Pero nuestro sistema no se detiene ahí, sino que va más allá y crea figuras jurídicas mercantiles propias, distintas de los tipos de sociedad

o sociedades reconocidas por el derecho civil. Lo menos que puede decirse, es que en nuestro país la especialidad o singularidad del derecho de sociedades mercantiles es mucho más acentuada y en lo personal, creemos que hay bases para sostener su autonomía e independencia”¹³

El sistema seguido por el Código de Comercio de 1889 se concretizó en dos preceptos legales, en apariencia contradictorios: por una parte, el artículo 3º que establecía expresamente que: “se reputan en derecho comerciantes:...II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles” y, por otra parte, el artículo 91 del propio Código, que disponía: “Las sociedades civiles, sin perder su carácter, pueden constituirse como sociedades de comercio, de conformidad con las disposiciones de este título”.

El autor Arturo Salinas, con respecto al planteamiento del párrafo anterior, señala:

“En opinión del Licenciado Cervantes, es indudable que el criterio fundamental de distinción entre las sociedades civiles y mercantiles, es la clase de actos que la compañía se proponga realizar. Se basa fundamentalmente en que el artículo 2233 del Código Civil de 1884 es muy explícito, cuando declara: Las sociedades son civiles o comerciales, son comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio: las demás son civiles”¹⁴

Por otra parte, el propio autor considera:

“La forma carece de importancia, pues si bien es cierto que la fracción II del artículo 3º. del Código de Comercio reputa comerciantes a las sociedades constituidas

¹²*Las Sociedades Mercantiles en el Código de Comercio de 1889*, Revista de Derecho Privado, No. 8, mayo-agosto, México, 1992, p.241.

¹³ *Ibidem*, p. 242

¹⁴ *Ibidem*, p. 243.

conforme a las leyes mercantiles, este precepto general debe entenderse limitado por el artículo 91 del mismo ordenamiento, que quiere que en todo caso las sociedades civiles no pierdan ese carácter, por más que se constituyan de acuerdo a la legislación comercial, lo único que pasa agrega, es que no se puede constituir una sociedad anónima dentro de la esfera de las disposiciones del Código Civil.

Si las partes convienen que se constituya conforme a las leyes comerciales, dice textualmente Cervantes, "la sociedad se rige en cuanto al fondo por la legislación civil, quiebra, jurisdicción, etc.; en cuanto a la forma por el Código de Comercio, según la opinión generalmente admitida, aún cuando en la práctica esta distinción puede dar margen a dificultades graves"¹⁵

Consideramos que a los códigos de comercio en sentido general y al Código de Comercio que estamos analizando, ya en particular, no les corresponde analizar a las sociedades civiles, como pretendió hacerlo el mencionado artículo 91.

La regulación de las sociedades mercantiles se encuentra ubicada dentro del Libro Segundo del citado Código de Comercio que lleva el epígrafe 2 " Del comercio terrestre, en el título segundo denominado "de las Sociedades de Comercio" que está dividido en 11 capítulos y comprende 184 artículos, del No. 89 al 272.

Los cuerpos de leyes extranjeras tomados en cuenta por los redactores del citado Código fueron el Código de Comercio francés de 1807, la Ley de Sociedades por Acciones francesa de 1867, el Código de Comercio italiano de 1882 y el Código de Comercio español de 1855.

El Código de Comercio mexicano, además de la Asociación en Participación, reconoció cinco tipos de sociedades mercantiles, incluyendo a la sociedad cooperativa. De acuerdo con los lineamientos constitucionales de entonces, para la creación de sociedades anónimas en México no se requería autorización

¹⁵ *Ibidem*, pp. 243-244.

gubernamental y esa forma tradicional de intervención estatal fue efectivamente sustituida por el "sistema de disposiciones normativas". La sociedad anónima, como todas las sociedades mercantiles, gozaba de personalidad jurídica conforme al artículo 90 del Código de Comercio y, a mayor abundamiento, el Código Civil del Distrito Federal de 1884 les reconocía el carácter de "personas morales con entidad jurídica", a todas las sociedades civiles o mercantiles formadas con arreglo a la ley (artículo 38)

El Código de Comercio de 1889 incorporó en forma textual e íntegra la Ley de Sociedades Anónimas de 1888, que fue dictada como reforma parcial al Código de 1884, misma que comprendía 64 artículos. Éste código definía, en su artículo 163, a la sociedad anónima de la siguiente manera: "La Sociedad Anónima carece de razón social y se designa por la denominación particular del objeto de su empresa. en dicha sociedad los socios no son responsables sino por el importe de su acción".

Coincido con la opinión del autor Arturo Salinas, en cuanto a que los redactores del Código de Comercio mexicano caracterizaron a la sociedad anónima en forma atinada y técnicamente moderna para la época, y no adoptaron esquemáticamente de los modelos europeos, aquellos elementos que desentonaban con el sistema, tales como "los cupones", "las cuotas" y "otros títulos equivalentes".¹⁶

Entre las exigencias específicas del Código de Comercio vinculadas con el concepto de capital y con su función, mencionaremos las siguientes:

- 1) El importe del capital social debe fijarse necesariamente en la escritura constitutiva (artículo 95, fracción IV)
- 2) El capital social debe estar íntegramente suscrito (Artículo 170)

¹⁶ C.F.R., Salinas, Arturo, Op. cit., p. 249

- 3) El 10 % de las aportaciones en numerario y el 100% de las aportaciones en títulos, efectos, bienes o inmuebles debe exhibirse en dinero efectivo en el momento de su constitución (artículo 170).
- 4) El artículo 175 señala que debe comprobarse el valor atribuido a las aportaciones en bienes distintos al numerario.
- 5) Las aportaciones de industria o de trabajo no integran el capital social (Artículo 95, fracción IV)
- 6) Los fundadores no pueden ser compensados con acciones, sino con una participación en las utilidades (artículo 95, fracción VII).
- 7) El artículo 171 señala que la existencia real de las aportaciones de capital se garantiza a través de depósitos en instituciones de crédito o en casas de comercio.
- 8) Es obligatorio constituir un “ fondo de reserva” con un 5% como mínimo de las utilidades netas anuales, hasta que alcance la quinta parte del capital (artículos 95, fracción VI y 214)
- 9) No podrán repartirse más utilidades que las que aparezcan obtenidas en el balance. (Artículo 213)
- 10) Queda prohibido, según lo dispuesto por el Artículo 184 y 185, que las sociedades anónimas compren sus propias acciones, excepto casos excepcionales.
- 11) No les está permitido a las S.A. efectuar préstamos o anticipos sobre sus propias acciones (artículo 186).

El autor Arturo Salinas, con respecto a las legislaciones que inspiraron la redacción del Código de Comercio de 1889, expone lo siguiente:

“Los redactores de nuestro Código se inspiraron sobre todo en la legislación francesa de 1867 que consagró en lo esencial, el derecho que progresivamente se fue forjando bajo la égida del Consejo de Estado, partiendo de la práctica estatutaria y de la jurisprudencia. En efecto, las disposiciones imperativas de suscribir íntegramente el capital social, de exhibir un por ciento de las aportaciones en numerario, de imponer responsabilidad a los suscriptores originales y a los cesionarios por las exhibiciones pendientes, de verificar las aportaciones de bienes, de constituir una reserva legal, de procurar evitar la distribución de dividendos ficticios, fueron resultado, según historiadores del derecho francés, de los que se ha calificado como una práctica constructiva, y de las reglas elaboradas por el Consejo de Estado”¹⁷

La legislación francesa no fue la única inspiradora de los redactores del Código de Comercio en comento, ya que, según lo planteado por el citado autor Arturo Salinas, los legisladores se inspiraron, al parecer, en el texto del ordenamiento italiano para limitar la participación de los fundadores a las utilidades, sin comprender acciones u otros privilegios, y para establecer el principio de la prohibición de la compra de sus propias acciones, por parte de la sociedad.

En cuanto a la organización de la sociedad anónima, el Código de Comercio de 1889 contiene una regulación más o menos amplia, tanto de las asambleas ordinarias y extraordinarias (art. 202), como del consejo de administración (artículo 188) y del órgano de vigilancia, representado por los comisarios (artículo 198).

Como otras características que estableció el Código de Comercio de 1889, en cuanto a la organización de la S.Á. cabe destacar, el derecho que otorga a la asamblea de reformar los estatutos, aunque con la salvedad del pacto en contrario; no consagra el

¹⁷Salinas, Arturo. Op. Cit. pp. 250-251.

derecho de la oposición e impugnación por parte de los accionistas a las resoluciones de la asamblea, ni el de minoría para exigir responsabilidad a los administradores. También en materia de administración, dicho cuerpo legal establecía obligatoriamente un consejo de administración, según lo preceptuado en el artículo 188, integrado por accionistas (artículo 187).

En cuanto a la vigilancia de la sociedad el Código de Comercio confiere a uno o varios comisarios, que deberán ser socios (artículo 198), un derecho ilimitado de vigilancia sobre todas las operaciones de la sociedad, de acuerdo con el artículo 199.

El autor Arturo Salinas, al concluir sobre la importancia y originalidad del Código de Comercio de 1889, expone:

“Nuestro Código, por su estructura y sistemática legislativa en materia de sociedades, puede considerarse en gran medida original y técnicamente satisfactorio para la época, porque exceptuando la laguna que representaba la falta de regulación de las obligaciones o bonos, acierta al separar los capítulos de sociedad anónima y de sociedad en comandita por acciones, a diferencia de la legislación francesa e italiana, y porque además, excluye la disciplina de asociación de seguros mutuos y de las sociedades especiales, separándose de los Códigos italiano y español, respectivamente”¹⁸

Podemos afirmar, que en materia de sociedades mercantiles el Código de Comercio de 1889 representó un hito muy importante en la evolución de ese sector del derecho en México, en cuanto colocó a la legislación mexicana, respecto de las sociedades anónimas, en un nivel de vanguardia y modernidad para su época; y siguió realmente una política legislativa de “libertad reglamentada”, brindando un marco teórico satisfactorio para el desarrollo industrial del país.

¹⁸Ibidem. pp. 252-253

De manera general es sabido que los miembros de la comisión, los cuales redactaron la Ley de Sociedades Anónimas de 1888, que un año después fue absorbida por el Código de Comercio, demostraron un conocimiento apropiado de los ordenamientos extranjeros y de la problemática de la materia, buen juicio para adoptar el contenido de las disposiciones que respondiera a las necesidades estimadas del país, sensibilidad para omitir la tipificación de delitos especiales y la imposición de sanciones penales, y, por regla general, competencia técnica para la selección de la terminología y la formulación del articulado.

Este Código de Comercio de 1889, denominado indistintamente Código de Comercio de 1890, porque entró en vigor el 1º. de enero de 1890, a pesar de estar vigente en muchas materias, no lo está en cuanto a sociedades, debido a que la Ley General de Sociedades Mercantiles del 4 de agosto 1934, de la cual hablaremos posteriormente, derogó las disposiciones relacionadas con las sociedades, contenidas en aquel ordenamiento.

Para el Profesor Jorge Barrera Graf, los antecedentes inmediatos de la actual Ley General de Sociedades Mercantiles fueron el ya citado Código de Comercio de 1890, y un proyecto de Código de Comercio de 1929, que no pasó de tal, pero del cual fueron tomadas muchas disposiciones de la actual Ley General de Sociedades Mercantiles. Al respecto refiere:

“Nuestra vigente Ley de Sociedades Mercantiles del 4 de agosto de 1934, constituyó un notable avance respecto al Código de Comercio de 1890 y aún del Proyecto aludido de 1929: Es una buena ley, que al igual que otras de la misma época, como la Ley del Banco de México (1930) y la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (1932) significó la adopción de esquemas modernos y recientes en relación con un capitalismo que en México apenas se iniciaba y que crecía impetuosamente en Norteamérica y en Europa. Esa ley, en efecto, delineó y ordenó perfectamente la figura jurídica de la S.A., tanto como uno de los tipos de sociedades mercantiles, el más importante desde entonces, a todos los cuales se aplican los

primeros 24 artículos, y los últimos 51 (del 213 al 264), con excepción de los relativos a la Asociación en Participación (Arts. 252 al 259), como en cuanto a la reglamentación específica de la acción, de cada uno de sus tres órganos y las disposiciones relativas al balance (estados financieros) según la terminología que se introdujo en la reforma de enero de 1981 (artículos 172 al 177). La bondad y las virtudes de la reglamentación de la S.A. en la Ley General de Sociedades Mercantiles, se manifiestan en la gran difusión de dicho tipo social entre nosotros y en el hecho de que con muy pocas reformas, aunque sí con la adición de las normas de la Ley del Mercado de Valores relativas a las S.A. abiertas (Infra XXV.5), haya subsistido durante más de cincuenta años.”¹⁹

Esta Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934, con los afinamientos e innovaciones que se imponían, recogió del Código de Comercio de 1889, la estructura fundamental y gran parte de su regulación, e introdujo una supuesta organización democrática, a través de la división de poderes entre los tres órganos sociales y el reconocimiento de la asamblea de accionistas como órgano supremo de ellos, según lo preceptuado en el artículo 178, que equivaldría al Poder Legislativo, y con la subordinación de los otros órganos, el de administración y el de vigilancia (que harían la función de los poderes ejecutivo y judicial). Además, tuvo una amplia aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de los socios, a quienes se permite estipular pactos o sistemas adicionales, como el de capital variable, o bien derogatorios de normas incluidas en la Ley General de Sociedades Mercantiles. Por todo lo anteriormente expuesto, podemos considerar al igual que el maestro Barrera Graf, que el sistema adoptado en la Ley es el del liberalismo en su más acabada acepción jurídica.

Asimismo podemos considerar que muchos de los defectos y omisiones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se deben a su antigüedad, al tiempo en que fue promulgada, en el cual mucha de la problemática actual de la sociedad anónima aún

¹⁹Barrera Graf, Jorge. Op. cit., p. 395.

no había sido regulada ni en México ni el extranjero, y aún eran desconocidos muchos de sus problemas, o bien, resultaba innecesaria o prematura su regulación legal.

Con respecto a otros defectos de la Ley en comento, el maestro Barrera Graf señala:

"Otros defectos, empero, si son atribuibles al legislador de 1934: los principales son, *primero*, no haber exigido la intervención de un organismo externo, público o privado, de control y de vigilancia del cumplimiento de preceptos legales, y del respeto a los diversos intereses en presencia, tanto durante la constitución como durante el funcionamiento de todos los tipos de sociedades y principalmente de las S.A. En *segundo lugar*, a virtud de una temprana reforma a la L.G.S.M. de 31 de diciembre de 1942, haber dado cabida de manera demasiado amplia y general a las Sociedades de Inversión y haberles atribuido personalidad jurídica sin registro alguno y muchas veces sin homologación judicial, al gusto y capricho de los socios y de los administradores, con lo que se ha propiciado y fomentado la existencia de esas situaciones irregulares; en *tercer lugar*, en cuanto al régimen de nulidades de las sociedades, así como de juntas y de asambleas de socios y de acuerdos dictados por ellas (por los órganos de administración): en unos casos, haber planteado una solución simplista y muy inconveniente, como es la anulabilidad de las sociedades, registradas o no, y en otros, por no haber reglamentado claramente y de manera amplia, los diversos casos de invalidez o nulidad, lo que ha provocado la perplejidad de la doctrina y graves situaciones de inseguridad; en *cuarto lugar*, relacionado el problema con la falta de todo control estatal, el haber configurado al órgano de vigilancia como subordinado a la asamblea de accionistas, sin independencia real del órgano de administración y sin efectividad alguna en la práctica; en *quinto lugar*, finalmente, no haber establecido

un régimen amplio de responsabilidad de los administradores, de los comisarios, ni de accionistas o representantes de la sociedad, en los casos de control de éstos.”²⁰

Algunos datos estadísticos recogidos por Roberto Mantilla, en su obra *Derecho Mercantil*²¹ referidos a la constitución de sociedades anónimas desde 1941 hasta 1972 nos ilustran la importancia que fue cobrando en la época de referencia este tipo de sociedad. Así vemos como durante 1941, de 2414 sociedades que se constituyeron en México 775, o sea, el 32.10% eran anónimas; nueve años después, en 1950, la proporción casi se había duplicado, ya que las anónimas representaban el 63.5% del total de sociedades constituidas en ese año, el cual ascendió a un total de 2872, de las cuales 1826 eran anónimas.

La importancia relativa de la anónima siguió en aumento, ya que en el año 1972 el 97.2% de las sociedades que se constituyeron adoptaron este tipo; y mayor aún es la relación del capital invertido en la constitución de las anónimas respecto del total, pues las primeras absorbieron el 99%.

Con relación al tema en cuestión, el Dr. Mantilla Molina concluye:

“Estas cifras corroboran la conclusión a que se había llegado respecto de la falta de concordancia entre la función económica de las anónimas en México y la forma jurídica que adoptan.”²²

1.2) Concepto de Sociedad y de Sociedad Anónima

El artículo 2688 del Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos, define a la Sociedad de la siguiente manera: "Por el Contrato de Sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin

²⁰Ibidem, pp. 396-397.

²¹C.F.R., Mantilla Molina, Roberto. Op. cit. , p.325.

común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".

Como elemento necesario de toda sociedad, ya sea civil, mercantil, administrativa, etc., tenemos al patrimonio; el que constituye el objeto propiamente dicho de dicha sociedad, el cual al constituirse ellas se forma en las aportaciones de los socios o con las obligaciones de aportar que asuman.

La referencia al patrimonio está contenida en el artículo 2688 del Código Civil, que impone a los socios que "se obliguen a combinar sus recursos (bienes o derechos); obligaciones de dar, o sus esfuerzos (prestación de servicios; obligaciones de hacer)"

Las aportaciones de bienes integran el capital social, y están reguladas en los artículos 2693, fracción IV del Código Civil, 6º., fracción V y VI y 64 y 89, fracciones II, III, IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Para el autor argentino Fernando Mascheroni en su obra *Sociedades Mercantiles*, Sociedad "es una de las formas jurídicas que pueden dar continente a esa sustancia o contenido dinámico que es la empresa" y agrega, " lo es, cuando el empresario ha adoptado la estructura societaria, pero no cuando explota su empresa a título individual". De esta definición el autor deduce que: "puede haber empresa sin correlativa sociedad, pero no puede haber sociedad comercial, sin una empresa que le proporcione contenido y razón de ser"²³

Continúa refiriendo el citado autor, respecto a los conceptos de sociedad y empresa:

"Los destinos de empresa y sociedad son, de tal modo, paralelos y en algunos aspectos, comunes. Tal sucede cuando la ley societaria hace suyo el principio de conservación de la empresa, bien jurídicamente protegido por cuanto ésta significa una fuente de producción, riqueza y

²²Mantilla Molina, Op. Cit., p .326.

trabajo, y en virtud de esa adhesión favorece la preservación y continuidad de la sociedad que le da continente."²⁴

Las sociedades constituidas según el contrato de sociedad, pueden ser civiles o mercantiles, según sea su objeto, es decir, la actividad que pretenden desarrollar los socios. Por lo tanto, una sociedad será mercantil si su finalidad es obtener un beneficio por medio de una actividad comercial o industrial, y civil en otro caso.

El maestro Barrera Graf comenta la definición de sociedad que establece el artículo 2688 del Código Civil, de la siguiente manera:

"Esta última nota distingue a las sociedades civiles de aquellas otras (mercantiles) cuya finalidad sea especulativa. Pero a estas, a las sociedades comerciales, no siempre le son aplicables las demás notas de dicha definición".²⁵

Según el autor Barrera Graf, en la ya citada obra *Instituciones del Derecho Mercantil*, las sociedades civiles están regidas por el derecho común, es decir, por el Código Civil de cada entidad federativa; es una materia reservada a los Estados por la Constitución, según el artículo 124; por el contrario las sociedades mercantiles están regidas por leyes federales, siendo la principal de éstas la citada Ley General de Sociedades Mercantiles como ordenamiento de carácter general en materia de sociedades, que en consecuencia se aplica supletoriamente a las sociedades regidas por leyes especiales en todo aquello que éstas no prevean, ej: para las cooperativas, la fracción VI del art. 10 de la L.G.S.M., que las califica como sociedades mercantiles.

A continuación expondremos algunos conceptos de Sociedad Anónima recogidos en diversas obras.

²³ Mascheroni, Fernando, *Sociedades Comerciales*, Ed. Universidad, Argentina. 1986, p. 31.

²⁴ *Ibidem*, p. 32.

²⁵ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, p. 260.

"La Sociedad Anónima es una sociedad mercantil que, bajo un nombre objetivo, y con el capital dividido en acciones transmisibles, exime a sus socios de responsabilidad personal por las deudas sociales, rigiéndose democráticamente por acuerdo de la mayoría."²⁶

Entre las características fundamentales de este tipo de sociedad tenemos las siguientes:

Denominación Social: No está sujeta a más limitaciones que no coincidir con otra sociedad, e ir acompañada de "Sociedad Anónima" S.A. Por lo tanto, no es preciso que esté integrada por todos, o alguno de los nombres de los socios (aunque pueden hacerlo, si lo desean) sino que puede estar constituida por un nombre objetivo, o de fantasía, sin que esté relacionado tan siquiera con el objetivo del negocio.

Sociedad capitalista: La personalidad de los socios que la componen es irrelevante, no tiene importancia ni su solvencia, ni su crédito, ni su habilidad como hombres de negocios. Lo único que cuenta es una aportación de capital que, además, está representada por un título como la acción, esencialmente transmisible. En proporción a la cuantía de esa aportación, el socio podrá participar en la vida societaria y en el reparto de los beneficios. Se ha dicho que la S.A. es un capital con personalidad jurídica.

Régimen democrático: Basado en los poderes soberanos de la Junta General, que decide por mayoría de votos, y con igualdad de derechos entre los socios, (excepto las normas legales que establecen los mínimos inalterables, en defensa de los socios minoritarios y los acreedores)

Administradores amovibles: Están sometidos a la aprobación de su gestión por la Junta General y, además, no requieren ser accionistas para ello.

²⁶ Equipo Jurídico D.V.E., *Todo sobre Sociedades Anónimas*, Ed. De Vecchi S.A., España,

Responsabilidad Limitada: Los socios no responden personalmente de las deudas sociales, limitando su riesgo al capital aportado.

Capital Mínimo: En la actualidad, no puede constituirse sociedades anónimas con un capital inferior a los diez millones de pesetas en el caso de España y de cincuenta millones de pesos en el caso de México.

Domicilio: las Sociedades Anónimas deben fijar su domicilio en el lugar donde realmente se halle su dirección y administración, o donde radique alguna de sus principales explotaciones.

Carácter Mercantil: Que lo tienen todas las sociedades anónimas, cualquiera que sea su objeto.

En el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México encontramos la siguiente definición de Sociedad Anónima: "Sociedad Anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios, cuya obligación se limita al pago de sus acciones".

Comentando esta definición del artículo 87, el Dr. Mantilla Molina señala lo siguiente:

"En la definición legal están implícitas tres notas: a) el empleo de una denominación social; b) la limitación de responsabilidad de todos los socios c) la incorporación de los derechos de los socios en documentos, las acciones fácilmente negociables. La denominación social, se formará libremente, pero será distinta a la de cualquiera otra sociedad y, al emplearse, irá siempre seguida de las palabras Sociedad Anónima, o de su abreviatura S.A."²⁷

1990.

²⁷ Mantilla Molina, Roberto, Op. Cit., p.328.

Otra definición de Sociedad Anónima la brinda el Dr. Rodolfo Dávalos, en su obra *Las Empresas Mixtas, Regulación Jurídica*, la cual es:

"La Sociedad Anónima es una sociedad de capital representado por acciones, que se caracteriza por la limitación de la responsabilidad de los socios (quienes no responden por las deudas sociales) y por no tener nombre colectivo que identifique a los socios, sino denominación objetiva de acuerdo con el objeto de la sociedad"²⁸

Para el maestro Garrigues, "la sociedad anónima es un capital con categoría de persona jurídica"²⁹ Para él, la idea del capital caracteriza la esencia de la sociedad anónima ya que es ésta una sociedad de capital y sin él no puede tener existencia.

En sentido general, consideramos que la Sociedad Anónima posee una estructura jurídica que la hace especialmente adecuada para realizar empresas de gran magnitud, que normalmente quedan fuera del campo de acción de los individuos o de las sociedades de tipo personalista, que carecen del capital suficiente para acometerlas o no consideran prudente aventurarlo en una empresa, que en caso de que fracasare, podría conducirlos a la ruina, y que en muchas ocasiones, ha de subsistir durante un lapso superior al de la duración de la vida humana.

La sociedad anónima permite obtener la colaboración económica de un gran número de individuos, cada uno de los cuales, ante la perspectiva de una razonable ganancia, no tiene temor de arriesgar una porción de su propio patrimonio, que unida a la de otros individuos, llega a constituir una masa de bienes de la magnitud requerida por la empresa que se va a acometer; y por formar un patrimonio diferente al de los socios, resulta independiente por completo de los problemas de la vida de ellos. Otra ventaja de las S.A. es la fácil negociabilidad del título que representa la

²⁸ Dávalos Rodolfo, *Las Empresas Mixtas, Regulación Jurídica*. Ed. de Ciencias Sociales, Cuba, 1993. p. 71

²⁹ Garrigues, Joaquín, Op. Cit., p. 417.

aportación del socio, la acción, que le permita al accionista considerarlo como un elemento líquido de su patrimonio, que fácilmente se puede convertir en dinero.

También debemos acotar que para los terceros que establecen un contrato con la sociedad, es una garantía económica de gran interés la existencia de un patrimonio el cual sólo responde de las deudas sociales; pues si contrataran con un individuo, por solvente que pueda ser, los acreedores podrían verse en concurso con los acreedores particulares de este individuo, el monto de cuyos créditos es totalmente imprevisible.

1.3) Naturaleza del acto constitutivo de la sociedad mercantil

Una **Sociedad Mercantil** es aquella que se constituye de acuerdo con el Código de Comercio para ejercer actividades mercantiles con ánimo de lucro.

El autor Roberto Mantilla, al referirse a las sociedades mercantiles, señala lo siguiente:

"Sin embargo, surgieron a partir de la Edad Media, para la realización de fines comerciales, tipos especiales de sociedades, cuya peculiar estructura respondía con perfección a las necesidades del tráfico mercantil al extremo de que muchas legislaciones, y entre ellas la mexicana, hacen caso omiso de los fines perseguidos, para atender tan solo a la estructura de la sociedad, considerándola mercantil si adopta un tipo social regulado por las leyes mercantiles, cualesquiera que sean sus finalidades.

Como consecuencia de lo anterior, puede definirse la sociedad mercantil como el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin

común, de acuerdo con las normas que, para algunos de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil. " ³⁰

Las sociedades mercantiles o comerciales están reguladas en el derecho mexicano en la Ley General de Sociedades Mercantiles, misma que contiene la reglamentación general de tal figura jurídica (arts. 1º. al 24), así como la de cinco de los seis tipos enumerados en su artículo 1º., las cuales son: Sociedad en Comandita, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad en Nombre Colectivo, S.A. y Sociedad en Comandita por Acciones.

En cuanto a la naturaleza jurídica del acto constitutivo de una sociedad mercantil, han surgido dos teorías: la unilateralista y la contractualista. La primera teoría, basada en la teoría del acto jurídico, considera que existe una exteriorización de voluntad en base a un objeto y que dicho objeto crea y transfiere derechos y obligaciones.

La segunda, la contractual, consiste en que se puede considerar un contrato porque es un concurso de voluntades destinados a crear y transmitir derechos y obligaciones.

Con relación a éste tema, el maestro Cervantes Ahumada, señaló lo siguiente:

"Negamos la naturaleza contractual del acto constitutivo de la sociedad, primero, porque dicho acto no crea ni transfiere obligaciones. Lo principal en el acto constitutivo es la creación de la nueva persona jurídica, y si incidentalmente surgen obligaciones derivadas del acto, dichas obligaciones serán entre los socios y la nueva persona, y no entre los socios entre sí. En segundo lugar, las voluntades de los participantes no son opuestas, sino concurrentes a la finalidad principal, o sea, a la creación de la nueva persona.

³⁰ Mantilla Molina, Roberto, Op. Cit., p. 176.

De lo anterior se concluye necesariamente, que el acto constitutivo de la sociedad mercantil es un acto de voluntad unilateral que normalmente es de voluntades múltiples; pero que puede ser de voluntad singular".³¹

O sea, que obviamente, el citado maestro no es partidario de la teoría contractualista, sino de la unilateralista.

El maestro Barrera Graf señala que desde el punto de vista de la sociedad como contrato, las leyes civiles y mercantiles mexicanas siempre han atribuido tal carácter al negocio social. De esta manera, el Código Civil incluye a la sociedad dentro de los contratos (Libro Cuarto, Segunda Parte, Título Decimocuarto, Secciones I y II) y establece tal carácter en su definición legal al señalar en su artículo 2688 : "por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente..."³²

Debemos señalar además, y retomando lo planteado por el Dr. Barrera Graf, que La Ley General de Sociedades Mercantiles, también atribuye esa clasificación de contrato a las sociedades mercantiles en los varios artículos (ej: art. 2º. párrafo cuarto, 7º., 26, 32, 34, 46, 65, 70, 75, 103 fracción I, 113, 114 y otros) refiriéndose todas estas disposiciones a la sociedad en su etapa constitutiva, la cual estamos analizando en este capítulo.³³

A este respecto, el maestro Barrera Graf considera lo siguiente:

"Admitimos la naturaleza contractual del negocio al tiempo de constituirse la sociedad, o sea, que dicho negocio constitutivo sí es un acuerdo de voluntades, un contrato; se trata, empero, de un *contrato especial*, que no es bilateral, ya que aunque se constituya sólo con dos

³¹ Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho Mercantil*, Ed. Herrero, México, 1998, p.41

³² C.F.R., Barrera Graf, Jorge, Op. Cit., p. 256

³³ C.F.R., Idem.

socios (lo que puede suceder en todos los tipos, excepto la S.A., las cooperativas.....cuando menos, la S. de R.L. de I.P. que supone la presencia de cuatro y las sociedades mutualistas de seguros), pueden ingresar después más sin cambiar la estructura del negocio, por lo que se afirma que la sociedad es un *contrato abierto*; no es tampoco un contrato de cambio; sino que es un *contrato plurilateral*, con o dos más socios o partes, en que los intereses de éstos son coincidentes y paralelos, no contrapuestos, y estriban en el cumplimiento de un fin común (art. 2688), que constituye la finalidad de la sociedad misma.”³⁴

El Profesor Walter Frisch Philipp en su obra *Sociedad Anónima Mexicana* y citando a Hans Kelsen, señala que: “El hecho jurídico del contrato consiste en las declaraciones coincidentes de voluntades de dos o más individuos dirigida a una conducta determinada de los mismos individuos” y a este respecto agrega “ Por tal razón el acto constitutivo para la formación de la sociedad anónima corresponde al concepto de contrato como lo determinan los artículos 2º , 6º y 91 de la L.S.M.; 1792 y 1793 del Código Civil del Distrito Federal. La Ley General de Sociedades Mercantiles habla de contrato social y destaca el carácter del acto constitutivo como contrato. El legislador mexicano aplica en forma equivalente las expresiones *contrato social* y *estatutos*.”³⁵

También dicho maestro y citando al Dr. Roberto Mantilla señala que, en la doctrina se plantean cuestiones relativas a la naturaleza del acto constitutivo de las sociedades mercantiles. Al respecto expone lo siguiente:

“De conformidad con este autor dicho acto no puede ser clasificado como contrato en sentido general, sino que tiene carácter propio de acto colectivo debido a que se forma por él una persona moral, la sociedad que será acreedora, y en su caso, deudora de obligaciones

³⁴ Barrera Graf, Jorge, Op. Cit., p. 256.

³⁵ Frisch Philipp, Walter, *Sociedad Anónima Mexicana*, 4ª. ed., Ed. Harla, México. 1996, p. 173.

entre ella y sus socios, de modo que, según tal criterio, se formarán relaciones de socios para con su sociedad, y no entre ellos mismos”³⁶

Una opinión similar en cierto modo la encontramos en las resoluciones de la Suprema Corte Alemana, en las cuales se sostiene que los estatutos tienen su fundamento en una declaración de voluntad de la ente corporativa, y no en un contrato. Con relación a esto, el Dr. Frisch Philipp comenta:

“Es cierto que la constitución de tal ente tiene su base en el contrato celebrado entre los socios fundadores. Sin embargo, una vez nacida la persona moral los estatutos tendrán vigencia como constitución para el funcionamiento de dicha persona moral, constitución ésta que tiene carácter separado de la personalidad de los socios.”³⁷

Concluyendo con este tema; el Dr. Frisch Philipp señala: “Sin embargo, la sociedad misma son los socios en su esfera colectiva formada por el contrato social, de modo que las obligaciones y derechos de la sociedad se refieren a la mencionada esfera colectiva de los socios, situación que no es incompatible con el concepto de contrato arriba citado.”³⁸

El Código Civil Español considera a la sociedad como un contrato (Art. 2247) y se concibe por el legislador español como un contrato plurilateral, argumentándose este criterio en que las reglas de éste tipo de contrato exigen la unanimidad de los participantes en el mismo, mientras que muchas reglas en materia de sociedad prescinden de la unanimidad de los socios.

IncurSIONANDO en la legislación societaria argentina, encontramos que según el artículo 1o. de la Ley 19.550 "Habrá sociedad cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ Ibidem. p. 174.

aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas."

Según el autor Fernando Mascheroni, en el enunciado legal anteriormente expuesto, se encuentran todos los elementos que definen a la sociedad comercial, a saber: la naturaleza contractual del acto jurídico que da origen a la sociedad, la estructura orgánica del ente instituido por ese contrato, el principio de tipicidad adoptado por dicha ley societaria, el objeto genérico de la sociedad mercantil y a la vez el contenido de esa forma estructural, que es la actividad empresaria, la necesidad de existencia de aportes patrimoniales como instrumento para el fin perseguido y la participación en las utilidades y en las pérdidas de la empresa.

El autor citado *supra* comenta el concepto de sociedad refrendado en la ley argentina de la materia:

"Dadas las condiciones requeridas, esto es, reunidos los elementos precedentes, la ley reconoce a la sociedad el carácter de sujeto de derecho (art. 2, ley 19.550). Tal sujeto no existe antes del acuerdo de voluntades, circunstancia que ratifica la validez de la doctrina contractualista, desechando la aplicación de la teoría de la institución, expuesta por Hauriou y Renard en el derecho comparado y por autores como Spota entre nosotros, según la cual las sociedades serían instituciones o grupos sociales intermedios entre el individuo y el Estado, con realidad histórica y existencia independiente de las personas físicas que la componen."³⁹

La concepción de sociedad como contrato, ha tropezado internacionalmente en la doctrina con una serie de dificultades, esto fue debido al arraigo de la noción de contrato como acto jurídico bilateral, conmutativo enraizada en el Código de Napoleón y en la profusa legislación que siguió sus huellas a lo largo del siglo XIX.

³⁹ Mascheroni, Fernando. Op. Cit., pp.25-26

Fernando Mascheroni abundando en el tema del fenómeno societario, expone:

"Evidentemente, el fenómeno societario no encaja en ese concepto de contrato sinalagmático, de ese contrato de cambio caracterizado por la reciprocidad y correlatividad de las prestaciones.

Toda la doctrina que reduce la concepción contractual a la puramente conmutativa fue elaborada a partir del artículo 1101 del Código Civil francés de 1804, adhiriendo a una imagen vinculada pura y simplemente con los contratos bilaterales sinalagmáticos y su paradigma, el de compraventa"⁴⁰

Posteriormente al desarrollo de la teoría contractualista de la sociedad, surgieron varias teorías que buscaron otro fundamento jurídico para el fenómeno societario, como son las de Von Gierke, Kuntze (acto colectivo) Donatti y Messimo (acto complejo) y la de la institución (Hauriou y Renard). Estas reconocen como común denominador la aparente imposibilidad de conciliar esa concepción romanista tradicional del contrato con el hecho societario, que presenta características no susceptibles de encuadrar en la figura del acuerdo o convenio conmutativo.

El elemento sustancial e irreductible del acto jurídico contractual es el acuerdo de voluntades de los contrayentes, vale decir la convención, no obstante, y de acuerdo a lo planteado por Fernando Mascheroni:

"no es necesario que esa convención regule prestaciones recíprocas (contrato conmutativo, en el cual los contrayentes se hallan en la situación de contrapartes). El acuerdo puede versar sobre prestaciones convergentes y coadyuvantes a un mismo fin (contrato asociativo, en el

⁴⁰ Idem.

cual los contrayentes reconocen individualidad pero no antagonismo de intereses)"⁴¹

Fernando Mascheroni introduce el tema del contrato plurilateral en cuanto a la sociedad, de la siguiente manera:

"Nuestro derecho positivo no sólo admite sino alienta la conclusión precedente, habiendo sido una vez más el genio jurídico de Vélez Sarsfield quien se anticipara a su época, se apartara de la unanimidad reinante en torno suyo y consagrara la buena doctrina en el artículo 1137 del Código Civil, estableciendo que: hay un contrato "cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

El autor Vélez Sarsfield, ya hace más de cien años, ya no hablaba de dos sino de varios contrayentes, con lo cual habría paso a la idea del contrato plurilateral, y delimitaba como elemento esencial del mismo la declaración de voluntad común, vale decir, la convención de la cual devienen los derechos y obligaciones de las partes contratantes. En ningún lugar se hace referencia a la reciprocidad de las prestaciones ni a la contraposición de intereses como elementos de la figura descrita".⁴²

El precitado autor Fernando Mascheroni, reconoce que en el derecho positivo argentino no tiene sentido discutir sobre la naturaleza contractual de la sociedad en general, y de la mercantil en particular, y que nada se opone a la adopción de la tesis del autor Ascarelli sobre el contrato plurilateral de organización, retomado por el legislador argentino de 1972 al pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la sociedad en el artículo 1º. de la Ley 19.550.

⁴¹ Ibidem, p.27

Para el jurista argentino Gastón O' Donnell, en su obra *Elementos de Derecho Empresarial*, las teorías del acto constitutivo de la sociedad mercantil, pueden clasificarse en dos: teorías contractuales y teorías no contractuales. Dentro de las teorías contractuales menciona a la *teoría contractual clásica*, que trata a la sociedad como uno más entre los varios contratos de cambio, y si bien le reconoce algunas modalidades peculiares, no las considera suficientes para determinar un categoría contractual diversa, además incluye a la *teoría del contrato bilateral*, la que considera que es un acto bilateral, lo cual nada tiene que ver con el número de participantes, en el que la obligación se establece entre el socio y la sociedad, y no entre los socios individualmente. Por último menciona a la *teoría del contrato plurilateral*, adoptada por la Ley 19.550 en su artículo 1o. y reafirmada en el artículo 16 al aplicar en materia de nulidad los principios que rigen los contratos plurilaterales.

Las teorías no contractuales citadas por el mencionado autor son: la *teoría del acto colectivo*, la cual sostiene que mientras en el contrato las voluntades se entrecruzan, en el contrato colectivo son paralelas; el resultado del acto colectivo es una voluntad colectiva que es la suma de las voluntades de los participantes, en tanto que en el contrato no hay suma sino síntesis; la *teoría del acto complejo*, que señala que en el acto colectivo las voluntades se unen pero permanecen distintas, en tanto en el acto complejo se funden en una voluntad unitaria perdiendo su individualidad, este acto complejo se exterioriza como acto unitario mientras que el acto colectivo conserva la pluralidad de las declaraciones, y la *teoría de la institución*, donde institución puede entenderse como un conjunto de voluntades organizadas para la consecución de una idea.⁴³

Después de haber expuesto en síntesis una serie de criterios de prestigiosos juristas, acerca de las teorías unilateralista, contractualista y otras, respecto del acto constitutivo de la sociedad mercantil, consideramos que dicho acto constituye una declaración unilateral de voluntad, debido a que dicho acto no crea ni transfiere

⁴² Idem.

⁴³ CFR., O' Donnell, Gastón, *Elementos de Derecho Empresarial*, Ed. Macchi, Argentina, 1993, pp. 136-137.

derechos y obligaciones. Se crea una nueva persona jurídica y si como consecuencia del mismo acto surgen obligaciones, las mismas serán entre los socios y la nueva persona; y no entre los socios entre sí. Además las voluntades de los participantes no son opuestas, sino concurrentes a la finalidad principal, la creación de la nueva persona jurídica. No podemos considerarlo como un contrato porque no encuadra en la teoría general de los contratos; ya que en caso de incumplimiento de estos por una de las partes el contrato se rescinde, lo cual no sucede en el caso de una sociedad, o sea, el incumplimiento de uno de los socios no es causal de liquidación de una sociedad; ya que se mantiene la sociedad con respecto al resto de los socios.

Capítulo II "Constitución de la Sociedad Anónima "

Para comenzar este capítulo, haré referencia a algunas consideraciones que realiza el maestro Barrera Graf con respecto a la naturaleza jurídica de la sociedad, quien señala lo siguiente:

"De aquí que al plantearse el problema de la naturaleza jurídica de la sociedad, haya que admitirse que se trata de un negocio jurídico *sui generis*, que surge como contrato y al cobrar vida y funcionar, cambia tal estructura para convertirse en un negocio complejo de especiales características." ⁴⁴

Los tratos entre los socios futuros, sus asesores y representantes, son los que constituyen el germen del negocio social, existe la oferta y aceptación como ocurre en los contratos bilaterales.

Veamos que señala el Dr. Barrera Graf con respecto a la etapa previa a la constitución de la sociedad.

"En el contrato de sociedad, esta etapa de discusiones y de cambios de vista, se inicia, a su vez, con la oferta que hace el autor de la idea o el proyecto de sociedad (promotor), (quien a diferencia de la oferta y aceptación en los contratos bilaterales, puede no interesarse ni llegar a formar parte del contrato social que después surja) a otra u otras personas; el promotor propone el contrato a terceros en ese documento inicial, y ellos, al aceptar la idea o el proyecto preliminar se convertirán en socios. Esta fase está prevista y regulada en la L.G.S.M., arts. 92 y 93 fracción VII, aunque sólo como la primera etapa de una forma especial de constitución (sucesiva) de la S.A.: el proyecto de estatutos, la idea del futuro contrato se formula por el fundador, (el promotor, porque aún no se

⁴⁴ Barrera Graf, Jorge., Op. Cit., p.318.

sabe si aquel proyecto se convertirá en sociedad), se propone a terceros, al público en general, en esa forma de constitución sucesiva, o bien a terceros ciertos y determinados, si se tratara en la S.A. y en cualquier otro tipo de sociedad, de la constitución simultánea; y si éstos aceptan el proyecto, la oferta del promotor, se obligan a suscribir el capital social".⁴⁵

Continuando con la opinión del autor Barrera Graf, esta fase de tratos y propuestas termina cuando se logra el acuerdo y cada uno de los interlocutores quedan obligados; el promotor, a mantener la oferta o proyecto que con su intervención o mediación se hubiere aceptado, y los futuros socios a integrarse a la sociedad mediante su aportación de bienes y servicios, según el tipo social que resulte. Hasta ese momento, todavía no hay contrato.

Las características y el tipo de sociedad que pueda llegar a constituirse serán cuestiones aún no definidas en esta etapa, y se precisarán posteriormente, ya sea mediante un contrato preliminar o por el contrario a través de un contrato definitivo, en el cual se señalarán las características del negocio.

Los requisitos del llamado *contrato preliminar*, de acuerdo a lo señalado por el maestro Barrera Graf, son los siguientes: que se haga por escrito, que contenga los elementos característicos del contrato definitivo, o sea, los que derivan de su definición legal (art. 2688 del Código Civil), es decir, partes, obligación de ellos de aportar bienes y servicios, y que la sociedad sea de carácter mercantil.

Además este contrato preliminar debe limitarse a cierto tiempo, según el artículo 2246 del Código Civil, o sea, no puede ser plazo indefinido ni indeterminado.

Con respecto a los derechos y obligaciones de los futuros socios el Dr. Barrera Graf expresa lo siguiente:

⁴⁵ *Ibidem*, p. 319.

“Durante el proceso de formación del contrato de sociedad, los futuros socios ya adquieren derechos y asumen obligaciones en torno a las aportaciones: cada uno de ellos tendrá derecho a exigir que al funcionar la sociedad se le otorgue y reconozca el *status* de socio, y a su vez, la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación de aportar que hubieran contraído, en su defecto la sociedad puede rescindir la relación con el socio incumpliente, y exigir el pago de los daños y o perjuicios que se irroge a la sociedad y a los otros socios.”⁴⁶

La constitución de la sociedad supone que todos los socios fundadores convengan sobre todos los requisitos y los elementos del contrato social.

Como habíamos comentado en el capítulo anterior al analizar la naturaleza jurídica del acto constitutivo de las sociedades mercantiles, existen dos teorías fundamentales al respecto: la unilateralista y la contractualista.

Aunque muchos autores consideran que dicho acto es un contrato, considero que no lo es, ya que el mismo no encuadra en la teoría general de los contratos. Entiendo que constituye una declaración unilateral de voluntad, debido a que dicho acto no crea ni transfiere derechos y obligaciones. Se crea una nueva persona jurídica y si como consecuencia del mismo acto surgen obligaciones, las mismas serán entre los socios y la nueva persona; y no entre los socios. Además las voluntades de los participantes no son opuestas, sino concurrentes a la finalidad principal, la creación de la nueva persona jurídica.

Existen dos formas fundamentales de constitución de una sociedad mercantil: la *Constitución Simultánea* y la *Constitución Pública o Sucesiva* en el caso de la S.A.

La *Constitución Simultánea* de una sociedad mercantil es aquella en que todos los socios y sus representantes acuden ante notario público, de acuerdo a lo estipulado

⁴⁶ *Ibidem*, p.322.

en los arts. 5 y 90 de la L.G.S.M. a firmar la escritura constitutiva, y es el sistema prevaleciente en la actualidad. Se le llama simultánea porque todas las partes comparecen en un sólo acto ante el notario, manifiestan su consentimiento y ante él firman el contrato social.

Al comentar sobre la constitución de las sociedades, el maestro Barrera Graf señala:

"Al perfeccionarse el contrato surge la sociedad, la que por disposición de la ley adquiere, al inscribirse o al exteriorizarse, personalidad jurídica distinta a la de los socios, y con patrimonio, deberes, derechos y obligaciones propios."⁴⁷

De acuerdo con el citado artículo 5, el notario o fedatario público no autorizará la escritura cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto en la L.G.S.M. De esta forma dichos funcionarios incurrirán en responsabilidad solidaria por su actuación contraria a lo establecido en el artículo 5.

La responsabilidad solidaria está regulada en el Código Civil del Distrito Federal, el cual en el artículo 1987 establece la existencia de la solidaridad activa y pasiva, independientemente de la mancomunidad; el artículo 1988 señala que la solidaridad no se presume, sino resulta de la ley o de la voluntad de las partes; el artículo 1989 establece que cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios, o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda, si reclamaren todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. Por último, el artículo 2002 del propio Código está referido a que cuando por el no cumplimiento de las obligaciones se demanden daños y perjuicios, cada uno de los deudores solidarios responderá íntegramente de ellos.

Desde el momento en que se constituye la sociedad se establece un conjunto de relaciones de ésta con todos y cada uno de los socios, a través de sus aportaciones

⁴⁷ Ibidem, p. 323.

principalmente, también se establecen relaciones de los socios entre sí, de la sociedad con terceros y además de los socios con sus acreedores.

La Constitución Pública o Sucesiva es únicamente permitida por la ley a las S.A. Este sistema es muy poco usado en la práctica en México, y también es poco usado en otros países.

Las fases de esta forma de constitución de las S.A. son cinco:

- 1) Redacción del programa.
- 2) Oferta y suscripción de acciones
- 3) Ejecución del programa.
- 4) Asamblea Constitutiva.
- 5) Protocolización y registro.

La fase de redacción del programa deberá contener el proyecto de estatutos con los requisitos del artículo 6º. de la L.G.S.M. y los del artículo 91 de la propia ley y el mismo deberá depositarse en el Registro de Comercio.

La segunda fase constituye la oferta al público que haga el promotor de las acciones que representen el capital social que proponga la sociedad y que constituye uno de los datos del programa.

La tercera fase consiste en la ejecución de la oferta del programa. Al vencimiento del plazo legal (un año) o convencional (menor de un año), si no se han suscrito todas las acciones y no se han hecho todas las exhibiciones previstas en el programa, o por cualquier otro motivo no se llegare a constituir la sociedad, los suscriptores

quedarán desligados y podrán retirar las cantidades que hubieren depositado. De lo contrario, si se hubiesen suscrito todas las acciones y pagado las exhibiciones decretadas en el programa, él o los promotores, dentro de un plazo adicional de 15 días, publicarán la convocatoria para la asamblea general constitutiva en la forma prevista en el programa, según lo establecido en el artículo 99 de la L.G.S.M.

La cuarta fase consiste en la celebración de la citada asamblea general constitutiva en la cual se debe convocar a todos los suscriptores, futuros socios, quienes personalmente o por apoderado podrán concurrir a la asamblea, en el lugar, día y hora que señala la convocatoria. Esta asamblea funcionará según el principio de mayoría de votos, salvo excepciones.

La última fase de la constitución sucesiva lo es la protocolización y registro del acto y del contrato social, o sea, de los estatutos.

II.1) Requisitos Generales y Requisitos Particulares.

Analizaremos ahora los requisitos generales y particulares de constitución de las Sociedades Anónimas.

Como requisitos generales de constitución de una Sociedad Anónima se requieren los siguientes:

- a) Un número mínimo de socios.
- b) Un capital suscrito que alcance un mínimo determinado.
- c) Que al menos parte de dicho capital esté exhibido cuando fuere en pecuniario.

a) En cuanto al número de socios, algunos tratadistas han considerado necesario para la existencia de una S.A., un mínimo de socios, que han de ser bastantes para poder ocupar los distintos cargos de la sociedad. La legislación inglesa por ejemplo, ha consagrado esta exigencia.

En la actual ley mexicana, se exige un mínimo de dos socios (arts. 89, fracción I, L.G.S.M.) y que cada uno de ellos suscriba un acción por lo menos.

b) En relación con el capital mínimo, en la ley mexicana se requiere que el mismo ascienda a cincuenta millones de pesos y que el mismo esté íntegramente suscrito (Art.89, fracción II) Esto significa que los socios han de contraer la obligación suscrita con su firma, de cubrir totalmente la cantidad que se señala como capital social.

La opinión del Dr. Mantilla Molina con relación a la exigencia del capital social mínimo es la siguiente:

"La exigencia del capital social mínimo me parece completamente plausible: lo esencial, en la S.A., es la existencia de un patrimonio que responda de las obligaciones sociales, ya que no hay socios que tengan tal responsabilidad. Si es como se dice frecuentemente, una sociedad de capitales y no una sociedad de personas, tiene mucha más razón de ser la exigencia de un capital que la exigencia de un mínimo de socios."⁴⁸

En la práctica los socios constituyen la sociedad con el capital mínimo, para evitar el pago excesivo de impuestos; esta situación no brinda una garantía real y certera a los terceros vinculados a la empresa.

Considero que sería factible la existencia de un reglamento del Registro Público de Comercio que estableciera, entre otros extremos, la revisión anual del balance y estado de resultados de cada sociedad inscrita; y en dependencia del cambio en

⁴⁸ Mantilla Molina, Roberto, Op. Cit., p.331.

estos estados financieros, obligar a la sociedad a hacer un ajuste, o sea, a aumentar el capital social de la misma. Esto traería como consecuencia una vinculación más visible y certera entre la sociedad y los terceros contratantes.

c) Con respecto a la exigencia de la exhibición de parte del capital, no es suficiente que el capital social esté íntegramente suscrito, sino que es preciso exhibir, es decir, entregar a la caja social, al menos el 20% de las aportaciones pagaderas en numérico y la totalidad de las que lo sean en bienes distintos.(Arts. 89, fracción III y IV)

Además de los datos requeridos por el artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la escritura constitutiva de una S.A. deberá contener los datos que a continuación relacionamos (según lo preceptuado en el artículo 91 de la propia ley) y que pudieran considerarse como requisitos particulares de constitución.

I.- La parte exhibida del capital social . Esta fracción exige que la escritura indique que parte del capital y de las acciones emitidas están pagadas total o parcialmente.

Veamos que comenta el Dr. Barrera Graf al respecto.

"Este requisito (fracción I) corresponde al de la fracción VI del art. 6, salvo que supone que el capital social no se haya cubierto totalmente en el momento de la suscripción de las acciones que lo integran, lo que puede ocurrir en el momento de constitución de la sociedad, o bien, al aumentar posteriormente su capital social. Pues bien, normalmente esto sólo puede ocurrir en el supuesto de la fracción III del artículo 89, o sea, cuando se haya pagado en dinero parte del valor de las acciones (de todas ellas o sólo de algunas), y quede a deber el saldo (dividendo pasivo) el socio a la sociedad, para que ésta exija su pago posteriormente."⁴⁹

⁴⁹ Barrera Graf, Jorge, Op.Cit., pp. 400-401.

II- Forma y plazos para el pago del capital social:

El artículo 91, fracción III de la L.GS.M., dice textualmente:

"La forma y términos en que debe pagarse la parte insoluta de las acciones "

La forma se refiere a la especie, en que se pague el saldo existente, en dinero, o en su lugar, bienes distintos al numerario.

Con respecto a los términos en que debe pagarse el saldo, puede la escritura señalar un solo plazo para que sea cubierto, o varios de ellos, si es que se sigue pagando en dinero.

Estos conceptos (forma y término) suelen omitirse en la escritura sin que eso la afecte, si esto ocurre quedará entonces el correspondiente acuerdo de la Asamblea General de Accionistas y del Órgano de Administración, el señalar él o los plazos respectivos y los pagos de los accionistas.

Barrera Graf, en la citada obra *Instituciones de Derecho Mercantil*, considera importante la existencia de saldos o dividendos, y enumera las razones, mismas que son las siguientes: porque las acciones y certificados provisionales deben indicar "las exhibiciones que sobre el valor total de la acción hay pagado el accionista", o bien "la indicación de ser liberadas"; en segundo lugar porque "de las exhibiciones que se efectúen" debe hacerse referencia en el libro de registro de acciones; además porque mientras haya algún dividendo pasivo a cargo de accionistas "no podrán emitirse nuevas acciones" (art. 133). En cuarto lugar porque las acciones pagadoras no pueden ser amortizadas, también porque en el reparto de utilidades que arroje el balance, la parte correspondiente a los titulares de acciones pagaderas será proporcional al valor pagado de cada aportación (art. 117); y en último lugar, en los casos de liquidación total, o bien parcial (por retiro o exclusión de socio) éste resultará deudor de la sociedad por el saldo no cubierto; por lo que ésta debe "cobrar

lo que se le deba, y enseguida, después de que la sociedad cubra su pasivo, según el art. 243, pagar (o compensar esta obligación con aquel derecho) "a cada socio su haber social".⁵⁰

III-. Número, valor nominal y naturaleza de las acciones.

Está recogido en la fracción II del artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y se refiere a varios supuestos, tales como número de acciones en que se divide el capital social; el valor nominal de las acciones (también se refiere a éste aspecto el artículo 125 fracción cuarta, párrafo primero) y la naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, es decir si son comunes, preferentes, y de voto limitado, o son liberadas y pagadoras.

De acuerdo a la opinión del Dr. Barrera Graf, las acciones se clasifican en *propias* e *impropias*. Las propias representan el capital social y las impropias no son representativas del capital, no son acciones propiamente, aunque así las denomine La Ley General de Sociedades Mercantiles, ejemplo de éstas últimas son las acciones de trabajo, de goce, de tesorería y los bonos de fundador.

También siguiendo el criterio del Dr. Barrera Graf, se pueden distinguir las acciones por *tipos* y también por *clases* o *categorías*. Los *tipos* se refieren a caracteres externos, no sustanciales, de dichos documentos, y las *clases* aluden a notas internas o sustanciales, a derechos especiales incorporados a las acciones.

Los tipos de acciones se clasifican de acuerdo a los medios de pago en *acciones de numerario*, que son las que deben pagarse en dinero efectivo, y *acciones de aporte*, las que se pagan con bienes distintos al dinero efectivo, ejemplo: en mercancías, en mobiliario, etc.; al constituirse la sociedad el valor de esas acciones debe cubrirse íntegramente. De acuerdo a su ley de circulación, se clasifican en *nominativas*; cuando se expiden a favor de una persona física o moral, cuyo nombre se consigna

⁵⁰ C.F.R., Barrera Graf, Jorge, Op. cit., p.401.

en el texto mismo del documento, y *al portador*, las cuales habiendo sido pagadas pertenecen a quien las posee, su tenencia es título pleno de propiedad acreditativo del carácter de socio, y son también transmisibles por la mera tradición.

También de acuerdo a su tipo, se pueden clasificar en *liberadas* (pagadas totalmente) y *pagadoras* (pagadas parcialmente); por la expresión de su valor pueden ser, *con valor nominal*, las cuales expresan este valor, y *sin valor nominal*, las que no lo expresan y por su carácter definitivo o provisional pueden ser, *títulos de las acciones* los primeros y los segundos, *certificados provisionales*.

En cuanto a las categorías o clases, el Dr. Barrera Graf distingue las *acciones ordinarias o comunes*, las que confieren iguales derechos a sus propietarios, ya sea en cuanto a las utilidades o en cuanto al derecho de votar en las asambleas, y las *acciones con derechos especiales*, las cuales tienen tres clasificaciones.

La primera clasificación alude al *derecho al voto*, donde las acciones pueden ser de *plenitud de voto*, *voto limitado* o *acciones sin voto*. Las *acciones de voto limitado* se conocen también como *preferentes* y son las que tienen derechos especiales en cuanto al reparto de utilidades o en cuanto al voto, ej: los tenedores de estas acciones tendrán derecho preferente en recibir dividendos o utilidades sobre los tenedores de acciones ordinarias, es decir, que se les puede asignar un porcentaje fijo en las utilidades y una vez liquidadas las utilidades de estas acciones, se procede a repartir lo que quede a los demás.

La segunda concierne al *derecho al dividendo*, éste puede ser *limitado* o *ilimitado*. Aquí debemos señalar que el 5% del dividendo es un mínimo irreducible, pero éste puede ampliarse en los estatutos hasta llegar al 10 o al 20 %.

La tercera clasificación está relacionada con el *derecho a la cuota de liquidación*, donde las acciones suelen diferenciarse por la limitación del voto y por estipulación en el contrato social.

IV. Participación de utilidades a los fundadores

Si la escritura no dice nada al respecto o si nada se le concede a los mismos, a ninguna utilidad tendrán derecho.

V. El nombramiento de uno o varios comisarios.

Éste elemento está contenido en la fracción V del citado artículo 91 de la L.G.S.M., y a veces es omitido como dato o requisito de la escritura. En este caso se debe transcribir al final de la escritura el acta de la primera asamblea, donde se hayan designado a los comisarios. En el supuesto de la constitución simultánea, el artículo 100 fracción IV de la L.G.S.M. exige que la asamblea proceda a hacer el nombramiento de los administradores y comisarios; además el artículo 181 fracción II asigna a la asamblea ordinaria la obligación de nombrar a los comisarios y administradores cuando los estatutos sean omisos al respecto.

VI. Las facultades de la asamblea general y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto.

La fracción VI del artículo 91 establece que la escritura de la sociedad anónima debe establecer dichas facultades y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales puedan ser modificadas por la voluntad de los socios.

Las facultades de la Asamblea General de Accionistas están referidas a la competencia de las distintas clases de asamblea, es decir, las constitutivas, las ordinarias, las extraordinarias y las especiales. Estas disposiciones legales en general, no pueden modificarse por voluntad de los socios, salvo excepciones.

Las condiciones para la validez de las deliberaciones están referidas a requisitos de convocatoria que no pueden modificarse, así como a los quórum de asistencia y votación; éste último requisito se puede cambiar, pero aumentando, nunca disminuyendo, los porcentajes legales del voto que sea necesario tanto para la

celebración de la asamblea para que la misma resuelva los disímiles asuntos que se le sometían.

Por último, en lo referente a las condiciones para el ejercicio del derecho de voto, la escritura puede y acostumbra a prever que los accionistas depositen sus acciones en una institución de crédito o en manos de otra persona, con varios días de anticipación a la celebración de la asamblea respectiva; de igual manera la escritura podrá prever alguna forma para que los accionistas se hagan representar en las asambleas respectivas, utilizándose frecuentemente para ello una simple carta poder.

II.2) Los Órganos Sociales

II.2.1) La Asamblea General de Accionistas.

Los tres órganos sociales de la S.A. son la Junta o Asamblea General de Accionistas, el Órgano de Administración y el Órgano de Vigilancia.

A continuación exponemos lo que señalan los autores españoles Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y José María Muñoz sobre los antecedentes de la Junta de Accionistas:

“Nacida la Sociedad Anónima con acentuado carácter oligárquico, en la primera etapa de su vida no conoce la junta general de socios como instrumento de formación y manifestación de la voluntad social. Las primitivas sociedades anónimas se regían y gobernaban exclusivamente por unos directores, dotados de amplísimos poderes, nombrados en un principio por los reyes y mas tarde por los grandes accionistas cuando éstos comienzan a participar en el poder social, constituyéndose en una especie de consejo que vigilaba la gestión administrativa, para terminar rescatando gradualmente del poder real la facultad de elegir y nombrar a

las personas directamente encargadas de la administración de la sociedad.”⁵¹

Es hasta las legislaciones del siglo XIX donde aparece claramente definida la Junta General como órgano expresivo de la voluntad social fundado sobre el principio de la mayoría. En todas las legislaciones de esa época la S.A. ofrecía un carácter esencialmente impersonal y el perfil de una mera asociación de capitales en la cual el socio apenas aporta sin responsabilidad por su calidad de persona, pero sin embargo, el accionista no queda totalmente desplazado de la gestión de la empresa y se le ofrece la posibilidad de influir en la marcha de las operaciones sociales, concurriendo a las juntas generales y participando con su voz en las deliberaciones y con su voto en la formación de sus acuerdos sociales.

El maestro Rodrigo Uría define a la Junta General de la siguiente manera:

“La Junta General puede ser definida, en principio, como la reunión de accionistas en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, debidamente convocados para deliberar y decidir por mayoría sobre determinados asuntos sociales propios de su competencia”.⁵²

La Junta General es el órgano corporativo por excelencia, en el que se forma la voluntad social por la fusión de las voluntades individuales de los socios o por las decisiones que adopte el socio único. De aquí se desprende que sólo puedan valer como manifestaciones de esa voluntad aquellas decisiones de la mayoría o del socio único que estén tomadas en una asamblea convocada, reunida y celebrada con arreglo a las formalidades exigidas por el ordenamiento legal y por los Estatutos en su caso. Las decisiones de este órgano son obligatorias para los administradores y para todos los socios (incluso para los que hubieran votado en contra o los que no hayan asistido a la Junta) es por ello que se ha comparado en ocasiones a la Junta General con el Parlamento de un Estado liberal.

⁵¹ Uría, Rodrigo, Menéndez, Aurelio y Muñoz, José María, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Ed. Civitas, España, 1992, p. 15.

⁵² *Ibidem.*, p. 23.

El artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, señala que "La Asamblea General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad" y además agrega que "podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta, 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".

El maestro Barrera Graf define a la Asamblea de la siguiente manera:

"La reunión de los socios para deliberar y acordar asuntos de su competencia. Se habla de reunión de socios, porque se convoca a todos los que representen al capital social, o a todos los que integren una categoría, y porque generalmente concurren varios, pero no resulta ilegal ni imposible que sólo un socio concorra, ya porque sea el titular de varias acciones o porque se trata de asamblea ordinaria en segunda convocatoria en que un sola acción basta para celebrar la reunión y para que el voto obligue a todos los que no concurren."⁵³

A la asamblea corresponde una competencia amplísima y general. Es un órgano esencial, que nunca puede faltar, a diferencia de los órganos de administración y de vigilancia, que si pueden faltar temporalmente.

El jurista argentino Ernesto Martorell, citando al autor Alegría, define a la asamblea general de accionistas de la siguiente manera:

"La Asamblea General de Accionistas es el órgano esencial, no permanente, y con facultades de decisión indelegables, que funciona en la forma y condiciones previstas por la ley y los estatutos, mediante la reunión de los accionistas de la sociedad anónima convocados para tratar los asuntos societarios de su competencia consignados en el orden del día".⁵⁴

⁵³ Barrera Graf, Jorge. Op. cit., p. 546.

⁵⁴ Martorell, Ernesto. *Sociedades Anónimas*. Ed. de Palma, Argentina, 1988, p. 224.

Los integrantes de la Asamblea son los accionistas, pero quienes no sean accionistas, y sin embargo, integran los otros dos órganos sociales, es decir el Órgano de Administración y el Órgano de Vigilancia (administradores o comisarios) deben asistir a ella, así como otras personas, terceros respecto a la sociedad, los cuales pueden participar si así lo acuerda la asamblea.

Los socios en esta asamblea pueden actuar por representación que concedan a otros socios o a terceros, personas físicas o sociedades, salvo que los Estatutos indiquen que sólo pueden ser representantes los accionistas.

Veamos que expresa el Dr. Rodrigo Uría, en cuanto al papel de la Junta General de Accionistas en España.

“La Junta pues, continúa siendo en la ley vigente, el máximo instrumento de formación y expresión de la voluntad social, el órgano encarnador del poder supremo, cuyos acuerdos tomados por simple mayoría, obligan a todos, administradores y accionistas, incluso a los ausentes y a los que hayan votado en contra.”⁵⁵

Las características fundamentales de este órgano social son las siguientes:

- a) Es un *órgano necesario*; o sea, no puede faltar en ninguna S.A. ni puede ser reemplazada por otro órgano en sus funciones, todo el ordenamiento legal de la misma está edificado sobre el carácter necesario de la misma.
- b) Explica y manifiesta la voluntad social de un *modo inmediato*, en cuanto su poder no emana ni deriva de ningún otro órgano, desarrollando su actividad en forma autónoma y soberana.
- c) *Opera exclusivamente con efectos internos*, o sea carece de facultades de representación hacia el exterior y sus decisiones normalmente se ejecutan a través de los administradores.

⁵⁵ Uría, Rodrigo. Op. Cit., p. 19.

d) *No es un órgano permanente*. Los accionistas sólo se reúnen en Junta General esporádicamente, ya sea en la época señalada en la ley para la celebración de la Junta General de Accionistas, o cuando lo decidan los administradores o el juez en su caso.

Para el Dr. Ernesto Martorell las características fundamentales de las asambleas son, en primer lugar, que es un órgano necesario, en segundo lugar, que es un órgano corporativo o colegiado, y en tercer lugar, que opera con efectos internos por carecer de representación hacia el exterior.

Las asambleas pueden ser *Generales*, cuando todos los accionistas puedan participar, y *Especiales*, que son las constituidas por una o varias categorías de acciones, cuando el contrato social prevea la existencia de éstas.

Las facultades propias de las asambleas son indelegables, tanto de las ordinarias anuales, como de las modificaciones estatutarias de las extraordinarias. Sin embargo, algunos asuntos corresponden igualmente a la asamblea general ordinaria y los órganos de administración y de vigilancia, v.g., casos de nombramiento de gerentes y de apoderados, (art. 145 de la L.G.S.M.) y el nombramiento provisional de administradores en el supuesto del artículo 155, fracción II de la propia ley.

En otro orden de cosas, a pesar de que el artículo 178 de la L.G.S.M. atribuye competencia a la Asamblea General para "acordar todos los actos y operaciones" de la sociedad, hay límites que imponen la ley y la doctrina; estos son, en primer lugar respecto al Órgano de Administración sus facultades de gestión interna y de administración ante terceros, en segundo lugar, respecto al Órgano de Vigilancia, "vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad" y en tercer lugar, con respecto a ambos órganos, convocar ambos a asambleas, según lo preceptuado en el artículo 183 de la L.G.S.M.

La Asamblea General también puede "ratificar todos los actos y operaciones sociales", que el órgano de administración, los gerentes, etc., hubieran ejecutado en

exceso de sus facultades. Este extremo lo vemos recogido en el artículo 178 de la L.G.S.M.

La *Convocatoria* es el llamado que hacen los administradores o los comisarios de la Sociedad Anónima a los accionistas para que concurran a una asamblea. A la misma se refieren los artículos 183, 186 y 187 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Esta convocatoria constituye un requisito esencial, en cuya ausencia la asamblea que se reúna sería nula (artículo 188 L.G.S.M.)

Los accionistas que representen al menos el 33% del capital social tendrán la potestad de pedir por escrito, en cualquier tiempo, al Administrador o al Consejo de Administración, o a los comisarios, la convocatoria de una Asamblea General de Accionistas, para tratar de los asuntos que indiquen en su petición; según lo establecido en el artículo 184 de la L.G.S.M.

En caso de que la citada convocatoria no se realizare por el órgano de administración o el de vigilancia dentro del término de 15 días desde que hayan recibido la solicitud, podrá realizarse por el juez del domicilio de la S.A. a solicitud del 33% del capital social, exhibiéndose al efecto los títulos de las acciones, según lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 184 de la L.G.S.M.

También la ley en su artículo 185, establece la posibilidad de que la petición regulada en el artículo 184 pueda ser hecha por el dueño de una sola acción, en los supuestos de que no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos y cuando las asambleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de los asuntos incluidos en el artículo 181 de la ley.

Si el Administrador o el Consejo de Administración, o los comisarios se rehusaren a hacer la convocatoria, podrá ocurrir la misma situación expuesta en el artículo 184, o sea, intervendrá el juez competente, previo traslado de la petición al Administrador o Consejo de Administración y a los comisarios. El punto será decidido de acuerdo a la tramitación establecida para los incidentes de los juicios mercantiles.

Según lo establecido en el artículo 186 de la L.G.S.M., la convocatoria debe publicarse en el periódico oficial de la entidad del domicilio social, o bien, en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio.

Esta situación puede no ser la mas idónea, veamos a continuación que comenta el maestro Barrera Graf al respecto:

"lo ideal sería, de *lege ferenda*, que los estatutos fijaran el periódico del domicilio social en que debieran publicarse"⁵⁶

La convocatoria que se publique, debe aparecer, con 15 días de anticipación al menos, de la fecha en que se celebre la Asamblea, según lo dispuesto en el artículo 186 de la ley en comento.

En la convocatoria deberá indicarse la orden del día y debe venir firmada por quien la hiciera (artículo 187 L.G.S.M.) Además, deberá recogerse en la misma el lugar, día y hora en que la asamblea se verifique, que son requisitos para que los accionistas sepan del momento preciso y el lugar donde la reunión se va a efectuar.

En cuanto al lugar, no se precisa que sea en las oficinas de la compañía, solamente se señala que sea en el domicilio social, según el artículo 179 de la L.G.S.M., o sea, en la ciudad donde tenga "establecida su administración", que es el concepto de domicilio social de las personas morales, según lo estipulado en el artículo 33 del Código Civil del Distrito Federal.

Esto se refiere a la primera convocatoria, para la segunda o posteriores no existe regla alguna, "debe entenderse, sin embargo, que entre la primera y la segunda corra un lapso prudente para que quienes no concurrieran a aquella puedan hacerlo a ésta. En todo caso, la legalidad de la segunda convocatoria supone la regularidad de la primera."⁵⁷

⁵⁶ Barrera Graf, Jorge. Op. Cit., p. 551

⁵⁷ Idem.

En el caso de Argentina, la Ley de Sociedades Comerciales en su artículo 233, establece que las asambleas deben reunirse en la sede o en el lugar que corresponda a la jurisdicción del domicilio social.

Veamos qué aclara el autor Fernando Mascheroni con respecto al artículo 233 de la Ley Argentina.

“A efectos de aclarar la terminología del texto legal, podemos decir que el lugar de celebración de las asambleas, tanto ordinarias como extraordinarias, será: 1º.) en la sede administrativa de la sociedad, o domicilio propiamente dicho; 2º.) en su defecto, en algún lugar designado por el órgano que efectúe la convocatoria dentro del radio jurisdiccional del domicilio, en sentido amplio”⁵⁸

El orden del día es la lista de asuntos que deberán discutirse y votarse en el seno de la asamblea. Los puntos que comprenda ese orden del día, deben ser claros y concretamente expuestos, por lo que no se debe incluir el punto “asuntos generales”.

Hay acuerdos que pueden tomarse sin que aparezcan en el citado orden del día, estos son: discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172, tomando en cuenta el informe de los comisarios, nombrar al administrador o consejo de administración y a los comisarios y determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando éstos no hayan sido fijados en los estatutos, o sea, los preceptuados en el artículo 181 de la L.G.S.M., y además la remoción de administradores o comisarios y la exigencia de responsabilidad en que hubieran incurrido estos, a juicio de cualquier socio, según se desprenda de los asuntos que se discutan en ellas.

El primer acuerdo de la Asamblea será designar a quien la presida, en el caso de que los Estatutos no lo prevean, y el primer acto del Presidente será solicitar la comprobación de la existencia o no de quórum para constituir la.

⁵⁸ Mascheroni, Fernando, *Sociedades Comerciales*, Ed. Universidad, Argentina, 1986, p.267.

El Presidente designará a los llamados escrutadores, quienes se encargarán de la tarea de comprobar si existe el quórum requerido, verificando quienes sean los accionistas allí reunidos que tengan derecho a participar según los datos del libro de accionistas; el número de acciones que corresponde a cada accionista, el examen y regularidad de los poderes que hubieran otorgado los socios y si los socios que concurren depositaron sus acciones como ordena la convocatoria. También dichos escrutadores formularán una lista de asistencia en la cual indiquen los nombres de los comparecientes (socios y representantes) así como el número de acciones con que comparecen.

Luego rendirán un dictamen al Presidente en el que indiquen el número total de acciones presentes, con el objeto de que se compruebe si se integra el quórum legal o estatutario.

Si se integra el quórum legal, el Presidente declarará legalmente constituida la Asamblea, en caso contrario, deberá ordenar una segunda convocatoria con los requisitos de la primera convocatoria a excepción del quórum, en la que se indique nuevamente el día, la hora, el lugar y el mismo orden del día.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 93 de la L.G.S.M., las asambleas generales "salvo estipulación contraria a los estatutos, serán presididas por el Administrador o el Consejo de Administración, y a falta de ellos, por quien fuere designado por los accionistas presentes"

Normalmente, el Presidente del Consejo de Administración también presidirá las asambleas generales y éstas, siempre podrán designar, según el artículo 148 de la L.G.S.M., de entre sus miembros un delegado para la ejecución de actos concretos.

Regularmente se nombra a un Secretario de la Asamblea a quien corresponde verificar la lista de la asistencia, el dictamen de los escrutadores y la regularidad de los poderes; así como redactar el acta de la reunión; la cual se debe poner a consideración de los accionistas en la misma junta o en la próxima. El Secretario no tiene que ser miembro obligatoriamente del Consejo de Administración.

Tendrán derecho a comparecer en la Asamblea todos los socios y sus representantes, que sean titulares de acciones representativas del capital social; ya sea que tengan o carezcan del derecho de voto en la asamblea respectiva, o respecto a alguno o algunos de los asuntos que en ella se traten; pero solamente las acciones con derecho a voto integrarán los quórum de asistencia y de votación en las asambleas ordinarias y extraordinarias. Con relación a las asambleas especiales sólo tienen derecho a votar los titulares de acciones de la categoría respectivamente.

También tienen derecho a participar los administradores y los comisarios, no así cualquier persona distinta, excepto en los casos en que el Presidente lo autorice a petición propia o de algún socio.

En el caso de la asamblea constitutiva, tienen derecho a asistir a la misma todos los socios que hayan aprobado el programa inicial, y que hayan convenido en realizar las aportaciones que llevarán a integrar el capital social.

El objeto o finalidad de la Asamblea consiste en que los accionistas deliberen y voten los asuntos que en ella se discutan. El resultado del voto es la adopción de acuerdos.

Con respecto al objeto o finalidad de éste órgano, el maestro Barrera Graf comenta: "Estamos, pues, en presencia de un negocio jurídico, en cuanto que el acuerdo produce efectos internamente y frente a terceros, salvo que se trate de actos meramente declarativos; además es un acuerdo colectivo, unilateral, de naturaleza compleja."⁵⁹

Todos los que participen en las asambleas tienen derecho de voz, o sea, el derecho al uso de la palabra.

En cuanto a la *Votación*, consiste en que el accionista o su representante, en relación con cada acción de que sea titular, emita su voto, favorable o desfavorable, o de lo contrario, que se abstenga de votar en el punto propuesto.

⁵⁹ Barrera Graf. Jorge, Op. Cit., p. 554.

La votación puede ser *Económica*, la que se toma por el Presidente pidiendo a los socios que levanten la mano en señal de aprobación o desaprobación, y la mayoría en un caso u otro será el del número mas alto de las acciones presentes con derecho a voto.

También puede ser *Nominal*, la cual se hace cuando cada socio al votar expresa su nombre, o cuando el voto se formula por escrito.

De acuerdo con la lista de asistencia que los escrutadores hubiesen hecho al inicio de la sesión, se sabrá el número de votos que corresponde a cada accionista, y excepto que él indique votos divergentes respecto a sus diferentes acciones, el Presidente considerará que vota en el mismo sentido todas sus acciones.

Según lo dispuesto en el artículo 199 de la L.G.S.M., podrá suspenderse la votación cuando el 33% o más de las acciones representadas en una asamblea soliciten su aplazamiento. También el propio artículo limita ese derecho a una sola vez para el mismo asunto, y establece que la nueva reunión que se celebre será "para dentro de 3 días y sin necesidad de nueva convocatoria", o sea, que se trata de la misma asamblea, que debe continuar a partir del punto del orden del día que fue aplazado.

El precepto también limita este derecho de aplazamiento a los asuntos de los que los accionistas no se consideren suficientemente informados; además, se pueden aducir razones de falta de tiempo para agotar la agenda, caso fortuito o fuerza mayor, para aplazar esta votación.

Como aspectos formales de las asambleas podemos señalar el levantamiento de actas de las mismas, las que se deben asentar en el libro respectivo (éstas deberán ser firmadas por el Presidente, el Secretario, así como por los comisarios que concurren); a estas actas se debe agregar la lista de asistencia y el dictamen de los escrutadores, y en el caso de la asamblea ordinaria anual, el informe de los administradores a que se refiere el artículo 172.

Con respecto al contenido y a los elementos que deben contener las actas, el Dr. Barrera Graf expone:

“Los elementos y el contenido del acta se indican en el artículo 41 del Código de Comercio: fecha respectiva, los asistentes a ella, los números de acciones que cada uno representa, el número de votos de pueda hacer uso, los acuerdos que se tomen, que se consignarán a la letra, y cuándo las votaciones no sean económicas, los votos emitidos cuidando además de consignar todo lo que conduzca al perfecto conocimiento de lo acordado.....Estas actas serán autorizadas con las firmas de las personas a quienes los estatutos confieran esa facultad”.⁶⁰

En el libro de actas de la asamblea “se harán constar todos los acuerdos relativos a la marcha del negocio, que tomen las asambleas, y en su caso los Consejos de Administración (Art. 36 Código de Comercio). Este libro de actas es obligatorio, lo cual se deduce de la imperatividad de la redacción del artículo 41 del Código de Comercio, el cual señala: “llevará cada sociedad”, a lo cual podemos agregar que el o los libros de actas forman parte del sistema de contabilidad a cargo de todo comerciante, según lo estipulado en el artículo 33 del Código de Comercio.

Barrera Graf, abundando en este tema de las actas, señala: “El artículo 194 en sus párrafos segundo y tercero, indican respectivamente, que si el acta de la asamblea no se asienta en el libro correspondiente, se deberá protocolizar notarialmente, y que siempre las actas de asambleas extraordinarias deben protocolizarse e inscribirse en el Registro de Comercio, independientemente de que, en algunos casos, los acuerdos relativos no produzcan modificación alguna de la escritura.”⁶¹

II.2.1.a) Las Asambleas Generales Ordinarias y Extraordinarias.

Las Asambleas Generales a su vez se dividen en *Asambleas Ordinarias* y *Asambleas Extraordinarias*.

La Ley General de Sociedades Mercantiles fija de manera expresa la competencia de las asambleas ordinarias, de tal modo señala en sus artículos 180 y 181 lo siguiente:

⁶⁰ *Ibidem*. p. 557

⁶¹ *Idem*

Artículo 180: Son asambleas ordinarias las que se reúnan para tratar de cualquier asunto que no sea de los enumerados en el artículo 182.

Artículo 181: La asamblea ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social y se ocupará, además de los asuntos incluidos en el orden del día de los siguientes:

I.-Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172, tomando en cuenta el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas.

II.-En su caso, nombrar al administrador o Consejo de Administración y a los comisarios.

III.- Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

El artículo 182 de la citada ley se refiere a la competencia de las asambleas extraordinarias de la siguiente forma.

Artículo 182: Son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

I.-Prórroga de la duración de la sociedad,

II.- Disolución anticipada de la sociedad;

III.- Aumento o reducción del capital social;

IV.- Cambio de objeto de la sociedad;

V.-Cambio de nacionalidad de la sociedad;

VI.-Transformación de la sociedad;

VII.- Fusión con otra sociedad;

VIII-. Emisión de acciones privilegiadas;

IX-. Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce;

X-. Emisión de bonos;

XI-. Cualquiera otra modificación del contrato social; y

XII-. Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija un quórum especial.

Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.

Tomado en cuenta la opinión del Dr. Barrera Graf podemos considerar que la fusión (fracción VII) puede no implicar cambio alguno en los estatutos, respecto a la sociedad incorporante, especialmente si es una sociedad anónima de capital variable que tenga acciones de tesorería, las cuales entregue a los socios de las sociedades que se le fusionen como nuevas acciones comunes

En el caso de la emisión de acciones privilegiadas (fracción VII) y la amortización por la sociedad de sus propias acciones (fracción IX), la L.G.S.M. en sus artículos 113 y 136, exige que dichos supuestos estén permitidos en el contrato social; por lo cual la Asamblea Extraordinaria que acuerde uno de estos asuntos, no necesariamente modificaría éste contrato social.⁶²

Exponemos a continuación una consideración del Dr. Barrera Graf con respecto a las asambleas extraordinarias.

"En relación con las asambleas extraordinarias, el artículo 182, fracción XI preceptúa que cualquiera modificación del contrato social es competencia de ellas, y la mayor parte de las diez fracciones anteriores siempre indican modificaciones estatutarias; respecto a otras fracciones (VII, VIII y XI) aunque es posible que no modifiquen los estatutos, o que no los

⁶² C.F.R., Barrera Graf, Jorge, Op.Cit., p.548.

modifiquen siempre, también corresponden a la extraordinaria exclusivamente.”⁶³

Sin embargo, en otros sistemas diferentes al mexicano, la distinción entre una y otras juntas o asambleas se establece en atención, no a la competencia atribuida, sino a la periodicidad de su celebración; por ejemplo en el ordenamiento suizo, se define la junta ordinaria como aquella que tiene lugar cada año en los seis meses que siguen al cierre del ejercicio social, cualquiera que sea la clase de asuntos a que se refiera, y se denominan juntas extraordinarias a las convocadas cuando se estime oportuno.

En el sistema alemán, se ha superado prácticamente la distinción entre una y otra clase de juntas, con la única reserva de llamar junta general ordinaria, a la que debe ser convocada anualmente para darle conocimiento del balance y acordar la distribución de los beneficios.

La Ley 19.550 de Sociedades Comerciales de Argentina, distingue entre asambleas ordinarias y extraordinarias en base al temario o competencia específica de cada categoría de asambleas, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 234 y 235 de la mencionada ley.

En la legislación argentina “la asamblea ordinaria debe ser convocada todos los años, dentro de los cuatro meses subsiguientes al cierre del ejercicio económico de la sociedad, en lo atinente a la asamblea extraordinaria, y en cuanto a tiempo de celebración, podrá ser convocada en cualquier oportunidad, sin sujeción a pautas temporarias fijas.”⁶⁴

Veamos una consideración general que realiza el Dr. Ernesto Martorell sobre los tipos de asambleas que estamos analizando.

“La asamblea, en cuanto reunión de accionistas, debe tener lugar en la sede social o en algún recinto, siempre dentro de la jurisdicción del domicilio social, y puede ser de distintos tipos, conforme a las materias

⁶³ Barrera Graf, Jorge, Op. Cit., p. 548.

⁶⁴ Mascheroni, Fernando, Op. cit., p. 269

que vaya a tratar o a los accionistas que la compongan. Así cuando nucleee a la totalidad de los accionistas, será *general*, en tanto que si sólo reúne a los titulares de alguna clase de acciones será *especial*. Por otra parte, si su orden del día contempla exclusivamente asuntos inherentes al normal desenvolvimiento del contrato plurilateral de organización de constitución de la sociedad, será *ordinaria* (art. 234) y si se prevé una modificación o alteración de trascendencia de aquel, será *extraordinaria* (art. 235, L.S.C.)”⁶⁵

En la legislación argentina, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 234, corresponderá a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos:

- 1) El balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos.
- 2) La designación y remoción de directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia y fijación de su retribución.
- 3) La responsabilidad de los directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia.
- 4) Los aumentos del capital conforme al artículo 188 de la ley:

En cuanto a la asamblea extraordinaria, el artículo 235 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, expresa lo siguiente:

“Corresponden a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto y en especial:

- 1) Aumento del capital, salvo el supuesto del artículo 188. Sólo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago;

⁶⁵ Martorell, Ernesto, Op. Cit., p. 225.

- 2) Reducción y reintegro del capital;
- 3) Rescate, reembolso y amortización de acciones;
- 4) Fusión, transformación y disolución de la sociedad; nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores; escisión; consideración de las cuentas y de los demás asuntos relacionados con la gestión de éstos en la liquidación social, que deban ser objeto de resolución aprobatoria de carácter definitivo;
- 5) Limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones conforme al artículo 197;
- 6) Emisión de debentures y su conversión en acciones;
- 7) Emisión de bonos.”

Ernesto Martorell encuentra lo que él llama “una falta de encaje” entre los artículos 234 y 235 en lo referente a las funciones que corresponden a cada una de las asambleas, por lo que sugiere que esta especie de duda sea superada en una futura reforma de la legislación argentina.

El ordenamiento español continúa manteniendo la distinción entre juntas generales ordinarias y extraordinarias.

En cuanto a la Asamblea Constitutiva, su competencia la indica el artículo 100 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; Barrera Graf citando a los autores Soprano y Rodríguez Rodríguez señala, en relación con la asamblea constitutiva, lo siguiente:

“Se trata, como dice Soprano, no de un órgano de la sociedad ya formada, sino de una reunión preparatoria a la constitución del organismo social, o como bien dice Rodríguez, no puede hablarse de la Junta General de Accionistasporque más bien se trata de una reunión de suscriptores, que justamente en la asamblea van a adquirir la calidad de socios”.⁶⁶

⁶⁶ Barrera Graf, Jorge, Op. Cit., p. 548.

Los quórum de presencia varían en las diferentes clases de asambleas en virtud de si es primera, segunda u otras convocatorias.

Para las *Asambleas Ordinarias*, en *primera convocatoria*, se requiere el 50% del capital social (con derecho a voto) para que se constituyan, y el voto de la mayoría de las acciones presentes, con dicho derecho a voto, para tomar acuerdos válidos, según lo dispuesto en el artículo 189 de la L.G.S.M.

En el caso de la *segunda convocatoria*, se realiza ésta con las acciones que concurren y los acuerdos también se adoptan por mayoría.

Para realizarse una *Asamblea Extraordinaria*, el quórum de presencia en *primera convocatoria*, deberá ser del 75% de las acciones con derecho a voto, y el quórum de votación, el 50% de todas las acciones que integran el capital social.

En el caso de la *segunda convocatoria*; el quórum de presencia en este tipo de asambleas deberá ser de 50%, y el quórum de votación será igual a la primera convocatoria, o sea, el 50% de acciones que integran el capital social con derecho a voto; esto lo vemos refrendado en el artículo 191 de la L.G.S.M.

Por disposición estatutaria pueden aumentarse estos porcentajes, sin que tal aumento se aplique a los acuerdos de la asamblea ordinaria anual. Sin embargo, estos porcentajes no pueden disminuirse porque son mínimos.

II.2.1.b) Asambleas Especiales y Asambleas Mixtas.

Las *Asambleas Especiales* deberán conocer y resolver de cualquier proposición que pueda perjudicar los derechos de las categorías de acciones que la integran (acciones de voto limitado, preferentes sin limitación de votos o acciones privilegiadas)

Este aspecto está refrendado en el artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México.

El Dr. Rodrigo Uría señala que las asambleas o juntas especiales pueden funcionar en la S.A. para formar y exteriorizar la voluntad de un grupo determinado de accionistas dotados de particulares derechos y en relación con asuntos que les afecten exclusivamente. Respecto a eso, y analizando la ley española de la materia, dicho autor señala:

“Nuestra ley prevé en los artículos 148, 174, 170 y 92 el funcionamiento de las juntas especiales. En el primero de dichos preceptos, para el supuesto de modificación de los Estatutos que lesionen directa o indirectamente los derechos de una o varias clases de acciones, o de parte sólo de las acciones de una misma clase y la modificación suponga un trato discriminatorio entre las mismas; entonces la ley establece que, aparte del acuerdo de la Junta general, será preciso también el acuerdo de la mayoría de las acciones de la clase en cuestión; y en caso de afectación parcial, serán necesarios acuerdos independientes de las acciones afectadas y de las no afectadas por la modificación.”⁶⁷

Las actas de las Asambleas Especiales, al igual que las Generales, deberán asentarse en el libro de las asambleas; y si por el contrario, no se hace, deben protocolizarse según lo dispuesto en el artículo 194 párrafo tercero, en relación con el artículo 195 segundo párrafo de la L.G.S.M.

Para el Dr. Ernesto Martorell las Asambleas Especiales son aquellas a las cuales sólo tienen acceso los poseedores de determinadas clases de acciones, a fin de decidir sobre los asuntos que les conciernen específicamente y su competencia se limita a los derechos especiales reconocidos en las condiciones de emisión.

Las Asambleas Especiales están reguladas en el artículo 250 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina, el cual refiere:

“ *Asambleas Especiales*. Cuando la asamblea deba adoptar resoluciones que afecten los derechos de una clase de acciones, se requiere el consentimiento o ratificación

⁶⁷ Uría, Rodrigo, Op. Cit., p.51

de esta clase, que se prestará en asamblea especial regida por las normas de la asamblea ordinaria”.

Para Martorell, desde el punto de vista operativo o práctico, el funcionamiento de las asambleas especiales está regido por las normas previstas para la asamblea ordinaria, ya sea en lo que atañe a su convocatoria como al quórum, al régimen de mayorías, a la normativa sobre actas y demás reglamentaciones rituales; y su competencia está dada por las necesidades que plantee la defensa de los derechos otorgados a las distintas clases de accionistas, sin que ello agote sus facultades, ya que también les corresponde, si el estatuto lo prevé y lo ha reglamentado, la elección de uno o más directores.

Agrega Martorell, que cuando los derechos de una clase o categoría de accionistas se ven afectados directa o indirectamente por una resolución social, para que ésta última sea válida, será absolutamente imprescindible convocar a la asamblea especial y lograr un acuerdo, bajo apercibimiento de nulidad.

Según el criterio del Dr. Barrera Graf, una misma asamblea general o especial, puede tener el carácter de *Asamblea Mixta*, cuando en ella se traten asuntos que sean de la competencia tanto de la asamblea ordinaria como de la extraordinaria, y siempre que la convocatoria respectiva indique dicho carácter mixto. Para la constitución de las mismas se exigirá el quórum de asistencia mayor de las asambleas extraordinarias (75% o 50%) según se trate de primera o segunda convocatoria del capital social con derecho a voto; y el quórum de votación será la mayoría de los votos presentes, si el acuerdo es propio de las ordinarias, y del 50% del capital social con derecho a voto si fuera propio de las extraordinarias.

A continuación expondremos las consideraciones de Ernesto Martorell sobre las Asambleas Mixtas.

“Finalmente también, se ha decidido la procedencia de las asambleas mixtas, al resolver lo siguiente: Si bien la L.S.C. adopta el criterio de otorgar a la asamblea ordinaria una competencia limitada (art. 234) y a la

asamblea extraordinaria la posibilidad de conocer en todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto y, en especial, los indicados en los incisos 1 a 7 del art. 235, se ha reconocido la factibilidad de la reunión de una asamblea mixta, a efectos de tomar decisiones de competencia de la asamblea general ordinaria, por una parte y de competencia de la asamblea extraordinaria, por la otra.”⁶⁸

Respecto a la Asamblea Mixta considero que la misma no es un tipo de asamblea, ya que en realidad constituye una modalidad en la convocatoria y en el orden del día, al tratarse en ella asuntos propios tanto de la asamblea ordinaria como de la extraordinaria.

II.2.2) El Órgano de Administración.

El Organo de Administración constituye uno de los órganos sociales de la S.A.; conjuntamente con la Asamblea de Accionistas y el Organo de Vigilancia.

La administración en la S.A. puede confiarse a una persona que la ley denomina *Administrador*, o un grupo denominado *Consejo de Administración*. Este cargo de administrador, también llamado de Consejero, es personal, temporal, revocable y remunerado.

En cuanto a las funciones del Organo de Administración , veamos que señala el maestro Barrera Graf.

“Dos son las que le corresponden: una de gestión o de administración *strictu sensu*, otra, de representación ante terceros. Aquella es interna, entre los socios y los empleados de la sociedad, que generalmente no trasciende a terceros (las deficiencias y omisiones del ente en cuanto a su organización no afecta a éstos), pero para la sociedad misma es de

⁶⁸ Martorell, Ernesto, Op. Cit, p. 231.

enorme importancia, porque se ocupa tanto de la organización de la empresa que la sociedad constituya, y cuyo funcionamiento adecuado y oportuno significa el cumplimiento del objeto o finalidad de la sociedad, como del nombramiento de los administradores, la atribución de funciones y facultades, los cargos que se les confiere y las limitaciones que se les impone. La actividad representativa, en cambio, es externa, es decir, se da para relacionar la sociedad con terceros, y actúa y opera frente al público, permitiendo que se celebren contratos, que se adquieran derechos y que asuman obligaciones respecto de ellos.”⁶⁹

También refiere Barrera Graf que a esas dos funciones se les suele agregar otra más, la ejecución de resoluciones y acuerdos de las asambleas.

Otra forma de expresar las mismas funciones la encontramos en el libro *Todo sobre Sociedades Anónimas*, Ed. de Vecchi, España, donde queda precisado que:

“Este Órgano ejecutivo tiene una triple función: ejecutar la voluntad social (expresada por los acuerdos aprobados por la Junta General); gestionar los intereses de la sociedad, (es decir, dirigir sus negocios comerciales, industriales o de servicios) y representar a la sociedad frente a terceros (es decir, contratar obligaciones, ejercer sus derechos, gestionar ante la administración, etc. en su nombre).”⁷⁰

Los administradores son considerados *mandatarios*, según el artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y el artículo 157 indica que les corresponde “la responsabilidad inherente a su mandato”

El Dr. Barrera Graf no está de acuerdo con esta categorización de los administradores, al señalar:

“Sin embargo, no se trata de la figura contractual del mandato, tanto porque la función y el carácter del órgano son necesarios y no meramente

⁶⁹ Barrera Graf, Jorge, Op. cit., p. 570.

convencionales, como es el caso del mandato y de la comisión mercantil, como porque su carácter no deriva de un acuerdo de voluntades, sino de un acto unilateral, como es su nombramiento por la asamblea, y en fin, porque al administrador, no sólo corresponde la función representativa propia de dicho contrato, sino también otra de igual importancia y que es ajena a éste, a saber, las funciones de gestión, o sea, la organización de la compañía. Rechazamos, pues, con la doctrina dominante nacional y extranjera, que se trate de mandatarios, y afirmamos, en cambio, que estamos ante una figura *sui generis*, a la que corresponden las notas aludidas, gestión, representación legales de la S.A. (y de cualquier otro tipo de sociedad) y ejecución de los acuerdos sociales".⁷¹

La Asamblea General Ordinaria de Accionistas es la encargada para designar al Organismo de Administración, excepto en los casos en que esta designación la haga la asamblea constitutiva. Este acuerdo deberá tomarse por mayoría; aunque la L.G.S.M. en su artículo 144, ha concedido una especial protección a la minoría, siempre que alcance el 25% del capital social y que los administradores designados sean 3 o más, en cuyo caso la referida minoría nombrará un consejero. Este nombramiento deberá hacerse por el grupo minoritario mismo y dentro de la propia asamblea ordinaria.

En el caso de España, cuando se utilice el sistema de fundación simultánea, los administradores iniciales serán nombrados por los socios fundadores y por la Junta Constituyente, cuando la sociedad se constituya en forma "sucesiva" o "de suscripción pública", en ambos casos por un período no menor de 5 años. Dichos nombramientos deberán ser ratificados por la Junta General de Accionistas, a quien corresponderá decidir sobre los posteriores.

Como ya habíamos expresado, el Órgano de Administración puede estar formado por un sólo administrador, el llamado Administrador Unico, o dos o más, en cuyo

⁷⁰ Equipo Jurídico D.V.E.. *Todo sobre Sociedades Anónimas*, Ed. de Vecchi, España, 1990, p. 96.

⁷¹ Barrera Graf, Jorge, Op. Cit., p. 571.

caso se trata de un Consejo de Administración, el cual está regulado en los artículos 142 y 143 de la L.G.S.M.

Los miembros de este Consejo se llaman consejeros o administradores.

La decisión de que sea Administrador Único o Consejo de Administración, por lo general debe aparecer en el contrato social; y si éste no lo recoge, decide la asamblea de accionistas.

En el caso de la legislación argentina de la materia (Ley 19.550), en su artículo 255, establece que en la S.A. "la administración estará a cargo de un directorio compuesto por uno o mas directores designados por la asamblea de accionistas o el consejo de vigilancia, en su caso".

Según el artículo 143 de la L.G.S.M. "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"

Cuando termina el plazo para el que hubieran sido designados, los administradores deben continuar en el desempeño de sus funciones, hasta que los nuevos designados tomen posesión del cargo; excepto en los casos de revocación, renuncia y cuando la asamblea acuerde exigirles responsabilidad.

Veamos en detalle las características que deben tener los administradores, estas son las siguientes:

1) Deben ser personas físicas, no morales (de acuerdo al artículo 147 de la L.G.S.M.), y deben tener la capacidad necesaria para contratar y obligar a la sociedad que representan según las normas del artículo 5º. del Código de Comercio y del art. 647 del Código Civil.

2) No deben estar inhabilitados para el ejercicio del comercio, según el artículo 151 de la L.G.S.M.; o sea, los menores, interdictos, corredores, notarios y quebrados que no hayan sido rehabilitados, no pueden ser administradores.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

3) Tienen un encargo temporal, o sea, cesan en sus cargos cuando de manera expresa o implícitamente, sean revocados de sus cargos por la asamblea de accionistas correspondiente.

4) Su carácter es eminentemente revocable por la asamblea de accionistas que los nombra. La propia asamblea los puede sustituir discrecionalmente y revocar su nombramiento, sin que los cesados tengan más recursos que un acción de indemnización por los daños y perjuicios que sufrieren; en el caso de que no hubiere causa justificada para la revocación.

5) Es un actividad remunerada, esto se desprende de lo preceptuado en el art. 181, fracción tercera de la L.G.S.M. (lo referente a los emolumentos) y de lo estipulado en el Código Civil, arts. 2607, 2608 y el art. 2549.

Esta remuneración puede excluirse por disposición estatutaria, también por resolución de la asamblea al ser designados, y además los administradores pueden renunciar a ella. Las formas de pago pueden ser las siguientes: una cantidad fija, participación en utilidades que arroje el balance y asignación de acciones en aumentos de capital que al efecto se decreten.

6) Pueden ser socios o personas ajenas a la sociedad (Art. 142, L.G.S.M.) Sin embargo, en los estatutos se pueden fijar condiciones especiales para ser administrador. Lo que no será válido, son resoluciones de la asamblea, que sin el referido apoyo estatutario, exigiera alguno de esos requisitos, o impidiera que figurara como candidato una persona carente de ciertas calidades.

En la legislación argentina, tampoco es necesaria la calidad de accionista para ser administrador. "El artículo 256 de la Ley 19.550 establece que no es necesaria la calidad de accionista para ser director, el cargo se funda, ante todo, en la capacidad o idoneidad para ejercerlo; que no depende de la titularidad del capital, como bien se dice en la Exposición de Motivos."⁷²

⁷² Mascheroni, Fernando, *Sociedades Comerciales*, Op. cit., p.324.

Sin embargo la Ley 22.903, introdujo en el artículo 256 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina, nuevos requisitos para ser directores (administradores), por ejemplo, que la mayoría absoluta de los mismos deben tener domicilio real en la República, y que todos ellos deben constituir un domicilio especial en la República, donde serán válidas las notificaciones que se les efectúen con motivo del ejercicio de su funciones, incluyéndose las referentes a la acción de responsabilidad.

En España, la ley no exige ninguna condición especial para ser nombrado administrador. Tampoco se exige en esta legislación la condición de accionista para el mismo.

El cargo de administrador y de gerente no podrán desempeñarse por medio de representante.

El artículo 145 de la L.G.S.M. establece que la Asamblea General de Accionistas y el Consejo de Administración podrán nombrar uno o varios gerentes generales o especiales, sean o no accionistas. Estos, conjuntamente con los administradores, deben prestar la garantía que determinen los estatutos, o en su defecto, la asamblea general de accionistas, con vistas a asegurar la responsabilidad que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos, según lo estipulado en el Artículo 152 de la L.G.S.M. Está prohibido que se inscriban en el Registro de Comercio los nombramientos de unos y otros, sin que se compruebe que se ha prestado la correspondiente garantía.

Analicemos ahora el funcionamiento del Órgano de Administración.

En el caso del Administrador Único, por ser una persona física, tiene la responsabilidad de resolver todos y cualesquiera actos de gestión y de representación que correspondan al órgano, ya sea por la ley, por acuerdo de la asamblea o por disposición de los Estatutos.

Con relación a las funciones del Administrador Unico, el Dr. Barrera Graf expone el siguiente criterio:

"A dicho administrador corresponde tanto la representación como la gestión general de la sociedad; y responde personalmente por el debido, diligente, y oportuno cumplimiento de sus obligaciones"⁷³

Al Consejo de Administración, como órgano colegiado, le corresponden las facultades de gestión y administración, excepto lo que el estatuto indique respecto a facultades especiales de este tipo que se puedan otorgar a uno o a varios miembros.

El funcionamiento de este órgano requiere que sus miembros se constituyan en Junta de Consejo; por tanto excepto las facultades especiales mencionadas en el párrafo anterior, ningún acto o resolución de los administradores es válido si se toma fuera de la reunión, o sin que ésta se constituya debidamente.

Es necesario que la junta se convoque por el Presidente o el Secretario del Consejo, la convocatoria debe llegar oportunamente a conocimiento de administradores, propietarios y suplentes, debe contener el día, lugar, hora de celebración y orden del día y ser firmada por quién haga la misma.

Veamos que señala el maestro Barrera Graf, con respecto a los quórum de votación.

"Debe concurrir la mayoría de sus miembros para que la Junta pueda constituirse (quórum de asistencia), y debe votar favorablemente la mayoría de los presentes para que los acuerdos que se adopten sean válidos (quórum de votación) (artículo 143, tercer párrafo). Corresponde al Presidente intervenir en caso de empate, con voto de calidad, salvo que los estatutos lo priven de él. En estos casos de empate, que no pueda resolver el Consejo, el asunto se llevaría a la asamblea para que ella decidiera y si esto no ocurriera, se daría un motivo de disolución de la sociedad, por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad. (art. 229, fracción II)⁷⁴

⁷³ Barrera Graf, Jorge, Op. Cit., p. 576.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 577.

Los quórum que indica el artículo 143 podrán aumentarse por cláusula expresa del contrato social, respecto de lo cual la ley es omisa. En la práctica es frecuente que se exija una mayoría mas elevada para constituir la junta, así como para adoptar acuerdos.

En el caso de la legislación española, de entre los vocales del Consejo de Administración, deberán elegir un Presidente y un Secretario, también podrán elegir a un Vicepresidente para reemplazar al Presidente en caso necesario.

Al igual que en la legislación mexicana, la convocatoria para las reuniones del Consejo, las hará el Presidente del mismo.

El Consejo quedará válidamente constituido si concurre a la reunión la mitad mas uno de los vocales, personalmente o por medio de representante; y en cuanto a los acuerdos del mismo, se adoptarán por mayoría absoluta de votos de los vocales presentes.

En el caso de Argentina, la ley 19.550 en su artículo 260 establece que "el estatuto debe reglamentar la constitución y funcionamiento del directorio", entendido éste como el órgano de administración. El artículo 267 de la citada ley imponía la obligatoriedad de una reunión mensual del directorio como mínimo; pero la ley 22.903, la cual modificó algunos artículos de la Ley 19.550, amplía esta periodicidad mínima a tres meses, salvo que el estatuto social exigiere una frecuencia mayor, y sin perjuicio de las que se celebraren a requerimiento de cualquiera de los directores.

La convocatoria también será hecha en éste caso por el Presidente, para reunirse dentro del quinto día de recibido el pedido de cualquier director, de no hacerlo, podrá convocar la reunión cualquiera de los directores. El texto de la ley 22.903 agrega: "La convocatoria deberá indicar los temas a tratar".

Con respecto al quórum del directorio, en estos momentos la legislación argentina señala que será la mayoría absoluta de sus integrantes.

También debemos señalar que, sin perjuicio de la disposición legal, el estatuto puede establecer requisitos mas severos para el quórum; ej: dos tercios o tres cuartos, si ello conjuga los intereses de la sociedad o de los accionistas.

Para la adopción de resoluciones, si es un directorio compuesto por dos miembros, la adopción de las mismas requerirá de la unanimidad. Si los directores son tres o más regirá la norma común a todo cuerpo colegiado, las decisiones se adoptarán por mayoría absoluta, o sea, constituida por mas de la mitad de los directores presentes en la reunión respectiva.

Frecuentemente se observa que los estatutos prevean la existencia de administradores suplentes, que lo serían de los propietarios que también se indiquen y señalarán además, la forma de esta suplencia.

Con respecto a los administradores suplentes, el Dr. Barrera Graf considera lo siguiente:

“Los suplentes tienen derecho a votar e integrar quórum, para todos los efectos legales. Los estatutos también señalarían su retribución y si así no fuera, les correspondería la del titular a quien suplan. Están sujetos a los mismos requisitos y garantías (artículos 151 al 165), igual responsabilidad (artículos 157, 158 y 160), que los propietarios, pero como es obvio, sólo la asumen en cuanto están en funciones.”⁷⁵

Enumeramos ahora las funciones mas importantes de los administradores, en cuanto a gestión y representación se refiere:

-En primer lugar, el deber de la ejecución “exacta” de los acuerdos de toda clase de asamblea de accionistas (artículo 158, fracción cuarta L.G.S.M.)

-En segundo lugar, preparar los estados financieros de la sociedad, para su presentación a la asamblea ordinaria, según lo regulado en el artículo 172 de la L.G.S.M.

⁷⁵ Ibidem, p. 578.

-En tercer lugar, nombrar los gerentes y apoderados, según lo preceptuado en los artículos 145 y 149 L.G.S.M.

-En cuarto lugar, delegar sus facultades sin que en ninguno de esos supuestos de delegación se restrinjan éstas facultades, de acuerdo a lo establecido en el artículo 150 de la L.G.S.M.

El efecto propio y natural de los actos y negocios jurídicos celebrados y ejecutados por el órgano de administración, se entienden celebrados por la sociedad, a la cual obligan como consecuencia natural de que los acreedores obran a nombre y por cuenta de ella.

Se presume que frente a terceros, los actos realizados por los administradores son válidos; y si luego la asamblea los anula, éstos se mantienen como válidos frente a terceros, excepto que se pruebe que son de mala fe.

Con referencia al cumplimiento de los acuerdos de las asambleas, el órgano no está obligado a cumplirlas cuando aquellas resoluciones se hayan adoptado en violación de la ley o de disposiciones estatutarias, y que, por consecuencia, los administradores consideren que son anulables.

El artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que "la representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad".

Este puede ser considerado el ámbito normal de las facultades y atribuciones del órgano de administración.

Veamos que expone el Dr. Barrera Graf, quien citando al autor Minervini, y con relación a la representación y gestión del Órgano de Administración, opina lo siguiente:

"Ahora bien, representación y gestión corresponden al órgano mismo: si se trata de un sólo administrador, él será el gestor y representante legal,

con dicho cúmulo de facultades; en cambio si se trata de una administración colegiada (Consejo de Administración), la representación corresponde al colegio, al consejo mismo, y no a cada uno de sus miembros, salvo que los estatutos concedan facultades expresas a algunos consejeros”.⁷⁶

Según el artículo 6, fracción IX, de la L.G.S.M., los estatutos pueden atribuir a alguno de sus miembros, la firma social, entendiéndose ésta como la indicación del administrador a quien corresponda notificar a los terceros la voluntad social y recibir de dichos terceros las notificaciones que estos quieran hacer a la sociedad; así como la ejecución a nombre de la sociedad de los actos concretos que se le encomienden. Además, la propia ley, en su artículo 148 señala que “respecto a la ejecución de actos concretos” el Consejo de Administración podrá nombrar un delegado y de no hacerse dicha designación especial, la representación corresponderá entonces al Presidente del Consejo.

Para el Dr. Walter Frisch Philipp, en su obra *Sociedad Anónima Mexicana* “En el derecho mexicano la posición de los administradores es diferente a la existente en Alemania y Austria como muestra el artículo 178, L.S.M. Se desprende de esto que la asamblea general pueda intervenir en cualquier acto de administración y ordenar a los administradores el cumplimiento de sus obligaciones”⁷⁷

Además en la propia obra, el Dr. Walter Frisch considera que la disposición del artículo 142 de la L.G.S.M., por la cual “la administración de la S.A. estará a cargo de uno o varios mandatarios”, está limitada por el citado artículo 178 y además por el artículo 166, fracción V (referido éste al hecho de conceder a los comisarios, la facultad de hacer que se inserten en el orden del día de las sesiones del Consejo de Administración, los puntos que crean pertinentes).

En este aspecto coincidimos plenamente con el Dr. Walter Frisch.

⁷⁶ Ibidem, p. 579.

⁷⁷ Frisch Philipp, Walter, *Sociedad Anónima Mexicana*, Ed. Harla, México, 1994, p. 383.

Veamos ahora que expone el Dr. Fernando Mascheroni con respecto al Directorio en el caso de Argentina.

“El Directorio, para referirnos a nuestro objeto de estudio, no es considerado ya un mandatario de la sociedad o de los socios, sino uno de los órganos legales instituidos dentro de la estructura del tipo societario. Conforme a la teoría orgánica, las facultades de la asamblea, del directorio o la sindicatura, así como la de órganos correlativos en otros tipos societarios, no emanan de un contrato expreso o tácito, sino de la ley misma”.⁷⁸

En estos momentos, comenta además Mascheroni, se puede advertir que la Ley de Sociedades Comerciales no establece concretamente las atribuciones del órgano administrador, como lo hace con la asamblea de accionistas (artículos 234 y 235), la sindicatura (artículo 294) y el consejo de vigilancia (artículo 281). La misma sólo habla de “administración y representación” en el Título 6º. de la Sección V, dedicada a la S.A.; en este título se omite la referencia a las funciones directivas propiamente dichas.

Veamos otro comentario de Fernando Mascheroni al respecto:

“Dado que la ley especifica las atribuciones de la asamblea y del órgano fiscalizador, como se ha visto, no haciendo lo propio con las del órgano administrador, cabe entender que toda especie de actos no atribuidos a la asamblea, sindicatura o consejo de vigilancia, es de competencia del directorio, determinada por vía de exclusión o descarte”.⁷⁹

Fernando Mascheroni clasifica a los actos propios del Directorio, según su naturaleza, en actos de gestión, actos de decisión y actos de disposición.

Los *actos de gestión* son todos aquellos que realiza el Directorio en el diario cumplimiento del objeto social. Pueden ser también denominados actos de ejecución u operativos y se relacionan directamente con la gestión empresarial habitual. Estos

⁷⁸ Mascheroni, Fernando, Op. Cit., p. 353.

⁷⁹ Ibidem, p. 354.

actos son delegables en gerentes, directores o no, según el artículo 270 de la Ley 19.550.

Los *actos de decisión* son aquellas resoluciones referentes a la decisión de la política general de la empresa; al otorgamiento de mandatos generales o especiales a directores o a terceros; a la celebración de contratos con otras sociedades para negocios o empresas comunes; a la convocatoria de asambleas ordinarias y extraordinarias, etc. En todos ellos se ejerce la función directiva propiamente dicha, mas allá de la mera administración.

Los *actos de disposición* los define como enajenación de bienes sociales, ej: ventas de los productos de la empresa, enajenación de bienes de activo fijo de la empresa, etc. En cuanto a éstos, Mascheroni considera que el Directorio tiene facultades para disponer de ellos, excepto que el estatuto restrinja o elimine expresamente esas facultades.

En lo referente a la representación legal del Directorio, Mascheroni señala:

“La representación legal es la proyección externa de la sociedad. Se ha agregado que, en ejercicio de dicha representación, el órgano administrador es la sociedad misma. Esto implica que quien contrata con el representante legal, lo está haciendo con la sociedad representada. En otras palabras, la representación legal es un medio o instrumento técnico implementado por la ley para posibilitar la relación de la persona jurídica con terceros.”⁸⁰

A pesar de que en principio, la representación legal es una atribución del Directorio, como ente colegiado, vemos que la Ley 19.550 adjudica, en su artículo 268, la representación social al Presidente del Directorio; y sin perjuicio de lo planteado en éste, el propio artículo agrega que “el estatuto puede autorizar la actuación de uno o mas directores”, o sea, que no es claro el texto legal en comento, en lo referente a la representación de la S.A.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 357.

Según refiere Mascheroni en el citado libro *Sociedades Comerciales*, a partir de la Resolución No. 1065/7, se interpretó restrictivamente la norma del artículo 268 por parte de la Inspección General de Personas Jurídicas, lo cual contribuyó a engendrar problemas con su aplicación.

En la actualidad, y según su opinión:

“Los textos estatutarios pueden adoptar cualquiera de estas variantes:

- a) el representante legal es el presidente del directorio, con exclusión de todo otro director;
- b) los representantes legales son el presidente o el vicepresidente, indistintamente;
- c) pueden serlo el presidente y el vicepresidente, conjuntamente, o el presidente con uno o mas directores, o bien dos o mas directores, en todos los casos conjuntamente;
- d) en todos los casos, debe entenderse, aunque no conste en el texto estatutario, que el vicepresidente reemplaza al presidente en caso de ausencia o impedimento de éste”.⁸¹

Considero que de los sistemas expuestos por el autor Mascheroni el mas adecuado sería que el representante legal sea el Presidente del Directorio, con exclusión de todo otro director, y además debe hacerse constar en el texto estatutario que el Vicepresidente reemplace al Presidente en caso de ausencia o impedimento de éste. Esto último protegería la toma de decisiones del órgano administrativo en caso de ausencia del Presidente, logrando con ello que el Vicepresidente adquiriera tanto la representación como el voto de calidad.

⁸¹ Ibidem. p. 358-359.

II.2.3) El Órgano de Vigilancia.

El Órgano de Vigilancia es uno de los tres órganos sociales obligatorios en la S.A., no siendo de ésta manera en las sociedades personales ni en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, donde la existencia y constitución de éste órgano es facultativa; porque de ella se encargan los mismos socios.

Es un órgano necesario y sus funciones son obligatorias. Es necesario porque la sociedad no funciona sin que sean designados los comisarios en la escritura constitutiva; y sus funciones son obligatorias porque el contrato social no puede cambiarlas ni eliminarlas para atribuirles otras de distinta naturaleza.

El Dr. Ernesto Eduardo Martorell, en su obra *Sociedades Anónimas*, y citando al autor Horacio P. Fragosi, define al Consejo de Vigilancia de la siguiente manera:

“Se puede definir, entonces, al Consejo de Vigilancia, como el órgano que tiene por misión permanente fiscalizar los aspectos formales de la administración social y controlar su gestión, con cargo de informar periódicamente a los accionistas al respecto; además estatutariamente pueden atribuírsele facultades de coadministración”.⁸²

En cuanto a la evolución histórica del Órgano de Vigilancia, veamos que señala el autor Miguel A. Sasot, en su obra *Sociedades Anónimas, Sindicatura y Consejo de Vigilancia*.

“Refiriéndose a la evolución histórica del Consejo de Vigilancia en Alemania, Fischer consigna que en principio la función de control era desempeñada por los principales accionistas en virtud de un derecho que les asistía en calidad de tales, hasta que más tarde cuando la Asamblea General hubo adquirido mayor importancia y se estableció la práctica de

⁸² Martorell, Ernesto, Op. Cit, p. 386.

que ésta delegase en varios accionistas de su seno para formar un Comité adjunto a la dirección, éste Comité fue asumiendo poco a poco el carácter de órgano social, convirtiéndose en Consejo de Vigilancia, con facultades para dar a la dirección normas obligatorias para que realice o se abstenga de realizar ciertos actos en su gestión, así como la de fiscalizar los asuntos gestionados"⁸³

En Alemania, el Consejo de Vigilancia, ya figuraba en la Ley de sociedades comanditas por acciones del 11 de junio de 1870; y en la Ley del 18 de julio de 1884 se estableció que las disposiciones previstas para el Consejo de Vigilancia de dichas sociedades se aplicarían al de las sociedades anónimas, considerándose como obligación del Consejo "vigilar a la dirección en los negocios que haga en todos los ramos de la administración y al efecto se informará de la marcha de la sociedad"

Con respecto a la evolución en Alemania del órgano social que estamos analizando, el citado autor Miguel Sasot expone los siguiente:

"Pero es a partir de la Ley del año 1937 sobre sociedades por acciones que el Consejo de Vigilancia queda estructurado en función de la doctrina nacional-socialista que ve en la sociedad anónima no un simple contrato que regula las relaciones entre quienes lo celebraron, sino un ente corporativo que debe actuar contemplando los intereses de la comunidad dentro de la cual actúa y dando participación en su conducción a los trabajadores de la empresa"⁸⁴

En esta época, en la propia Alemania, el Consejo de Vigilancia ve reforzada su posición no sólo por la facultad de designar a los directores; sino también por reservarse el derecho de negar autorización al órgano de administración para

⁸³ Sasot Betes, Miguel A. , *Sociedades Anónimas, Sindicatura y Consejo de Vigilancia*, Ed. Abaco, Argentina, 1986, pp. 255-256.

⁸⁴ Idem.

celebrar determinados contratos. Al propio tiempo llevaron a los accionistas a una situación secundaria.

Con respecto al rol actual del Consejo de Vigilancia en Alemania, Miguel Sasot considera lo que a continuación exponemos:

"Si bien la Ley de Sociedades por Acciones de 1965 ha moderado en parte el contenido político de la Ley de 1937, se mantiene la designación por la asamblea del Consejo de Vigilancia, quien a su vez designa los miembros del directorio (Vorstand) construcción que trata de asegurar que la sociedad sea conducida en función del interés social"⁸⁵

En Francia se produjo un amplio y controvertido debate parlamentario, previamente a la inclusión de la figura del Consejo de Vigilancia en la Ley General de Sociedades Mercantiles, para el control interno de la S.A.. Su adopción, más que una exteriorización de reconocimiento de la bondad de este instituto del derecho germánico, fue la necesidad de ir acomodando su legislación sobre sociedades anónimas a las normativas del Mercado Común Europeo y de la Sociedad Anónima Europea, que optó por el Consejo de Vigilancia.

En el caso de la República Argentina la figura del Consejo de Vigilancia, se introduce en la Ley de Sociedades Comerciales de 1972 (Ley 19.550). Con relación a este órgano, la citada ley en su Exposición de Motivos señala lo siguiente:

"La Comisión estima que el remedio debe hallarse en una reestructuración total de la institución o en el funcionamiento del Consejo de Vigilancia"

Por estas consideraciones es que se le da entrada en la citada ley a ese instituto de carácter opcional y con la posibilidad de coexistencia con la sindicatura. Se incorpora así en el derecho societario argentino, dicha institución del derecho germano; la cual consiste en entregar el control de la gestión del órgano de administración a un

⁸⁵ Ibidem, p. 257.

conjunto de accionistas designados por los propios accionistas a través de la asamblea ordinaria.

La importancia del Órgano de Vigilancia la vemos reflejada en el artículo 91, fracción V de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, donde se exige "el nombramiento de uno o varios comisarios" en la escritura constitutiva, y en el caso de la asamblea constitutiva con la cual termina la constitución sucesiva de la S.A., el artículo 100, en su fracción IV señala que "se ocupará de hacer el nombramiento de los administradores y comisarios".

De acuerdo con esta regulación legal, podemos deducir que el nombramiento inicial de uno o varios comisarios que constituyan el Organo de Vigilancia, es requisito esencial e indispensable; por lo cual su omisión podrá facultar a cualquiera de los socios a demandar su inclusión en la escritura y que se nombre al o los mismos.

El artículo 164 de la L.G.S.M. refrenda la función de vigilancia que debe realizar el comisario, agregando que dicho cargo será temporal, revocable y podrán ocuparlo los socios o personas ajenas a la sociedad; personas físicas o sociedades civiles o mercantiles, cuyo objeto social lo permita expresa o tácitamente.

Los comisarios son designados por la Asamblea de Accionistas, y excepcionalmente por un juez, (según el artículo 168 de la L.G.S.M.), a través de un acto unilateral y por resolución de la junta de socios y el comisario debe aceptar el cargo para entrar en funciones.

El maestro Barrera Graf, citando a los autores Rodríguez Rodríguez y a César Vivante, con relación al órgano social en cuestión señala:

" Como su nombre indica corresponde a este órgano, de manera permanente y continua, la inspección y la vigilancia de la S.A.(artículo 164), así como la tutela y el control de los derechos y las obligaciones

involucrados en la actuación de ella; y ello, en el sentido mas amplio y general, o sea, tanto respecto a la constitución del ente, para que se apegue a derecho y a las estipulaciones del contrato social, como en sentido más concreto y específico, respecto al funcionamiento de los otros dos órganos, la asamblea y principalmente la administración, y la protección y salvaguarda de los derechos de los socios y de las minorías. Sus funciones y atribuciones legales no pueden restringirse por el contrato social o por acuerdos de la asamblea o del órgano de administración, so pena de nulidad".⁸⁶

En el artículo 166 de la L.G.S.M. se refrendan las diversas facultades y obligaciones de los comisarios, mismas que son las siguientes:

- 1.- Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que exige el artículo 152, dando cuenta sin demora de cualquiera irregularidad a la asamblea general de accionistas.
- 2.- Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados.
- 3.- Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones que la ley les impone y para poder rendir fundadamente el dictamen referido en el inciso cuarto del propio artículo.
- 4.- Rendir anualmente a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el Consejo de Administración a la propia Asamblea de Accionistas. Este informe deberá incluir, al menos:

⁸⁶ Barrera Graf, Op. cit., pp. 596-597.

a) La opinión del comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.

b) La opinión del comisario sobre si estas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.

c) La opinión del comisario sobre si, como consecuencia de lo señalado en el inciso anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.

5) Hacer que se inserten en la orden del día de las sesiones del Consejo de Administración y de las Asambleas de Accionistas, los puntos que crean pertinentes.

6) Convocar a las asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los administradores y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente.

7) Asistir con voz, pero sin voto, a todas las sesiones del Consejo de Administración, a las cuales deberán ser citados.

8) Asistir con voz, pero sin voto, a las asambleas de accionistas.

9) En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo, todas las operaciones de la sociedad.

Esta última fracción, al señalar "vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad", está englobando el resto de las actividades, ya sean actos o negocios en que participe la sociedad; en los cuales los comisarios están facultados para examinar y enterarse, siempre que su conducta se concrete a dicha

tarea de vigilancia, pues no le corresponden a éste órgano las funciones de administración o de representación de la sociedad.

El maestro Barrera Graf, citando a los autores Graziani y Galgano, señala con respecto a la función de este órgano que analizamos, lo siguiente:

“La función o competencia del órgano de vigilancia consiste en esto precisamente, en realizar funciones de control sobre la actuación de los otros dos, la asamblea y la administración; de este último sobre todo, del que debe velar, custodiar y controlar su actividad y todas las operaciones que sean a su cargo, tanto internamente, en el aspecto administrativo estricto, como externamente, en las funciones de los administradores, de representación frente a terceros. Y desde este último punto de vista, también vigila, supervisa, controla, la actuación de cualesquiera otros representantes de la S.A., sin que por ello pierda su función meramente interna de control”.⁸⁷

Una observación muy acertada realiza el maestro Barrera Graf, respecto a la finalidad del órgano en cuestión al señalar:

“La finalidad del órgano tiende, en primer lugar, a mantener a la S.A. como un ente en el que se conjugan intereses privados y públicos, en cuanto que en él se centran y están involucrados, no sólo los derechos de los accionistas individualmente considerados y los grupos minoritarios, sino también de los acreedores sociales, entre ellos los del fisco, y aún el crédito público por la enorme extensión e importancia que ciertas S.A. tienen en la economía contemporánea”.⁸⁸

El servicio que brindan los comisarios, es un servicio de carácter necesario y permanente, y lo realizan como partes integrantes de un órgano.

⁸⁷ Ibidem, p. 598.

Abundando más en la labor de vigilancia y control de los comisarios, tenemos a bien exponer lo que plantea el maestro Barrera Graf al respecto:

“La labor de vigilancia y control de los comisarios comprende, no solamente los actos y negocios que realicen los administradores, sino también los que cumplan otros representantes de la sociedad, como pueden ser los gerentes o directores, los apoderados y los delegados; y también, obviamente, las personas que los auxilien en sus tareas de acuerdo con el artículo 169. En efecto, puesto que vigilan el correcto funcionamiento de las asambleas y del órgano de administración, les corresponde idéntica función respecto a la actividad de dichos representantes, con independencia del órgano que los designe, así como de los actos y negocios que la sociedad realice a través de ellos. Su intervención y sus deberes consisten en percatarse y verificar que la actividad social es ordenada y que se realiza de acuerdo con la ley y con las estipulaciones del pacto; consisten también en examinar los actos y operaciones, y dictaminar y opinar sobre su regularidad y conveniencia”.⁸⁹

Con respecto a la falta de independencia y libertad de los comisarios en la legislación mexicana, coincido plenamente con el Dr. Barrera Graf; ya que teniendo en cuenta la gran importancia que posee este órgano, debiera ostentar una independencia real en cuanto a funcionamiento, nombramiento o revocación que en la práctica no la tienen; por lo cual no pueden hacer frente como se requeriría realmente, en casos de violación de derechos de los socios, realización de operaciones inconvenientes, ajenas al fin social o altamente riesgosas, por parte de la asamblea de accionistas.

El maestro Barrera Graf, con respecto al sistema actual del Órgano de Vigilancia y citando a los autores Mantilla Molina y a Hirsch, señala lo siguiente:

“Como está regulado y estructurado por la L.G.S.M. el órgano de vigilancia de las S.A. y de la S.R.L., como sociedades privadas de capitales, no

⁸⁸ Idem.

cumple sus funciones, porque en efecto, en la práctica de los negocios, no vigila ni controla o supervisa las operaciones y la actividad de los administradores, ni verifica y comprueba realmente la llevanza y el contenido de la contabilidad (incluyendo los diversos libros sociales), ni protege a los socios ni a la minoría. El comisario sólo es hechura y comparsa de los administradores, quienes no sólo los designan, cuidando únicamente de no incurrir en las incompatibilidades que enumera el artículo 165, sino a quienes también les corresponde la facultad irrestricta de revocar su nombramiento. Por otra parte, ninguna exigencia ni garantía requiere la ley al respecto a su preparación y competencia, por lo que el comisario, persona física, puede ser cualquier hijo de vecino, con tal de ser mayor de edad, y cualquiera persona moral, si su objeto social no lo impide”.⁹⁰

Al propio tiempo considera que:

“Todos los Proyectos para un nuevo Código de Comercio y para una nueva L.G.S.M., que se han sucedido (sin que sobre ellos se haya mostrado ningún interés real de su implantación por parte del Estado o de nuestros especialistas) han propuesto la modificación de éste órgano, que bien estructurado podría funcionar adecuadamente, y podría lograr la actuación correcta y conveniente de las S.A. y de las S.R.L, y de sus órganos, así como el respeto y protección de todos los intereses involucrados en su funcionamiento”.⁹¹

Los comisarios que se nombren deben prestar la garantía que determinen lo estatutos, o la asamblea general en su defecto, para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos. Este extremo está recogido en el artículo 152 en relación con el artículo 171 de la L.G.S.M.

⁸⁹ Ibidem, p. 606

⁹⁰ Ibidem, p. 609.

⁹¹ Idem.

El Órgano de Vigilancia, a diferencia del Organo de Administración, no es un órgano colegiado; ya que cada comisario actúa y responde individualmente, según lo dispuesto por el artículo 169 de la L.G.S.M.; o sea, cada uno en el ejercicio de sus funciones, puede actuar independientemente del comportamiento de los otros.

Es un derecho de la minoría de accionistas, el poder nombrar un comisario cuando el contrato social, o la asamblea resuelva que sean 3 o más los comisarios; esto según lo estipulado en el artículo 144 de la L.G.S.M. En la práctica corporativa de México, esto es algo no frecuente.

La minoría que estará legitimada para nombrar un comisario será de un 25% en S.A. privadas y 10 % en S.A. públicas (aquellas que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores) y éste derecho sólo podrá ejercerse en el seno de la Asamblea General Ordinaria.

Se pueden también nombrar comisarios suplentes, al igual que en el caso de los administradores, a dichos comisarios suplentes les corresponderá una retribución que puede fijarse en los estatutos o indicarse por la asamblea.

En el artículo 169 de la L.G.S.M., se señala que los comisarios podrán auxiliarse y apoyarse en el trabajo de personal que actúe bajo su dirección y dependencia o en los servicios de técnicos o profesionistas independientes cuya contratación o designación dependa de los propios comisarios; aunque los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen.

Las facultades de los comisarios se concretan a opinar y manifestar sus puntos de vista, oficiosamente o a pedimento de los accionistas y de los acreedores. Las oposiciones y críticas que formulen pueden referirse a la oportunidad y suficiencia de los asuntos respectivos, o al mérito (conveniencia o razonabilidad)

El artículo 172, último párrafo de la L.G.S.M. dispone que los comisarios deberán preparar un informe y dirigirlo a la Asamblea General Ordinaria; en el cual se refieran y tomen en consideración todos los supuestos del a) al g) del artículo 172. Éste informe se pondrá a disposición de los accionistas al menos 15 días antes de la fecha de la asamblea que deba discutirlo.

Esta obligación del Organo de Vigilancia, se relaciona con el derecho del mismo a ser informado por los administradores del estado económico de la sociedad, y del curso de las actividades a cargo de éstos. Además, está relacionada con la obligación de los comisarios de informar a los accionistas mediante los estados financieros.

Las prohibiciones e incompatibilidades para ser comisario están refrendadas en el artículo 165 de la L.G.S.M., estas son:

a) Los que conforme a la ley estén inhabilitados para el ejercicio del comercio, que corresponde a la fracción primera del citado artículo.

b) Los empleados de la sociedad. Aquí se incluyen directores, gerentes, auxiliares del comerciante como el contador o el abogado de la compañía, subdirectores, subgerentes, jefes de personal, de compras, de ventas y trabajadores en general, sean de confianza o no. Estos corresponden a la fracción segunda del artículo 165. En esta fracción también se agrega a "los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por mas de un 25% del capital social, ni los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en mas de un 50%".

c) Los parientes consanguíneos de los administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y los afines dentro del segundo grado.

El artículo 169 de la L.G.S.M. dispone que "los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el incumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen".

El maestro Barrera Graf, citando a los autores Rosas Lardizábal, Graziani y Ferri expresa lo siguiente:

"Deben actuar con la máxima diligencia, prudencia y pericia, cuando se trata de labores técnicas, normalmente a cargo de profesionales, como es el caso de sus funciones en torno a la contabilidad y en el examen y previsión de las operaciones sociales. Por ello, incurren en responsabilidad frente a la S.A., por negligencia, impericia y desde luego por dolo. Si se trata, en cambio, de funciones meramente corporativas como convocar y acudir a asambleas, y aquellas facultades que indican las fracciones I y II del artículo 166, la diligencia con que deben actuar es la de un prudente comerciante: en general, el órgano de vigilancia responde de los resultados de su gestión".⁹²

Los comisarios no incurren entre sí, ni con los administradores en responsabilidad solidaria; esto es debido a que no hay un principio general de solidaridad pasiva en el derecho mexicano, y sí solamente en algunas materias, por ejemplo, la materia cambiaria, regulado en los artículos 4º. y 154 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, o sea, que como ya habíamos dicho, sólo responden individualmente frente a la sociedad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 169 de la L.G.S.M.

Según el artículo 171 de la L.G.S.M., es aplicable a los comisarios la disposición del artículo 162 de la propia ley, en lo referente a la sanción de revocación del cargo, en ocasión de exigencia de responsabilidad a los mismos por incumplir con las obligaciones.

⁹² Ibidem, p. 607

En el caso de Argentina, el Consejo de Vigilancia coexiste con la figura de la *Sindicatura*, la cual es un órgano de actuación permanente, que tiene como misión principal fiscalizar la actuación del Órgano de Administración y la legitimidad de sus actos e informar a la asamblea sobre la exactitud y veracidad de los datos consignados en el balance y en los estados contables.

Veamos que señala el autor Miguel Sasot, con respecto a las funciones del Consejo de Vigilancia y la *Sindicatura* en Argentina:

" En la doctrina existe unidad de criterio de que en tanto que el control de la actividad del órgano de administración que se encomienda a la *sindicatura* es un control de la legalidad, el control encomendado al Consejo de Vigilancia es un control de mérito, es decir que además de vigilar que el Directorio actúe dentro de la ley y sobre los estatutos, el Consejo de Vigilancia debe juzgar sobre la oportunidad de las medidas dispuestas por el órgano de administración y de la eficacia de las políticas por éste aplicadas para llevar adelante el logro del objeto social, generar beneficios susceptibles de ser distribuidos a los accionistas como utilidades y evitar riesgos excesivos, o como acota Halperin, el Consejo de Vigilancia, ejerce la vigilancia de la prudencia de los actos del Directorio."⁹³

Además considera que: "La implantación en nuestra legislación del Consejo de Vigilancia significa la creación de una suerte de directorio paralelo."⁹⁴

En opinión del citado autor, las razones aducidas para mantener esta dualidad de controles son que por ser el Consejo de Vigilancia una novedad dentro del derecho societario argentino y por tanto, careciéndose de experiencia en cuanto a su eficacia, pueden las sociedades seguir manteniendo la *sindicatura* como forma tradicional de control sobre el órgano administrativo.

⁹³ Sasot Betes, Miguel, Op.Cit., pp. 258-259.

⁹⁴ Idem.

Las facultades enunciadas como propias por la Ley de Sociedades Comerciales a ambos órganos son irrenunciables y no delegables. Ambos órganos son independientes y gozan de igual jerarquía.

Veamos cuáles son los inconvenientes que encuentra Miguel Sasot, a la coexistencia de los dos órganos que estamos analizando:

"Se ha señalado como inconvenientes del Consejo de Vigilancia que la posible coexistencia de la sindicatura y el Consejo origina superposiciones que redundan en perjuicio de la agilidad funcional del órgano de administración, así como erogaciones que pueden resultar altamente gravosas para sociedades de mediana importancia y que al no aplicarse el sistema de elección mediante el voto acumulativo y la designación por clase de acciones cuando la designación de los directores se deja en manos del Consejo, reduce la protección de los grupos minoritarios."⁹⁵

El artículo 283 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina dice textualmente:

"Cuando el estatuto organice el consejo de vigilancia, podrá prescindir de la sindicatura prevista en los arts. 284 y siguientes. En tal caso, la sindicatura será reemplazada por auditoría anual, contratada por el Consejo de Vigilancia, y su informe sobre los estados contables se someterá a la asamblea, sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar el consejo".

O sea, como ya habíamos visto anteriormente, la Sindicatura y el Consejo de Vigilancia pueden coexistir; pero según este artículo 283, se podrá prescindir del primer órgano, en cuyo caso, el Consejo de Vigilancia contratará una auditoría anual, la cual realizará un informe de los estados contables. El costo de dicha auditoría correrá por cuenta de la sociedad.

⁹⁵ Idem.

De acuerdo con la actual Ley de Sociedades Comerciales argentina, se dispone en su art. 280 que los consejeros o comisarios serán designados por la Asamblea General de Accionistas conforme a los arts. 262 y 263; o sea, directamente por la asamblea general, por los poseedores de diversas clases de acciones cuando los estatutos les acuerden esa posibilidad, mediante el voto acumulativo y se hará con el quórum y mayoría consignados en el art. 243, es decir, que en primera convocatoria la asamblea se constituirá con la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto, y en segunda convocatoria se considerará constituida cualquiera que sea el número de accionistas presentes. Las resoluciones, en ambos casos, serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse, salvo que el estatuto exija mayor número.

La citada Ley de Sociedades Comerciales estructura esta figura como órgano colegiado, y podrá ser integrado por 3 a 15 accionistas designados por la asamblea; o sea, es condición indispensable el ser accionista para ser miembro de este Consejo de Vigilancia; la duración del cargo será la que establezcan lo Estatutos y de no contenerse en estos, será un ejercicio como mínimo y tres como máximo.

Los consejeros son reelegibles, lo que permite a la sociedad seguir contando con la colaboración de aquellos consejeros que actuaron idóneamente y con sentido de responsabilidad en el ejercicio de sus atribuciones-deberes. Sin embargo, en los Estatutos deben aparecer las condiciones de esta reelección y la misma debe ser expresa, no tácita.

Además, la asamblea está legitimada para revocar a los consejeros sin tener que justificar su decisión al respecto; asimismo como contrapartida, los consejeros pueden también libremente renunciar a sus cargos.

En cuanto a la capacidad para ser consejero, señala Miguel Sasot :

"La capacidad para ser consejero se rige por las propias normas que la capacidad para ser director y que se centran en la disposición de que no pueden ser consejeros quienes no pueden ejercer el comercio, de donde se desprende que la capacidad para ser consejero viene determinada por la capacidad para ser comerciante, lo cual no implica que el consejero deba necesariamente ser comerciante, pues su nombramiento no le confiere tal calidad"⁹⁶.

Por ser el Consejo de Vigilancia un órgano societario pluripersonal en la legislación argentina, su voluntad no puede exteriorizarse independientemente por cada consejero, ni conjuntamente por alguno de ellos, sino que se requiere su previa convocatoria para que se integre como cuerpo, delibere y decida en función de un quórum y de una mayoría.

La Ley de Sociedades Comerciales argentina establece que en los Estatutos de cada sociedad se debe reglamentar el funcionamiento del Consejo de Vigilancia. En cuanto al quórum para que se reúna dicho órgano, éste no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de sus integrantes, a tenor con lo dispuesto en el art. 260 en relación con el artículo 280 de la citada ley.

En referencia a las funciones que el artículo 281 de la Ley enuncian como inherentes a éste Órgano que analizamos, vemos que son de contenido análogo a las que establece el art. 294 de la propia ley, lo cual tiene cierta lógica debido a que en la primera redacción de la actual Ley 19.550, sólo se previó la sindicatura pero no el Consejo de Vigilancia; además, que en la redacción final de la L.S.C., la inclusión del Consejo de Vigilancia se hizo como órgano social potestativo, no obligatorio; así como la coexistencia de ambos órganos, salvo que en los estatutos se hubiera prescindido de la sindicatura sustituyéndola por una auditoría anual, y también por el reconocimiento del resto de las funciones atribuidas por la ley a los síndicos, a favor del Consejo.

⁹⁶ Ibidem, p. 272.

Dichas funciones son las siguientes:

- a) Fiscalizar la gestión del directorio. Puede examinar la contabilidad social, los bienes sociales, realizar arqueos de caja, sea directamente o por peritos que designe; recabar informes sobre contratos celebrados o en trámite de celebración, aún cuando no excedan de las atribuciones del directorio; por lo menos trimestralmente, el directorio presentará al consejo informe escrito acerca de la gestión social.
- b) Convocará la asamblea cuando estime conveniente o lo requieran accionistas conforme al artículo 236.
- c) Sin perjuicio de la aplicación del artículo 58, el estatuto puede prever que determinadas clases de actos o contratos no podrán celebrarse sin su aprobación. Denegada ésta el directorio podrá someterlo a la decisión de la asamblea.
- d) La elección de los integrantes del directorio cuando lo establezca el estatuto, sin perjuicio de su revocabilidad por la asamblea. En este caso, la remuneración será fija y la duración en el cargo podrá extenderse a cinco años.
- e) Presentar a la asamblea sus observaciones sobre la memoria del directorio y los estados contables, sometidos a consideración de la misma.
- f) Designar una o más comisiones para investigar o examinar cuestiones o denuncias de accionistas o para vigilar la ejecución de sus decisiones.
- g) Las demás funciones y facultades atribuidas por la ley a los síndicos.

Para concluir este capítulo haremos referencia a algunas consideraciones del Dr. Barrera Graf acerca de las causas de las deficiencias y graves problemas de la S.A. en México. Dicho autor señala muy sabiamente que:

“ Nuestra legislación, tanto la derogada Ley de S.A. de 1888 y el Código de Comercio de 1889, como la actual L.G.S.M, es de corte y contenido liberal a ultranza; sin injerencia o intervención del Estado ni de corporación alguna, ajena a la vida y a la actividad de las S.A.

De ahí los graves excesos y las notorias deficiencias en la vida y en el funcionamiento de nuestras sociedades: se descuidan y se burlan los derechos individuales y minoritarios de socios y accionistas, se ignoran o se manipulan los acuerdos y se propician los abusos de poder de las mayorías; los derechos de los acreedores se desprecian, se provoca y se alienta la prepotencia de los directores; se dispone por ellos o por los socios controladores, sin cortapisa ni recato alguno de los activos sociales, sobre todo últimamente de divisas, etc.”⁹⁷

Coincido con lo planteado por el Dr. Barrera Graf en la cita anterior, por lo cual y tomando en consideración otras legislaciones mas avanzadas en la materia societaria como es la legislación española, considero prudente y factible la intervención del Estado para evitar los excesos e irregularidades mencionados por el maestro Barrera.

En el caso de México intervendría el Estado Federal mediante la utilización de un Reglamento del Registro Público de Comercio, a través del cual se limitaría el acuerdo unilateral de voluntades participantes en la sociedad, imponiéndose el respeto a determinadas normas legales.

⁹⁷ Barrera Graf, Jorge, Op. Cit., pp. 609-610

Al inscribirse la sociedad, ésta deberá adherirse al mencionado Reglamento, mediante el cual el Estado vigilaría y protegería los derechos de accionistas, minorías y terceros.

Entiendo que a pesar de todas las deficiencias y errores que se le atribuyen, la actual legislación mexicana en materia de sociedades y específicamente en materia de sociedades anónimas, es mucho más completa y abarcadora que otras legislaciones de países del área; como por ejemplo, Cuba, cuya legislación en esta esfera analizaremos en el siguiente capítulo.

Capítulo III “ La Sociedad Anónima en el régimen actual de Cuba”.

III.1) Regulación de la Sociedad Anónima en el Código de Comercio vigente.

Como antecedente primario de las sociedades anónimas en Cuba tenemos que en 1795 se constituyó en La Habana una famosísima Compañía Anónima, en la que figuraron como accionistas algunos exponentes principales de la sociedad habanera de aquellos tiempos. La escritura de constitución se otorgó ante el escribano Nicolás de Frías. La misma se dedicaba a seguros marítimos generales para las cuatro partes del mundo. El capital social era de ochocientos mil pesos, distribuidos en ciento sesenta acciones de cinco mil pesos cada una y en la escritura aparecían distribuidas las acciones; no hubo necesidad de propaganda previa ni de suscripción posterior. Se dedicaron apoderados o factores en los puertos de Cádiz, Barcelona, Santander, Coruña, Tenerife, La Guayra, Campeche, Veracruz, Trujillo, Cartagena y Buenos Aires. Esta compañía subsistió durante varios años.

La regulación jurídica de la Sociedad Anónima en Cuba está contenida en el Código de Comercio promulgado en España el 22 de agosto de 1885, que fue hecho extensivo a Cuba por el Real Decreto de 28 de enero de 1886, y que rige en dicho país desde el 1º. de mayo de ese propio año.

Este Código fue elaborado para normar relaciones comerciales entre propietarios privados, en una etapa en que las relaciones capitalistas comenzaban a adquirir un desarrollo creciente y por tanto, fueron éstos los intereses que representaba.

El texto de dicha norma jurídica sufrió varias modificaciones en los diferentes gobiernos que sucedieron a la colonia, etapa que se conoce como la República Mediatizada, hasta el año 1959. No obstante, las modificaciones introducidas no cambiaron sustancialmente su parte preceptiva; sólo adaptaron algunas instituciones a las necesidades económicas de la época en que se dictaron, pero siempre dentro del contexto de las relaciones mercantiles originales.

Con el triunfo de la Revolución Cubana de 1959, comenzó una nueva etapa económica y comercial para el país. Las relaciones de intercambio comercial llegaron a ser en algunas esferas económicas, del cien por ciento con los países pertenecientes al campo socialista, basadas en las Condiciones Generales del Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME); lo que originó que se hicieran inaplicables y obsoletas las normas del Código de Comercio y otras similares.

Irónicamente, con la desaparición del campo socialista, Cuba se ha visto precisada a retomar toda aquella legislación mercantil que por más de 30 años constituyó letra muerta dentro de su sistema jurídico, y ha recommenzado a utilizarla, adaptándola sobre la marcha en la medida de sus posibilidades, a la realidad económica actual, tanto nacional como internacional; así como a los intereses del país para lograr una apertura paulatina y progresiva pero no traumática, ni para la economía nacional ni para el pueblo.

El Dr. Rodolfo Dávalos, jurista cubano, en su obra *Las Empresas Mixtas, su regulación jurídica*, refiriéndose al Código de Comercio vigente y citando al autor Joaquín Garrigues, señala:

“Las regulaciones del Código se caracterizan por el principio liberal imperante en la época, que a fuerza de ser liberal, terminó siendo inhibicionista, juzgando insuficiente diecinueve artículos para regular la complejísima materia de la sociedad anónima (artículos 151-169)”⁹⁸

Podemos considerar también que estos artículos no solamente resultan pocos e insuficientes, sino que anteponen la voluntad de los socios al mandato de la ley.

También el Dr. Dávalos comenta, en el libro de referencia, que durante muchos años la doctrina y la jurisprudencia españolas trataron de colmar las lagunas del citado Código de Comercio en su regulación de la sociedad anónima; por lo cual el jurista

⁹⁸ Dávalos, Rodolfo, Op. Cit., p. 71.

cubano ha tenido buscar, en ausencia de regulaciones sustantivas, necesariamente en la doctrina y jurisprudencia extranjera y en el derecho comparado, la plataforma jurídica necesaria para lograr orientarse en las cuestiones que el Código deja libremente a la voluntad de las partes.⁹⁹

Como ya habíamos señalado, la sociedad anónima está regulada en el citado Código a través de 19 artículos, del 151 al 169.

A continuación pasaremos a comentar cada uno de los preceptos de la siguiente manera:

El artículo 151 establece que en la escritura social de la compañía deberá constar el nombre, apellido y domicilio de los otorgantes; la denominación de la compañía; la designación de la persona o personas que habrán de ejercer la administración y modo de proveer las vacantes; el capital social, con expresión del valor que se haya dado a los bienes aportados que no sea metálico, o de las bases según las cuales habrá de hacerse el avalúo, el número de acciones en que el capital social estuviere dividido y representado. Además, deberán constar en la propia escritura el plazo o plazos en que habrá de realizarse la parte de capital no desembolsado al constituirse la compañía; la duración de la sociedad; las operaciones a que destine su capital; los plazos y forma de convocación y celebración de las juntas generales ordinarias de socios; los casos y el modo de convocar y celebrar las extraordinarias; la sumisión al voto de la mayoría de la junta de socios debidamente convocada y constituida en los asuntos propios de su deliberación; el modo de contar y constituirse la mayoría, así en las juntas ordinarias como en las extraordinarias, para tomar acuerdo obligatorio.

De igual manera, se podrán consignar en la escritura, todos los pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer; también de acuerdo con lo preceptuado en el citado artículo 151.

⁹⁹ C.F.R., Op. cit., p. 72.

Como se puede observar, prácticamente los requisitos que dicho precepto enuncia, en su conjunto integran los denominados Estatutos de la sociedad.

Debido a que la forzosa sumisión al voto de la mayoría, que como requisito esencial de la escritura de constitución, exige el artículo que analizamos, produce en muchas ocasiones lesivos resultados, mediante actos ilícitos y hasta delictivos en las sociedades, burlando a los tenedores de acciones mas modestos o de menor representación en el interés de la compañía; se ha tratado de incorporar a la legislación preceptos que amparen mas eficazmente los derechos de las minorías de accionistas, esto aún sin resultados presentes.

Podemos hacer la observación, que de acuerdo con la legislación cubana vigente, para la constitución de una sociedad anónima, basta que existan dos personas que se quieran asociar, ya que el Código de Comercio no exige número determinado, ni en su artículo 122 ni en su artículo 151 y el artículo 116 al definir el contrato de compañía expresa: "dos o más".

El artículo 152 establece que la denominación de la compañía anónima será adecuada al objeto u objetos de la especulación que hubiere elegido y no se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra compañía preexistente.

La no duplicidad de denominaciones en las compañías, no solamente las determina el Código sino también el artículo 7 del Decreto-Ley 842 de 1936, a tenor del cual el registrador denegará la inscripción de las compañías siempre que su denominación sea igual a la de otra inscrita; también cuando resulte tan parecida que pueda suscitar confusiones entre una y otra.

El artículo 153 del Código de Comercio señala que la responsabilidad de los socios en la sociedad anónima, por las obligaciones y pérdidas de la misma, estará limitada a los fondos que pusieron o se comprometieron a poner en la masa común. Los socios solamente responden de sus respectivas aportaciones al patrimonio de la

empresa y no están obligados, en caso de existir déficits en la gestión del negocio o de perderse el capital, al abono de dividendos pasivos.

El concepto de fondo o masa común mencionado en el artículo 153 podemos asimilarlo al concepto moderno de capital social, el cual se integra mediante la libre aportación realizada por los socios, ya sea en metálico o en bienes distintos al dinero; ya que la ley cubana es omisa al respecto y remite a la escritura social la inclusión de la cantidad objeto de este fondo común o capital social.

El artículo 154 dice textualmente:

"La masa social, compuesta del fondo capital y de los beneficios acumulados, será la responsable, en las compañías anónimas, de las obligaciones contraídas en su manejo y administración por persona legítimamente autorizada, y en la forma prescrita en su escritura, estatutos o reglamentos".

La sociedad anónima, según este precepto, como persona jurídica responde con su capital y con los beneficios que hubiere acumulado de cuantos compromisos hubieren contraído la persona o personas a las que, con arreglo a la escritura social y a los estatutos de la empresa, se les hubiere confiado las funciones de administración o gerencia; sin que exista responsabilidad mancomunada o solidaria por parte de los accionistas.

El artículo 155 del Código en comento hace referencia a que los administradores de la compañía anónima serán designados por los socios en la forma que determinen su escritura social, estatutos o reglamentos.

Uno de los requerimientos esenciales que establece el artículo 151 del Código de Comercio que debe constar en la escritura social es el referido a la designación de la persona o personas que deben ejercer la administración y el modo de ejercer las vacantes.

A los efectos de administración, el Código en comento no exige otra cosa que los administradores sean designados expresamente, pero no dicta normas en cuanto a cómo habrá de organizarse aquella, ni en relación a la capacidad legal de los designados.

En cuanto al plazo durante el cual los administradores han de ejercer su mandato, debemos señalar que no es indefinido, ya que el artículo 122 del propio Código de Comercio en su inciso 3º., al definir las compañías anónimas ratificando el precepto contenido en el artículo 1733 del Código Civil, dice expresamente que los mandatarios o administradores de las mismas son *amovibles*, lo que significa que el mandato es revocable; extremo éste que generalmente se determina en los estatutos sociales, y de no determinarse, siempre podrá plantearse la revocabilidad en los casos en que así lo acuerde la mayoría de los socios, bien por causa de la responsabilidad a la que alude el segundo concepto del artículo 156 o bien por otras razones de naturaleza especial que así lo impongan.

Aquí vemos una diferencia en el tratamiento de la temporalidad y revocabilidad de los mandatarios entre la legislación cubana y mexicana de la materia. Mientras que en la legislación cubana hay un poco que deducir este extremo, en la mexicana no sucede así; ya que está expresamente regulado este tratamiento en el artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Analícemos ahora que plantea el artículo 156 del Código de Comercio.

Artículo 156: "Los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios, y mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales; y sí por la infracción de las leyes y estatutos de la compañía o por la contravención a los acuerdos legítimos de sus juntas generales, irrogaren perjuicios y fueren varios los responsables, cada uno de ellos responderá a prorrata."

Este precepto establece expresamente que los administradores de la sociedad anónima son sus mandatarios, o sea, se afilia a la teoría del mandato sin tomar en cuenta que estos administradores también realizan actos materiales, lo cual no se puede incluir en la teoría del mandato, sino mas bien en una representación de tipo social.

El contrato de mandato está definido en el Código Civil de Cuba de la siguiente manera:

Artículo 398: Por el contrato de mandato una persona se obliga a realizar un acto jurídico o a gestionar su realización en interés de otra.

Artículo 399: Las facultades del mandatario, si no se han fijado expresamente en el contrato, están determinadas en la propia naturaleza de la prestación que constituye su objeto.

Artículo 401: Los mandatos pueden ser especiales referentes a un acto concreto, o generales para toda una categoría de actos o para todos los susceptibles de ser efectuados por el mandante.

Como se observa, estos preceptos del Código Civil de Cuba circunscriben la figura del mandato a la realización de actos jurídicos.

Según podemos deducir de la lectura del mencionado artículo 156 del Código de Comercio de Cuba, la responsabilidad de los administradores está vinculada solamente a la infracción de las leyes o estatutos de la sociedad o a la contravención de los acuerdos legítimos de las asambleas generales de accionistas cuando ocasione perjuicios a dicha sociedad, lo cual considero muy limitativo porque la ley es omisa cuando se trata de acuerdos ilícitos y además, las obligaciones y facultades de los administradores para con la sociedad son mucho más amplias que las contenidas en un contrato de mandato, ya que en la práctica societaria los

administradores realizan actos materiales que desde mi punto de vista se asemejan más a la figura de la representación social que a la del mandato.

En el caso de México es mucho más amplio el contenido dedicado a la responsabilidad de los administradores; ya que se dedican a tratar este tema 7 artículos, desde el artículo 157 hasta el artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El artículo 157 del mencionado Código, expresa que las compañías anónimas tendrán obligación de publicar mensualmente en la Gaceta el balance detallado de sus operaciones, expresando el tipo a que calculen sus existencias, en valores y toda clase de efectos cotizables.

Esta disposición en la práctica nunca ha sido cumplida; ya que ésta publicación se vino haciendo anualmente durante muchos años, amparada en el Decreto 2554 de 1940, a pesar de que este decreto no debió haber contradecido lo dispuesto en el Código de Comercio.

Considero que la publicación del balance de las sociedades anónimas debe ser anual, a los efectos prácticos, y no mensual como regula el artículo 157 del código en comento. En la nueva ley que se promulgue sobre esta materia, deberá plasmarse que la publicación de éste balance se realizará de forma similar a lo establecido en el artículo 177 de la L.G.S.M., dentro de los 15 o 20 días posteriores a que la Asamblea General de Accionistas, haya aprobado el informe de los estados financieros, dentro de los cuales se encuentra el balance general.

Ahora bien, independientemente de que la publicación del balance sea anual, las S.A. deberían llevar un estado de cuentas mensual, donde se plasmara la evolución de la situación financiera de la entidad, el cual sería controlado e inspeccionado por los comisarios.

El artículo 158 señala que: "Los socios o accionistas de las compañías anónimas no podrán examinar la administración social ni hacer investigación alguna respecto a ella, sino en las épocas y en la forma que prescriban sus estatutos y reglamentos."

De esta forma, y según lo preceptuado en este artículo, el derecho de información de los socios está limitado a las épocas y en la forma que prescriban sus estatutos y reglamentos.

Pienso que este precepto está obsoleto, ya que no debe dejarse en manos de los estatutos o reglamentos la regulación de este derecho de los accionistas.

Considero que en una nueva legislación sobre sociedades mercantiles, pudiera manejarse este extremo de forma similar a como se establece en el artículo 172 de la ley de sociedades mexicana, donde se incluya la obligación de las sociedades anónimas, bajo responsabilidad de sus administradores, de presentar a la Asamblea de General de Accionistas anualmente, un informe que incluya: una información de los administradores sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como las políticas seguidas por los administradores y proyectos existentes, un informe en el que se declaren y expliquen las principales políticas y criterios contables y de información seguidos en la preparación de la información financiera, un balance general, un estado de resultados, un estado de cambios en la situación financiera y un estado de cambios en situación patrimonial de la sociedad.

Además debe plasmarse el derecho de los accionistas a que se les entregue una copia del informe correspondiente.

El artículo 159 establece que las compañías anónimas que existían con anterioridad a la publicación del Código de Comercio, las cuales venían rigiéndose por sus reglamentos y estatutos, podían optar por continuar observando los mismos o someterse a las prescripciones del Código.

El artículo 160 refrenda que el capital social de las sociedades objeto de nuestro estudio podrá estar representado por acciones u otros títulos equivalentes. De la lectura de este artículo podemos asumir que las acciones en la ley cubana se consideran títulos de crédito, y tienen por consiguiente todas las características inherentes a los citados títulos, siendo la libre transmisibilidad la característica esencial, aunque a la misma se le pueden establecer restricciones en lo que a las acciones se refiere.

El artículo 161 establece que las acciones podrán ser nominativas y al portador. Aquí debemos señalar que por el artículo 70 de la Ley No. 498 de 19 de agosto de 1959, fueron suprimidas las acciones al portador.

Las acciones al portador son las que se transmiten por simple tradición manual, sin cumplimiento de requisitos. Las mismas se emiten sin indicación de beneficiario y quien posea su título es propietario las mismas, quedando legitimado para el ejercicio de los derechos sociales sin que la sociedad pueda disentir esa legitimación.

Considero que este tipo de acciones fue suprimida de la ley debido a consideraciones de tipo fiscal y para tener un mayor control sobre las personas que vendían y compraban las acciones, ya que la existencia de las mismas no ponderaba una verdadera vigilancia del fisco, porque la transmisión de dichas acciones se realiza a través de la mera entrega del título.

El artículo 162 expresa que las acciones nominativas deberán ser inscritas en un libro que llevará al efecto la compañía en el cual se anotarán sus sucesivas transferencias.

Este libro, a los efectos el Código de Comercio, no tiene el carácter obligatorio de los libros a que se refiere el artículo 33 de la propia norma legal, referidos éstos básicamente a la contabilidad de la sociedad. Sin embargo en el mismo, debe

constar el nombre y apellidos del accionista que inicialmente lo sea, y en el caso de que éste transfiera sus acciones, el nombre y domicilio del adquirente o cesionario.

El artículo 163, referido a que las acciones al portador estarán numeradas y se extenderán en nuevos talonarios, fue derogado por la mencionada Ley 498; legislación que hizo las últimas reformas al Código de Comercio.

El artículo 164 señala textualmente:

“En todos los títulos de las acciones, ya sean nominativas o al portador, se anotará siempre la suma de capital que se haya desembolsado a cuenta de su valor nominal, o que estén completamente liberadas”

Este precepto está reformado parcialmente por la precitada Ley No. 498, en lo referente a las acciones al portador.

En cuanto a las acciones nominativas, sigue señalando el precepto en cuestión, mientras no estuviese satisfecho su total importe, responderán del pago de la parte no desembolsada; solidariamente y a elección de los administradores de las compañías, el primer suscriptor o tenedor de la acción, su cesionario y cada uno de los que a éste sucedan, si fueren transmitidas. Contra esta responsabilidad, así determinada, no podrá establecerse pacto alguno que la suprima.

Las acciones nominativas son aquellas que se extienden a nombre de una determinada persona física o moral, cuyo nombre se debe consignar en el mismo texto del documento. Dicha persona o un representante de ella estarán legitimados para el ejercicio de los derechos del socio incorporados en la acción.

La transmisión y el gravamen de estas acciones requieren la tradición, el endoso y su inscripción en el libro de acciones. La inscripción es esencial para que la transferencia sea oponible a la sociedad y a los terceros. El adquirente frente a la

sociedad y frente a los terceros, solamente estará legitimado si su nombre y adquisición constaren en el citado libro. Asimismo, la sociedad debe hacer las referidas inscripciones a solicitud del enajenante, el adquirente o cualquier persona que pruebe tener interés legítimo con respecto a dicha transmisión.

El artículo 165 establece que no podrán emitirse nuevas series de acciones, mientras no se haya hecho el desembolso total de la serie o series emitidas anteriormente. Además, este artículo agrega que cualquier pacto en contrario, contenido en la escritura de constitución de la sociedad y en los estatutos o reglamentos, o cualquier acuerdo tomado en junta general de socios, que se oponga a este precepto; será nulo y sin ningún valor.

Esta situación supone que tanto en el período de constitución o posteriormente mediante acuerdo de Junta general, pueden ser emitidas acciones de distintas series en un solo acto.

El primer párrafo del artículo 166 fue modificado expresamente por el artículo 87 de la Ley No. 498, quedando redactado así:

"Las compañías anónimas sólo podrán comprar sus propias acciones para amortizarlas siempre que la compra se realice con cargo al superávit ganado que arroje el balance general practicado al finalizar el año económico anterior a aquel en que se compren y que en dicho año anterior no haya habido pérdidas. Las Juntas directivas informarán en la Junta General Ordinaria de Accionistas sobre las amortizaciones de acciones que hubiesen realizado".

El segundo párrafo sí se mantuvo inalterable, planteando que, en caso de reducción de capital social, cuando procediese conforme a las disposiciones del propio Código; podrán amortizarlas también con parte del mismo capital, empleando a esos efectos, los medios legales que estimen convenientes.

La doctrina española fijó en su momento, la significación y alcance de este artículo 166; afirmando que el mismo impide que las compañías anónimas puedan adquirir sus propias acciones, a no ser que lo hagan con el producto de sus beneficios pero sin excluir el que puedan darlas en garantía; valorándolas previamente, para asegurar el pago de lo que en beneficio de las mismas, pueda ser adquirido.

En el artículo 167 queda estipulado que las sociedades anónimas no podrán prestar nunca con la garantía de sus propias acciones.

Concluyendo con los artículos 166 y 167, debemos señalar que respondiendo a idéntica finalidad de custodia o garantía del patrimonio social, las sociedades anónimas no pueden adquirir sus acciones; excepto con utilidades propias y al sólo efecto de amortizarlas, lo cual equivale a reducción de capital. Asimismo, tampoco pueden otorgar préstamos con garantía de las mismas sean o no los prestatarios, accionistas de la empresa.

A diferencia del Código de Comercio cubano que dedica sólo 8 preceptos al manejo de las acciones, la Ley General de Sociedades Mercantiles de México dispone toda una sección, la Sección Segunda del Capítulo V, para regular las mismas.

Mientras que la ley cubana solamente reconoce la existencia de las acciones nominativas, la ley mexicana hace referencia a las acciones nominativas, ordinarias, de voto limitado, especiales, pagadoras y de goce.

A pesar de que el artículo 112 de la L.G.S.M. de México señala que las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos, el propio precepto establece que en el contrato social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase.

Otros aspectos que la ley mexicana contempla con relación a las acciones, y no se establecen en la ley cubana, son los siguientes:

1º.) La distribución de las utilidades y del capital social se hará en proporción al importe exhibido de las acciones.

2º.) Cada acción es indivisible, y cuando haya varios propietarios de una misma acción, nombrarán un representante común, y si no se pusieren de acuerdo el nombramiento será hecho por la autoridad judicial.

3º.) Los títulos representativos de las acciones deberán ser expedidos dentro de un plazo que no exceda de un año, contado a partir de la fecha del contrato social o de la modificación de éste, en que se formalice el aumento de capital. Podrán expedirse certificados provisionales, mientras se entregan los títulos, los cuales serán siempre nominados y que se canjearán por los títulos en su momento.

4º.) El contenido de los títulos y los certificados provisionales (art. 125 L.G.S.M.)

5º.) Los títulos de las acciones y los certificados provisionales podrán amparar una o varias acciones (art. 126 L.G.S.M.)

6º.) En el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del Consejo de Administración, y éste podrá negar dicha autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado.

7º.) Los accionistas tienen derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento del capital social (art. 132 L.G.S.M.)

8º.) Las acciones pagadas, en todo o en parte mediante aportaciones en especie, deberán quedar depositadas en la sociedad durante dos años (art. 141 L.G.S.M.)

Como aspectos comunes entre ambas legislaciones respecto a las acciones, encontramos los siguientes:

- a) La referencia a que las S.A. tendrán un registro de acciones donde se anotarán la sucesivas transferencias de las mismas, así como otros datos de importancia.
- b) La prohibición de no emisión de nuevas acciones hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas.
- c) La prohibición a las S.A. de hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones.

El artículo 168 es bastante amplio, señala que las sociedades anónimas reunidas en Junta General de Accionistas, previamente convocada al efecto, tendrán la facultad de acordar la reducción o el aumento del capital social. Agrega que en ningún caso podrán tomarse estos acuerdos en las juntas ordinarias, si en la convocatoria o con la debida anticipación no se hubiese anunciado que se discutiría y votaría sobre el aumento o reducción del capital.

También este artículo dice textualmente:

“Los estatutos de cada compañía determinarán el número de socios y participación de capital que habrán de concurrir a juntas en que se reduzca o aumente o en que se trate la modificación o disolución de la sociedad. En ningún caso podrá ser menor de las dos terceras partes del número de los primeros y de las dos terceras partes del valor nominal del segundo.

Los administradores podrán cumplir desde luego, el acuerdo de reducción tomado legalmente por la Junta General, si el capital efectivo restante, después de hecha, excediere en un 75% del importe de las deudas y obligaciones de la compañía. En otro caso la reducción no podrá llevarse a efecto hasta que se liquiden y paguen

todas las deudas y obligaciones pendientes a la fecha del acuerdo, a no ser que la compañía obtuviese el consentimiento previo de sus acreedores.

Para la ejecución de este artículo, los acreedores presentarán al Juez o Tribunal un inventario, en el que se apreciarán los valores en cartera al tipo medio de cotización del último trimestre y los inmuebles por la capitalización de sus productos, según el interés legal del dinero”.

O sea, este precepto deja al arbitrio de lo establecido en los estatutos, lo referente a la determinación del número de socios y participación de capital que ha de concurrir a juntas; pero establece un límite mínimo a ambos en el párrafo cuarto del citado artículo.

El artículo 169 dispone que no estarán sujetos a represalias en caso de guerra los fondos que de la pertenencia de los extranjeros existieren en las sociedades anónimas.

Debemos hacer una breve referencia en este capítulo a varios artículos más del Código en comento, que aunque no son específicos para la sociedad anónima tienen estrecha relación con ellas.

El artículo 170 regula que si dentro del plazo convenido, algún socio no aportare a la masa común la porción del capital a que se hubiere obligado, la compañía podrá optar entre proceder ejecutivamente contra sus bienes para hacer efectiva la porción del capital que hubiere dejado de entregar, o rescindir el contrato en cuanto al socio remiso; reteniendo las cantidades que le correspondan en la masa social.

Este artículo garantiza la protección de la sociedad en caso de incumplimiento de una de las obligaciones primordiales de los socios, que consiste en aportar a la masa común el total importe del valor de la acción o acciones que haya suscrito o formalmente se hubiere comprometido a adquirir.

El artículo 171 preceptúa que el socio que por cualquier causa retarde la entrega total de su capital, transcurrido el término prefijado en el contrato de sociedad, o en el caso de no haberse prefijado, desde que se establezca la caja, abonará a la masa común el interés legal del dinero que no hubiere entregado a su debido tiempo y el importe de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado con su morosidad.

Por su parte el artículo 172 refrenda que cuando el capital o la parte de él que un socio haya de aportar consista en efectos; se hará su valuación en la forma prevenida en el contrato de sociedad, y a falta de pacto especial respecto a ello; se realizará por peritos elegidos por ambas partes, según los precios de la plaza, corriendo su aumentos o disminuciones ulteriores por cuenta de la compañía.

El artículo 173 indica que los gerentes o administradores de las compañías mercantiles, no podrán negar a los socios el examen de todos los documentos comprobantes de los balances que se formen para manifestar el estado de la administración social; excepto lo prescrito en los artículos 150 y 158.

Por otra parte, tenemos que el artículo 174 señala:

“Los acreedores de un socio no tendrán, respecto a la compañía, ni aún en el caso de quiebra del mismo, otro derecho que el de embargar y percibir lo que por beneficios o liquidación pudiera corresponder al socio deudor.”

Consultando la jurisprudencia, tenemos que la Sentencia de 25 de noviembre de 1898, dispuso que “Es improcedente el embargo de cantidades pertenecientes a una sociedad, por deudas particulares de un socio, ni aún limitado a la suma que en la liquidación social alcance a favor del mismo; sin perjuicio de procurar su aseguramiento por otros medios para que la sociedad no entregue al socio deudor las cantidades que puedan corresponderle”.

Hasta aquí el análisis de los artículos del vigente Código de Comercio, que refrendan la temática de las sociedades anónimas en Cuba.

III.2) Regulación de las Sociedades Anónimas en la Ley de la Inversión Extranjera de Cuba.

La Constitución de la República de Cuba, proclamada el 24 de febrero de 1976, fue reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular (Parlamento) en el XI período ordinario de sesiones de la III legislatura, celebrada los días 10, 11 y 12 de julio de 1992; dicha ley de leyes en su artículo 23 establece que el Estado Cubano reconoce la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyan de acuerdo a la ley de la materia. Además, agrega que el uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes al patrimonio de las citadas entidades se regirá por lo establecido en la ley y los tratados, así como por los estatutos y reglamentos propios por los que se gobiernan las mismas.

La Ley No. 77, de la Inversión Extranjera fue aprobada por el Parlamento Cubano y luego se publicó el 6 de septiembre de 1995 en la Gaceta Oficial de la República. Su antecedente legislativo fue el Decreto-Ley No. 50 de 15 de febrero de 1982.

Para la elaboración de esta ley se tomó en cuenta el proceso de negociación con firmas extranjeras hasta la fecha de su promulgación, así como el estudio comparado con legislaciones de otros países del área.

La misma es un poco más abarcadora y más técnica que el mencionado Decreto-Ley No.50. Consta de 17 capítulos, 58 artículos, una disposición especial, tres disposiciones transitorias y dos disposiciones finales.

El Objeto Fundamental de la Ley está recogido en el Artículo 1 inciso 1 de la misma, el cual señala:

"El Objeto fundamental de la ley es promover e incentivar la inversión extranjera en el territorio de la República de Cuba, para llevar a cabo actividades lucrativas que contribuyan al fortalecimiento de la capacidad económica y al desarrollo sostenible del país, sobre la base del respeto a la soberanía e independencia nacionales y de la protección y uso racional de los recursos naturales".

El contenido de la Ley, refrendado en el Artículo. 1 inciso 2, comprende las garantías que se conceden a los inversionistas, los sectores de la economía nacional que pueden recibir inversiones extranjeras, las formas que pueden adoptar éstas, los distintos tipos de aportes, el procedimiento para su autorización, los regímenes bancario, impositivo, especial y laboral para esas inversiones y las normas relativas a la protección del medio ambiente y al uso racional de los recursos naturales. La proporción de la participación del capital extranjero, según lo dispuesto en la ley, queda al arbitrio fundamentalmente del gobierno cubano (Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros o Comisión de Gobierno) la que estará en dependencia de los intereses y la posibilidad objetiva que ésta tenga de desarrollar la actividad en cuestión. Dicha participación tiene un margen tan amplio que puede llegar al 100% de participación de capital extranjero.

Se establece en el artículo 12 de la Ley de Inversiones Extranjeras que las inversiones foráneas adoptarán la forma de empresas mixtas, contratos de asociación económica internacional y empresas de capital totalmente extranjero.

De estas tres formas, la que más se está utilizando actualmente es la modalidad de la empresa mixta; con respecto a la misma el artículo 13, inciso 1 de la ley en comento, expresa lo siguiente:

"La empresa mixta implica la formación de una persona jurídica distinta a la de las partes, adopta la forma de compañía anónima por acciones nominativas y le es aplicable la legislación vigente en la materia".

De la lectura de este precepto, observamos que la ley de referencia excluye, a los efectos de formación de la empresa mixta, a otros tipos de compañías mercantiles como pueden ser las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades en comandita por acciones.

Además, el propio artículo remite a la legislación vigente en la materia; o sea, al Código de Comercio, el cual fue analizado en el principio de este capítulo.

En este mismo artículo 13, en su inciso 2, se señala que: "las proporciones del capital social que deben adoptar el inversionista extranjero y el inversionista nacional, son acordadas por ambos socios y establecidas en la autorización".

Autorización, a los efectos de la ley que analizamos, es el documento otorgado por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros o por una Comisión de Gobierno para la realización de alguna de las formas de inversión extranjera previstas la Ley, durante un término determinado.

Otros aspectos significativos referidos a la constitución de las empresas mixtas, y que están contenidos en el citado artículo 13, son los siguientes:

- a) La constitución de una empresa mixta requerirá la forma de escritura pública, y como anexos a ese instrumento notarial se deben insertar, el convenio de asociación económica, los estatutos por los que se regirá la misma y la autorización.
- b) El convenio de asociación económica debe contener los pactos fundamentales entre los socios para la conducción y desarrollo de las operaciones de la empresa mixta, así como para la consecución de sus objetivos.
- c) Los estatutos de la citada empresa deben incluir disposiciones relacionadas con la organización y operación de la sociedad, entre otras las referentes a la junta general de accionistas, sus atribuciones y organización; al quórum requerido y los requisitos

que se exijan para el ejercicio del derecho al voto en la junta general de accionistas; la estructura y atribuciones del órgano de administración y dirección; el método mediante el cual éstos órganos adoptan sus decisiones; los casos de disolución y el procedimiento para liquidar la empresa; así como otras estipulaciones que resulten de la legislación vigente en la materia, la Ley de Inversiones Extranjeras y el acuerdo de la partes.

d) En el supuesto de que en la escritura pública no se designe a la persona o personas que han de administrar la empresa mixta, posteriormente podrá celebrarse la primera reunión de la junta general de accionistas y designarse los miembros de su órgano de dirección y administración, según los estatutos.

e) Luego de creada la empresa mixta, no podrán cambiar los socios, salvo que haya acuerdo de las partes; y se necesitará la aprobación de la autoridad que otorgó la autorización.

Como un caso atípico dentro de la situación actual cubana, ha resurgido la empresa privada de capital 100 % nacional, pero que a diferencia de la tradicional, ésta se constituye con capital o patrimonio proveniente del Estado cubano. Veamos a continuación, de manera sucinta, cómo es que se produce este resurgimiento.

A raíz del triunfo de la Revolución de 1959, se comenzó un proceso de estatización de todas las actividades productivas y empresariales en el país, cuyo objetivo consistía en lograr la eliminación total de la explotación de la clase trabajadora y la socialización de la producción.

Así se promulgaron varias leyes como por ejemplo: las Leyes de Reforma Agraria, la Ley de Reforma Urbana y varias más de nacionalización y expropiación de instalaciones industriales y bancos de nacionalidad extranjera, así como de entidades propiedad de nacionales.

La participación del Estado en todas las esferas de producción de bienes de consumo y de servicios se hizo presente en todos estos años, convirtiéndolo prácticamente en el único responsable de garantizar la satisfacción de las necesidades de la población, lo que de hecho, como quedó demostrado en la práctica, no logró en muchos casos. No obstante, esta política se mantuvo sin alteración hasta la desaparición del campo socialista como bloque, momento en el que no quedó más opción que comenzar un proceso de apertura económica interno y externo que permitiera la recuperación paulatina del nivel económico logrado y su posterior desarrollo.

En las circunstancias antes mencionadas, se autorizó por el gobierno, la creación en el país de empresas jurídicamente privadas que permitieran la realización de actos de comercio y que facilitaran la inversión extranjera, sin que el inversionista extranjero se viera directamente asociado al Estado cubano y, por tanto, sometido a las presiones que el gobierno norteamericano aún hoy ejerce sobre aquellas personas (físicas o morales) interesadas en establecer relaciones comerciales con el país.

Bajo esta situación se han constituido en territorio cubano, una gran cantidad de compañías anónimas de capital nacional; sirviendo como una especie de protección no sólo al inversionista extranjero, sino también al patrimonio y activos estatales cubanos ante la posibilidad de un embargo proveniente de terceros contra el Estado cubano, en virtud de deudas anteriores o de incumplimientos contractuales actuales.

Estas sociedades que acabamos de analizar se rigen en su constitución y funcionamiento por el Código de Comercio vigente, al igual que las empresas mixtas; aunque éstas últimas también están regidas por La Ley de Inversiones Extranjeras, la cual analizamos al principio de este capítulo.

Después de haber analizado en este capítulo los artículos del Código de Comercio de Cuba contentivos de la sociedad anónima, así como la regulación jurídica de las empresas mixtas y las sociedades privadas cubanas; podemos concluir que dicha

regulación sobre sociedades anónimas es insuficiente para abarcar todo el complejo sistema de organización y funcionamiento actual y futuro de estas compañías en dicho país.

Además, creemos que la Ley de Inversiones Extranjeras de Cuba no tiene por qué regular determinados aspectos relativos a las compañías anónimas, los cuales pudieran estar refrendados en una ley de sociedades mercantiles la cual no existe en estos momentos, y entendemos que sería de gran utilidad la promulgación de la misma para el desarrollo de este tipo de actividad mercantil.

Lo que sí considero útil y necesario incluir en esta ley de inversiones es la posibilidad de que las empresas mixtas se constituyan no solamente como sociedades anónimas, sino también como sociedades de responsabilidad limitada, o sea, deben regularse otras modalidades de sociedades mercantiles al momento de constitución de dichas empresas.

Capítulo IV “Propuesta de nueva legislación en materia de Sociedades Mercantiles para la República de Cuba.”

IV.1) Necesidad de la promulgación de una Ley de Sociedades Mercantiles para Cuba.

En el capítulo anterior analizamos los preceptos del Código de Comercio vigente en Cuba que regulan a la sociedad anónima, los cuales son un total de 19 artículos.

Es obvio que 19 artículos dentro del contenido del Código de Comercio, y un solo artículo aunque bien amplio, dentro de la Ley de Inversiones Extranjeras; no son suficientes para regular este tipo de compañías que tanto desarrollo e importancia tienen en la gran mayoría de los países del mundo, e incluso en Cuba, donde es todavía incipiente el resurgimiento y desarrollo de las mismas.

Con respecto a las insuficiencias del Código de Comercio, el Dr. Rodolfo Dávalos señala:

“Para el Código de Comercio es indiferente la situación en que se encuentre el capital social en el momento de constituirse la sociedad. El artículo 151 establece los requisitos que deberán hacerse constar en la escritura social y se limita a exigir que se señale el plazo o plazos en que habrá de realizarse la parte del capital no desembolsado en el acto de constitución. No establece un mínimo para el desembolso del capital, ni hace

distinción entre capital suscrito y capital pagado o desembolsado".¹⁰⁰

Aquí encuentro, a mi juicio, la primera deficiencia del Código de Comercio de Cuba, el cual no exige condiciones al capital social en el momento de constituirse la sociedad y sólo remite a la escritura social la inclusión de la cantidad objeto del fondo común o capital social.

Debemos recordar los conceptos de capital suscrito y capital pagado o desembolsado; pues el capital pagado o desembolsado es el realmente aportado por los socios, y se corresponde con acciones cuyo valor total ha sido pagado. El capital suscrito es el aceptado por los socios como suyo, que puede ser pagado de una vez y es ya entonces capital desembolsado, o mediante entregas sucesivas (pago de dividendos pasivos)

El Código de Comercio cubano no incluye la posibilidad de capital autorizado, entendiéndose por éste, la suma hasta la cual los administradores pueden elevar sucesivamente el capital social sin necesidad de modificar los estatutos sociales.

Debido a lo planteado en el párrafo anterior, las sociedades anónimas cubanas tienen un capital social determinado y único, excepto en los casos de aumento y disminución del capital a través de la forma y mediante los requisitos que establece el propio Código, los cuales implican siempre una modificación de los estatutos de la compañía.

¹⁰⁰ Dávalos, Rodolfo, Op. Cit, p. 75.

Comentando la legislación española en lo referente a la suscripción del capital y relacionándolo con la empresa mixta cubana, el Dr. Dávalos señala:

"De acuerdo con la técnica del Código, no es obligatoria la suscripción total del capital social, ni el desembolso de una parte determinada. No obstante, es evidente que parece una buena práctica la adoptada por la legislación española de exigir la suscripción total del capital, con independencia de que se desembolse sólo una parte, ya que en caso de la empresa mixta no se justifica la existencia de un capital en cartera, y además, obliga a determinar la forma y plazos en que deberán hacerse efectivos los dividendos pasivos"¹⁰¹

A la legislación en comento le resultan ajenos todos los problemas inherentes a la administración de la S.A. y dedica a ella muy pocos preceptos; solamente el artículo 156 considera mandatarios a los administradores. Esta institución sólo aparece regulada en el reglamento del registro mercantil, cuando se regula lo referente a la inscripción de la sociedad. La misma obtiene su regulación en los estatutos sociales, que con gran libertad establecen la composición y facultades de esta institución como órgano de gestión y administración de las sociedades anónimas.

El citado Código en su artículo 155 establece que los administradores serán designados por los socios en la forma que determine su escritura social, estatuto o reglamento; o sea, dicha norma legal establece solamente que los administradores sean designados expresamente,

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 78.

pero no dicta normas en cuanto a cómo habrá de organizarse aquella, ni en relación con la capacidad legal de los designados.

Supuestamente éste último extremo se considera resuelto con base a las prescripciones del artículo 4 del propio Código; el cual establece lo siguiente:

“Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas que reúnan las condiciones siguientes:

1º. Haber cumplido la edad de veintiún años.

2º. No estar sujetas a la potestad del padre o de la madre ni a la autoridad marital.

3º. Tener la libre disposición de sus bienes.

Con respecto a la distinción entre juntas ordinarias y extraordinarias en el vigente Código de Comercio, el Dr. Dávalos señala:

“La Ley (Código de Comercio) no asigna a una y otras determinadas materias, sino que deja al arbitrio de los socios, precisamente en la escritura de constitución, que determinen y hagan constar en ésta, los plazos y forma de convocatoria y celebración de la Junta General ordinaria de socios y los casos y el modo de convocar y celebrar las extraordinarias”.¹⁰²

¹⁰² Ibidem, p. 96.

También el Código en comento es igualmente parco en lo referente al quórum exigido para constituir las juntas, la forma de adoptar los acuerdos; la facultad de convocar, y otras cuestiones relacionadas con la constitución de las juntas y su funcionamiento como órgano de gobierno de la sociedad anónima.

Tomando en consideración lo señalado por el Dr. Dávalos, en el libro citado, vemos que el Código sólo establece reglas para la convocatoria y el quórum en el artículo 168 para el caso específico del aumento y reducción del capital social de la S.A.; por lo cual los estatutos deben determinar a quién corresponde la convocatoria de la Junta y la forma de hacerlo.¹⁰³

También el Código es omiso en cuanto al lugar, fecha, condiciones de celebración de las juntas; siendo esto materia del derecho estatutario.

Otro aspecto que considero de vital importancia y que el Código es omiso al respecto, es lo referente al Órgano de Vigilancia. Como habíamos expuesto en el Capítulo II de este trabajo, dicho órgano debe tener como función primordial la supervisión de las actividades del órgano de administración; como representantes de los socios hacia el interior de la vida de la sociedad.

Los Estatutos de las compañías, que son ley suprema en cuanto no contengan disposiciones o acuerdos en contradicción con el Código, o pactos ilícitos; regulan ordinariamente el valor del voto del accionista en proporción a la parte alícuota que representa del capital social. A pesar de que el Código de Comercio no es muy explícito al respecto en

algunos de sus artículos, establece normas de garantía de los derechos de los accionistas; sin embargo, no ampara con efectividad los derechos de los accionistas minoritarios.

La modalidad del Capital Variable no es objeto de regulación por el Código de Comercio en comento. En esta institución, es decir, la del Capital Variable, se rompe el principio de determinación y unidad del capital social; por cuanto al momento de su constitución los fundadores pueden dejar constituida la sociedad a partir de un capital mínimo que representará el capital social, y luego este capital podrá aumentarse por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios.

En estos casos habrá que indicar la condición de capital variable; por lo cual en el caso de la sociedad anónima, deberán agregarse después de la denominación propia de la sociedad, las palabras *sociedad anónima de capital variable*. De igual manera, y con el objetivo de proteger a terceros frente a posibles maniobras de la sociedad, generalmente se exige que cualquier mención al capital que la sociedad pueda alcanzar; es decir, el capital autorizado, debe ser acompañada de la información del capital mínimo.

La acción es un título valor; o sea, es un documento sobre un derecho cuyo ejercicio está condicionado jurídicamente a la posesión del propio documento. El ejercicio del derecho y la posibilidad legal de ejercer el mismo, va unida a la posesión del título.

¹⁰³ C.F.R., Op. Cit., p. 96.

El artículo 5º. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México establece que son títulos de crédito los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna.

El autor Joaquín Rodríguez no está de acuerdo en que a estos documentos se les denomine títulos de crédito, y a tales efectos señala lo siguiente:

"Entendemos que la expresión títulos de crédito es incorrecta para expresar el auténtico contenido que la ley le quiere dar, ya que parece constreñir el ámbito de esta categoría de cosas mercantiles a una sola de sus variedades: la de los títulos que tienen un contenido crediticio, es decir, que imponen obligaciones que dan derechos a una prestación en dinero u otra cosa cierta. Por eso preferimos la expresión títulovalor, que fue utilizada por primera vez en lengua castellana por el español Ribó, en un artículo publicado en la revista *Crítica de Derecho Inmobiliario* y que después, ha sido usada por numerosos escritores."¹⁰⁴

Los elementos esenciales de los títulos de crédito son los siguientes:

- 1) *Literalidad*: Debe entenderse por esta que el derecho que el documento representa debe ser ejercitado por el beneficiario en los términos escritos en el título, es decir, literalmente, de igual manera el obligado debe cumplir la obligación tal y como está escrito en el documento.
- 2) *Autonomía*: Significa que el derecho debe ejercerse independientemente de cualquier condición que lo limite o modifique, así el obligado deberá cumplir sin poner condiciones a ello.

¹⁰⁴ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Op. Cit., p.251.

- 3) *Incorporación*: El derecho que el documento representa está incorporado a él, o sea, estrechamente unido al título, no puede existir el derecho sin el documento, para lo cual para ejercitar el derecho se necesita estar en posesión del título.
- 4) *Legitimación*: Es la propiedad que tiene el título de crédito de facultar a quien lo posee según la ley de su circulación, para exigir del suscriptor el pago de la prestación consignada en el título y de autorizar al segundo para solventar válidamente su obligación cumpliéndola a favor del primero. Aquí funciona la legal posesión del título a favor del poseedor y también del deudor. También se puede definir como la posibilidad de que se ejercite el derecho por el tenedor, aún cuando no sea en realidad el titular jurídico del derecho conforme a las normas del derecho común.

Con respecto al proceso de emisión de acciones y su importancia, el Dr. Dávalos expresa:

“Algunos juristas descuidan esta cuestión y consideran que basta con que conste en la escritura social el monto del capital social, el número de acciones y el valor de éstas; así como la proporción o distribución del capital, o sea, del número de acciones de cada socio. Sin embargo, es importante insistir en los requisitos formales de la constitución de las compañías mercantiles y en especial de la sociedad anónima. En el período fundacional, luego de la redacción de la escritura social y los estatutos, y antes de la aportación del capital por los socios, se supone que se produce la emisión de las acciones, que es el acto mediante el cual la sociedad pone en circulación las acciones, luego de haberlas confeccionado. Una vez emitidas las acciones

son suscritas por los socios, en proporción a su participación en el capital social de la sociedad. La suscripción es, pues, una aceptación de la condición de socio y de la obligación de desembolsar el capital que corresponde al valor de la acción. Por último, se produce el desembolso o pago de las acciones, que no es más que la aportación del capital del socio según se hubiere convenido".¹⁰⁵

A pesar de la importancia que el tema de las acciones tiene, el Código que analizamos casi no presta atención a la tarea de regular la emisión de acciones por las sociedades anónimas. Refrenda en su artículo 164 que la acción suscrita sea pagada en su totalidad, preveyendo las cesiones sucesivas y la insolvencia de tenedores y cedentes, otorgando para ello la acción ejecutiva en el artículo 173 y estableciendo en el artículo 174 la obligación de pagar intereses e indemnizar perjuicios. Las modalidades de las emisiones propiamente dichas, e incluso las garantías de las mismas, a las que sólo alude en su aspecto formal, las defiende el código a los estatutos sociales sin establecer una adecuada regulación al respecto.

Asimismo esta norma jurídica no establece reglas sobre el valor nominal de las acciones; por lo que no existe la obligación de desembolsar una suma determinada, ni está fijado un importe mínimo para las acciones, ni siquiera la igualdad de su valor nominal.

Otra deficiencia del Código de Comercio radica en que no incluye en su enunciado los derechos que otorga la acción a los accionistas

¹⁰⁵ Dávalos, Rodolfo, Op. cit., p. 80.

señalando solamente en su artículo 160: "El capital social de las compañías anónimas podrá estar representado por acciones u otros títulos equivalentes".

Comparando con las legislaciones de otros países analizados como México, Argentina y España; salta a la vista la obsolescencia del código cubano con respecto a la temática de la sociedad anónima y la necesidad de promulgación de una nueva legislación mercantil y más específicamente, la promulgación de una Ley de Sociedades Mercantiles que regule todo lo concerniente a las sociedades anónimas de forma detallada y muy técnica.

IV.2) Aspectos fundamentales que deberán ser incluidos en la nueva legislación cubana en lo referente al tratamiento de las Sociedades Anónimas.

Como primer aspecto significativo, que considero debe ser incluido en la nueva legislación sobre sociedades mercantiles, y más específicamente en la parte referida a las sociedades anónimas; es la distinción entre asambleas ordinarias y extraordinarias con base en la competencia de cada una de ellas, de forma similar a como lo refrenda la ley mexicana de la materia.

De tal modo, propongo que la competencia de las asambleas ordinarias sea la siguiente:

- a) Discutir, aprobar o modificar el informe anual de los administradores, tomando en cuenta el informe de los comisarios, y tomar las medidas que considere pertinentes y oportunas.
- b) Nombrar al Administrador o Consejo de Administración y a los comisarios.
- c) Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando éstos no hayan sido fijados en los estatutos.
- d) Tratar cualquier asunto que no sea de los expresamente conferidos a la competencia de las asambleas extraordinarias.

Las asambleas ordinarias deberán reunirse al menos una vez al año dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio social.

En cuanto a la competencia de las asambleas extraordinarias, entiendo que la misma abarcará los siguientes asuntos:

- a) Prórroga de la duración de la sociedad.
- b) Disolución anticipada de la sociedad.
- c) Aumento o reducción del capital social.
- d) Cambio de objeto o de nacionalidad de la sociedad.
- e) Transformación de la sociedad o fusión con otra.
- f) Emisión de acciones privilegiadas.
- g) Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce.
- h) Emisión de bonos.
- i) Cualquier otra modificación del contrato social.

- j) El resto de los asuntos para los que la ley o el contrato social exijan un quórum especial.

Las asambleas extraordinarias podrán reunirse en cualquier tiempo.

Considero que la nueva ley no debe dejar los quórum de asistencia de las asambleas en manos de los estatutos, sino establecerlos expresamente en el texto del misma de la siguiente manera:

- 1) Para la Asamblea Ordinaria en primera convocatoria, se requerirá un quórum de asistencia de 50% del capital social y la toma de decisiones se realizará con la mayoría de las acciones presentes.
- 2) La Asamblea Ordinaria en segunda convocatoria se realizará con las acciones que concurren y las decisiones se tomarán por mayoría de las acciones presentes.
- 3) Para realizar la Asamblea Extraordinaria en primera convocatoria se requerirá un quórum de asistencia del 75% del capital social y las decisiones se tomarán con el 50% del capital social.
- 4) La Asamblea Extraordinaria en segunda convocatoria se realizará con la asistencia del 50% del capital social y las decisiones se tomarán también con el 50% del capital social.

Otros aspectos fundamentales con relación al funcionamiento de las asambleas y a la legitimación de los socios que participan en éstas, que se deben plasmar en la nueva ley, son los siguientes:

-Las Asambleas Generales de Accionistas serán presididas por el Administrador o por el Consejo de Administración, y a falta de ellos, serán presididas por la persona que fuere designada por los accionistas

presentes. Dichas asambleas podrán designar de entre sus miembros un delegado para la ejecución de actos concretos.

-Se deberá nombrar a un Secretario de la Asamblea a quien corresponde verificar la lista de la asistencia, el dictamen de los escrutadores y la regularidad de los poderes; así como redactar el acta de la reunión; la cual se debe poner a consideración de los accionistas en la misma junta o en la próxima. El Secretario no tiene que ser miembro obligatoriamente del Consejo de Administración.

-Tendrán derecho a comparecer en la Asamblea todos los socios y sus representantes, que sean titulares de acciones representativas del capital social; ya sea que tengan o carezcan del derecho de voto en la asamblea respectiva, o respecto a alguno o algunos de los asuntos que en ella se traten.

-El primer acto del Presidente de la asamblea será solicitar la comprobación de la existencia o no de quórum para constituir la, para lo cual designará a los llamados escrutadores. Estos verificarán quienes serán los accionistas allí reunidos que tengan derecho a participar según los datos del libro de accionistas, el número de acciones que corresponde a cada accionista, el examen y regularidad de los poderes que hubieran otorgado los socios y si los socios que concurren depositaron sus acciones como ordena la convocatoria. También dichos escrutadores formularán una lista de asistencia en la cual indiquen los nombres de los comparecientes, así como el número de acciones con que comparecen.

-Si se integra el quórum legal, el Presidente declarará legalmente constituida la asamblea, en caso contrario, deberá ordenar una segunda convocatoria con los requisitos de la primera convocatoria a excepción

del quórum, en que se indique nuevamente el día, la hora, el lugar y el mismo orden del día.

-En cuanto a las actas de las asambleas, éstas se asentarán en el libro respectivo y deberán ser firmadas por el Presidente y por el Secretario de la asamblea y también por los comisarios que concurran a la misma. Cuando por cualquier circunstancia no se pudiera asentar el acta de la asamblea en el libro de actas, se protocolizará ante notario.

-Con respecto a las resoluciones adoptadas legalmente por las asambleas de accionistas, éstas serán de cumplimiento obligatorio para los ausentes o disidentes, excepto el derecho de oposición que se deberá establecer en la propia ley.

Asimismo, la nueva legislación deberá incluir la variante de Asamblea Especial, la cual no es mencionada siquiera en la actual ley; en el caso de que existan diversas categorías de accionistas, en aras de evitar propuestas que puedan perjudicar los derechos de algunas de las citadas categorías. También plasmará la modalidad de la Asamblea Mixta, en la cual se deberán tratar asuntos propios tanto de la asamblea ordinaria como de la extraordinaria.

Además, será necesario que refrende el lugar de celebración de las asambleas. Considero que la convocatoria para las asambleas deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en un periódico oficial de la entidad del domicilio social de la sociedad o en uno de los periódicos de mayor circulación de dicho domicilio. En los estatutos deben aparecer los días de anticipación con que será hecha esta convocatoria, o de lo contrario será realizada con 10 días de antelación

a la fecha de la reunión. Cuando sea una sociedad de pocos socios podría utilizarse la variante de citarlos a través de correo certificado.

En la convocatoria deberá indicarse la orden del día, como lista de asuntos que deberán discutirse y votarse dentro de la asamblea, y la misma deberá hacerse en primer lugar por el Administrador o Consejo de Administración y de no realizarse por ellos, se hará por los comisarios. Debe incluirse también la posibilidad de la convocatoria judicial de las asambleas, en el supuesto de que el Administrador, el Consejo de Administración o los comisarios se rehusaren a hacer la convocatoria, en caso de que la misma haya sido solicitada por quienes representen el 33% del capital social de la sociedad.

Esta ley deberá referirse a las facultades del Consejo de Administración, y a la forma en que deberá organizarse este órgano, pudiendo ser en forma de Administrador Único o Consejo de Administración. También deberá establecer expresamente, la revocabilidad y temporalidad del cargo de administrador; similar a lo establecido en el artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México.

Propongo que para resolver el polémico asunto de la responsabilidad de los administradores, esta nueva ley debe hacer una clara distinción entre el órgano de administración y el representante de ese órgano, y al propio tiempo crear normas específicas para cada uno de ellos.

Además, considero que la ley no debe catalogar a los administradores como mandatarios, aunque en la práctica societaria éstos realicen algunos actos inherentes al contrato de mandato, sino considerarse

como representantes, que es un concepto más amplio y se aviene más con las diversas facultades y obligaciones que tiene el administrador para con la sociedad y los socios.

Basándome en una de las consideraciones expuestas al principio de este capítulo, entiendo que la nueva regulación que se promulgue, necesariamente deberá incluir la figura del Órgano de Vigilancia; debido a la importancia que tiene éste en la sociedad anónima y dentro del mismo, considero oportuno que se deba incluir aspectos tales como las incompatibilidades para ser comisarios, las facultades y obligaciones de los mismos, y su responsabilidad ante la sociedad, entre otros aspectos, los cuales exponemos a continuación.

Los comisarios podrán ser socios o personas extrañas a la sociedad y no podrán ser designados en esta responsabilidad los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio; además, los empleados de la sociedad, los parientes consanguíneos de los administradores, en línea recta y sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo grado.

Considero que deben recogerse como facultades y obligaciones de los comisarios, las siguientes:

- 1) Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que deben prestar los administradores y gerentes para asegurar las responsabilidades que se pudieron contraer en el desempeño de sus funciones.
- 2) Exigir a los administradores una información mensual que incluya al menos un estado de situación financiera y un estado de resultados.

- 3) Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones que la ley les imponga.
- 4) Rendir anualmente a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el Consejo de Administración a la propia Asamblea de Accionistas.
- 5) Hacer que se inserten en la orden del día de las sesiones del Consejo de Administración y de las Asambleas de Accionistas los puntos que crean pertinentes.
- 6) Convocar a Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de Accionistas, en el caso que lo consideren conveniente.
- 7) Asistir con voz, pero sin voto, a todas las sesiones del Consejo de Administración, y a las Asambleas de Accionistas, a las cuales deberán ser citados.
- 8) Vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad.

Deberá plasmarse en la nueva ley la responsabilidad individual que tendrán los comisarios para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les impongan, y que estos podrán apoyarse en los servicios de técnicos o profesionistas independientes, así como en el trabajo del personal que actúe bajo su dirección y dependencia.

La nueva regulación deberá incluir como aspectos obligatorios dentro de la escritura social, algunos extremos tales como: el domicilio de la sociedad, el importe del fondo de reserva, las facultades de los

administradores y los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente.

Es obvio que debido a la importancia que tiene el establecimiento de un domicilio social a los efectos fiscales y procesales, queda claro que la designación de éste no puede faltar en la escritura constitutiva. El mismo debe ser el lugar donde la sociedad tenga establecida su administración y debe estar dentro del territorio nacional.

El fondo de reserva legal es aquel que se constituye con el desvío o detracción del cinco por ciento como monto de las utilidades netas que tenga la sociedad, hasta que importe la quinta parte del capital social. Constituye una garantía tanto para los socios en casos de pérdida, como para los terceros contratantes vinculados con la sociedad.

Este fondo se debe constituir de forma obligatoria y refrendarse de esta forma en los estatutos de la sociedad, así como establecerse en la ley, al igual que en las legislaciones extranjeras, siendo el mínimo de dicha reserva del cinco por ciento de las utilidades netas anuales y el máximo del veinte por ciento de las mismas.

Las facultades y obligaciones fundamentales de los administradores que la nueva legislación debe exigir se incluyan en los estatutos sociales, son a mi juicio las siguientes:

- 1) Ejecución exacta de los acuerdos tomados por la asamblea de accionistas.

- 2) Preparación de los estados financieros de la sociedad para su presentación en la asamblea ordinaria.
- 3) Nombramiento de gerentes y apoderados.
- 4) Realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad; excepto lo que expresamente la ley y el contrato social.
- 5) Convocatoria de las asambleas.

Considero que la nueva ley debe establecer que se incluyan como obligatorias en los estatutos las causales de disolución anticipada de la sociedad, las que pueden ser entre otras, las siguientes:

- a) Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado.
- b) Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social.
- c) Porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que establezca la ley o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona.
- d) Por la pérdida de las dos terceras partes del capital social.
- e) El retiro de uno de los socios, en caso de que sean dos, en el supuesto que la ley establezca dos socios como mínimo para constituir la sociedad.
- f) La fusión.
- g) La transformación de la sociedad.
- h) El empate permanente de votos en el seno de la asamblea.
- i) La quiebra de la sociedad.

El actual Código de Comercio regula en su artículo 122 los siguientes tipos de sociedades mercantiles: la sociedad regular colectiva, la sociedad comanditaria y la sociedad anónima. Por la ley de 17 de febrero de 1929, modificada por la ley de 13 de diciembre del propio año, fueron creadas las Sociedades de Responsabilidad Limitada; por esta razón considero que en la nueva ley deben ser incluida, además de las anteriores, la sociedad cooperativa, la que se encuentra regulada en el artículo 1º. de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México.

En la Sección Sexta del Código de Comercio, se establecen los derechos y obligaciones de los socios. Con respecto a los derechos, considero que esta legislación es muy parca al referirse a los mismos. Considero que se deben ampliar y regular más claramente dichos derechos en la nueva ley que se promulgue, y la misma debe recoger al menos los siguientes:

- 1) Participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- 2) Suscribir, con preferencia sobre otras personas, las nuevas acciones que se emitan.
- 3) Asistir y votar en las juntas generales de accionistas.
- 4) Impugnar los acuerdos sociales.
- 5) Recibir información sobre los negocios de la sociedad y la situación de ésta.

- 6) Que las acciones sirven para acreditar y transmitir los derechos del socio.
- 7) Que los accionistas podrán denunciar por escrito a los comisarios los hechos que estime irregularidades en la administración.
- 8) El derecho del accionista de separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones en proporción al activo social, de acuerdo al último balance aprobado, en el caso de que el accionista haya votado en contra en la asamblea general de accionistas y en los supuestos de cambio de objeto de la sociedad, cambio de nacionalidad de la misma y transformación de la sociedad.

Debido a que la forzosa sumisión al voto de la mayoría de la Junta que como requisito esencial de la escritura de constitución exige el artículo 151 del Código de Comercio, produce en muchas ocasiones lesivos resultados y hasta actos ilícitos y delictivos en las sociedades; burlándose los derechos de los tenedores de acciones más modestos o de menor representación, considero que la nueva legislación deberá contener la garantía suficiente para los derechos de las minorías; por ejemplo, pudieran incluirse los siguientes:

- 1) Los accionistas que representen al menos un 25% del capital social tendrán derecho a designar un miembro del Consejo de Administración o un comisario, cuando dicho Consejo se componga de tres o más personas.
- 2) El 25% de las acciones presentes en un Asamblea de Accionistas tendrá derecho a solicitar el aplazamiento de la votación de un asunto por tres días y sin necesidad de nueva convocatoria.

- 3) Los accionistas que representen al menos el 33 % del capital social, podrán pedir por escrito la convocatoria de una Asamblea General de Accionistas, al Administrador o Consejo de Administración o a los comisarios, en cualquier tiempo, para tratar de los asuntos que indiquen en su petición.

- 4) Los accionistas que representen el 20% del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales; pero siempre si satisficieren algunos requisitos tales como: que la demanda se presente dentro de los 15 días siguientes a la fecha de clausura de la asamblea, que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan votado en contra de la resolución y que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido, además del concepto de la violación.
En éste último supuesto propongo que la tramitación de esta oposición se realice de acuerdo a la vía incidental de los juicios mercantiles, por ser más rápida y expedita que un juicio ordinario.

Los derechos de las minorías no deberán considerarse como exclusivos de éstas, en realidad son los mismos que corresponden a todos y a la mayoría de los socios; pero al otorgársele legalmente éstos derechos, dichas minorías no quedarán vinculadas por los acuerdos mayoritarios, obligatorios para presentes, ausentes y disidentes.

Debido a la importancia de la existencia y posesión del título que constituye la acción, considero que la nueva regulación jurídica en materia de sociedades mercantiles, debe señalar de manera expresa el derecho del accionista a exigir de la sociedad la entrega del título acreditativo o constitutivo de la acción; así como establecer reglas sobre el valor nominal de las acciones y además, fijar un importe mínimo para las acciones.

Conclusiones

- 1) Las Sociedades Anónimas nacieron con el desarrollo del comercio ultramarino de los países europeos con las colonias y posesiones en América y Asia, pasando por varias etapas en su evolución y desarrollo, desde la tutela y absoluta dependencia del Estado, hasta la actual etapa donde predomina la emisión de regulaciones específicas, o sea, leyes nacionales, que regulan todo su funcionamiento y desarrollo, a partir de la cual la sociedad anónima se va convirtiendo en un órgano de la economía nacional.
- 2) Los cuerpos de leyes extranjeras tomados en cuenta por los redactores del Código de Comercio mexicano de 1889, fueron el Código de Comercio francés de 1807, la Ley de Sociedades por Acciones francesa de 1867, el Código de Comercio italiano de 1882 y el Código de Comercio español de 1855. Este Código de Comercio, por su estructura y sistemática legislativa en materia de sociedades, es considerado por varios estudiosos de esta materia, en gran medida original y técnicamente satisfactorio para la época; pues representó un hito muy importante para la evolución de ese sector del derecho en México, ya que colocó a la legislación mexicana, y en especial, en lo referido a las sociedades anónimas, en un nivel de vanguardia y modernidad para su época.
- 3) Considero que el acto de nacimiento de la sociedad mercantil constituye una declaración unilateral de voluntad, debido a que dicho acto no crea ni transfiere derechos y obligaciones. Se crea, mediante el mismo, una nueva persona jurídica y sí como consecuencia de este acto surgen obligaciones, las mismas serán entre los socios y la nueva persona; y no así entre los socios. Además, las voluntades de

los participantes no son opuestas, sino concurrentes a la finalidad principal: la creación de la nueva persona jurídica.

- 4) Los Órganos Sociales de la Sociedad Anónima son la Asamblea de Accionistas, como órgano supremo de la sociedad y máximo instrumento de formación y expresión de la voluntad social; el Órgano de Administración, el cual tiene las funciones de gestión, administración y representación ante terceros; y el Órgano de Vigilancia, el cual tiene la misión de fiscalizar e inspeccionar, de manera permanente y continua a la sociedad anónima; así como la tutela y control de los derechos y obligaciones involucrados en la actuación de dicha sociedad. Aunque con ligeras diferencias, las legislaciones de México, España y Argentina, refrendan de manera similar la existencia de estos tres órganos y sus funciones para con la sociedad.
- 5) A pesar de que el Código de Comercio vigente en Cuba, data de 1886, ha sido retomado y adaptado a la realidad económica actual. Sin embargo, es obvio que resulta obsoleto para regir las relaciones comerciales y mercantiles de la Cuba de hoy, haciéndose necesario un estudio profundo de la necesidad de derogación de mismo y la promulgación de un nuevo cuerpo legal de la materia, acorde con las exigencias del momento.
- 6) La coexistencia de empresas estatales, compañías privadas de capital totalmente nacional, y empresas mixtas con amplia participación extranjera en la actualidad cubana, hacen necesario e indispensable la próxima promulgación de una Ley de Sociedades Mercantiles, para lo cual pudieran tomarse como base los aspectos más sobresalientes y positivos de las legislaciones de México, España y Argentina de la materia. Esta nueva legislación deberá dar

garantías suficientes para el correcto funcionamiento de las mencionadas sociedades; ya que la actual regulación no lo realiza adecuadamente debido a las insuficiencias señaladas en el Capítulo IV del presente trabajo.

- 7) Entre los aspectos fundamentales que considero necesario incluir en la Ley de Sociedades Mercantiles que se promulgue en Cuba tenemos: la modalidad de Capital Variable para las sociedades de capital; y referido a las Sociedades Anónimas, las facultades y obligaciones del Órgano de Administración y la estructura del mismo; la distinción entre asambleas ordinarias y extraordinarias con base en la competencia de cada una de ellas; una regulación minuciosa del Órgano de Vigilancia, una ampliación de los derechos de los accionistas y las garantías suficientes a los derechos de los accionistas minoritarios.

Propuestas

- 1) Debe derogarse el Código de Comercio vigente en Cuba desde 1886, debido a su obsoleta normatividad jurídica, y en su lugar promulgar un nuevo Código, acorde con la realidad económica de Cuba y con los cambios que se vienen produciendo en la esfera comercial y mercantil del país.

- 2) Debido a la inexistencia de una norma legal que regule expresamente la temática de las sociedades mercantiles, se debe promulgar una Ley de Sociedades Mercantiles, que incluya además de los 4 tipos de sociedades reconocidas en el Código de Comercio vigente, a las sociedades cooperativas.

- 3) La Ley de Sociedades Mercantiles que se promulgue deberá contener de forma amplia y exhaustiva todos los aspectos concernientes a la constitución, órganos sociales, acciones, información financiera y otros aspectos fundamentales de la sociedad anónima, de acuerdo con las propuestas que realizo en el Capítulo IV del presente trabajo; con vistas a lograr un correcto funcionamiento y desarrollo de dichas sociedades en el contexto de la situación actual y futura de la economía cubana, y también garantizar una protección real a los derechos de los accionistas.

FUENTES.

BIBLIOGRAFÍA

BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades, Derecho de la Empresa, Sociedades*, 2a. reimp, Ed. Porrúa, México, 1998.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho Mercantil*, Ed. Herrero, México, 1998.

DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, *Las Empresas Mixtas, su regulación jurídica*, Ed. Ciencias Sociales, Cuba, 1993.

FRISCH PHILIPP, Walter, *Sociedad Anónima Mexicana*, 4ª ed., Ed. Harla, México, 1996.

GARRIDO DE PALMA, S.A., *Estudios sobre la S.A.*, Ed. Civitas, España, 1990.

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, T-1, Ed. Tecnos, España, 1980.

MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil* 30ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1998.

MARTORELL, Ernesto, *Sociedades Anónimas*, 3a. ed., Ed. de Palma, Argentina, 1988.

MASCHERONI, Fernando H., *Sociedades Comerciales*, Ed. Universidad, Argentina, 1986.

O'DONNELL, Gastón. *Elementos de Derecho Empresarial*, Ed. Macchi, Argentina, 1993.

RODRÍGUEZ, RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil, T-1, 23ª. ed.*, Ed. Porrúa, México, 1998.

SASOT, BETES, Miguel, *Sociedades Anónimas, Acciones y Bonos, debentures y obligaciones negociables*. Ed. de Palma, Argentina, 1985.

SASOT, BETES, Miguel, *Sociedades Anónimas, Sindicatura y Consejo de Vigilancia*, Ed. de Palma, Argentina, 1986.

URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ , Aurelio y MUÑOZ , José María; *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Ed. Civitas, España, 1992.

HEMEROGRAFÍA.

"*Iuris Tantum*", Revista Facultad de Derecho, Ed. Universidad Anáhuac, Año XI, No. 77, noviembre, México, 1988..

"*Las Sociedades Mercantiles en el Código de Comercio de 1889*" Revista
de Derecho Privado, No. 8, mayo- agosto, México, 1992.

LEGISLACIÓN

MÉXICO, LEGISLACIÓN, "Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos", México, Ed. Porrúa, 1996.

MÉXICO, LEGISLACIÓN, "Ley de Sociedades Mercantiles de los Estados Unidos Mexicanos", México, Ed. Porrúa, 1996.

CUBA, LEGISLACIÓN, "Código de Comercio de la República de Cuba", Cuba, Ed. Ministerio de Justicia, 1975.

CUBA, LEGISLACIÓN, "Ley No. 77, de la Inversión Extranjera", Gaceta Oficial de la República de Cuba, ed. extraordinaria de 6 de septiembre de 1995.

ARGENTINA, LEGISLACIÓN, "Código de Comercio y leyes complementarias", Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1976.

INDICE

	Pág.
<i>Introducción</i>	1
Capítulo I: "Generalidades"	4
I.1) Antecedentes de regulación jurídica de la Sociedad Anónima.	10
I.1.1) Antecedentes Extranjeros.....	10
I.1.2) Antecedentes de las sociedades anónimas en México.....	13
I.2) Concepto de Sociedad y de Sociedad Anónima.....	28
I.3) Naturaleza del acto constitutivo de la sociedad mercantil.....	34
Capítulo II : "Constitución de la Sociedad Anónima"	44
II.1) Requisitos generales y requisitos particulares.....	44
II.2) Los Órganos Sociales.....	56
II.2.1) La Asamblea General de Accionistas.....	56
II.2.1.a) La Asamblea Ordinaria y la Asamblea Extraordinaria.....	67
II.2.1.b) La Asamblea Especial y la Asamblea Mixta.....	73
II.2.2) El Órgano de Administración.....	76
II.2.3) El Órgano de Vigilancia.....	90

Capítulo III: "La Sociedad Anónima en el régimen actual de Cuba.".....109

III.1) Regulación de la Sociedad Anónima en el Código de Comercio vigente.109

III.2) Regulación de la Soc. Anónima en la Ley de Inversiones Extranjeras..126

Capítulo IV "Propuesta de nueva legislación en materia de sociedades mercantiles en Cuba".132

IV.1) Necesidad de la promulgación de una Ley de Sociedades Mercantiles en Cuba.....132

IV.2) Aspectos fundamentales que deberán incluirse en la nueva legislación en cuanto al tratamiento de las sociedades anónimas.....141

Conclusiones154**Propuestas.....157****Fuentes.....158****Indice.....161**