

303

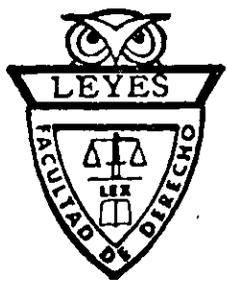


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

EL REEMBOLSO DE SU APORTACION A LOS ACCIONISTAS DE UNA SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE POR CONCEPTO DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO

TESIS PROFESIONAL QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA CLAUDIA ARACELI LUGO VEGA



MEXICO, D. F.

282933
~~1999~~
2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO. SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL.

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E

La alumna **CLAUDIA ARACELI LUGO VEGA**, realizó con la asesoría del LIC. JOSE ANTONIO ALMAZAN ALANIZ, el trabajo titulado: "EL REEMBOLSO DE SU APORTACION A LOS ACCIONISTAS DE UNA SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE POR CONCEPTO DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO", que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

A juicio del suscrito, el trabajo realizado por dicha alumna reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

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

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

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

Atentamente,
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, a 22 de Marzo de 1999

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO.
DIRECTOR.



c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Lic. José Antonio Almazan Alaniz.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumna.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MER.

*A mis padres, mi gran orgullo, con profundo
agradecimiento por todo su amor, enseñanza,
confianza, paciencia, y todo lo que me han
brindado.*

*A José Luis, Mauricio y Víctor, por la
fortuna de tenerlos como hermanos.*

*A Roberto, por su apoyo y amor
incondicional durante todos estos años.*

*A mis amigos, por todos los momentos
vividos.*

**EL REEMBOLSO DE SU APORTACION A LOS ACCIONISTAS DE UNA
SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE POR CONCEPTO DEL
EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO***

INTRODUCCION	1
<u>CAPITULO I</u>	
<u>GENERALIDADES DE LA SOCIEDAD ANONIMA</u>	
1. La sociedad como contrato.	4
1.1. Contrato Social	4
1.2. Naturaleza Jurídica	5
1.3. Personalidad Jurídica	7
1.4. Capacidad Jurídica	8
2. Elementos del Contrato Social.	9
2.1. Consentimiento	10
2.2. Objetivo	12
2.3. Motivo o Fin	13
2.4. Forma	15
3. Requisitos del Contrato Social.	16
3.1. Requisitos Personales	17
a) Denominación	17
b) Domicilio	18

c)	Duración	19
d)	Objeto	19
e)	Requisitos Personales Relativos a los Socios	20
f)	Requisitos Personales Relativos a ciertos Organos Sociales	20
3.2.	Requisitos Reales	20
a)	Capital Social	20
b)	Aportaciones	21
c)	Reservas	21
d)	Disolución de la Sociedad	22
e)	Liquidación	23
4.	Concepto de Sociedad Anónima y otros Requisitos.	24
4.1.	Concepto y sus Elementos	24
a)	Contrato Social. Pluralidad	26
b)	Sociedad Mercantil	26
c)	Estructura Colectiva Capitalista	26
d)	Responsabilidad Limitada	27
e)	Personalidad jurídica	27
f)	Denominación	27
g)	Capital Social o Fundacional	28
h)	División en Acciones	28
4.2.	Otros requisitos de la Sociedad Anónima	28
a)	La Parte Exhibida del Capital Social	28
b)	Número, Valor Nominal y Naturaleza de las Acciones en que se divide el Capital Social	29
c)	Forma y Términos en que Debe Pagarse	

	la Parte Insoluta de las Acciones	30
d)	La Participación en las Utilidades concedidas a los Fundadores	32
e)	El nombramiento del Órgano de Vigilancia	33
f)	Facultades y Funcionamiento de las Asambleas de Accionistas de la Sociedad	33
5.	La Sociedad Anónima de Capital Variable.	38
5.1.	Concepto de Sociedades de Capital Variable	38
5.2.	Requisitos de la Sociedad Anónima de Capital Variable	39
a)	Denominación	39
b)	Capital Mínimo	39
c)	Aumento o disminución de Capital Variable	40
d)	Aumento de Capital	40
e)	Disminución de Capital	41

CAPITULO II

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS DE UNA SOCIEDAD ANONIMA

1.	Calidad de Socio.	42
2.	Obligaciones de los Accionistas.	43
2.1.	Obligación a las Aportaciones	43

2.2.	Otras Obligaciones	45
3.	Derechos de los Accionistas.	46
3.1.	Derechos Patrimoniales	47
a)	Derecho al Dividendo	47
b)	Derecho a la Cuota de Liquidación	53
c)	Derecho a Realizar Aportaciones Limitadas	56
d)	Derecho a obtener Títulos Representativos de las Acciones	56
e)	Derecho de Preferencia para Adquirir Nuevas Acciones	58
f)	Derecho de Preferencia de Venta de Acciones	63
g)	Derecho a Obtener el Canje de Acciones Nominativas	64
3.2.	Derechos de Consecución o Corporativos	64
a)	Derecho a Convocatoria	65
b)	Derecho de Participación en la Redacción del Orden del Día	66
c)	Derecho de Voto	67
d)	Derechos de Aprobación del Balance, de Determinación de Emolumentos a Administradores y Comisarios y de Aprobación de la Gestión de los Mismos	71
e)	Derecho a ser elegido a ocupar cargos sociales	73
f)	Derecho de Aplazamiento de los Acuerdos	74
g)	Derecho de Denuncia	74
h)	Derecho de Información	74
i)	Derecho de Representación	77

j)	Derechos de Impugnación y Suspensión de los Acuerdos Sociales	79
k)	Derecho de Separación	82
l)	Derecho de Retiro	82

CAPITULO III
DERECHO DE RETIRO

1. Diferencia entre el Derecho de Retiro y Derecho de Separación.	83
1.1. Derecho de Separación	83
a) Concepto	83
b) Doctrina	83
c) Legislación Mexicana	90
d) Consecuencias Jurídicas	93
1.2. Derecho de Retiro	101
a) Concepto	101
b) Doctrina	101
c) Legislación Mexicana	104
d) Consecuencias Jurídicas	106
2. Propuesta legislativa.	114
CONCLUSIONES	117
BIBLIOGRAFIA	124
LEGISLACION CONSULTADA	127

ABREVIATURAS

Co. Civ.	Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
Co. Com.	Código de Comercio.
L.G.S.M.	Ley General de Sociedades Mercantiles.
L.I.E.	Ley de Inversión Extranjera.
L.N.	Ley de Nacionalidad.
L.F.C.P.	Ley Federal de la Correduría Pública.
L.N.D.F.	Ley del Notariado para el Distrito Federal.
R.L.I.E. R.N.I.E.	Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.
L.M.	Ley Monetaria.
L.G.T.O.C.	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
L.S.I.	Ley de Sociedades de Inversión.
L.M.V.	Ley del Mercado de Valores.

INTRODUCCION

En todo el tiempo de vigencia de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la práctica ha puesto de manifiesto sus ventajas y defectos, entre los que sobresalen, la regulación del derecho de retiro de los accionistas previsto en su artículo 220.

Conforme al artículo 220 antes citado el derecho de retiro parcial o total de aportaciones es aquél que se ejerce en cualquier tiempo por un socio respecto de su participación en la parte variable del capital social de una sociedad mercantil, el cual deberá notificarse fehacientemente y, no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el fin del ejercicio siguiente si la notificación se hiciera después.

El objeto de estudio del presente trabajo de investigación es precisamente el reembolso a los accionistas de una sociedad anónima de capital variable en virtud de su ejercicio del derecho de retiro en cuestión, ya que el texto vigente del artículo 220 de la Ley General de Sociedades Mercantiles podría provocar litigios innecesarios en virtud de interpretaciones jurídicas contradictorias, sobre todo en cuanto a si se debe pagar a dicho accionista el valor nominal o real de sus acciones respecto de las cuales ejerza dicho derecho.

Ni la doctrina mexicana ni la extranjera se han ocupado del estudio a fondo de esta figura jurídica, siendo que en muchas ocasiones confunden el derecho de separación previsto en el artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles con el derecho de retiro a que nos referimos.

Para obtener una visión total y completa del derecho de retiro del accionista y así poder concluir si por el ejercicio de este derecho se le debe entregar al accionista el valor nominal o real de sus acciones, he considerado necesario explicar brevemente en los capítulos primero y segundo de este trabajo a la sociedad anónima, a la sociedad anónima de capital variable, su funcionamiento, así como los derechos en general de los accionistas de la misma, dentro de los cuales encontramos el derecho de separación y de retiro. En el tercer capítulo hago un estudio respecto del derecho de separación y del derecho de retiro, ya que solamente así podremos demostrar que son figuras jurídicas totalmente distintas, tanto por sus supuestos hipotéticos como por sus consecuencias jurídicas.

Asimismo, menciono la necesidad de reformar el artículo 220 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a efecto de regular en forma clara y precisa el derecho de retiro; para lo cual propongo los aspectos que dicha reforma deberá contemplar.

Para los efectos del presente trabajo, me referiré al derecho de separación como aquél previsto en el artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que le corresponde a los accionistas minoritarios frente al poder de la mayoría, cuando éstos últimos en Asamblea General de Accionistas, adoptan resoluciones que la misma Ley considera como

graves y, que justifican la separación del accionista de la sociedad anónima.

Asimismo me referiré al derecho de retiro, como la facultad de un accionista que puede ser ejercida en cualquier tiempo, respecto del retiro total o parcial de su participación en la parte variable del capital social de una sociedad anónima, contemplada en el artículo 220 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

CAPITULO I

GENERALIDADES DE LA SOCIEDAD ANONIMA

1. La Sociedad como Contrato.

1.1 Contrato Social

La sociedad, desde el derecho romano, es considerada como un contrato (*societas*) por el que dos o más personas (*socci*), acordaban aportar determinados bienes, obras o actividades para lograr un fin común.¹ Sin embargo la *societas* contractual romana no tenía, por regla general, personalidad jurídica², así como tampoco contaba con efectos frente a terceros.

En el derecho mexicano la sociedad es definida como un contrato, definición que, aún cuando la legislación mercantil en general es aplicable a las sociedades, no es en ésta en donde la encontramos, sino en el Co. Civ. que, con fundamento en los artículos 2º. del Co. Com. y 1º. del Co. Civ., es la fuente supletoria de nuestra legislación mercantil.

El artículo 2688 del Co. Civ. dice que "por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial", luego entonces "suprimida esta última nota negativa, el resto de la definición es aplicable a la sociedad mercantil"³ objeto de nuestro estudio.

¹ Bialostosky , Sara. Panorama del Derecho Romano. Universidad Nacional Autónoma de México, tercera edición. México 1990. p. 171.

² Idem

³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., vigésima tercera edición, Tomo II. México, 1998. p.44.

Asimismo, la L.G.S.M. le da a la sociedad mercantil el carácter de contrato en diversos artículos, tales como los artículos i) 2º., párrafo cuarto, que dice que "las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo..."; ii) 7º., que establece, que "...Sí el contrato social no se hubiere otorgado en escritura..."; o, iii) el 26º. que inicia "...Las cláusulas del contrato de sociedad que supriman la responsabilidad ilimitada..." Sin embargo, como más adelante lo explicamos, debemos señalar que estas disposiciones únicamente se refieren a la sociedad como contrato en su etapa constitutiva, y no en la etapa de su funcionamiento.

1.2. Naturaleza Jurídica

A pesar de que nuestra legislación, como las legislaciones de tipo "europea", define a la sociedad como un contrato, tal y como lo expusimos en el apartado 1.1. anterior, existen diversas teorías contrarias a dicho carácter contractual de las cuales nos remitiremos a explicar brevemente dos de las más importantes.

Una de ellas es la conocida como "*Acto Social Constitutivo*", encabezada por GIERKE⁴, la cual contempla al acto constitutivo de una sociedad como un "acto unilateral" y no como un contrato, toda vez que establece que la voluntad de los que intervienen en el negocio social se presenta unilateralmente, con la única finalidad de crearlo. Sin embargo sostenemos, como muchos autores, que esta doctrina es incorrecta, ya que el objeto primordial de constituir el ente social no es únicamente el de crearlo sino también el de establecer derechos y obligaciones entre los socios y la sociedad.

⁴ Citado por Gasperoni, Nicola. *Las Acciones de las Sociedades Mercantiles*. Editorial Revista de Derecho Privado, volumen vigésimo octavo. Madrid, 1950. p.p. 15 y 16.

La otra teoría es aquella iniciada en Alemania por KUNTZE⁵, denominada "*Acto Complejo*", misma que sostiene que la sociedad no es un contrato debido a que en todo contrato las manifestaciones son opuestas y, en la sociedad es lo contrario, esto es, existe una coincidencia de intereses que persiguen un mismo fin. Asimismo, me permito afirmar que esta teoría es incorrecta toda vez que, si bien es cierto que existe un interés general entre los socios, también es cierto que para que exista un contrato no es necesario que en el mismo las manifestaciones sean opuestas, ya que los artículos 1792 y 1793, respectivamente, del Co. Civ. dicen que "*Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones*", y "*los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos*", luego entonces, el acto constitutivo de la sociedad sí es un contrato.

A pesar de lo anterior hemos de reconocer que la sociedad mercantil es una figura jurídica sui géneris, ya que considero que la fase constitutiva de la misma tiene carácter contractual, aunque con características muy peculiares distintas a otros contratos, sin embargo no debe considerarse así a la etapa funcional de la sociedad.

Lo anterior lo fundamentamos al estudiar la L.G.S.M., ya que ésta al referirse a la sociedad como contrato únicamente lo hace en diversos artículos relacionados con su fase constitutiva pero nunca en la funcional, toda vez que la sociedad "sí bien nace de un contrato, se separa y aparta de esta figura jurídica, cuando la sociedad actúa (es decir, cuando cumple su misión), cobra vida, y establece relaciones - de varios tipos -, no sólo con sus socios, sino con sus administradores y con quienes la vigilan y

⁵ Citado por Gasperoni, Nicola. Op. Cit. p. 16.

controlan, y sobre todo con terceros”⁶, esto es, cuando se le concede personalidad jurídica.

1.3 Personalidad Jurídica

Como lo mencionamos anteriormente, la siguiente fase del acto constitutivo de la sociedad (acto considerado como contrato) es la funcional del ente social, su exteriorización, cuando adquiere el status de sujeto de derechos y obligaciones, esto es, cuando se le atribuye personalidad jurídica.

Nuestra legislación le concede a ciertos sujetos jurídicos que no son personas físicas, personalidad jurídica, entre los que encontramos a las sociedades mercantiles, así el artículo 25 del Co. Civ. en su fracción III. establece que las sociedades civiles o mercantiles son personas jurídicas colectivas. Además, el artículo 2º. de la L.G.S.M. establece que las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio tienen personalidad jurídica distinta a la de los socios, al igual que las no inscritas en dicho Registro pero que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros.

Como podemos ver, la personalidad jurídica de las sociedades deriva de la Ley, es decir, es un concepto meramente formal, que produce dos consecuencias principales:

a) La sociedad como *un sujeto de derechos*, con nombre, domicilio, capacidad de goce (actuando siempre por sus representantes o administradores), capacidad jurídica (limitada a su objeto social) y, calidad de comerciante.

⁶ Barrera Graf, Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983. p. 19

b) La sociedad con un *patrimonio*, diferente del de sus socios. El patrimonio de la sociedad, a pesar de estar constituido por aportaciones de los socios, no es patrimonio de éstos sino del ente social. Las deudas sociales están garantizadas por el patrimonio social, y en caso de insolvencia, cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada, la ejecución de la sentencia que se pronuncie contra la sociedad condenándola al cumplimiento de obligaciones respecto de tercero se reducirá a la obtención del monto exigible de las aportaciones de los socios. Inversamente, los acreedores de los socios no pueden hacer efectivo sobre el mismo las deudas que tengan contra los socios, si no es embargando las utilidades que puedan corresponderles, e incluso la participación que tengan en la sociedad, pero sin poderla rematar, a no ser que se trate de acciones, caso en el que se puede llevar el embargo hasta sus últimas consecuencias.⁷

Por lo anterior, considero a la personalidad jurídica de la sociedad como un medio para que la misma logre sus propios fines, así como para proteger el interés jurídico de los socios.

1.4. Capacidad Jurídica

El atribuirle a las sociedades personalidad jurídica provoca el reconocerles capacidad, esto es, la aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones y, hacerlos valer. Sin embargo, dicha capacidad jurídica tiene únicamente el alcance que la ley establece, dependiendo también del objeto social de la sociedad. Otro elemento importante que constata la existencia de la capacidad en las sociedades es la nacionalidad, que implica un atributo en la personalidad y que permite la aplicación de un determinado derecho considerado como propio de la sociedad, lo cual debe entenderse en sentido distinto respecto a la nacionalidad de los socios que la conforman. Se debe observar lo dispuesto por el artículo 6 de la L.I.E. que se refiere a las

⁷ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Op. Cit. p. 56.

actividades económicas reservadas de manera exclusiva a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros. Asimismo, se debe observar lo previsto por los artículos 7º, 8º y 9º de dicha Ley que señalan los requisitos para la participación de la inversión extranjera en una sociedad o actividad determinada.

En ocasiones, la ley limita la capacidad de ejercicio de derechos por parte de las sociedades. Tal es el caso de aquéllas que están en estado de liquidación, a las cuales no les permite el ejercicio de operaciones distintas a la liquidación social, de conformidad con el artículo 233 de la L.G.S.M.

Otra limitación a la capacidad de las sociedades mercantiles es que, en virtud de que las mismas no son seres humanos sino personas jurídicas colectivas, es necesario que los actos inherentes a éstas se realicen por medio de personas físicas, esto es, a través de sus representantes que, de conformidad con el citado artículo 10 de la L.G.S.M., son sus administradores.

2. Elementos del Contrato Social.

De conformidad con el Co. Civ. los elementos de todo contrato se clasifican en esenciales y de validez.

Se entiende por elementos esenciales a aquéllos que son parte integrante del contrato, sin los cuales no podría ser concebido dicho acto jurídico, señalando el Co. Civ. en su artículo 1794, como tales al consentimiento y al objeto que pueda ser materia del mismo.

Por otro lado, el artículo 1795 del Co. Civ., interpretado a contrario sensu, dispone que son elementos de validez, la capacidad de la partes, la

licitud en el objeto, motivo o fin y, el cumplimiento de las formalidades que la ley establece.

De lo anterior podemos concluir que para la válida existencia del contrato social se requiere de tres elementos esenciales, el consentimiento de las partes, la capacidad de las mismas y el objeto del contrato, así como de dos elementos de validez, el motivo o fin del contrato y la formalidad que la Ley General de Sociedades Mercantiles establece para la validez de dicho contrato social.

2.1. Consentimiento

“El consentimiento consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos”⁸ siendo necesario que estas voluntades sean emitidas por persona capaz y, con ausencia de vicios de la voluntad tales como el error, dolo, mala fe, lesión y violencia.

Luego entonces entendemos al consentimiento, elemento esencial del contrato social, como la exteriorización de dos o más voluntades de personas capaces (*socios*), libres de vicios, con el objeto de celebrar el contrato social para la consecución de un fin determinado y establecer las bases para ello.

El consentimiento de los socios se manifiesta en el período constitutivo de la sociedad, o incluso anterior al mismo, en la expresión de la voluntad de ingresar como socio de la sociedad que se proyecta. Esa

⁸ Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., décima sexta edición, México, 1998. p. 121.

voluntad de los socios de crear una sociedad y adquirir el status de socio es en lo que consiste la *affectio societatis*.⁹

Partiendo del principio establecido en el artículo 1798 del Co. Civ. son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley. Por lo tanto, únicamente aquellas personas indicadas en los artículos 23 y 450, respectivamente, del Co. Civ. tienen incapacidad para contratar, esto es, los menores de edad, aquéllos en estado de interdicción, los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia aunque tengan intervalos lúcidos, y aquéllos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por adicción de sustancias como el alcohol, psicotrópicos o estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

A pesar de lo anteriormente fundado, el Co. Civ. en su artículo 563 establece que los tutores no podrán vender, entre otros, *acciones* pertenecientes al incapacitado por menor valor del que se cotee en la plaza el día de la venta, de lo que se desprende que la Ley prevé la posibilidad de que los incapacitados sean socios en una sociedad anónima.

Por otro lado la voluntad de los socios debe ser libre y consciente, esto es, con ausencia de vicios de la voluntad.

“El vicio de la voluntad es todo elemento que interviene en la formación de ésta, privando al sujeto del conocimiento de la realidad (error, dolo) o de la libertad para decidir (violencia)”.¹⁰

⁹ Bialostosky, Sara. Op. Cit. p. 231.

¹⁰ Galindo Garfías, Ignacio. Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., 17ª. edición. México, 1998. p. 228.

El error es el falso conocimiento de la realidad, que provoca que la voluntad se forme en un sentido diferente a aquél en que se hubiere formado si no existiere dicho error, debiendo ser éste determinante.

Se debe entender por dolo a cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, y por mala fe a la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido, debiendo ser ambos vicios determinantes al igual que el error.

En cambio la violencia existe cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado.

2.2. Objeto.

El objeto en toda relación jurídica consiste en crear y transmitir derechos y obligaciones (objeto directo), o la conducta que debe cumplir el obligado, esto es, la cosa o el hecho sobre los cuales recaen dichos efectos jurídicos (objeto indirecto).

La cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza, o ser susceptible de llegar o existir, ser determinado o determinable en cuanto a su especie, y existir en el comercio. Por lo que se refiere al hecho que el obligado debe hacer o no hacer habrá de ser posible y lícito.

“Por consiguiente, tratándose del contrato de sociedad y relacionado lo dicho con la definición del mismo, la aportación de los socios constituye el objeto del contrato”,¹¹ es decir, su objeto indirecto.

Lo anterior lo podemos fundamentar en el artículo 2688 del Co. Civ. que dice *“los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común.”*

En cambio el objeto directo del contrato social es la creación de derechos y obligaciones entre los socios, y entre éstos y la sociedad.

2.3. Motivo o fin.

El motivo o fin, es un elemento más del contrato social, de conformidad con los artículos 1795, 1831 y 2688 del Co. Civ.

El motivo o fin de la sociedad anónima “estriba tanto en el propósito que se le fije, de carácter económico o de otra índole, para ser cumplido a través de la organización que le sea propia y, con los medios que los socios hayan aportado o que ella misma adquiriera; como en el interés común que los socios hayan tenido para constituiría o para ingresar en ella posteriormente.”¹²

Es necesario distinguir entre el fin social y entre el fin para el que el socio ingresa a la sociedad, aún cuando el primero determina el segundo.

Para la sociedad el fin es colectivo, consistente en cumplir los propósitos económicos y objetivos que se le fijen al momento de constituirse, a través de su organización siendo que, de conformidad con el

¹¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa, S.A., sexta edición, Tomo I. México, 1981. p. 32.

¹² Barrera Graf, Jorge. Op. Cit. p. 30.

artículo 2688 del Co. Civ. el motivo o fin del contrato social es común a todos los socios, de ahí que el artículo 13 de la L.G.S.M. establezca que *"... el nuevo socio... responde de todas las obligaciones sociales contraídas antes de su admisión..."* y que, congruentemente el artículo 14 de dicho ordenamiento jurídico disponga que *"... el socio que se separe o fuere excluido... quedará responsable con los terceros de todas las operaciones correspondientes."*

En cambio, para los socios es individual, esto es, debe ser el motivo determinante de la voluntad de cada uno de ellos de contratar.¹³

2.3.1. Finalidad ilícita.

Cuando la finalidad del socio sea ilícita la aportación será nula sin afectar al negocio social, sin embargo la ilicitud en el fin de la sociedad sí ocasiona la nulidad de ésta, por lo que se procederá a su inmediata liquidación a solicitud de cualquier persona en todo tiempo, incluso por el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

2.3.2. Deber de lealtad del socio.

La realización del fin común del contrato social de una sociedad anónima impone a los socios, administradores y comisarios, sean o no socios, un deber de lealtad a la sociedad, a cuyo cumplimiento están obligados, no debiendo su actuar, ir en contra o más allá de la finalidad social.

¹³ Idem.

2.3.3. Conflicto de interés.

En términos del artículo 196 de la L.G.S.M. todo accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad a la que pertenece, debe abstenerse de votar en las Asambleas respectivas. Como podemos ver, en este caso de conflicto de interés la Ley ha decidido en favor de la sociedad.

2.4. Forma.

La regla general en nuestro derecho, de conformidad con los artículos 1796 y 1832 del Co. Civ. y 78 del Co. de Com., es que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la Ley.

En el caso concreto de sociedades mercantiles la L.G.S.M. en su artículo 5, sí exige formalidades, al establecer que las mismas deberán constituirse ante notario, (o ante Corredor Público de conformidad con el artículo 60 de la L.F.C.P.) y, en la misma forma habrán de hacerse constar sus modificaciones, así como que la escritura pública contenga ciertos requisitos, en términos de los artículos 6º y 91 de dicha Ley.

En la teoría del acto jurídico, no deben confundirse las formalidades con la publicidad, "esto es, a pesar de que la L.G.S.M. establezca que el contrato social habrá de inscribirse en el Registro Público de Comercio del domicilio de la sociedad, ésta no constituye un elemento del acto jurídico, sino una exigencia externa, de manifestar el acto para que sea conocido por terceros, y para que produzca efectos en contra de ellos: su omisión no afecta el acto mismo, salvo en los casos de excepción en que la inscripción registral se considere por la ley como un requisito constitutivo, es decir, que la inscripción tenga efectos constitutivos y no meramente declarativos; la

forma, en cambio, si es elemento del acto, cuya omisión puede acarrear su inexistencia - si se trata de acto solemne -, la nulidad y en caso de sociedades, su liquidación.”¹⁴

Igualmente debe distinguirse el requisito de forma en las sociedades y del tipo de sociedad de que se trate, es decir, la forma es la manera de manifestar el consentimiento de los socios en cualquier clase de sociedad y el tipo de sociedad consistente en la adopción de uno de los modelos de sociedades mercantiles a que se refiere el artículo 1º de la L.G.S.M.

A pesar de lo expuesto en los párrafos que anteceden, en el caso de que existan defectos de forma en el contrato social, estos se subsanarán al otorgarse el acto en la forma debida y con su inscripción en el Registro Público de Comercio correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 2º de la L.G.S.M.

Además de lo anterior, la L.N.D.F. dispone que en la escritura pública que contenga la constitutiva de la sociedad se deberá hacer constar el lugar y fecha en que se otorga, así como la firma de los otorgantes (accionistas o sus representantes) y la del notario que autoriza dicha escritura pública.

3. Requisitos del Contrato Social.

Según lo expuesto en el apartado 2.4. anterior, el contrato social de toda sociedad mercantil deberá constar en escritura pública, otorgada por fedatario público, la cual habrá de ser firmada por los accionistas o sus representantes y por el fedatario público que autoriza la escritura pública en cuestión y, además reunir los requisitos consignados en el artículo 6º de la L.G.S.M., mismos que podemos clasificar en personales, reales y funcionales, los cuales analizamos a continuación.

¹⁴ Ibidem, p. 71.

3.1. Requisitos Personales.

a) Denominación.

En la escritura constitutiva de toda sociedad habrá de mencionarse su denominación o razón social según sea el caso.

La razón social se formará con los nombres de todos o algunos de los socios, la cual irá inmediatamente seguida de la expresión de la sociedad de que se trate o de las siglas que la distingan como tal.

En cambio, la denominación se formará libremente, debiendo ser distinta a la de cualquier otra sociedad y, al igual que la razón social irá siempre seguida de la expresión de sociedad de que se trate o de las siglas que la distingan como tal.

La diferencia entre ambos conceptos obedece a la aplicación de la razón social a las sociedades personalistas y de la denominación a las de capital, toda vez que en las personalistas importa esencialmente la personalidad de los socios, de ahí que se forme con los nombres de uno o varios socios.

En el caso de la sociedad anónima únicamente se podrá utilizar la denominación. Aún cuando la L.G.S.M. no prohíbe expresamente se utilice el nombre de algún socio en su denominación y no prevea una sanción por el incumplimiento respecto de la mención de la sociedad de que se trate, coincido con la opinión de algunos autores al establecer que tal inclusión es ilegal, ya que convertiría a la misma en una verdadera razón social, y en el caso de omitir la mención de la sociedad de que se trate, por aplicación analógica de los artículos 25 a 28 y 59 de dicho ordenamiento jurídico

podría imponerse a los socios la responsabilidad ilimitada. Por lo que para evitar confusiones, no debería permitirse la constitución de sociedades anónimas sin una denominación auténtica.

b) Domicilio.

La L.G.S.M. únicamente dispone en su artículo 6º, fracción VI., como requisito esencial del contrato social que se determine el domicilio de la sociedad, sin definir en ningún momento dicho concepto.

Sin embargo, como ya lo hemos fundamentado podemos aplicar supletoriamente el artículo 33 del Co. Civ., que establece que las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecido su administración.

Lo anterior, sin perjuicio de que la sociedad pueda establecer sucursales o agencias en el territorio mexicano o en el extranjero.

Señalar el domicilio de la sociedad en el contrato social es un requisito esencial, ya que éste tendrá eficacia i) como lugar de inscripción en el Registro Público de Comercio de la escritura constitutiva de la sociedad y de los demás documentos relacionados con la misma sujetos a inscripción; ii) para la publicidad de convocatorias a Asambleas de sus accionistas y para la celebración de éstas; iii) para emplazamiento a juicio; iv) en su caso, para la celebración de las Sesiones de su Consejo de Administración; v) para la determinación de la competencia jurisdiccional; vi) para asuntos fiscales, y vii) para el derecho común aplicable como supletorio.

En consecuencia, una sociedad anónima sólo podrá tener un domicilio social, no tomando en cuenta los funcionales previstos en los artículos 33, segundo párrafo, y 34 del Co. Civ.

c) Duración.

La fracción IV. del artículo 6º de la L.G.S.M. señala como otro requisito del contrato social el mencionar la duración de la sociedad, no existiendo precepto legal alguno que establezca un máximo o un mínimo en cuanto a la duración de una sociedad.

Sin embargo, al hablar la L.G.S.M. de que en el contrato social se debe mencionar la duración de la sociedad, se entiende que debe de ser determinada, esto es, no se podrían constituir sociedades por tiempo indefinido, a excepción de aquéllas previstas en la legislación financiera, esto lo fundamentamos además en que en muchas ocasiones se ha negado la inscripción de las mismas en el Registro Público de Comercio, declarando legal dicha negativa la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En consecuencia, en la práctica es muy común ver que se constituyan sociedades con una vigencia de 99 o más años.

d) Objeto.

Aún cuando la fracción II. del artículo 6º de la Ley en cuestión denomine como otro requisito del contrato social al objeto de la sociedad, debemos de entender como tal a la finalidad de la misma por las razones expuestas anteriormente, esto es, como el tipo de actividad que habrá de realizar la sociedad, por la cual los socios aportan sus recursos y esfuerzos a efecto de obtener ganancias.

El objeto debe ser lícito y no comprender aquellas actividades estratégicas reservadas exclusivamente al Estado Mexicano, o aquéllas comprendidas dentro de las "Actividades con regulación específica" que están previstas en la L.I.E. y en el R.L.I.E.R.N.I.E. en caso de tener cláusula

de admisión de extranjeros, o dentro de la excepción a que se refiere la fracción IV del artículo 27 constitucional.

e) Requisitos Personales Relativos a los Socios.

El artículo 6 de la L.G.S.M. en su fracción I, establece que en el contrato social se deben especificar los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad, indicaciones que son estrictamente indispensables.

De esas tres especificaciones es necesario hacer notar que la nacionalidad es de las más importantes, si se consideran las limitaciones que existen, tanto en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos como en la L.I.E. y en el R.L.I.E.R.N.I.E.

f) Requisitos Personales Relativos a ciertos Organos Sociales.

La fracción IX. del artículo 6º de la L.G.S.M. dispone que en el contrato social habrá de hacerse constar el nombramiento de los administradores y la designación de quienes han de llevar la firma social.

3.2. Requisitos reales.

a) Capital social.

A pesar de ser conceptos diferentes, el de patrimonio y el de capital social de una sociedad anónima, en ocasiones se confunden. Patrimonio social equivale a la suma de valores reales poseídos por la sociedad en un momento determinado, mientras que capital social es el total de los valores nominales de las acciones suscritas de una sociedad anónima.

El requisito señalado en la fracción V. del artículo que estamos estudiando, respecto de la mención del capital social es esencial, ya que éste

es una garantía para terceros y es necesario para el cumplimiento de la finalidad social.

De conformidad con el artículo 1º de la L.M. el capital social de la sociedad debe fijarse en moneda nacional y, en términos del artículo 89 de la L.G.S.M. el de una sociedad anónima no debe ser inferior a cincuenta mil pesos.

b) Aportaciones.

Otro de los requisitos es aquél establecido en la fracción VI. del artículo 6º, en comento, consistente en especificar la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes, el valor atribuido a estos y el criterio seguido para su valorización.

A la sociedad anónima pueden aportarse toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, derechos reales o personales de los que el socio sea titular, siempre y cuando sean susceptibles de valuación económica.

En el caso de que por error o dolo exista una sobrevaluación de los bienes aportados, el artículo 141 de la L.G.S.M. impone al socio la obligación de cubrir la diferencia si el valor de los bienes resultare, en un plazo de dos años, menor de un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados.

c) Reservas.

La fracción XI. del artículo 6º objeto de nuestro estudio, se refiere al importe del fondo de reserva.

A efecto de proveer las contingencias económicas de la sociedad en un futuro la L.G.S.M. ha buscado consolidar la base del patrimonio social

exigiendo la creación de un fondo de reserva, para lo cual en su artículo 20 dispone que de las utilidades netas de toda sociedad habrá de separarse el cinco por ciento como mínimo para que dicho fondo importe hasta la quinta parte de su capital social. El fondo en cuestión deberá ser reconstituido de la misma manera cuando disminuya por cualquier motivo.

Por lo anterior, la sociedad únicamente podrá disponer del noventa y cinco por ciento de las utilidades netas de cada ejercicio, hasta en tanto el fondo de reserva no alcance la quinta parte del capital social de la sociedad.

d) Disolución de la sociedad.

La fracción XII. del multicitado artículo 6° señala como otro requisito del contrato social, el que se mencionen los casos en que la sociedad habrá de disolverse anticipadamente.

Para lo anterior se deberá estar conforme a lo dispuesto en el artículo 229 de la L.G.S.M. que establece los casos en que las sociedades anónimas se disuelven, como a continuación se indica:

- *...I. Por expiración del término fijado en el contrato social;*
- II. Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado;*
- III. Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la Ley;*
- IV. Porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que esta ley establece, o por que las partes de interés se reúnan en una sola persona;*
- V. Por la pérdida de las dos terceras partes del capital social."*

Sin embargo podemos afirmar que, en términos del artículo 6° en cuestión, los socios podrán agregar otros supuestos en el contrato social de los antes transcritos.

e) Liquidación.

Finalmente la fracción XIII. del artículo 6° que hemos analizado, establece que el contrato social habrá de contener las bases de liquidación de la sociedad, así como el modo de proceder a la designación de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.

Por su parte el artículo 240 de la L.G.S.M. establece que la liquidación se practicará con arreglo a las estipulaciones previstas en el contrato social, y a falta de dichas estipulaciones, la liquidación se practicará con arreglo a lo previsto por el capítulo XI de la misma Ley.

De lo anterior se desprende que las partes que otorgan el contrato social podrán pactar ciertas modificaciones o restricciones a lo que la L.G.S.M. establece en cuanto a la liquidación de la sociedad de la que sean miembros.

Por otro lado considero importante mencionar que todos los requisitos anteriormente referidos y las demás reglas que se señalen en la escritura constitutiva sobre organización y funcionamiento de la sociedad, constituirán sus estatutos sociales.

En el caso de que en los estatutos sociales de la sociedad se omitan los requisitos a que se refieren las fracciones VIII. a XIII., inclusive, del artículo 6° de la L.G.S.M., se aplicarán supletoriamente las disposiciones relativas de dicha Ley, cubriendo así las omisiones de la voluntad de sus socios, o bien

podrán irse cubriendo por resoluciones posteriores adoptadas por Juntas o Asambleas de Accionistas, cuyas actas habrán de protocolizarse.

4. Concepto de Sociedad Anónima y otros Requisitos.

4.1. Concepto y sus elementos.

En virtud de la dificultad que existe para dar una definición que abarque todo lo relativo a la sociedad anónima, en la doctrina existen múltiples y variadas definiciones de dicha sociedad.

Así, por ejemplo, César Vivante define a la sociedad anónima como una sociedad pura de capital con responsabilidad limitada, deber de aportación limitado, exclusivamente de estructura colectiva capitalista.¹⁵

Brunetti, por su parte dice que la sociedad anónima es una asociación de personas reconocida por la ley como persona jurídica, que actúa bajo un nombre propio en la que la participación de los socios está determinada en relación a una parte del total de las aportaciones individuales indicado en el acto constitutivo, en la que los participantes no pueden estar obligados, por las obligaciones de la sociedad, al pago de un importe superior al fijado en aquél acto.¹⁶

El maestro Garrigues define a la sociedad anónima como una sociedad capitalista dedicada, con capital propio dividido en acciones y una denominación objetiva y bajo el principio de responsabilidad limitada de los socios frente a la sociedad, a la explotación de una industria mercantil.¹⁷

¹⁵ Citado por Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, tomo I. Op. Cit. p. 231.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

El maestro Rodríguez Rodríguez señala que la sociedad anónima es una sociedad mercantil, de estructura colectiva capitalista, con denominación, de capital fundacional, dividido en acciones, cuyos socios tienen su responsabilidad limitada al importe de sus aportaciones.¹⁸

Dibar Javier, dice que la sociedad anónima puede definirse como la compañía mercantil cuyo capital está dividido en acciones y en la que su patrimonio responde exclusivamente de las deudas sociales.¹⁹

El maestro Carlos R. Frías Salcedo define a la sociedad anónima únicamente como una sociedad mercantil, con denominación, de capital fundacional dividido en acciones cuyos socios sólo responden de sus aportaciones.²⁰

Por su parte, la L.G.S.M. en su artículo 87 establece que la sociedad anónima es aquella que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.

Como podemos observar, la definición de sociedad anónima que la L.G.S.M. nos brinda es incompleta, toda vez que de ella únicamente se derivan dos elementos: la denominación y la responsabilidad limitada de los socios a sus aportaciones.

De lo anteriormente planteado, podemos concluir que la sociedad anónima es un contrato especial al que concurren diversas voluntades, esfuerzos y recursos de los socios con el objeto de formar una sociedad

¹⁸ Ibidem. p. 232.

¹⁹ Dibar Javier. Lecciones de Derecho Mercantil. Universidad de Deusto, Editorial Vizcaína, S.A. Bilbao, 1980. p. 78.

²⁰ Frías Salcedo, Carlos R. Sociedades Mercantiles. Universidad Autónoma de Zacatecas. México, 1981.p. 139.

mercantil con una estructura colectiva capitalista, los cuales tienen una responsabilidad limitada al importe de sus aportaciones, sociedad que cuenta con personalidad jurídica propia, denominación y capital social dividido en acciones.

Para una mayor claridad de la definición anteriormente descrita, procederemos a explicar brevemente sus elementos.

a) Contrato Social. Pluralidad.

El decir que la sociedad anónima es un contrato especial al que concurren diversas voluntades, queremos decir que implica una pluralidad de personas, ya que el número mínimo de socios que establece el artículo 89 de la L.G.S.M. es de dos, no cabiendo posibilidad alguna de que en México existan sociedades anónimas unipersonales. Lo anteriormente fundado se complementa con la fracción IV., del artículo 229 de la L.G.S.M., que establece como causal de disolución de la sociedad el caso de que el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que la L.G.S.M. establece, esto es, menos de dos.

b) Sociedad Mercantil.

Por su forma tiene la calificación de comerciante, y se le aplican las disposiciones legales especiales, esto es, la L.G.S.M.

c) Estructura colectiva capitalista.

Al referirnos a que la sociedad anónima cuenta con una estructura colectiva, nos referimos a que todas sus decisiones y acuerdos serán adoptados en forma democrática.

Asimismo, decimos que es capitalista ya que está organizada en función a la cuantía de la aportación de cada socio, esto es, cada accionista decidirá en el seno social, en proporción al número de acciones de que sea titular.

d) Responsabilidad limitada.

En términos del artículo 87 de la L.G.S.M., los socios de una sociedad anónima únicamente tienen la obligación de aportar a la misma el importe de la acción o acciones que hayan suscrito, lo cual también frente a terceros es el límite de su responsabilidad.

e) Personalidad jurídica.

Como ya se ha explicado, la sociedad anónima goza de personalidad jurídica distinta a la de los socios que la integran.

f) Denominación.

El que la sociedad anónima tenga una denominación se refiere a que actuará en el mundo jurídico con un nombre social formado objetiva y libremente, aún cuando no haga referencia a la actividad principal de la empresa, denominación que habrá de ser distinta a la de cualquier otra sociedad y seguida de las palabras Sociedad Anónima, o de su abreviatura "S.A."

Como lo señalamos en su momento, no existe en el derecho mexicano una prohibición expresa a que en la denominación figuren nombres de personas, o bien la exigencia a que la misma sea conforme a la finalidad de la sociedad. Sin embargo consideramos que es necesario que en la denominación no se incluyan nombres de personas, ya que además de las

razones expuestas con antelación, y aún cuando la L.G.S.M. no lo prohíbe, cuando ha querido dicha Ley permitirlo lo ha establecido expresamente.

g) Capital social o fundacional.

Para constituir una sociedad anónima se precisa la suscripción de determinado capital, esto es, un mínimo legal de cincuenta mil pesos, el cual no puede disminuir durante la vida de la sociedad.

Además se dice que la sociedad anónima es de capital por que lo importante es lo que cada socio aporte a la misma y no sus características personales.

h) División en acciones.

Una de las características esenciales que distingue a esta sociedad con las demás, es la división de su capital en acciones, títulos valor que incorporan los derechos y obligaciones de los socios.

4.2. Otros requisitos de la sociedad anónima.

Los estatutos sociales de una sociedad anónima, además de los requisitos establecidos en el artículo 6° de la L.G.S.M., explicados anteriormente, deben de contener aquéllos plasmados en el artículo 91 de dicha Ley, que son los que a continuación se analizan.

a) La Parte Exhibida del Capital Social.

Como ya hemos dicho, el capital mínimo para constituir una sociedad anónima es de cincuenta mil pesos, el cual, de conformidad con el artículo 89 de la L.G.S.M., debe de estar íntegramente suscrito al momento de su constitución.

Sin embargo, este requisito se refiere al caso en que el capital social de la sociedad no sea cubierto en su totalidad al momento de la suscripción de las acciones que lo integran, lo cual es posible en términos de la fracción III. del artículo 89, citado anteriormente, al decir que *“... para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere... se exhiba en dinero efectivo, cuando menos, el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario...”*.

Es necesario hacer notar que lo anterior no se aplica en el caso de que las acciones se paguen con bienes distintos al numerario, ya que según la fracción IV. del artículo 89 que nos ocupa, su valor deberá cubrirse íntegramente al momento de ser suscrito, por lo que, respecto a ellas, no cabe pasivo alguno.

Las acciones cuyo importe no haya sido pagado íntegramente, se llaman acciones pagaderas, y acciones liberadas aquéllas cuyo valor haya sido totalmente cubierto.

b) Número, Valor Nominal y Naturaleza de las Acciones en que se divide el Capital Social.

La acción es aquél documento emitido por la sociedad anónima, que representa una parte o fracción de su capital social, incorporados en la misma los derechos y obligaciones de su titular a quien se le atribuye la calidad de socio o accionista.

En los estatutos sociales de una sociedad anónima habrá de hacerse mención del número de acciones en que se divide el capital social, el cual no podrá ser menor de dos, toda vez que la fracción I del artículo 89 de la L.G.S.M. dice que para constituir una sociedad anónima es necesario que

existan como mínimo dos socios y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos.

Asimismo, habrá de especificarse el valor nominal de cada acción, pudiendo ser cualquier valor, ya que en nuestra legislación no existe disposición legal relativa al valor mínimo o máximo de cada acción.

A pesar de lo anterior, la L.G.S.M. en su artículo 125, fracción IV, párrafo tercero, establece que cuando así lo prevenga el contrato social, puede omitirse en las acciones la expresión del valor nominal y en consecuencia la cuantía del capital social de la sociedad.

Es necesario señalar que en términos de los artículos 112 y 122 de la L.G.S.M., respectivamente, las acciones de una sociedad anónima serán de igual valor e indivisibles.

En cuanto al requisito de hacer mención de la naturaleza de las acciones se refiere a que se tiene que señalar cuales son, según sea el caso, comunes, preferentes, de voto limitado, liberadas o pagaderas.

c) Forma y Términos en que Debe Pagarse la Parte Insoluta de las Acciones.

Otro requisito que deben contener los estatutos sociales de la sociedad anónima es aquél a que se refiere el artículo 91 de la L.G.S.M. en su fracción tercera, esto es, la forma y términos en que debe pagarse la parte insoluta de las acciones.

En cuanto a la forma, se refiere a señalar la especie en que dicha parte debe pagarse, que puede ser en dinero o en bienes distintos al numerario.

Por lo que se refiere al plazo o "términos", los socios podrán pactar que se haga en una o varias exhibiciones pagaderas en fechas determinadas, siempre y cuando el pago continúe haciéndose en dinero, ya que, como antes indicamos, las acciones cuyo valor se aporta en especie siempre deberán estar íntegramente pagadas, y, en consecuencia, siempre serán acciones liberadas.

Además de lo anterior, en el Libro de Registro de Acciones, que la sociedad anónima habrá de llevar en términos del artículo 128 de la L.G.S.M., se habrán de asentar las exhibiciones que se efectúen al respecto, y los títulos definitivos o certificados provisionales de acciones representativas del capital social deberán de contener la mención de las exhibiciones que sobre el valor de la acción o acciones haya pagado el accionista o bien, la indicación de ser liberada.

Lo anterior es importante, ya que el párrafo segundo del artículo 117 de la L.G.S.M. dispone que *"... los suscriptores y adquirentes de acciones pagaderas serán responsables por el importe insoluto de la acción durante cinco años, contados desde la fecha del registro de traspaso, pero no podrá reclamarse el pago al enajenante sin que antes se haga excusión en los bienes del adquirente."*

Asimismo, el incumplimiento del pago de saldos insolutos de las acciones a cargo de los accionistas otorga a la sociedad anónima emisora el derecho de proceder en contra de los morosos, o bien el derecho de proceder extrajudicialmente a la venta de las acciones correspondientes por medio de corredor público titulado, en cuyo caso se emitirán nuevos certificados provisionales o títulos definitivos de acciones para sustituir los anteriores. Así, el producto de la venta de dichas acciones servirá para cubrir las exhibiciones no cubiertas y, si excediera del importe de ésta, se cubrirán también los gastos de la venta y los intereses legales sobre el monto de la

exhibición y, si aún existiera remanente, éste se entregará al antiguo accionista si lo reclamare dentro del plazo de un año, contado a partir de la fecha de venta.

Además, la existencia de saldos insolutos tiene importancia porque i) mientras existan no podrán emitirse nuevas acciones; ii) las acciones pagaderas no pueden ser amortizadas; iii) en el reparto de utilidades la parte correspondiente a los titulares de acciones pagaderas se hará proporcionalmente al valor pagado de su aportación; y iv) en los casos de liquidación total o parcial, por retiro o exclusión del socio, éste último resultará deudor de la sociedad por el saldo no cubierto.

d) La Participación en las Utilidades concedidas a los Fundadores.

Son fundadores de una sociedad anónima los que, en caso de fundación sucesiva de una sociedad, suscriban el programa de fundación, así como los otorgantes del contrato constitutivo social.

En términos del artículo 91 de la L.G.S.M. los estatutos sociales de la sociedad deberán contener el monto de la participación en las utilidades concedidas a los fundadores de la sociedad, el cual no podrá exceder del diez por ciento, ni abarcar un período mayor de diez años a partir de la constitución de la sociedad. Además, esta participación únicamente podrá cubrirse después de haber pagado a los accionistas un dividendo del cinco por ciento del valor exhibido de sus acciones.

A efecto de acreditar la participación a que se refiere el párrafo anterior, la sociedad expedirá títulos especiales denominados bonos de fundador, los cuales no computarán en el capital social, no autorizarán a sus tenedores para participar en la disolución de la sociedad, ni los autorizarán para participar en la administración de la misma.

Sin embargo, en el caso que los estatutos sean omisos respecto a este requisito, los fundadores no tendrán derecho a utilidad alguna conforme al artículo 91 de la L.G.S.M.

e) El nombramiento del Organismo de Vigilancia.

La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios Comisarios, temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad, cuyo nombramiento habría de constar en los estatutos sociales de la sociedad, en cumplimiento a lo dispuesto en la fracción quinta del artículo 91 de la L.G.S.M.

Sin embargo en la práctica es muy común que en los estatutos no se haga mención alguna en relación con este requisito, ya que normalmente se subsana en la Asamblea Constitutiva de la sociedad, o bien, en términos de la segunda fracción del artículo 181 de la L.G.S.M., por resolución de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de la sociedad, que se celebre posteriormente.

f) Facultades y Funcionamiento de las Asambleas de Accionistas de la Sociedad.

Este requisito es de suma importancia ya que la Asamblea de Accionistas es el Organismo Supremo de la Sociedad Anónima.

En cuanto a "las Facultades de la Asamblea", la L.G.S.M. se refiere a la competencia de las diferentes clases de Asambleas: Generales o Especiales y, Ordinarias o Extraordinarias.

Se denominan Asambleas Generales de Accionistas a aquéllas en las que pueden asistir todos los accionistas de la sociedad.

Llamamos Especiales a las que únicamente participan los accionistas titulares de una clase especial de acciones.

Las Asambleas Generales de Accionistas pueden ser Ordinarias o Extraordinarias.

Son Asambleas Generales Ordinarias de Accionistas las que se reúnen en cualquier tiempo para tratar cualquier asunto que no sea de los enumerados en el artículo 182 de la L.G.S.M., asimismo son aquéllas que anualmente deben reunirse para proceder a resolver, entre otros asuntos, sobre i) la aprobación del informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172 de la Ley en cuestión; ii) el nombramiento de los administradores y el de los comisarios, y iii) la fijación de sus respectivos emolumentos.

La Asamblea General Extraordinaria de Accionistas es aquélla que se reúne, cuando resulte conveniente, a efecto de resolver sobre las modificaciones a los estatutos sociales de la sociedad o sobre aquéllos asuntos que por disposición de la L.G.S.M. o de sus estatutos requieran mayoría especial, en términos del artículo 182 de la L.G.S.M.

Los socios podrán prever en los estatutos sociales de la sociedad el ampliar la competencia de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de la sociedad, confiriéndole facultades como la designación de gerentes, la autorización para enajenar predios propiedad de la sociedad, etc., sin poder incluir dentro de su competencia las facultades que conforme a la L.G.S.M. le corresponden a la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas.

En cambio, los estatutos sociales de la sociedad sí podrán incluir dentro de las facultades de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas asuntos que normalmente le competen a la Ordinaria, siempre y cuando no

se vean afectadas las operaciones básicas de la sociedad, esto es, no se incluyan los asuntos a que se refiere el artículo 181 de la L.G.S.M.

Por lo que respecta al "funcionamiento de las Asambleas de Accionistas", este requisito se refiere a las condiciones de validez de las deliberaciones de dichas Asambleas, las que son i) la de la convocatoria; ii) las de quórum de presencia y de votación y iii) las condiciones para ejercer el derecho de voto.

A efecto de que los accionistas de una sociedad anónima puedan reunirse en Asamblea, es necesario que sean legalmente convocados. La convocatoria para Asambleas deberá hacerse por el Administrador Unico o por el Consejo de Administración, o bien, de modo excepcional, por los Comisarios de la sociedad (artículos 183 y 166, fracción VI de la L.G.S.M.). Sin embargo, en caso de que los Administradores o Comisarios de la sociedad no atendieran la solicitud de los accionistas para convocar a Asamblea, cuando estos tienen derecho a exigirlo conforme a lo dispuesto en los artículos 168, 184 y 185 de la L.G.S.M., la convocatoria habrá de ser expedida por un juez del domicilio social de la sociedad.

Joaquín Rodríguez Rodríguez afirma que ni el Consejo de Administración, ni el Administrador Unico de la Sociedad pueden delegar su función de convocar a menos que los estatutos sociales lo permitan.²¹

Por otro lado, Walter Frisch Philipp no cree en la posibilidad citada en el párrafo que antecede, ya que para él la competencia legalmente fijada es de tipo imperativo, razón por la cual considera que los estatutos sociales de la

²¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., sexta edición, Tomo II. México, 1981. p. 26.

sociedad no pueden permitir que otros órganos resuelvan sobre la convocatoria.²²

Por mi parte coincido con la opinión del maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, ya que, a pesar de que pareciera que el artículo 183 de la L.G.S.M. no da lugar a que se prevea cosa distinta que la ahí estipulada, al tener carácter contractual la sociedad, al no prohibirlo expresamente la Ley de la materia y al no afectar a terceros, los socios podrían establecer que otras personas resuelvan sobre la convocatoria (v.g. Presidente o Secretario del Consejo de Administración).

Por lo que se refiere al contenido de la convocatoria el artículo 187 de la L.G.S.M. dice que la misma deberá contener el orden del día y ser firmada por quien la hace, omitiendo que además deberá contener la fecha y hora de la celebración de la Asamblea, la categoría de la misma y la denominación de la sociedad. Omisión que puede ser subsanada en los estatutos sociales de la sociedad.

En cuanto a la publicidad de la convocatoria la L.G.S.M. en su artículo 186 dice que la misma habrá de hacerse en el Periódico Oficial de la entidad del domicilio de la sociedad o en uno de los diarios de mayor circulación de dicho domicilio, con la anticipación que al efecto fijen los estatutos sociales de la sociedad o, en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión.

En ningún caso se podrá sustituir la publicidad de la convocatoria, pero sí se podrán agregar otros requisitos como la notificación por carta, telefax y otros.

²² Walter Frisch, Philipp. La Sociedad Anónima. Editorial Harla, S.A. de C.V., cuarta edición. México, 1996. p. 440.

Para la celebración de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas la L.G.S.M. establece que es necesario que exista un quórum de presencia de, por lo menos, la mitad del capital social de la sociedad, y respecto al quórum de votación dice que sus resoluciones serán válidas si son adoptadas por la mayoría de los votos presentes.

En caso de segunda convocatoria, la Asamblea General Ordinaria de Accionistas, se considerará legalmente constituida con cualquiera que sea el número de acciones representadas y, sus resoluciones serán válidas por la mayoría de las mismas.

A pesar de la opinión contraria de varios autores, considero que la afirmación que el maestro Mantilla Molina hace, respecto a que los estatutos sociales no pueden exigir un quórum superior al que la L.G.S.M. señala en relación con la Asamblea General Ordinaria de Accionistas a celebrarse en primera convocatoria, es correcta, ya que, como él lo afirma, además de que el texto del artículo 189 de dicha Ley no lo permite tal exigencia dificultaría la reunión de un órgano cuyo funcionamiento es necesario para la marcha de la sociedad.²³

En cuanto a las Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas, deberán estar representadas, por lo menos las tres cuartas partes del capital social y sus resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social.

En caso de segunda convocatoria, en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, las decisiones se tomarán por el voto favorable del número de acciones que representen, por lo menos, la mitad del capital social de la sociedad.

²³ Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., vigésima novena edición, quinta reimpresión. México, 1998. p. 404.

En cuanto al quórum de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas a celebrarse en primera convocatoria, de conformidad con el artículo 190 de la L.G.S.M., los estatutos sociales pueden elevar, pero no disminuir el número de acciones necesarias para su celebración.

Respecto a las condiciones para ejercer el derecho de voto, es común y posible que en la práctica los estatutos sociales dispongan que, previa celebración de la Asamblea respectiva, depositen sus acciones en una Institución de Crédito o en manos de otra persona, y así la sociedad expedirá a sus titulares tarjetas de Admisión a la misma. Así como también se puede prever que los accionistas se puedan hacer representar, por ejemplo, a través de una simple carta poder.

5. La Sociedad Anónima de Capital Variable.

5.1. Concepto de Sociedades de Capital Variable.

Con el objeto de no obligar a ciertas clases de sociedades a mantener un capital fijo, lo cual provocaría que tuvieran importantes sumas de capital ocioso o bien el de retrasar la obtención de capital nuevo y dejar pasar grandes oportunidades en virtud de tener que cumplir con requisitos formales interpuestos por la L.G.S.M. para llegar al aumento o disminución de capital social, nuestra legislación introdujo las sociedades de capital variable.

De acuerdo con la Ley en comento podemos definir a las sociedades de capital variable como aquéllos en que puede alterarse el monto de capital social sin necesidad de modificar sus estatutos sociales.

Es necesario también aclarar que las sociedades de capital variable no son una nueva forma de sociedades mercantiles, sino una simple modalidad que, según el último párrafo del artículo 1º de la L.G.S.M., cinco formas de sociedades mercantiles pueden adoptar, entre las cuales se encuentra la sociedad anónima.

5.2. Requisitos de la Sociedad Anónima de Capital Variable.

El artículo 214 de la L.G.S.M. dispone que *"... las sociedades de capital variable se registrarán por las disposiciones que correspondan a la especie de sociedad de que se trate, y por las de sociedad anónima relativa a balances y responsabilidades de los administradores, salvo las modificaciones que se establecen en el presente capítulo."*

a) Denominación.

A la denominación de la sociedad anónima que sea de capital variable deberá agregársele la indicación de ser de Capital Variable, o bien su abreviatura "de C.V.", en términos del artículo 215 de la L.G.S.M.

Lo anterior a efecto de prevenir al público y a los socios de dicha sociedad de la variabilidad de su capital.

b) Capital Mínimo.

En el caso de sociedades anónimas de capital variable, para constituirse es necesario que, como ya se indicó, alcance el capital mínimo fijo que la L.G.S.M. establece en su artículo 89, esto es, la cantidad de cincuenta mil pesos, lo cual habrá de indicarse en sus estatutos sociales de conformidad con el artículo 217 de la Ley en cuestión.

Asimismo, se deberá fijar en los estatutos sociales de la sociedad cuál es el mínimo o máximo del capital variable, o bien si éste será ilimitado.

c) Aumento o disminución de Capital Variable.

Los estatutos sociales de la sociedad anónima de capital variable pueden establecer que sean los Administradores o la Asamblea General Ordinaria de Accionistas quienes decidan sobre el aumento o disminución del capital variable de la sociedad, según la facultad discrecional de los mismos en términos del artículo 216 de la L.G.S.M.

Sin embargo, en caso de que los estatutos sociales sean omisos al respecto, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 216 anteriormente citado, será la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas la facultada para fijar los aumentos de capital y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones.

i) Aumento de Capital.

Por lo que corresponde a los aumentos de capital variable, la L.G.S.M. en su artículo 213 permite que este se aumente por aportaciones posteriores de los socios o por la admisión de nuevos socios sin más formalidades que las establecidas por los artículos 213 al 221, del capítulo V. de dicho ordenamiento jurídico.

A pesar de lo anterior, respecto a lo mencionado "sin formalidades", en el caso de que el aumento sea resuelto por la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, en términos de lo dispuesto por el artículo 194 de la L.G.S.M., será indispensable que el acta de dicha Asamblea se protocolice ante fedatario público y se inscriba en el Registro Público de Comercio correspondiente.

Todo aumento de capital social de una sociedad anónima de capital variable deberá inscribirse en un Libro de Registro de Variaciones de Capital

que al efecto llevará la sociedad, según lo previsto en el artículo 219 de la L.G.S.M.

Además los socios tendrán el derecho de preferencia que consagra en general el artículo 132 de la L.G.S.M.

De lo expuesto en este apartado, es necesario señalar que la L.G.S.M. omite mencionar otras formas de aumento al capital social en su parte variable, además de las causadas por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios, tales como la revaluación de activo y la aplicación a capital de reservas y utilidades.

ii) Disminución de Capital.

Una reducción de capital social no podrá conducir a un capital social inferior al que se refiere el artículo 89 de la L.G.S.M. como mínimo.

Según el artículo 213 de la L.G.S.M. el capital social en su parte variable podrá disminuirse por retiro parcial o total de las aportaciones de un accionista. Respecto a este derecho de retiro y la consecuente disminución de capital social, remitimos al lector al capítulo III del presente trabajo.

Igualmente la disminución de capital social, deberá inscribirse en el Libro de Registro de Variaciones de Capital antes mencionado.

Por otro lado nos podemos dar cuenta que el legislador omitió mencionar otras formas de reducción al capital social como aquél causado por absorber pérdidas.

CAPITULO II

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS DE UNA SOCIEDAD ANONIMA

1. Calidad de Socio.

El status es una relación, una situación jurídica que constituye, sintéticamente considerado, el presupuesto de un complejo de derechos, facultades y obligaciones que se derivan de ella.²⁴

De conformidad con lo anterior podemos definir al status o calidad de socio como aquélla situación jurídica que comprende, en sentido unitario, un conjunto de derechos, cargas, funciones, facultades y obligaciones correspondientes al socio frente a la sociedad, siendo la acción, como título valor la que lo incorpora.

En consecuencia “la acción significa así el total de los derechos relacionados con la calidad del socio y se transmiten a través del propio documento.”²⁵

Sin embargo, es necesario señalar que en la práctica no existe una calidad de socio típica y única, sino que el conjunto de derechos y obligaciones que lo conforman quedará determinada según el conjunto de normas legales y estatutarias que rijan a toda sociedad.

²⁴ Gasperoni, Nicola. Op. Cit. p. 43.

²⁵ Wieland, citado por Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I. Op. Cit. p. 277.

El status o la calidad de socio se perfeccionará con la inscripción del accionista de la sociedad anónima en el Libro de Registro de Acciones de la misma.

2. Obligaciones de los Accionistas.

2.1. Obligación a las Aportaciones.

La principal obligación de los accionistas de una sociedad anónima consiste en la aportación que cada uno de ellos habrá de efectuar a la sociedad a fin de integrar su capital social, esto es, "las aportaciones de los accionistas son las contraprestaciones por la adquisición de su membresía en la sociedad anónima, la que esta representada en la acción según corresponda."²⁶

La importancia de la obligación de aportar se debe a que el accionista responderá únicamente hasta el monto de su aportación, en términos de la parte final del artículo 87 de la L.G.S.M. que dice "... y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.". En consecuencia dicho monto es el límite de la obligación del accionista frente a la sociedad y sólo hasta ese límite responderá por la insolvencia de la misma.

Como ya dijimos, a la sociedad anónima se le pueden aportar toda clase de bienes. Sin embargo, es importante distinguir entre aportaciones en numerario y aportaciones de cualquier otra naturaleza, toda vez que las

²⁶ Walter Frisch, Philipp. Op. Cit. p. 201.

primeras son las que se pagan con dinero y las segundas son aquéllas que se pagan "con bienes o derechos patrimoniales" apreciables en dinero.²⁷

Las aportaciones en numerario pueden pagarse en todo o en parte, requiriendo, el artículo 89, fracción tercera, de la L.G.S.M., que al momento de constituirse la sociedad anónima se pague al menos el veinte por ciento del valor de cada una de las acciones representativas de su capital social.

Las acciones suscritas y no pagadas se denominan acciones pagaderas y, aquéllas suscritas y pagadas en su totalidad serán acciones liberadas.

Por lo que se refiere a las aportaciones en especie, a diferencia de las aportaciones en numerario, la fracción cuarta del mencionado artículo 89 de la L.G.S.M. dispone que habrá de exhibirse el valor total de cada acción, por lo que siempre serán acciones liberadas.

En caso de aportaciones de numerario a pagarse en parte, el tiempo de pago se establecerá en los estatutos sociales de la sociedad, en el certificado o título definitivo de acciones o, en su caso, por la Asamblea de Accionistas que resuelva sobre un aumento de capital. Si éstos fueran omisos sobre el particular, no podrá exigirse el pago de ninguna aportación, sino hasta después de la publicación de un anuncio con treinta días de anticipación respecto de la fecha señalada para el pago.

La L.G.S.M. establece ciertas garantías a efecto de asegurar el pago de las acciones aún no liberadas, las que en resumen son:

²⁷ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I. Op. Cit. p 466.

- i) Todas las acciones deben estar suscritas;
- ii) Se debe pagar por lo menos el 20% del valor nominal de cada acción;
- iii) Las acciones pagaderas serán nominativas;
- iv) El primer suscriptor y todos los sucesivos adquirentes de una acción pagadera serán responsables solidarios del pago de las exhibiciones pendientes durante cinco años, contados desde la fecha de registro de la respectiva transmisión, siendo que la sociedad no podrá reclamar el pago en cuestión sin que antes se haga excusión en los bienes del adquirente.
- v) El incumplimiento del pago de las acciones pagaderas, como ya se explicó en el capítulo I de este trabajo, otorga a la sociedad emisora el derecho de proceder judicialmente en contra de los morosos o bien, de proceder extrajudicialmente a la venta de dichas acciones. El producto de la venta de las acciones servirá para cubrir las exhibiciones no cubiertas, y si excediera del importe de éstas, se cubrirán también los gastos de la venta y los intereses legales sobre el monto de la exhibición, si aún hubiere remanente, quedará a disposición del primitivo accionista por un plazo de un año contado a partir de la fecha de venta.

2.2. Otras obligaciones.

Además de la obligación de aportar, el accionista, por el simple hecho de ser socio, deberá de proceder con lealtad hacia la sociedad, esto es, no

habrá de perseguir intereses personales a costa de la sociedad. La L.G.S.M. configura esta obligación en forma indirecta, bajo el conflicto de intereses, en su artículo 196 que textualmente dice:

"Art. 196. El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse a toda deliberación relativa a dicha operación.

El accionista que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación."

Además de la obligación anteriormente mencionada, prevé aquélla consistente en la subordinación al principio mayoritario, es decir, en su artículo 200 dispone que las resoluciones legalmente adoptadas por la Asamblea de Accionistas obligan a todos los accionistas, excepto en los casos que i) haya una oposición judicial formulada en términos del artículo 201 de la L.G.S.M. y, que esta prospere; y, ii) se trate de cualquier acuerdo de los expresamente consignadas en el artículo 206 de dicha Ley, en cuyo caso los accionistas discrepantes podrán renunciar a su calidad de socios.

3. Derechos de los Accionistas.

En la doctrina encontramos diversas clasificaciones de los derechos de los accionistas, por ejemplo, Joaquín Garrigues los clasifica conforme a los siguientes criterios: i) por su contenido; ii) por su ejercicio; y, iii) por su revocabilidad²⁸. Barrera Graf los divide, i) por su procedencia u origen; en

²⁸ Garrigues Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., novena edición, segunda reimpresión, Tomo I. México, 1998. p. 518.

derechos indispensables renunciables, derechos indisponibles renunciables y en derechos estatutarios; y, ii) desde el punto de vista de su naturaleza patrimonial en: derechos patrimoniales y derechos de consecución estrictamente corporativos²⁹. Por otro lado Nicola Gasperoni los clasifica desde múltiples puntos de vista, esto es, según i) la fuente de que derivan; ii) su valor; iii) su esencia; y, iv) su contenido.³⁰

No obstante lo anterior, consideramos que la clasificación más atinada y completa es aquella que el maestro Rodríguez Rodríguez utiliza,³¹ por lo que para el desarrollo de este punto me basaré en ella, no olvidando opiniones de otros autores.

3.1. Derechos Patrimoniales.

Los derechos patrimoniales son aquéllos que tienen un contenido económico y son ejercidos por los accionistas por servir directamente a la finalidad lucrativa que persiguen los mismos.

a) Derecho al Dividendo.

Rodríguez Rodríguez define el derecho de dividendo como el “que corresponde al titular de cada acción de participar en el beneficio neto periódicamente distribuido”.³²

El derecho al dividendo es el más importante de los derechos patrimoniales, ya que sin este no existiría un interés por invertir, dado que el

²⁹ Barrera Graf, Jorge. Op. Cit. p.120.

³⁰ Gasperoni, Nicola. Op. Cit. p.p. 25, 26 y 27.

³¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I. Op. Cit. p. 388.

³² Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Op. Cit. p. 104.

accionista, al participar en una sociedad anónima, tiene un interés de obtener ganancias sobre lo invertido.

El derecho al dividendo nace cuando la Asamblea General Ordinaria de Accionistas resuelve sobre la aprobación de los estados financieros de la sociedad que arrojan utilidades, y sobre la distribución de las mismas entre los accionistas, ya sea en forma proporcional, como lo dispone la fracción primera del artículo 16 de la L.G.S.M. o, en su caso, de acuerdo a lo establecido en el contrato social.

Debemos distinguir fundamentalmente entre el derecho del accionista a participar de las utilidades que en el futuro obtenga la sociedad (derecho abstracto del dividendo) y, del que nace de la aprobación por parte de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de los estados financieros que arrojen utilidades y sobre el reparto de las mismas entre los accionistas (derecho concreto al dividendo). El primero es una mera expectativa de obtener una ganancia y el segundo es un derecho de crédito que el accionista tiene frente a la sociedad.

A efecto de que un accionista de una sociedad anónima sea titular del derecho concreto al dividendo se deben cumplir dos requisitos, que son: i) que la Asamblea General Ordinaria apruebe los estados financieros de la sociedad que arrojen utilidades y, ii) que la Asamblea resuelva sobre la distribución de las mismas como dividendo.

De conformidad con el artículo 181, fracción primera, de la L.G.S.M. el órgano competente para resolver sobre la distribución de utilidades o dividendos, entre los accionistas, es la Asamblea General Ordinaria de Accionistas con los únicos requisitos de que previamente hubiere aprobado

el balance o estados financieros que las arroje y, que no existan pérdidas por resarcirse.

Lo anterior, con fundamento en el artículo 19 de la L.G.S.M. que, en su primer párrafo, dice:

“Art. 19.- La distribución de utilidades sólo podrá hacerse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea de socios o accionistas los estados financieros que las arrojen. Tampoco podrá hacerse distribución de utilidades mientras no hayan sido restituidas o absorbidas mediante aplicación de otras partidas del patrimonio, las pérdidas sufridas en uno o varios ejercicios anteriores, o haya sido reducido el capital social...”.

Las reglas de distribución de dividendos generalmente son indicadas en los estatutos sociales de la sociedad, sin embargo cuando estos sean omisos al respecto, la Asamblea, como órgano supremo, será libre para establecer en cada caso cómo debe procederse a su distribución, observando lo dispuesto en la legislación aplicable. Al respecto Rodríguez Rodríguez nos dice “la mayoría puede imponer a la minoría la acumulación de utilidades sin reparto de éstas, año tras año;”³³ el acuerdo mayoritario de abstenerse a repartir utilidades sólo es impugnable por la minoría si se opone a normas estatutarias o legales protectoras de los accionistas o respecto a formalidades correspondientes a la instalación de la Asamblea correspondiente.

Si bien hemos de reconocer que la mayoría de las sociedades anónimas se constituyen hoy por hoy con el propósito de dividir utilidades entre los socios capitalistas a fin de obtener una ganancia, los accionistas no tienen en derecho mexicano una protección en contra de disposiciones estatutarias

³³ Rodríguez Rodríguez Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I. Op. Cit. p. 391.

o resoluciones de la Asamblea que nieguen el reparto de utilidades si estas últimas, como ya dijimos en el párrafo que antecede, no se oponen a normas estatutarias contrarias protectoras de los accionistas. Esto es, en términos del artículo 185 de la L.G.S.M., cualquier accionista titular de una acción tiene derecho de exigir que se celebre una Asamblea General Ordinaria de Accionistas a efecto de que apruebe los estados financieros de la sociedad, pero no el de exigir el decreto de dividendos.

La L.G.S.M. establece las siguientes reglas relativas al reparto de dividendos:

i) La sociedad no podrá decretar reparto alguno de dividendos hasta en tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores. (artículos 18 y 19).

ii) De las utilidades netas de toda sociedad deberá separarse anualmente el cinco por ciento, como mínimo, para el fondo de reserva, hasta que éste importe la quinta parte del capital social (artículo 20). En el entendido que las utilidades también podrán destinarse a fondos de reserva especiales si así lo resuelve la Asamblea General Ordinaria de Accionistas.

iii) La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones, salvo pacto en contrario. (artículo 16, primera fracción).

iv) Queda prohibido, bajo pena de no producir efecto legal alguno, las estipulaciones o pactos que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias, pacto al cual la doctrina le ha denominado leonino (artículo 17).

De lo expuesto en los párrafos c) y d) anteriores podemos concluir que la regla general para distribuir dividendos se basa en la proporcionalidad de las aportaciones. Sin embargo la L.G.S.M. permite que los estatutos sociales contemplen una distribución distinta, con excepción de los pactos leoninos.

v) El reparto de utilidades respecto de acciones pagaderas se hará en proporción al importe exhibido de las mismas. (artículo 117, primer párrafo).

vi) Los dividendos se pagarán en contra de la entrega de los cupones adheridos al título definitivo de acciones o, en su caso, al certificado provisional de acciones (artículo 127). En caso que los mismos no existan, ya sea que no se hubieren emitido o que no estén adheridos a los títulos, o bien, si los hubieran tenido y se agotaron, el pago habrá de efectuarse en favor del accionista que acredite serlo, esto es, mediante el propio título o certificado provisional de acciones.

Por otro lado, a pesar de que muchos autores afirmen que los dividendos deben pagarse en dinero, no existe en nuestra legislación prohibición alguna respecto de que el pago de dividendos se efectúe en especie.

Por lo que tanto los estatutos sociales como la Asamblea General Ordinaria de Accionistas que resuelva sobre el reparto de utilidades, pueden prever que el pago de las mismas se haga en dinero o en especie, esto es, en bienes o derechos que formen parte de su patrimonio.

Generalmente el término “pago de dividendos en acciones” es utilizado cuando se aplican parte de las utilidades para emitir acciones en favor de los accionistas en proporción al número de acciones de que son titulares, esto es, se trata de un aumento al capital social mediante capitalización de utilidades acumuladas.

Por lo que respecta al pago de dividendos, debe efectuarse, por regla general, anualmente ya que la L.G.S.M. establece que el balance debe ser aprobado año por año por resolución de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas. Empero nada impide que la Asamblea pueda decretar dividendos en cualquier época del año, o, que el pago de los mismos se haga en abonos si se cumple con el único requisito consistente a que la Asamblea haya resuelto, previamente a dicho decreto, la aprobación del balance que arroje utilidades.

Además, cabe hacer mención de la muy extendida práctica de pagar dividendos a futuro o anticipos a cuenta del dividendo a ser decretado en virtud de una Asamblea posterior. Anticipos que en mi opinión, no son dividendos, toda vez que los supuestos jurídicos de existencia del dividendo (balance anual que arroje utilidades, su respectiva aprobación y, el que el mismo se decrete) aún no se dan y, no hay certeza absoluta respecto de su existencia. En todo caso se trata de préstamos que la sociedad otorga en favor del accionista, al pago de los cuales responderá con la totalidad de su patrimonio y no únicamente con las acciones de que sea titular.

Finalmente, en cuanto al derecho para cobrar un dividendo decretado, este prescribe en cinco años, afirmación a la que llego aplicando supletoriamente el artículo 1045 del Co. Com. que a la letra dice:

“Art. 1045. Se prescribirán en cinco años:

1. Las acciones derivadas del contrato de sociedad y de operaciones sociales, por lo que se refiere a derechos y obligaciones de la sociedad para con los socios; de los socios para con la sociedad y de socios entre sí por razón de la sociedad...”

b) Derecho a la Cuota de Liquidación.

Otro derecho patrimonial de los accionistas de una sociedad anónima es el derecho a la cuota de liquidación, esto es, el que se distribuya entre ellos el remanente de la masa del patrimonio social después de las obligaciones a cargo de la sociedad de que son accionistas.

Este derecho se encuentra consignado en el artículo 243 de la L.G.S.M. que a la letra dice:

“Art. 243. Ningún socio podrá exigir de los liquidadores la entrega total del haber que le corresponda, pero sí la parcial que sea compatible con los intereses de los acreedores de la sociedad, mientras no estén extinguidos sus créditos pasivos o se haya depositado su importe si se presentare inconveniente para hacer su pago.

El acuerdo sobre distribución parcial deberá publicarse en el periódico oficial del domicilio de la sociedad y, los acreedores tendrán el derecho de oposición en la forma y términos del artículo 9º”.

De lo anterior concluimos que el socio tiene derecho a su cuota de liquidación tanto en el caso de que la sociedad se disuelva y se liquide (liquidación total) como en el caso de que en el curso de la liquidación hubiere fondos para repartos parciales, es decir, los socios pueden obtener

repartos parciales del haber social a cuenta de la suma definitiva que habrá de corresponderles con el único requisito de que dicho acuerdo se publique en términos del artículo 243 antes transcrito, a efecto de que, en su caso, los acreedores de la sociedad ejerzan su derecho de oposición en la forma prevista en el artículo 9º de la L.G.S.M.

Al igual que el derecho al dividendo, el derecho que en este apartado se estudia se puede considerar desde dos perspectivas: i) como un derecho abstracto que únicamente se originará en el evento de que la sociedad resuelva su disolución y que de esta se derive un saldo disponible para repartirse entre los accionistas, esto es, la obligación de pago de la sociedad y, el consecuente derecho del accionista nace si al concluir el procedimiento de liquidación existe un saldo a favor; y ii) como un derecho concreto que nacerá en el momento en que al cerrar la liquidación exista un activo real a repartir, es decir, aquí se originará un verdadero derecho de crédito del accionista frente a la sociedad y no una simple expectativa de derecho.

Por regla general cada accionista participa en la liquidación en proporción a su participación en el capital social (artículo 117 de la L.G.S.M.). Sin embargo, el artículo 240 de la L.G.S.M. dice que:

“... la liquidación se practicará con arreglo a las estipulaciones relativas del contrato social o a la resolución que tomen los socios al acordarse o reconocerse la disolución de la sociedad. A falta de dichas estipulaciones, la liquidación se practicará de conformidad con las disposiciones de este capítulo.”

En virtud de lo expuesto anteriormente, por lo que se refiere a la liquidación, operan en primacía los estatutos sociales de la sociedad anónima y, en su defecto, los acuerdos adoptados por la Asamblea de Accionistas correspondientes. Afirmación que se deriva, además del artículo 240 antes

transcrito, en la fracción décima tercera del artículo 6° de la L.G.S.M. que establece que la escritura constitutiva habrá de contener las bases para practicar la liquidación de la sociedad.

En consecuencia, nada impide que los estatutos sociales de la sociedad, o bien, la Asamblea General Ordinaria de Accionistas, si no se opone a estos, excluyan a los accionistas del reparto en cuestión.

A pesar de lo anterior, como ya se dijo, una vez que los liquidadores han determinado las cantidades que le corresponde a cada accionista como consecuencia de la liquidación, los accionistas tienen un derecho judicialmente exigible frente a la sociedad.

En términos del artículo 113 de la L.G.S.M. las acciones de voto limitado pueden tener derechos especiales en cuanto al reparto de la masa social, ya que dispone que *“al hacerse la liquidación de la sociedad, las acciones de voto limitado se reembolsarán antes que las ordinarias”*.

Es muy común que los accionistas solamente tengan derecho a una cuota de liquidación en dinero, pero no hay disposición legal que impida que los estatutos o la Asamblea en cuestión establezcan que la repartición se haga en especie.

De conformidad con los artículos 247 y 248 de la L.G.S.M. los liquidadores procederán a la distribución del remanente entre los socios, con sujeción a las siguientes reglas i) en el balance final de liquidación los liquidadores habrán de indicar la parte que a cada accionista le corresponde del haber social; ii) dicho balance deberá publicarse tres veces de diez en diez días en el periódico oficial del domicilio social de la sociedad; iii) éste

quedará a disposición de los accionistas por igual término a fin de que estos presenten, en un término de quince días a partir de la última publicación, sus respectivas reclamaciones, en su caso. Finalmente, una vez aprobado el balance, los liquidadores efectuarán a los accionistas los pagos correspondientes, contra la entrega de los títulos de acciones.

Respecto de las cuotas de liquidación no cobradas por los accionistas, el artículo 249 de la L.G.S.M. señala que:

"Art. 249. Las sumas que pertenezcan a los accionistas y que no fueren cobradas en el transcurso de dos meses, contados desde la aprobación del balance final, se depositarán en una institución de crédito con la indicación del accionista. Dichas sumas se pagarán por la institución de crédito en que se hubiere constituido el depósito."

c) Derecho a Realizar Aportaciones Limitadas.

Este derecho se deriva del artículo 87 de la L.G.S.M. que señala que la Sociedad Anónima *"se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones"*.

El derecho que nos ocupa se encuentra estrictamente vinculado con la obligación de aportación de accionistas, por lo que remito al lector al apartado 2.1. de este capítulo.

d) Derecho a obtener Títulos Representativos de las Acciones.

Este derecho es considerado por algunos tratadistas como derecho patrimonial accesorio, toda vez que para el ejercicio de los derechos propios y peculiares de los socios se requiere de la tenencia de los títulos representativos de acciones, toda vez que de conformidad con el artículo

111 de la L.G.S.M. los títulos en cuestión servirán para acreditar y transmitir la calidad de socio.

Sin embargo no debemos considerar a los títulos representativos de acciones como puros documentos probatorios sino como títulos de crédito, pudiendo en consecuencia fundamentar lo expuesto en el párrafo que antecede con el artículo 5º. de la L.G.T.O.C. que establece que los títulos de crédito son documentos necesarios para ejercer el derecho literal que en ellos se consiga.

El derecho a obtener los títulos en cuestión se encuentra plasmado en el artículo 124 de la L.G.S.M. que dice:

Art. 124. Los títulos representativos de las acciones deberán estar 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.

Mientras se entregan los títulos podrán expedirse certificados provisionales, que serán siempre nominativos y que deberán canjearse por los títulos en su oportunidad...".

De lo anterior se desprende que el derecho que el accionista tiene para que se le entregue el título definitivo de acciones en un plazo no mayor de un año (con la posibilidad de reducir dicho plazo en los estatutos sociales de la sociedad) no es únicamente a partir del momento de la constitución de la sociedad, sino también al momento en que se resuelva emitir nuevos títulos como consecuencia de un incremento al capital social, cuando éste participe en la suscripción y pago del mismo.

Asimismo cabe hacer mención que en virtud de ser un derecho plasmado en la Ley, puede ser exigido su cumplimiento por cualquiera de los accionistas y, en caso de que la sociedad no quisiera cumplir dicha obligación impuesta por la legislación, se le puede obligar judicialmente.

Además es necesario señalar que si bien la sociedad está obligada a emitir títulos definitivos de acciones según se desprende del primer párrafo del artículo 124 de la L.G.S.M. anteriormente transcrito, no lo está a emitir certificados provisionales (si no lo establecen los estatutos) dado que esta emisión es facultativa de conformidad con el segundo párrafo de dicho artículo.

e) Derecho de Preferencia para Adquirir Nuevas Acciones.

“En las sociedades anónimas los accionistas gozan de un derecho preferente e “inmodificable” para suscribir, en proporción al número de sus acciones, las nuevas acciones, que se emitan como resultado del acuerdo de aumento de capital social.”³⁴

El derecho de preferencia se encuentra contemplado en el artículo 132 de la L.G.S.M., que dice:

“Art. 132. Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento del capital social. Este derecho deberá ejercitarse dentro de los quince días siguientes a la publicación, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la asamblea sobre el aumento del capital.”.

³⁴ Bauche Garcíadiego, Mario. La Empresa. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983. p. 596.

Este derecho está basado en el derecho del accionista a que su status o calidad de socio no se altere, es decir, un incremento al capital social puede afectar la posición del accionista en caso de no ejercer este derecho, ya que su influencia en la sociedad se vería disminuida en la misma proporción en que por el incremento en cuestión ingresarán nuevos accionistas a la sociedad.

Por lo anteriormente expuesto la doctrina considera a este derecho como un derecho substancial que no puede negarse en los estatutos sociales de la sociedad, por considerarlo una norma imperativa. Así pues, la Asamblea de Accionistas que resuelva sobre el aumento al capital social, no podrá suprimir el derecho en cuestión, pero una vez perfeccionado éste, en virtud de tal resolución, el accionista sí podrá renunciar a él.

El derecho de preferencia que, como ya dijimos, es un derecho imperativo, sólo puede eliminarse por excepciones legalmente fijadas, como por ejemplo i) el artículo 210 bis, fracción segunda, de la L.G.T.O.C. establece que las sociedades anónimas que pretendan emitir obligaciones convertibles en acciones estarán obligadas a tomar las medidas pertinentes para tener en tesorería acciones por el importe que requiera la conversión, por lo que no será aplicable lo dispuesto en el artículo 132 antes transcrito; ii) el artículo 9º fracción novena de la L.S.I., expresamente dispone que en casos de aumento de capital no habrá lugar al derecho de preferencia; y iii) el artículo 81, fracción décima, de la L.M.V., señala que a efecto de facilitar la oferta pública de valores, en la Asamblea General Extraordinaria que resuelva sobre la emisión de acciones no suscritas, deberá hacerse renuncia expresa al derecho de preferencia consignado en la L.G.S.M.

Asimismo, en el caso de las mal llamadas acciones de trabajo el derecho de preferencia habrá de ser excluido.

Walter Frisch Philipp niega que los titulares de acciones de voto limitado puedan tener derecho de preferencia, dado que el artículo 113 de la L.G.S.M. no concede tal facultad a los titulares de esta clase de acciones.³⁵ Sin embargo coincido con la opinión contraria que al respecto hacen otros tratadistas, ya que en mi opinión otros muchos derechos del socio tampoco los otorga dicho precepto y no se cuestiona el hecho de que el titular de las acciones de voto limitado las goce. Por lo que, a fin de negarles este derecho de preferencia, es necesario que los estatutos lo prevean expresamente.

La titularidad para el ejercicio del derecho de opción en los siguientes casos corresponde: i) al reportador en el caso de reporte de acciones; ii) al acreedor prendario en caso de prenda mercantil de acciones; iii) al accionista embargado, en caso de embargo de acciones; iv) al accionista propietario de la acción en caso de usufructo; v) al fiduciario, en caso de fideicomiso; vi) al depositario, en el depósito bancario irregular y depósito bancario regular en administración; y vii) al depositante, en depósito bancario regular en custodia simple.

Por otro lado, el requisito de publicidad en el periódico oficial del domicilio de la sociedad del acuerdo de la Asamblea sobre el incremento al capital social, a que se refiere el artículo 132 de la L.G.S.M., es un requisito esencial cuya inobservancia ocasionaría la nulidad de la correspondiente suscripción de acciones. Además considero que este requisito es el mínimo, por lo que en los estatutos sociales de la sociedad se podrá pactar que

³⁵ Frisch Philipp, Walter. Op. Cit. p. 552.

también se publique dicho acuerdo en uno de los diarios de mayor circulación, o bien, que además se notifique el mismo a cada accionista por correo certificado con acuse de recibo.

En cuanto al tiempo para ejercer el derecho de preferencia la Ley establece que deberá ser dentro de los quince días siguientes a la publicación referida en el párrafo que antecede. Joaquín Rodríguez Rodríguez opina que el plazo es mínimo y que puede ampliarse, pero no acortarse, ya sea en los estatutos sociales de la sociedad o por resolución de la Asamblea General que resuelva el aumento en cuestión.³⁶

Asimismo es necesario mencionar que por razones obvias, en el evento de que la totalidad de las acciones participen en la Asamblea que resuelva el incremento en el capital social mediante suscripción de acciones por parte de accionistas, el plazo de 15 días para ejercer el derecho de preferencia, se contará a partir de la fecha de dicha Asamblea, por lo que la publicación no será necesaria.

La omisión en ejercitar el derecho que nos ocupa dentro de los quince días, o más, siguientes a la publicación en cuestión o, en su caso, a la Asamblea, trae como sanción la pérdida del derecho.

La violación al derecho de preferencia, ya sea que no se hubieren cumplido los requisitos de publicidad o de plazo o, éste no se concedió a algunos o a todos los accionistas, tiene como efecto la nulidad de las

³⁶ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II. Op. Cit., p. 189.

suscripciones efectuadas por lo que las aportaciones ya exhibidas deberán ser devueltas a los accionistas y, en su caso, dará lugar al pago de daños y perjuicios al adquirente de buena fe por parte de la sociedad, en el entendido que la nulidad debe ser declarada por los tribunales competentes.

Considero que la cesión del derecho de preferencia no es ilícita, en primer lugar porque no existe disposición legal expresa que lo prohíba y en segundo lugar porque el artículo 132 establece que los accionistas tendrán derecho preferente para suscribir un incremento al capital social, en proporción al número de sus acciones, esto es, cada accionista en forma proporcional incrementará su participación en el capital social de la sociedad. En el evento de que alguno de los accionistas desee transmitir su derecho de opción a otro accionista, o bien a un tercero, esto no perjudicaría al resto de los accionistas, ya que éstos al ejercerlo mantuvieron su porcentaje en la participación, por lo que el que perdería posición en la sociedad sería el accionista que no participó en dicho aumento, pero no los demás.

En consecuencia podemos concluir que la cesión del derecho de preferencia que realice un accionista a otro o, a un tercero, no es ilícito toda vez que, su derecho era exclusivo de él y no de los demás y, no existe disposición legal expresa que prohíba dicha cesión.

Sin embargo no será admisible la cesión del derecho de opción sin el consentimiento de la sociedad anónima en el caso de que se emitan acciones vinculadas en el sentido del artículo 130 de la L.G.S.M.

En el caso de que los accionistas desearan protegerse ante la posibilidad de que uno de ellos pretendiera transmitir su derecho de preferencia, los accionistas podrán establecer en los estatutos sociales un mecanismo para prohibir expresamente dicha cesión o, en su caso, para regularla.

f) Derecho de Preferencia en la Venta de Acciones.

Los accionistas de una sociedad anónima pueden pactar entre sí de que en el evento de que uno de ellos pretenda vender sus acciones debe conceder al resto de los accionistas un derecho de preferencia para adquirirlas, y sólo en caso de que ninguno de ellos quiera adquirir dichas acciones, el accionista enajenante podrá libremente venderlas a un tercero.

El derecho de preferencia de venta en la acciones únicamente se encuentra regulado en la L.G.S.M. en sus artículos 33 y 66, respectivamente, por lo que se refiere a las Sociedades de Nombre Colectivo y de Responsabilidad Limitada, esto es, no es contemplado en el capítulo correspondiente a las sociedades anónimas.

Mantilla Molina afirma que el máximo de restricciones en la circulación deriva del artículo 130 de la L.G.S.M., y por lo tanto niega valor a tal pacto que en su opinión atentaría contra el principio de circulación de las acciones.³⁷ Sin embargo considero que no es así, en virtud de que al accionista enajenante no se le está prohibiendo vender sus acciones, sino que únicamente debe conceder a sus socios el derecho a adquirirlas.

³⁷ Mantilla Molina, Roberto. Op. Cit. p. 372.

En virtud de que la permanencia de una sociedad así como su éxito dependen de un conjunto de voluntades y esfuerzos dirigidos a un mismo fin, lo cual sólo sería posible en un ambiente de armonía y cordialidad, considero que un pacto de esta naturaleza debería existir siempre en los estatutos sociales de una sociedad anónima, evitando así el ingreso a la misma de personas no deseables.

g) Derecho a Obtener el Canje de Acciones Nominativas.

Como se indicó al principio de este apartado, esta clasificación de acciones se basó en aquélla del maestro Rodríguez Rodríguez; en dicha clasificación este derecho fue incluido, el cual consistía en que los accionistas de una sociedad anónima tenían el derecho de obtener el canje de sus acciones nominativas por acciones al portador. Derecho que se encontraba consignado en los artículos 128 y 177 de la L.G.S.M.

Actualmente, el derecho a obtener el canje de acciones nominativas no existe, ya que por Decreto de 22 de diciembre de 1982, publicado el 30 de diciembre de 1982 en el Diario Oficial de la Federación, la L.G.S.M. fue reformada, a efecto de que los títulos de acciones al portador desaparecieran y estos se convirtieran en títulos nominativos.

3.2. Derechos de Consecución o Corporativos.

“Estos derechos no tienen sí mismos contenido patrimonial, en el sentido de que no conceden pretensión para obtener una prestación en dinero o valores; su contenido tiene por objeto garantizar los derechos patrimoniales del accionista.”³⁸

³⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I. Op. Cit. p. 406.

a) Derecho a Convocatoria.

De conformidad con la L.G.S.M. los accionistas de una sociedad anónima para reunirse en Asamblea, deben ser legalmente convocados, por lo que este derecho es fundamental.

Como ya se explicó, la convocatoria para Asambleas deberá hacerse por el Administrador, el Consejo de Administración, por los Comisarios, o por las personas que al efecto dispongan los estatutos sociales de la sociedad. En el entendido que para que el Consejo de Administración esté en posibilidad de convocar a Asambleas de Accionistas es necesario que previamente se reúnan en Sesión y resuelvan sobre el mismo.

Las excepciones a dicha regla las encontramos en los artículos 168, 184 y 185 de la L.G.S.M. que son i) faltando, por cualquier causa, la totalidad de los Comisarios y el Administrador o Consejo de Administración no convoque a Asamblea, en términos del artículo 168 de la L.G.S.M., a efecto de resolver sobre la designación correspondiente, cualquier accionista podrá acudir a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad para que ésta haga la convocatoria; ii) la autoridad judicial del domicilio social de la sociedad podrá, de conformidad con el artículo 184 de la L.G.S.M., convocar a Asamblea a solicitud de quienes representan el 33% del capital social, cuando el Administrador, el Consejo de Administración, o los Comisarios, se rehusaren a convocar o no convocaran dentro del término de quince días contados a partir de que recibieron la petición de dicho accionista o grupo de accionistas; y iii) la autoridad judicial también podrá efectuar la convocatoria, sí el Administrador, Consejo de Administración o los Comisarios se rehusaren a hacerlo a petición de los accionistas, incluso el accionista titular de una sola acción, en términos del artículo 185 de la L.G.S.M., en virtud de que no

se hubiere celebrado Asamblea alguna durante dos ejercicios consecutivos o las Asambleas celebradas durante ese tiempo no hubieren resuelto respecto de los asuntos incluidos en el artículo 181 de la L.G.S.M.

En cuanto a los requisitos legales de la convocatoria remito al lector al apartado 4. del capítulo I de este trabajo, en donde fueron analizados.

b) Derecho de Participación en la Redacción del Orden del Día.

Este derecho se encuentra fundamentado en el primer párrafo del artículo 184 de la L.G.S.M. que a la letra dice:

"ART. 184.- Los accionistas que representen por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social podrán pedir por escrito, en cualquier tiempo, al administrador o consejo de administración o a los comisarios, la convocatoria de una asamblea general de accionistas, para tratar los asuntos que se indiquen en su petición."

En consecuencia el derecho en cuestión se encuentra limitado a aquéllos accionistas que en conjunto representen, como mínimo, el 33% del capital social.

Por regla general la Asamblea de Accionistas sólo deberá resolver sobre los asuntos contenidos en el Orden del Día, ya que de lo contrario los accionistas que no hubieren asistido a la Asamblea tendrán derecho a demandar la nulidad de los acuerdos adoptados respecto de los asuntos no incluidos en el Orden del Día.

Sin embargo la regla general referida en el párrafo que antecede tiene una excepción, que consiste en que si a la Asamblea concurren los accionistas que representen la totalidad del capital social, con fundamento

en los artículos 178 y 188 de la L.G.S.M., podrán discutir y votar sobre cualquier otro asunto no incluido en el Orden del Día, incluso no se requiere previa convocatoria.

c) Derecho de Voto.

El derecho de voto es el derecho primordial del accionista en las legislaciones modernas, inspiradas en el principio democrático de organización de la sociedad anónima: el derecho de voto corresponde a todo accionista y sólo los accionistas tienen derecho de voto.³⁹

Este derecho es un derecho de consecución ya que no tiene contenido patrimonial y sólo a través de él los accionistas podrán exigir sus derechos patrimoniales. A través de este derecho el accionista podrá expresar su voluntad en las Asambleas de Accionistas y, junto con las voluntades de los demás accionistas formará la voluntad colectiva de la sociedad.

Respecto al derecho de voto el artículo 113 de la L.G.S.M. establece que *"... cada acción sólo tendrá derecho a un voto..."*, mientras que el artículo 112 de dicho ordenamiento legal dice que *"... las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos..."* por lo que, podemos decir que el derecho a votar es el derecho que le corresponde a cada accionista en tanto es titular de por lo menos una acción y, será proporcional al número de acciones de que sea titular.

De lo anterior se desprende que "el derecho de voto deriva de la calidad de socio, rigiendo así el principio fundamental de la sociedad anónima, de voto por acción y no de voto por cabeza. En esta forma, la influencia de

³⁹ Garrigues, Joaquín. Op. Cit. p. 520.

cada socio en la formación de la voluntad colectiva está en razón directa del número de acciones que tenga.”⁴⁰

El derecho de voto es un derecho insuprimible, pero sí limitable por normas estatutarias. El propio artículo 113 de la L.G.S.M. dispone que en los estatutos sociales podrá limitarse el derecho de voto a cierta clase de acciones a efecto de que sólo puedan votar en las Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas que se reúnan para tratar la prórroga, disolución anticipada, cambio del objeto social, cambio de nacionalidad, transformación o, fusión de la sociedad.

No debe considerarse contradictorio el artículo 113 antes citado con el artículo 198 de la L.G.S.M. que a la letra dice “... *es nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas...*”, ya que si analizamos a fondo dicho precepto, esto es, el artículo 113 permite la emisión de una clase especial de acciones diferente a las comunes, permitiendo que en los estatutos sociales se establezca su limitación en cuanto al derecho a votar.

Por lo que respecta a las mal llamadas acciones de trabajo (porque no representan capital social) a que se refiere el artículo 114 de la L.G.S.M. sucede lo mismo, toda vez que dicho ordenamiento jurídico establece que en los estatutos sociales habrán de establecerse las normas respecto a la forma, valor, inalienabilidad y demás condiciones particulares que les corresponden, por lo que las condiciones correspondientes al voto podrán ser limitadas o bien suprimidas.

Lo planteado hasta ahora se basa en la fracción VI. del artículo 91 de la L.G.S.M. que dice:

⁴⁰ Bauche Garciadiego, Mario. Op. Cit. p. 598.

"Art. 91. La escritura constitutiva de la sociedad anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6º, los siguientes...

VI... las condiciones... para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales pueden ser modificadas por la voluntad de los socios."

A efecto que un accionista esté facultado para votar en las Asambleas de Accionistas, es preciso que exhiba el título definitivo de acciones o, en su caso, el certificado provisional de acciones expedido en su favor y/o, se encuentre inscrito en el Libro de Registro de Acciones de la sociedad. Además de lo anterior, que el representante legal del accionista, en su caso, acredite sus facultades para ejercer el derecho de voto, en términos del artículo 192 de la L.G.S.M. o de los estatutos sociales de la sociedad correspondiente.

Respecto al voto divergente, esto es, cuando un accionista tenga dos o más acciones, vote unas en un sentido y otras en otro, considero que es lícito, aunque en la práctica no es muy común debido a que el titular de dos o más acciones actúa conforme a criterios dirigidos en un mismo sentido.

Como sabemos, a efecto de que la Asamblea de Accionistas adopte una resolución se requiere un cierto número de votos favorables en ese sentido, por lo que la abstención del voto se equipara a un voto en sentido negativo. Incluso el accionista que se abstenga de votar respecto a un determinado asunto, carecerá de los derechos de oposición y separación contemplados en los artículos 201 y 206, respectivamente, de la L.G.S.M., mismos que para su ejercicio requieren que el accionista haya votado en contra o, por lo que respecta al derecho de oposición, que no hubiere asistido a la celebración de la Asamblea correspondiente.

Además de lo expuesto en los párrafos que anteceden, la L.G.S.M. contempla en el artículo 196 de la L.G.S.M. lo siguiente:

“Art. 196. El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse a toda deliberación relativa a dicha operación.

El accionista que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación.”

De lo dispuesto en el artículo 196 transcrito anteriormente, se desprende que el accionista que ejerza su derecho de voto aún estando impedido para ello conforme a dicho artículo será responsable del resultado que perjudique o dañe a la sociedad, pero dicho voto no será nulo.

Otra de las limitantes al derecho de voto es aquella que del artículo 197 de la L.G.S.M. se desprende, mismo que a la letra dice:

“Art. 197. Los administradores y los comisarios no podrán votar en las deliberaciones relativas a la aprobación de los informes a que se refieren los artículos 166 en su fracción IV y 172 en su enunciado general o a su responsabilidad.

En caso de contravención a esta disposición, la resolución será nula cuando sin el voto del administrador o comisario no se habría logrado la mayoría requerida.”

Esta limitante, a diferencia de la contenida en el artículo 196 de la L.G.S.M., al cumplirse es anulable *“...cuando sin el voto del administrador o comisarios no se hubiere logrado la mayoría requerida.”*

Al final del artículo 192 de la L.G.S.M., encontramos una tercer limitante, esto es, no podrán actuar como representantes de accionistas en las Asambleas los administradores y los comisarios de la sociedad, por lo que las acciones representadas en violación a este precepto no estarán en posibilidad de votar.

Por otro lado, el artículo 134 de la L.G.S.M. establece que en el caso de que la sociedad anónima adquiriera sus propias acciones por adjudicación en pago de créditos de la misma, en tanto dichas acciones pertenezcan a la sociedad, no podrán ser representadas en las Asambleas de Accionistas, es decir, no podrán ser votadas mientras tanto.

Finalmente es necesario aclarar que "la declaración del voto es un acto jurídico cuya posible afectación por vicios de la voluntad del accionista puede conducir en principio a las mismas posibilidades de impugnación, como en los casos de cualesquiera otros actos jurídicos (artículos 635, 1812, 1859, 1912 y siguientes, 2228, 2230, 2233 y 2236 del Código Civil del Distrito Federal)."⁴¹

d) Derechos de Aprobación del Balance, de Determinación de Emolumentos a Administradores y Comisarios y de Aprobación de la Gestión de los Mismos.

Estos derechos los encontramos consignados en la L.G.S.M. en su artículo 181, que literalmente establece:

"Art. 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:

⁴¹ Frisch Philipp, Walter. Op. Cit. p. 346.

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 el 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.”

De lo anteriormente citado nos podemos dar cuenta que es la Asamblea General Ordinaria Anual la que se encargará de resolver sobre los asuntos en cuestión, cumpliendo con los requisitos de quórum de instalación y votación conforme a los artículos 189 y 191 de la L.G.S.M.

En términos de los artículos 6, fracción IX. y 91, fracción V., la designación de los administradores y comisarios de la sociedad anónima deberá hacerse al momento de constituir la misma, esto es, habrá de constar en la escritura constitutiva de la sociedad; posteriormente, por regla general, dicho nombramiento será ratificado o modificado por acuerdo de la Asamblea General Ordinaria Anual de Accionistas.

Es necesario hacer notar el derecho de las minorías para elegir administradores y comisarios, el cual se encuentra consignado en los artículos 144 y 171 de la L.G.S.M., respectivamente, consistente en que en el evento de que el Consejo de Administración de la sociedad esté integrado por tres o más miembros o, que existan tres o más comisarios, la minoría que represente un 25% del capital social podrá nombrar cuando menos un consejero o, en su caso un comisario, salvo que los estatutos dispongan otra cosa. Además únicamente podrá revocarse el nombramiento del

administrador o administradores, del comisario o comisarios, designados por la minoría cuando igualmente se revoque el nombramiento de todos los demás administradores o comisarios.

e) Derecho a ser elegido a ocupar cargos sociales.

Este derecho lo deducimos de los artículos 142 y 164 de la L.G.S.M. que establecen que los cargos de administradores y de los comisarios pueden ser ocupados por los mismos accionistas o por personas extrañas a la sociedad.

En consecuencia, todo accionista de una sociedad anónima tendrá el derecho a ocupar cargos sociales, siempre y cuando dicho nombramiento sea resuelto por la Asamblea de Accionistas de la sociedad.

Por lo que se refiere al cargo de Comisario de la sociedad, debemos tomar en cuenta lo que el artículo 165 dispone, que:

“Art. 165. No podrán ser comisarios:

- I. Los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio;*
- II. Los empleados de la sociedad, los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un veinticinco por ciento del capital social, ni los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento.*
- III. Los parientes consanguíneos de los administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.”*

f) Derecho de Aplazamiento de los Acuerdos.

Conforme al artículo 199 de la L.G.S.M. el accionista o los accionistas que reúnan el 33% del capital social representado en una Asamblea de Accionistas, tendrán el derecho de solicitar el aplazamiento para dentro de tres días, y sin necesidad de nueva convocatoria, de la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados, tomando en cuenta que este derecho no podrá ejercerse sino una sola vez para el mismo asunto.

En este caso, no es necesaria una nueva convocatoria, ya que se trata únicamente de la suspensión de la votación de cualquier asunto respecto de una Asamblea previamente convocada, por lo que sería ilógica una nueva convocatoria.

g) Derecho de Denuncia.

Respecto a este derecho, el artículo 167 de la L.G.S.M. dispone que cualquier accionista podrá denunciar por escrito a los comisarios los hechos que estime irregulares en la administración, y éstos deberán mencionar las denuncias en sus informes a la Asamblea General de Accionistas y formular acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estimen pertinentes.

h) Derecho de Información.

Joaquín Garrigues establece que "el derecho de información del accionista se manifiesta en dos aspectos: de un lado, en la inspección de la contabilidad como presupuesto lógico para la intervención en la junta

general; de otro lado, en el derecho de pedir información verbal, dentro de la misma junta, sobre la marcha de las operaciones.”⁴²

El primero de los aspectos antes mencionados se encuentra regulado en el artículo 186 de la L.G.S.M. que dispone que durante el período de quince días antes de la celebración de la Asamblea hasta el día de su celebración, estará a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, el informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172 de la Ley de la materia, esto es, el informe que anualmente deben presentar los administradores a la asamblea de accionistas, incluyendo los estados financieros de la sociedad al cierre del ejercicio correspondiente y, el informe de los comisarios de la misma.

Este derecho de los accionistas se encuentra limitado, toda vez que “el robustecimiento de los poderes de los administradores y la necesidad de poner los secretos de la empresa al descubierto de cualquier accionista indiscreto o mal intencionado han inclinado a la ley a vedar al accionista aislado el derecho a investigar la contabilidad en los libros sociales”⁴³, es decir, en el orden de la contabilidad este derecho únicamente se extiende al examen del informe de la administración a que se refiere el artículo 172 de la L.G.S.M., no comprendiendo para nada el examen de los libros corporativos.

En cuanto a la posibilidad de que este derecho pueda ser ejercido mediante representantes, no encontramos impedimento legal para que así sea.

⁴² Garrigues Joaquín. Op. Cit. p. 521.

⁴³ Ibidem.

Por lo que se refiere al segundo de los aspectos, no se encuentra reglamentado en la Ley, sin embargo en la práctica si se ejerce, inclusive no únicamente durante la Asamblea sino antes de la misma, ya que a veces una información documental no es suficiente y los accionistas requieren datos complementarios que deben serles suministrados por los administradores y por los comisarios; ya que de lo contrario, como lo hemos expuesto, la insuficiente información de los socios podrá ser motivo para que estos puedan pedir el aplazamiento de los acuerdos para los que fue convocada la Asamblea, en términos del artículo 199 de la L.G.S.M.

Además es preciso analizar al artículo 188 de la L.G.S.M. que a la letra dice:

"Art. 188. Toda resolución de la asamblea tomada con infracción de lo que disponen los dos artículos anteriores, será nula, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones."

La primera parte del artículo en comento dispone que será nula toda resolución tomada con infracción a lo que disponen los artículos 186 y 187 de la L.G.S.M. Dichos artículos, que ya hemos analizado, establecen los requisitos del contenido y publicidad de las convocatorias a las Asambleas Generales de Accionistas de la sociedad, así como el derecho de información que le corresponde a cada accionista. Por lo tanto, en caso de que no se cumplan los requisitos en cuestión, la Asamblea respectiva será nula.

Por otro lado, el citado artículo 188 de la L.G.S.M. establece una excepción a dicha nulidad consistente en que la Asamblea correspondiente no será nula, aunque se hubiere contravenido lo dispuesto en los artículos

186 y 187, si en el momento de la votación estuviere representada la totalidad de las acciones.

De lo anterior se desprende que es obvio que respecto al contenido y publicidad de la convocatoria no existe problema alguno en virtud de que si se trata de una asamblea totalitaria ésta, como órgano supremo de la sociedad, podrá adoptar toda resolución que desee, sin necesidad de previa convocatoria.

Empero, respecto al derecho de información, dicho artículo 188 carece, en mi opinión, de toda técnica jurídica, ya que nada tiene que ver con el derecho de información que la Asamblea sea o no totalitaria; esto es, es ilógico que la violación al derecho de información de los accionistas pueda subsanarse por el hecho de que la Asamblea que pretenda discutir sobre la aprobación del informe en cuestión sea totalitaria, ya que al no haberse puesto a disposición de los accionistas dicho informe, éstos se encuentran imposibilitados para discutirlo y, en su caso, aprobarlo.

Por lo que considero que el legislador al redactar el multicitado artículo 188 pretendió únicamente darle aplicación por lo que respecta a los requisitos de contenido y publicidad de la convocatoria, pero no al derecho de información. Sin embargo, en caso de haberse violado este derecho, los accionistas podrán ejercer su derecho de aplazamiento de acuerdo a lo que analizamos en el inciso f) de este apartado.

i) Derecho de Representación.

Este derecho se encuentra íntimamente ligado al derecho de voto que estudiamos al desahogar el inciso c) de este apartado, ya que los accionistas

pueden ejercer ese derecho por representación. Así lo dice el artículo 192, que a continuación transcribo:

"Art. 192. Los accionistas podrán hacerse representar en las asambleas por mandatarios, ya sea que pertenezcan o no a la sociedad. La representación deberá conferirse en la forma que prescriban los estatutos y, a falta de estipulación, por escrito.

No podrán ser mandatarios los administradores ni los comisarios de la sociedad."

Coincido con la opinión del maestro Rodríguez Rodríguez al establecer que no se trata de mandatarios, pese a la letra del texto, sino de representantes, pues la relación subyacente a la representación puede ser de mandato o no serlo, ya que la invocación legal hace aplicable los preceptos legales sobre representación, en general.⁴⁴ Por lo tanto se trata de una representación convencional o voluntaria, ya que a través de esta "una persona capaz autoriza o faculta a otra persona también capaz para que en su nombre actúe en uno o varios actos."⁴⁵

En cuanto a la forma, la L.G.S.M. nos remite a los estatutos sociales de la sociedad, sin embargo si los estatutos son omisos al respecto dice la ley que bastará con que sea por escrito, por lo que no le serán aplicables necesariamente los artículos 2551, 2555 y 2556 del Co. Civ. relativos a la forma del mandato.

Por lo que se refiere a la capacidad para ser representante de un accionista en una asamblea de accionistas existen limitaciones para serlo, pero no respecto a los socios, toda vez que el artículo 192 de la L.G.S.M. autoriza expresamente a que los representantes puedan ser o no socios. La

⁴⁴ Rodríguez Rodríguez. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I. Op. Cit. p. 442.

⁴⁵ Galindo Garfías, Ignacio. Op. Cit. p. 222.

única limitación que encontramos en este sentido es en el segundo párrafo de dicho precepto legal, referente a la imposibilidad de los administradores y comisarios de la sociedad para fungir como representantes de los accionistas.

Por otro lado considero, al igual que el maestro Rodríguez Rodríguez, que este precepto es imperativo, por lo que no sería válida la estipulación estatutaria que limitase el derecho de los socios para hacerse representar en las Asambleas.⁴⁶

Además el representante de un accionista, para poder votar en la Asamblea correspondiente habrá de acreditar su personalidad y la posesión de las acciones del accionista que representa, en los términos de la ley o de los estatutos sociales.

j) Derechos de Impugnación y Suspensión de los Acuerdos Sociales.

La L.G.S.M. prevé dos clases de acciones para atacar los acuerdos adoptados por una Asamblea de Accionistas de una sociedad anónima, los cuales son la nulidad y la impugnación.

Un acuerdo será nulo cuando carece de un elemento esencial, la L.G.S.M. contempla la nulidad de acuerdos en los siguientes artículos: 21 (falta de separación de utilidades para formar o reconstruir el fondo de reserva a que se refiere el artículo 20); 179 (las asambleas de accionistas no reunidas en el domicilio social); 188 (acuerdos adoptados con infracción a lo dispuesto por los artículos 186 y 187); 197 (prohibición de votar de los

⁴⁶ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I. Op. Cit. p. 442.

administradores y comisarios); 198 (acuerdo que restrinja la libertad de voto de los accionistas), entre otros.

Debemos tomar en cuenta que no únicamente los accionistas tienen derecho a pedir la declaración de la nulidad de los acuerdos adoptados por una Asamblea de Accionistas, sino todo interesado, ya sea accionista, órgano de la sociedad anónima, acreedor de la sociedad o tercero, siempre y cuando exista un interés jurídico⁴⁷, esto es, quienes la resolución o resoluciones adoptados por la Asamblea en cuestión les perjudique.

Por otro lado, Rodríguez Rodríguez dice que la deliberación es impugnabile cuando es contraria a la escritura constitutiva, a los estatutos o a la ley, sin ser ni válida ni nula, esto es, cuando existan todos los elementos esenciales, pero uno, o algunos de ellos o todos están viciados o bien cuando su contenido pugna con una norma imperativa prohibitiva de la ley, dictada en interés particular, o con una norma imperativa prohibitiva de la escritura constitutiva o de los estatutos⁴⁸, es decir, en general, los acuerdos que infrinjan la Ley o los estatutos y no quepa respecto a ellos la acción de nulidad.

El derecho de impugnación o de oposición lo encontramos en el artículo 201 de la L.G.S.M. que dice:

“Art. 201. Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, siempre que satisfagan los siguientes requisitos:

I. Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea;

⁴⁷ Walter Frisch, Philipp. Op. Cit. p. 474.

⁴⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II. p. 62.

II. Que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución; y

III. Que la demanda señale la cláusula del contrato social o precepto legal infringido y el concepto de violación.

No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios.”

El artículo 205 establece que para el ejercicio de la acción judicial referida en el artículo anteriormente transcrito, los accionistas deberán depositar los títulos de sus acciones ante notario o en una institución de crédito, quienes expedirán el correspondiente certificado para acompañarse a la demanda y los demás que sean necesarios para hacer efectivos los derechos sociales; títulos que no se devolverán sino hasta la conclusión del juicio.

Es necesario hacer notar que a efecto de declarar la nulidad de resoluciones adoptadas por asambleas de accionistas será conforme al Co. Civ. y, por lo que se refiere a la impugnación u oposición de acuerdos, será conforme al artículo 201 y siguientes de la L.G.S.M.

El artículo 202 de la L.G.S.M. establece la posibilidad de que la ejecución de resoluciones impugnadas se suspenda por el Juez, siempre que los actores dieran fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudiere causarse a la sociedad por la inejecución de dichas resoluciones, en caso de que la sentencia declare infundada la oposición. Por el contrario, la acción de nulidad permite que los acuerdos de la Asamblea

surtan todos sus efectos hasta que los mismos sean declarados judicialmente nulos y sus efectos destruidos retroactivamente.

Los artículos 203 y 204 de la L.G.S.M. disponen que la sentencia que se dicte con motivo de la oposición surtirá efectos respecto de todos los socios y, todas las oposiciones contra una misma resolución deberán decidirse en una sola sentencia.

Finalmente, en el segundo párrafo del artículo 201 antes mencionado encontramos la única excepción al derecho que nos ocupa, la cual consiste en que no podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios.

k) Derecho de separación. y l) Derecho de Retiro.

Estos derechos no se encuentran contemplados en la obra del maestro Rodríguez Rodríguez en la clasificación que al efecto hace respecto de los derechos de los accionistas de una sociedad anónima, sin embargo sí los encontramos en la L.G.S.M. en sus artículos 206 y 220, respectivamente, los cuales por ser objeto de nuestra tesis, remitimos al lector al siguiente capítulo de este trabajo a efecto de estudiarlos a fondo y tratarlos separadamente.

CAPITULO III

DERECHO DE RETIRO

1. Diferencia entre el Derecho de Retiro y Derecho de Separación.

En virtud de que no es común que ni la doctrina extranjera ni la mexicana distingan al derecho de retiro del derecho de separación, y a que existe en nuestro derecho una gran confusión al respecto como consecuencia de las deficiencias de nuestros legisladores, es necesario que hagamos un estudio minucioso al efecto de encontrar la distinción entre ambos derechos.

1.1. Derecho de Separación.

a) Concepto.

El derecho de separación, previsto en el artículo 206 de la L.G.S.M., es un derecho de los accionistas minoritarios frente al poder de la mayoría, cuando éstos últimos en Asamblea General de Accionistas, adoptan resoluciones que la misma L.G.S.M. considera como graves y, que justifican la separación del accionista de la sociedad anónima.

b) Doctrina.

El maestro César Vivante opina que el derecho de retirada (derecho de separación) actúa como un freno y es un remedio contra el poder ilimitado de las Asambleas, de modificar los propios estatutos. Además lo considera

como una institución de orden público del cual no se puede privar a los accionistas, ni por los estatutos, ni por la Asamblea.⁴⁹

Por otro lado, el propio maestro Vivante explica cuales son las dos interpretaciones respecto a este derecho, que son:

- i) El derecho de retirada es un derecho intangible al cual los socios no pueden renunciar ni en la escritura constitutiva ni en las modificaciones posteriores que se hagan a los estatutos sociales de la sociedad; y
- ii) El derecho de retirada es una defensa de interés privado, a la que los socios pueden renunciar en la escritura constitutiva de la sociedad, ya que todos prestan su consentimiento a ella con su presencia o mediante la presunción legal de que están representadas.⁵⁰

Respecto a lo anterior, el maestro Vivante se inclina por la primera interpretación, ya que considera al derecho de separación como un remedio introducido por razones de orden público, como ya se dijo, en defensa de los accionistas como un freno al derecho concedido a la mayoría, especialmente en las Asambleas de Accionistas convocadas en segunda convocatoria, de acordar cualquier cambio en los estatutos sociales.⁵¹

Por su parte, el maestro Tulio Ascarelli, dice que el derecho de retiro (derecho de separación) es aquél derecho que la Ley le concede al accionista ausente, al que se haya disentido o abstenido de votar, a

⁴⁹ Vivante, César. Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Reús, Volumen II. Madrid, 1932. p. 268.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

separarse de la sociedad, frente a las más graves modificaciones de los estatutos sociales de la misma, obligándola a que le reembolse el valor de sus acciones, según el último balance aprobado.⁵²

Opuestamente a la opinión del maestro Vivante, Ascarelli se inclina por la segunda interpretación a este derecho, esto es, considera que el socio sí puede renunciar al derecho de separación, quedando excluido, por lo tanto, en la escritura constitutiva, ya que ésta recoge el consentimiento de todos los socios.⁵³

El maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez considera al derecho de separación como la auténtica puerta de escape que se abre para el accionista aplastado por la voluntad mayoritaria.⁵⁴

En cuanto a las características del derecho de separación, el maestro Rodríguez Rodríguez señala que es un derecho individual, inmodificable, insuprimible e irrenunciable.⁵⁵

El maestro Rodríguez Rodríguez, al igual que Vivante, considera que este derecho es irrenunciable, ya que a) aunque no protege un interés público, no puede desconocerse el carácter imperativo de las normas de la L.G.S.M., en cuanto se refiere a la protección de los accionistas; y b) la renuncia de este derecho, pondría al socio en la situación de verse obligado para realizar lo que no era su voluntad y puede ser contrario a sus intereses (cambio de objeto), o para verse más obligado y en condiciones

⁵² Ascarelli, Tulio. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, Hermanos y Cía. México, 1940. p. 153.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II. Op. Cit. p. 455.

⁵⁵ Ibidem. p. 456.

radicalmente distintas a las previstas (transformación en colectiva, comandita, responsabilidad limitada, o cooperativas) o, en situaciones legales esencialmente discrepantes de las convenidas como ambiente jurídico de la sociedad (cambio de nacionalidad). En los tres casos, el accionista se vería obligado a más y a cosa distinta de lo convenido; se cambiaría su régimen de personalidad y de aportación, así como las garantías jurídicas consideradas al establecer el contrato social.⁵⁶

Joaquín Rodríguez Rodríguez considera que únicamente los socios que hayan votado en contra del acuerdo correspondiente pueden ejercer el derecho de separación, como expresamente lo señala el artículo 206 de la L.G.S.M.⁵⁷

El maestro Angel Velasco Alonso define al derecho de separación en un sentido general y amplio, como la facultad legal o pactada del accionista de separarse de la sociedad y obtener el reintegro de su parte en el haber social. El derecho de separación del accionista se encuentra subordinado a la necesaria concurrencia de determinados presupuestos o requisitos, sin los cuales, el solo deseo del accionista de salir de la sociedad y obtener el reintegro de su parte en el haber social, es absolutamente inoperante.⁵⁸

En cuanto a la renunciabilidad del derecho de separación del accionista, el maestro Velasco Alonso señala que no puede ser renunciado ni en los estatutos de la sociedad ni por reforma de los mismos, ya que genéricamente constituye un elemento necesario del esquema legal de la sociedad anónima enderezado a la protección de los socios que no votaron

⁵⁶ Ibidem p. 457.

⁵⁷ Ibidem p. 460.

⁵⁸ Velasco Alonso, Angel. El Derecho de Separación del Accionista. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1976. p.p. 11 y 12.

a favor de determinados acuerdos, y así como los derechos de los socios a las ganancias sociales, por ejemplo, no pueden ser renunciados en abstracto sin incurrir en un vicio de nulidad radical, el de separación tampoco puede serlo anticipadamente sin quebrantamiento de la Ley.⁵⁹

Antonio Brunetti señala que los socios disidentes de los acuerdos referentes al cambio de objeto o de tipo de sociedad, o el traslado de la sede social al extranjero, tienen derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones según el precio medio del último semestre, si estas son cotizadas en Bolsa o, en caso contrario, en proporción al patrimonio social resultante del balance aprobado en debida forma correspondiente al último ejercicio.⁶⁰

Asimismo, Brunetti afirma que es nulo todo pacto que excluye el derecho de receso (derecho de separación) o hace más difícil su ejercicio.⁶¹

Para De Gregorio, la separación consiste en "la facultad de sustraerse de las decisiones de la mayoría, mediante la disolución del particular vínculo de los socios no conformes".⁶²

El maestro Roberto Mantilla Molina denomina a este derecho como de retiro, señalando que la L.G.S.M. ha considerado casos de especial gravedad y en los cuales los socios que han votado en contra del acuerdo tienen el derecho de separarse de la sociedad y a que se le entregue el valor de sus acciones calculados sobre las bases que suministre el último balance aprobado.⁶³

⁵⁹ Ibidem. p. 100.

⁶⁰ Brunetti, Antonio. Tratado de Derecho de Sociedades. Editorial Uteha, Tomo II. Argentina, 1960. p. 533.

⁶¹ Ibidem. p. 534.

⁶² Citado por Velasco Alonso, Angel. Op. Cit. p. 63.

⁶³ Mantilla Molina, Roberto. Op. Cit. p. 357.

El maestro Mantilla Molina establece que no podrán ejercer el derecho en cuestión aquéllos accionistas inconformes con el acuerdo correspondiente adoptado por la Asamblea General de Accionistas respectiva, que descuidaron asistir a la Asamblea en cuestión.⁶⁴

El autor Fernando H. Mascheroni considera al derecho de receso (separación) como la facultad o el derecho de los socios disidentes y ausentes para separarse de la sociedad cuando ésta, por medio de órganos competentes, adopta una resolución de tal naturaleza que al alterar profundamente sus situaciones les confiere el derecho de exigir el reembolso de sus participaciones sociales.⁶⁵

Por su parte, el maestro Mascheroni opina que si bien es un derecho que no se puede prohibir, sí admite la posibilidad de una regulación estatutaria que pudiere prever más allá de la norma legal.⁶⁶

El autor Luis Muñoz opina que la L.G.S.M. contempla en su artículo 206 el derecho de los socios para separarse de las sociedades, en los casos en que por la resolución de una asamblea de accionistas se tenga como consecuencia el cambiar los elementos esenciales de una sociedad, de tal suerte que se considerará una afectación en la naturaleza de la sociedad de que se trate, y por ende, se otorga mediante ciertos procedimientos señalados en la L.G.S.M. la facultad para que el accionista pueda separarse

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Mascheroni, Fernando H. *Sociedades Anónimas*. Editorial Universidad, tercera edición. Buenos Aires, 1993. p. 173.

⁶⁶ Ibidem. p. 174.

de la sociedad obteniendo el reembolso de sus acciones conforme a un procedimiento mediante el cual obtendrá un valor equitativo de las mismas.⁶⁷

Considero que el artículo 206 tiene carácter imperativo, no pudiendo el derecho de separación ser excluido por los estatutos sociales de la sociedad, esto es, no puede ser restringido, ya que se trata de un derecho del accionista para protegerse en contra de la mayoría. Sin embargo considero que si puede ser ampliado.

Lo anterior se fundamenta aplicando supletoriamente el artículo 6° del Co. Civ. que, en su parte conducente, dice que *"la voluntad de los particulares no puede eximir la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla."*

A efecto de analizar si se trata de un derecho renunciable o no, debemos distinguir entre la renuncia in genere o preventiva y la a posteriori, distinción que al efecto hace el maestro Motos Guirao.⁶⁸

La renuncia in genere o preventiva, que es aquella que se hace en la escritura constitutiva de la sociedad o bien por reforma posterior, considero que no procede. En mi opinión, además de considerar el carácter imperativo del artículo 206 de la L.G.S.M., en este caso estaríamos frente a la renuncia de un derecho abstracto, es decir, este derecho no puede existir como tal hasta en tanto no se den los presupuestos previstos por la L.G.S.M. para

⁶⁷ Muñoz Luis. Derecho Mercantil. Librería Herrero, tomo II. México, 1952. p. 112.

⁶⁸ Citado por Velasco Alonso, Angel. Op. cit. p. 98.

que un accionista de una sociedad anónima lo pueda ejercer. Además considero que nadie puede válidamente obligarse a lo incierto e imprevisible, tomando en cuenta que la renuncia preventiva del derecho de separación pondría al socio en la situación de verse obligado para realizar lo que no era su voluntad y en condiciones distintas a las previstas.

En cuanto a la renuncia a posteriori, es decir, a la falta del ejercicio del derecho de separación en presencia de los supuestos que lo condicionan, puede ser ejercido o no, toda vez que la presencia de estos supuestos convierten al derecho abstracto en concreto, además que el citado artículo 6 del Co. Civ. dice que *"...solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero."*

Por otro lado, es importante señalar que el artículo 206 de la L.G.S.M. únicamente le concede la facultad para ejercer este derecho a los socios que hayan votado en contra del acuerdo, negando así el derecho a los ausentes o que se hayan abstenido de votar.

c) Legislación Mexicana.

El derecho de separación no es privativo de la sociedad anónima, ya que la L.G.S.M. lo contempla para cada una de las sociedades mercantiles reguladas por la misma.

Como ya dijimos, por lo que se refiere al derecho de separación en la sociedad anónima, es aplicable el artículo 206 de la L.G.S.M. que a la letra dice:

"Art. 206.- Cuando la asamblea general de accionistas adopte resoluciones, sobre los asuntos comprendidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 182, cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea."

El artículo 182, en sus fracciones IV, V y VI dispone textualmente lo siguiente:

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

*... IV. Cambio de objeto de la sociedad;
V. Cambio de nacionalidad de la sociedad;
VI. Transformación de la sociedad..."*

Respecto al cambio de objeto de la sociedad el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez dice que únicamente puede fundar el derecho de separación un cambio fundamental. Señala que en la doctrina se consideran como modificaciones no esenciales las siguientes: restringir el campo de operaciones en una zona determinada; no realizar los trabajos y obras considerados como accesorios, por haberse constituido la sociedad por la construcción de un determinado ferrocarril; ceder por precio y temporalmente el ejercicio de una rama de su actividad; dar una fianza, una sociedad que puede realizar toda clase de operaciones comerciales, industriales, financieras, etc.⁶⁹

En mi opinión, el derecho de separación podrá ejercerse cuando se resuelva por la Asamblea correspondiente modificar el objeto social únicamente cuando se trate del principal o fundamental, es decir, cuando se

⁶⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II. Op. Cit. p. 456.

modifique el objeto social en cuanto a lo que realmente se dedica la empresa y no en cuanto a lo accesorio del mismo.

Por lo que se refiere al cambio de nacionalidad debemos atender lo dispuesto por el artículo 9 de la L. N., esto es, que son personas jurídicas colectivas de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las Leyes de la república y tengan en ellas su domicilio legal.

Al respecto, Mantilla Molina considera que como una sociedad no puede, subsistiendo como la misma, cambiar la ley conforme a la cual se organizó, la única posibilidad para que pierda su nacionalidad es que traslade su domicilio al extranjero.⁷⁰

En cuanto a la transformación de la sociedad, el artículo 227 de la L.G.S.M. establece que las sociedades constituidas en alguna de las formas que establecen las fracciones I a V del artículo 1º, podrán adoptar cualquier otro tipo legal, así como transformarse en sociedad de capital variable.

Ahora bien, Mantilla Molina opina que "la transformación rara vez ocurre en la sociedad anónima, pero considera obvio que si se realizara y, aumentase las obligaciones de los socios, no sería eficaz, ni aún respecto a quienes no concurrieron a la asamblea; porque la voluntad privada es insuficiente para imponer obligaciones a terceros."⁷¹

Finalmente, es necesario señalar que el accionista legitimado, que como ya dijimos es aquél que haya votado en contra de cualquiera de las

⁷⁰ Mantilla Molina, Roberto. Op. Cit. p. 357.

⁷¹ Idem.

resoluciones respecto de los supuestos contemplados en el artículo 206 de la L.G.S.M., que desee ejercer el derecho de separación, deberá hacerlo dentro de los 15 días contados a partir de la clausura de la Asamblea correspondiente.

d) Consecuencias Jurídicas.

A continuación me permito mencionar las consecuencias jurídicas en virtud del ejercicio del derecho de separación:

i) Reducción de capital.

Una vez ejercido el derecho de separación, el capital social de la sociedad anónima habrá de reducirse en el importe correspondiente de las acciones de los socios que ejercieron dicho retiro.

Como lo expusimos en el primer capítulo de este trabajo, toda resolución respecto a la reducción del capital social de una sociedad anónima, deberá ser adoptada por la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la sociedad, en términos de la fracción III. del artículo 182 de la L.G.S.M., debiendo protocolizarse el acta de la Asamblea en cuestión e inscribirse en el Registro Público de Comercio del domicilio social de la sociedad, conforme al artículo 194 de la L.G.S.M.

Además, deberá observarse lo dispuesto por el artículo 9° de la L.G.S.M. que a la letra dice:

"Art. 9°. Toda sociedad podrá aumentar o disminuir su capital, observando, según su naturaleza, los requisitos que exige esta Ley.

La reducción del capital social, efectuada mediante reembolso a los socios o liberación concedida a éstos de exhibiciones no realizadas, se publicará por tres veces en el periódico oficial de la entidad federativa en la que tenga su domicilio la sociedad, con intervalos de diez días.

Los acreedores de la sociedad, separada o conjuntamente, podrán oponerse ante la autoridad judicial a dicha reducción desde el día en que se haya tomado la decisión por la sociedad, hasta cinco días después de la última publicación.

La oposición se tramitará en la vía sumaria, suspendiéndose la reducción entre tanto la sociedad no pague los créditos de los opositores, o no los garantice a satisfacción del juez que conozca del asunto, o hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada.”

ii) Efectos Externos.

En cuanto a la responsabilidad de los socios separados son aplicables los artículos 14 y 15, inclusive, de la L.G.S.M. que por sí solos se explican como sigue:

“Art. 14. El socio que se separe o fuere excluido de una sociedad, quedará responsable para con los terceros de todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión.

El pacto en contrario no producirá efecto en perjuicio de tercero.”

“Art.15. En los casos de exclusión o separación de un socio, excepto en las sociedades de capital variable, la sociedad podrá retener la parte del capital y utilidades de aquél hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de exclusión o separación, debiendo hacerse hasta entonces la liquidación del haber social que le corresponda.”

iii) Reembolso.

El maestro César Vivante dice que el socio que se retira (separa) tiene el derecho al reembolso de sus acciones, cuyo valor debe ser computado en proporción al activo social, cual resulte del último balance aprobado. Continúa diciendo que los informes de los síndicos o del Consejo de Administración no se toman en cuenta para esta evaluación, aunque hayan sido aprobados por la Asamblea si tienden a modificar las evaluaciones hechas en el balance. De este modo, la autoridad de un balance ficticio se redarguye contra los que lo aprobaron, los castiga por su mentira y los fuerza a redactarlo verídicamente, y así, establece, se ahorran también inevitables e intrincados litigios entre los socios que se retiran (separan) y la sociedad, acerca de la estimación del patrimonio social, litigios que unidos a la amenaza de retirada (separación) de los socios, acabarían echando por tierra el crédito de la sociedad. Asimismo dice, que si el último balance ordinario fue redactado con un optimismo desmentido por la experiencia posterior, nada se opone a que se convoque a una Asamblea General Extraordinaria para determinarlo con nuevos criterios durante el curso del ejercicio posterior, con todas las garantías legales de convocatoria de la Asamblea e Informe de los Administradores y de los Síndicos. Este balance extraordinario será decisivo para determinar el reembolso a los socios retirados, salvo, desde luego, la prueba de su fraudulencia.⁷²

Concluye diciendo el maestro Vivante que determinando cuál es el balance decisivo, precisa fijar el valor activo social y, por tanto, el valor de cada acción. Para obtenerlo, se sumarán, de ordinario, el capital social, las reservas y las utilidades eventualmente juntadas para la aprobación de la Asamblea; se detraerán las pérdidas que se hubiesen eventualmente anotado

⁷² Vivante, César. Op. Cit. p. 271.

en el activo, y dividiendo el resto por el total de las acciones, se obtendrá el valor de cada una, cual resulta del balance.⁷³

Tulio Ascarelli se limita a decir que debería reembolsarse al accionista retirado (separado) el valor de sus acciones según el último balance aprobado.⁷⁴

Para Joaquín Rodríguez Rodríguez la separación del socio va acompañada de una liquidación parcial, es decir, de la liquidación de la parte que al socio separado corresponde en el patrimonio social, la restitución de la suma aportada a la sociedad por el socio, o de un valor proporcional dados los cambios del patrimonio. En este caso, dice, que la participación del socio responde a lo que se le llama el valor contable de las acciones.⁷⁵

Angel Velasco Alonso considera que la cuota de separación debe obtenerse al tipo que resulte de la apreciación del patrimonio líquido, según el último balance aprobado. Estima acertada la opinión doctrinal que sostuvo que el último balance aprobado podía ser, tanto el ordinario o de ejercicio, como otro especial o extraordinario igualmente aprobado por la junta general, a fin de que la valoración que se tome sea la más próxima al momento de separación.⁷⁶

Finalmente dice que la diferencia entre el activo y pasivo exigible constituye el valor del patrimonio líquido, y dividiendo éste por el número de acciones en circulación obtendremos el valor efectivo de cada título.⁷⁷

⁷³ Idem.

⁷⁴ Tulio Ascarelli. Op. Cit. p. 153.

⁷⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II. Op. Cit. p. 459

⁷⁶ Velasco Alonso, Angel. Op. Cit. p.p. 123 y 124.

⁷⁷ Ibidem. p. 124.

El maestro Montilla Molina establece que para efectos del derecho de retiro (separación) el valor real de una acción puede obtenerse con cierta aproximación mediante la división del capital contable, entre el número total de ellas. El capital contable (patrimonio neto) es la diferencia entre el activo y el pasivo. En consecuencia, considera que es falso literalmente la expresión del artículo 206, de que los socios disidentes tengan el derecho al "reembolso de sus acciones en proporción al activo social" ya que éste es insuficiente para determinar el valor de aquéllas, pues ha de deducirse el importe del pasivo. Asimismo opina que es impropio emplear la palabra reembolso, que sólo tendría exacta aplicación si hubiera de entregarse a los accionistas que ejerciten el derecho de retiro la misma cantidad que aportaron y no diversa que resulte del balance.⁷⁸

Por su parte, el maestro Fernando H. Mascheroni opina que la ley remite al último balance realizado a que deba realizarse en cumplimiento de las normas legales o reglamentarias. Señala el maestro, que con ello además de precisarse de manera indubitable la forma de determinar el valor de la parte del socio recedente (separado), se mejora su posición al establecer implícitamente que éste podrá exigir la confección de balances de ejercicios vencidos y no cerrados. Quedando comprendidos en estos supuestos los balances de ejercicio que al momento de receso exista, aprobados o no, y los balances especiales propios de los casos de transformación, fusión y escisión.⁷⁹

El maestro Walter Frisch Philipp comprende al "reembolso", referido en el artículo 206 de la L.G.S.M., en el sentido de que se pague al accionista su

⁷⁸ Mantilla Molina, Roberto. Op. Cit. p. 357.

⁷⁹ Mascheroni, Fernando H. Op. Cit. p. 179.

cuota en el haber social en proporción con el valor nominal de sus acciones liberadas, o en el importe exhibido de acciones pagaderas, pero que no se le restituya la cifra aritmética de tal valor nominal. El haber social consiste en el activo neto, es decir el activo bruto menos el pasivo.⁸⁰

En cuanto a la expresión “último balance aprobado” con anterioridad a la separación, el maestro Frisch Philipp la entiende en el sentido de aquél balance anual cuyo día de consolidación esté más cerca al día de separación que otros balances, cuyos días de consolidación también se encuentren con anterioridad a la fecha de separación.⁸¹

Una vez citada la opinión doctrinal referente al reembolso, es conveniente señalar nuevamente lo que al respecto dispone el artículo 206 de la L.G.S.M.:

“... cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance aprobado...”

Del análisis del artículo 206 de la L.G.S.M. respecto al reembolso de las acciones a los socios que ejercieron el derecho de separación se desprende lo siguiente:

En primer lugar, tomando en cuenta la palabra reembolso, que conforme al Diccionario de la Lengua Española significa volver una cantidad a poder del que la había desembolsado o a causahabiente suyo, considero que la misma debe ser omitida del artículo en cuestión, toda vez que en su contexto significaría que una vez ejercido el derecho de separación debería devolverse a

⁸⁰ Frisch Philipp, Walter. Op. Cit. pp. 585 y 586.

⁸¹ Ibidem. p. 319.

los accionistas correspondientes únicamente las aportaciones que hicieron a la sociedad.⁸²

En segundo lugar, el artículo objeto de este análisis establece que el reembolso debe hacerse en proporción al activo social, afirmación que considero errónea, ya que al igual que la doctrina, opino que debe hacerse en proporción al capital contable, esto es, activo social menos el pasivo social.

En tercer lugar, el artículo en cuestión dispone que el reembolso debe hacerse según el último balance aprobado, es decir, el balance ordinario. Conforme al artículo 172 de la L.G.S.M., la sociedad anónima, bajo la responsabilidad de sus administradores, presentará a la Asamblea de Accionistas anualmente, entre otros, un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio. Asimismo debemos recordar que la competencia para aprobar el balance antes mencionado corresponde, conforme al artículo 181 de la L.G.S.M. a la Asamblea General Ordinaria Anual de Accionistas.

Respecto a lo anterior, podría considerarse a simple vista que el artículo 206 en comento debería establecer, como algunos autores sostienen, que el reembolso se hiciera según un balance realizado especialmente para determinar el valor real y actual de las acciones respectivas, ya que por ejemplo, en el caso que la situación de la sociedad empeorara, no podría pretenderse el reembolso de la participación en un activo social inexistente.

Sin embargo, el sistema antes propuesto podría tener también ciertas objeciones, en el sentido de que si el derecho de separación se concede como un procedimiento de protección de la minoría, no tiene sentido atribuir al

⁸² Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, tomo II. Madrid, 1984. p. 1158

accionista disconforme el derecho a separarse de la sociedad frente a determinadas modificaciones de estatutos impuestos por la mayoría, si luego esta misma mayoría sería la que tiene la facultad para aprobar el balance de separación y decidir en definitiva acerca de cuánto se tiene que pagar al socio separado.

A pesar de lo señalado anteriormente, la L.G.S.M. si prevé el caso que la situación de la sociedad pudiera empeorar después del balance anual aprobado anterior al ejercicio de separación, por lo que en su artículo 15 dispone:

“Art. 15. En los casos de exclusión o de separación de un socio, excepto en las sociedades de capital variable, la sociedad podrá retener la parte del capital y utilidades de aquél hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión o separación, debiendo hacerse hasta entonces, la liquidación del haber social que le corresponda.”

Luego entonces, coincido con la opinión de algunos autores, en el sentido de que lo más justo para el accionista que ejerza el derecho de separación es que se le pague el valor de las acciones de las cuales es titular en proporción al capital contable, esto es, activo menos pasivo, en términos del último balance aprobado, el cual lo debemos de entender como aquél balance cuyo día de consolidación esté más cerca del día de separación que otros balances cuyos días de consolidación también se encuentren con anterioridad a la fecha de separación. Sin embargo considero que el artículo 206 de la L.G.S.M. debe modificarse, toda vez que muchas veces el último balance no refleja la situación real de la sociedad en el momento en que el accionista ejerce su derecho de separación.

1.2. Derecho de Retiro.

a) Concepto.

Conforme al artículo 220 de la L.G.S.M. el derecho de retiro parcial o total de aportaciones es aquél que se ejerce en cualquier tiempo por un socio respecto de su participación en la parte variable del capital social de una sociedad mercantil, el cual deberá notificarse fehacientemente y, no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el fin del ejercicio siguiente si la notificación se hiciera después.

Ni la doctrina mexicana ni la extranjera se han ocupado del estudio a fondo de esta figura jurídica. A continuación expondré la opinión y criterio de algunos autores, nacionales y extranjeros, que han estudiado este tema.

b) Doctrina.

El maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez considera al derecho de retiro como un caso especial del derecho de separación, dice que en las sociedades de capital variable, cualquiera que sea la forma de las mismas, y en las cooperativas, porque son de capital variable, los socios tienen derecho de separación que se ejerce en la forma que establecen los artículos 220 y 221 de la L.G.S.M. Continúa diciendo que de acuerdo con estos artículos el derecho de separación puede ejercerse sin necesidad de expresión de causa, debiendo notificarse a la sociedad de manera fehaciente dicho propósito. La separación no surtirá efectos, sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el

fin del ejercicio siguiente si se hiciere después. Finalmente dice que no podrá ejercitarse el derecho de separación, cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo el capital social.⁸³

El maestro Roberto Mantilla Molina afirma que la reducción del capital social puede realizarse por la devolución parcial o total de algunas aportaciones. Continúa diciendo que la L.G.S.M. no parece haber previsto sino el caso de que la devolución de aportaciones se haga a petición del socio. Pero, dice, que existe la posibilidad de que, ante un exceso de capitales improductivos, sea la propia sociedad la que pretenda devolverlas, siempre y cuando se observe la más rigurosa igualdad entre los socios.⁸⁴

Asimismo, opina el maestro Mantilla Molina que las reglas establecidas en el artículo 220 de la L.G.S.M. no sólo protegen a la sociedad, sino a sus acreedores, y por ello no pueden modificarse sino en el sentido de aumentar los plazos y requisitos exigidos para el retiro.⁸⁵

El maestro Jorge Barrera Graf establece que el sistema de reducciones y aumentos de capital variable en las sociedades supone, en el primer caso, el amplio derecho de los socios de retirarse de la sociedad, obteniendo el reembolso de sus acciones o cuotas, al precio que tengan en el momento de su separación.⁸⁶

Continúa diciendo que el retiro parcial o total de aportaciones no debe afectar el capital mínimo, debe notificarse, y afirma que este derecho puede limitarse en la escritura social pero no negarse del todo, porque ello

⁸³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II. Op. Cit. p. 460.

⁸⁴ Mantilla Molina, Roberto. Op. Cit. p. 446.

⁸⁵ Ibidem. p. 447.

⁸⁶ Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., segunda edición. México, 1998. p. 641.

contrariaría la índole y la naturaleza del sistema mismo de la sociedad de capital variable para lograr una movilidad amplia del capital social.⁸⁷

El catedrático Manuel García Rendón señala que en las sociedades de capital variable los socios tienen derecho a retirar, total o parcialmente, las aportaciones que se hubieren hecho para incrementar la parte variable del capital, a condición de que notifiquen fehacientemente a la sociedad su intención de hacerlo, y en el entendido de que el retiro no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio y hasta el fin del ejercicio siguiente si se hiciera después.⁸⁸

Por su parte el licenciado Luis Muñoz opina que el retiro de un accionista de una sociedad mercantil es un acto voluntario del socio, siendo una institución excepcional, que permite al socio romper voluntariamente el vínculo que tenía con la persona jurídica colectiva.⁸⁹

El maestro Walter Frisch Philipp considera que la reducción del capital variable de una sociedad anónima únicamente se efectuará por medio de retiro parcial o total de aportaciones de un accionista, conforme al artículo 220 de la L.G.S.M.⁹⁰

Continúa diciendo el maestro Frisch Philipp que comprende tal retiro exclusivamente como un derecho del accionista, dado que considera que las

⁸⁷ Ibidem. p. 642.

⁸⁸ García Rendón, Manuel. Sociedades Mercantiles. Editorial Harla, S.A. de C.V., quinta edición. México, 1997. p. 101.

⁸⁹ Muñoz, Luis. Op. Cit. p. 112.

⁹⁰ Frisch Philipp, Walter. Op. Cit. p. 575.

únicas posibilidades de que la sociedad anónima excluya a un accionista están previstas en los artículos 118, 135 y 136 de la L.G.S.M.⁹¹

El derecho de retiro lo encontramos regulado en el capítulo VIII de la L.G.S.M. denominado *"De las Sociedades de Capital Variable"*, el cual se aplica a todas las sociedades mercantiles que sean de capital variable, excepto a la sociedad cooperativa, en términos del artículo 1º de la L.G.S.M.

A diferencia del derecho de separación, este derecho no se trata de una protección otorgada al socio por la L.G.S.M., sino que los socios tienen derecho de retirar sus aportaciones voluntariamente, cuando así sea su voluntad y, en su caso, sin motivo alguno.

En virtud de que el derecho de retiro no constituye una protección otorgada al socio, opino que es posible que en los estatutos sociales de la sociedad se limite o suprima este derecho.

Lo anterior lo fundamento en el primer párrafo del artículo 216 de la L.G.S.M. que establece:

"Art. 216. El contrato constitutivo de toda sociedad de capital variable deberá contener, además de las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad, las condiciones que se fijan para el aumento y la disminución del capital social."

c) Legislación Mexicana.

El artículo 213 de la L.G.S.M. dispone que:

⁹¹ Idem.

“Art. 213. En las sociedades de capital variable, el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios, y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas por este capítulo.”

De lo anterior se desprende que el aumento o disminución del capital social en su parte variable puede hacerse sin necesidad de modificar los estatutos de la sociedad, como más adelante se explicará.

Ahora bien, el derecho de retiro se encuentra contemplado en el artículo 220 de la L.G.S.M. que a la letra dice:

“Art. 220. El retiro parcial o total de aportaciones de un socio deberá notificarse a la sociedad de manera fehaciente, y no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el fin del ejercicio siguiente si se hiciere después.”

Es importante señalar que el artículo 220 antes transcrito establece que el derecho de retiro debe notificarse a la sociedad de manera fehaciente, por lo que considero que la notificación en cuestión debe hacerse por escrito con acuse de recibo.

Asimismo, el precepto antes transcrito establece que este derecho, a diferencia del derecho de separación, surtirá efectos hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el fin del ejercicio siguiente, si se hiciere después.

A efecto de completar lo anterior, tenemos que tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 8ºA de la L.G.S.M. respecto a que el ejercicio social de las sociedades mercantiles coincidirá con el año calendario. Salvo que las mismas queden legalmente constituidas con posterioridad al 1º de enero del

año que corresponda, en cuyo caso el primer ejercicio se iniciará en la fecha en que se constituyó y concluirá el 31 de diciembre del mismo año.

Por otro lado el artículo 221 de la L.G.S.M. establece que:

“Art. 221. No podrá ejercitarse el derecho de separación cuando tenga como consecuencia reducir al menos del capital mínimo el capital social.”

El artículo anterior lo interpreto en el sentido que únicamente podrá ejercerse el derecho de retiro en cuanto a la parte variable del capital social y no por lo que se refiere a la parte fija, considerando además que el ejercicio de dicho derecho nunca podrá actualizar la causal de disolución de la sociedad, contemplada en la fracción V del artículo 229 de la L.G.S.M., referente a la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

- d) Consecuencias Jurídicas.

- i) Reducción de capital.

Una vez ejercido el derecho de retiro, el capital social de la sociedad en su parte variable habrá de reducirse en el importe correspondiente de las aportaciones de los socios que ejercieron dicho derecho de retiro.

Como lo expusimos en el capítulo primero de este trabajo, podría ser la Asamblea General Ordinaria de Accionistas, el Consejo de Administración o bien la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, según sea el caso, quien adopte la resolución respecto a la disminución del capital social en su parte variable, por concepto del ejercicio del derecho de retiro.

Lo expuesto en el párrafo que antecede la fundamentamos en términos de los artículos 213 y 216 de la L.G.S.M. que en su parte conducente dicen:

"Art. 213. En las sociedades de capital variable, el capital social será susceptible de... disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas por este capítulo."

"Art. 216. El contrato constitutivo de toda sociedad de capital variable deberá contener, además de las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad, las condiciones que se fijen para... disminución del capital social..."

A diferencia del derecho de separación, considero que por lo que respecta al derecho de retiro no se aplica el artículo 9º de la L.G.S.M. en relación con las reglas de publicidad de la reducción y sobre el derecho de oposición de los acreedores sociales, ya que como el maestro Mantilla Molina lo establece los acreedores quedan suficientemente advertidos de la posibilidad de reducciones de la parte variable del capital social, por la índole de la sociedad con que tratan, y para su protección encuentran diversas normas en el capítulo consagrado a las sociedades anónimas.⁹²

Igualmente, lo fundamentamos en el artículo 213 de la L.G.S.M., en el sentido que la disminución de capital variable de las sociedades, es susceptible de realizarse sin más formalidades que las establecidas en el capítulo VIII de la propia Ley.

⁹² Mantilla Molina. Op. Cit. p.p. 447 y 448.

ii) Efectos Externos.

En cuanto a la responsabilidad de los socios retirados, al igual que los socios separados, es aplicable al artículo 14 de la L.G.S.M. que establece lo siguiente:

"Art. 14. El socio que se separe o fuere excluido de una sociedad, quedará responsable para con los terceros de todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión.

El pacto en contrario no producirá efecto en perjuicio de tercero."

iii) Reembolso.

En relación con el reembolso de las aportaciones de los socios que ejerzan el derecho de retiro, la doctrina se ha dividido en posiciones opuestas.

A este respecto el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez comienza diciendo que existen tres soluciones:

La primera pagarle al socio retirante el valor nominal de las acciones correspondientes, entregarle sólo el valor pagado por el socio, lo cual considera que es injusto, porque en caso de pérdida, o de ganancias el socio separado recibirá más o menos de lo que constituye su verdadero derecho.

La segunda consiste en entregarle al socio retirante sólo el valor pagado por él, lo cual considera que tampoco puede tomarse como base este valor, ya que el mismo no es nada más que una expresión parcial del valor nominal, y porque si se pagó totalmente, incluso con prima, este precio no dice nada del valor actual de la acción.

La tercera consiste en abonar al separatista el valor real de su participación, que puede ser superior al valor nominal o al valor pagado, si la participación estaba íntegramente satisfecha, opción por la cual se inclina el maestro Rodríguez Rodríguez, ya que sostiene que el artículo 206 de la L.G.S.M. nos ofrece una base de analogía para llegar a esa conclusión.⁹³

El maestro Jorge Barrera Graf opina que los socios tienen derecho de retirarse de la sociedad, obteniendo el reembolso de sus acciones o cuotas al precio que tengan en el momento de su separación.⁹⁴

El catedrático Manuel García Rendón señala que toda vez que la L.G.S.M. no establece un criterio específico para hacer el reembolso y que en el supuesto de que el contrato social fuese igualmente omiso para determinar el procedimiento para evaluar el reembolso a que tienen los socios conforme a sus aportaciones, al ejercer su derecho de retiro de la parte variable de una sociedad mercantil, ésta se deberá realizar en proporción al activo social, entendiendo por activo social el capital contable (patrimonio) neto de la sociedad, por cuanto si se hiciera al valor nominal de la aportación, opina que se causaría un perjuicio económico a los socios al privarlos de su derecho de participar en el haber social.⁹⁵

El licenciado Luis Muñoz señala que el retiro parcial o total de aportaciones se regirá por lo previsto en los artículos 220 y 221 en relación con otros preceptos de la L.G.S.M., de los cuales ninguno se refiere a la valorización de las acciones y señala que "... el artículo es una norma perceptiva creada por el legislador con el propósito de proteger los intereses de la sociedad y de terceros..." Asimismo, añade que "... la devolución total o

⁹³ Rodríguez Rodríguez. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II. Op. Cit. p. 425

⁹⁴ Barrera Graf, Jorge. Op. Cit. p. 641.

⁹⁵ García Rendón, Manuel. Op. Cit. p. 102.

parcial de aportaciones se hará bajo un régimen de igualdad en relación con los socios, reintegrando las cantidades proporcionales a las que aportaron...”⁹⁶

Walter Frisch Philipp interpreta el artículo 220 de la L.G.S.M. en el sentido de que el accionista no tiene derecho a que se le devuelva el valor nominal de su aportación, sino a que se le pague su cuota en el haber social de la sociedad anónima, que resulte en proporción con el valor nominal de su acción si las acciones son liberadas o en proporción con el importe exhibido de acciones pagaderas. Así equipara los artículos 135, 136, 206 y 220 de la L.G.S.M., por lo que se refiere a la prestación que el accionista debe recibir por la sociedad anónima a causa de la terminación de su calidad como accionista.⁹⁷

Asimismo, el maestro Philipp señala que la cuota del accionista retirado se determinará según el patrimonio de la sociedad existente al día para el cual la declaración del retiro surte efectos. Este patrimonio se definirá con base en valores reales del activo y pasivo, y no por aquellos que se apliquen para la formación del balance anual con motivo del principio de precaución que pueda conducir a la integración de reservas ocultas o indirectas por medio de subestimación del activo o sobrevaloración del pasivo. Tampoco se tomarán en consideración en este estado financiero de valores reales, reservas directas (expresamente formadas). Por lo tanto, no es aplicable un “último balance aprobado” (artículo 206), debido a que los balances otorgados para la determinación de utilidades o déficit, en su caso, como especialmente los anuales, no corresponden a la esencia de estados que contengan valores reales.⁹⁸

⁹⁶ Muñoz, Luis. Op. Cit. Tomo II. Op. Cit. p. 112.

⁹⁷ Frisch Philipp, Walter. Op. Cit. p. 577.

⁹⁸ Idem.

El maestro Roberto Mantilla Molina establece que dada la frase "*devolución de aportaciones*" empleada por el artículo 220 de la L.G.S.M., no encuentra inconveniente que el socio reciba la misma cantidad en pesos que entregó a la sociedad.⁹⁹

En mi opinión el accionista que ejerza su derecho de retiro se le deberá entregar el valor real de sus acciones conforme al patrimonio de la sociedad, toda vez que la finalidad principal de la adquisición de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles lleva el mismo propósito de especulación comercial que es característico de los actos de comercio, es decir, la obtención de un lucro (artículo 75, fracción III del Co. Com.).

Sin embargo el derecho de retiro se encuentra regulado en nuestra legislación con deficiencias e imprecisiones en las que incurrieron nuestros legisladores, aún más graves de las que se presentan en el derecho de separación, lo que puede provocar litigios innecesarios en virtud de interpretaciones jurídicas contradictorias.

En consecuencia, esto da lugar a que se llegue a interpretar con argumentos suficientes, que los accionistas que ejercen su derecho de retiro se les debe entregar el valor nominal de sus acciones conforme al capital social de la sociedad.

Conforme al texto del artículo 220 de la L.G.S.M. que establece "... *El retiro parcial o total de aportaciones ...*" se puede interpretar que los socios que ejercen su derecho de retiro tienen derecho únicamente a recibir lo que entregaron a la sociedad, por las siguientes razones:

⁹⁹ Mantilla Molina, Roberto. Op. Cit. p. 446.

i) De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, aportar significa llevar cada cual la parte que le corresponde a la sociedad de que es miembro¹⁰⁰;

ii) El artículo 6º en su fracción VI establece que la escritura constitutiva deberá contener la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes, el valor atribuido a estos y el criterio seguido para su valorización. Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije; y

iii) Recordemos que la aportación es lo que el accionista tiene obligación de entregar a la sociedad para la formación de su capital social.

Además de las razones antes expuestas el artículo 213 de la L.G.S.M. establece *"... y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas por este capítulo..."*.

En consecuencia podemos concluir que el legislador únicamente tomó en cuenta al socio en relación con el capital social de la sociedad y no frente al patrimonio de la misma.

Por lo que se refiere a la opinión del maestro Rodríguez Rodríguez al señalar que la opción por la que se inclina es la de abonar al separatista (socio que se retira) el valor real de su participación, que puede ser superior al valor

¹⁰⁰ Diccionario de la Lengua Española. Op. Cit. p. 1158.

nominal o al valor pagado, ya que sostiene que el artículo 206 de la L.G.S.M. nos ofrece una base de analogía para llegar a esa conclusión¹⁰¹, considero que no es muy acertada, por las siguientes razones:

i) El derecho de retiro se encuentra limitativamente regulado específicamente dentro del capítulo VIII de la L.G.S.M. correspondiente a las sociedades mercantiles de capital variable.

Lo anterior en términos del artículo 1º de la L.G.S.M. que señala:

"... Cualquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo podrán constituirse como sociedades de capital variable, observándose entonces las disposiciones del capítulo VIII de esta Ley."

En consecuencia es incorrecto pretender aplicar lo dispuesto por el artículo 214 de la L.G.S.M. a efecto de sostener que las disposiciones relativas al derecho del retiro pueden aplicárseles del derecho de separación establecidas en el artículo 206, ya que el capital variable es una modalidad de las sociedades mercantiles y lo lógico es que a las sociedades de capital variable se rijan por las disposiciones que correspondan a la especie de la sociedad de que se trate.

ii) El maestro Eduardo García Maynez explica que la analogía consiste en atribuir a situaciones parcialmente idénticas, una prevista y otra no en la Ley, las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto, lo cual equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto y atribuir a éste las

¹⁰¹ Rodríguez Rodríguez. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II. Op. Cit. p. 425

consecuencias que producía la realización de lo previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial.¹⁰²

En el caso que nos ocupa, es imposible integrar analógicamente la Ley, ya que el derecho de separación y el derecho de retiro son figuras jurídicas totalmente distintas tanto en sus supuestos hipotéticos como en sus consecuencias jurídicas. Además ambos derechos se encuentran previstos y regulados específicamente por la L.G.S.M., y el derecho de retiro, como ya lo explicamos, se encuentra limitativamente regulado por el capítulo VIII de la L.G.S.M.

Por lo antes expuesto podemos concluir que no es ni jurídica ni lógicamente posible aplicar por analogía el artículo 206 al artículo 220 de la L.G.S.M.

En conclusión, opino que en términos de la L.G.S.M. los socios de una sociedad anónima de capital variable únicamente tienen derecho a retirar parcial o totalmente sus aportaciones.

2. Propuesta legislativa.

En virtud de lo expuesto en el apartado que antecede resultaría que conforme al derecho positivo mexicano, los socios que ejerzan el derecho de retiro a que se refiere el artículo 220 de la L.G.S.M., únicamente tienen derecho a que se les devuelva el monto de sus aportaciones sin tomar en cuenta el haber social.

¹⁰² García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. , quincuagésima edición. México, 1999. p. 369.

Sin embargo considero que el espíritu del artículo 220 de la L.G.S.M. es el de entregarle a los accionistas el valor real de sus acciones conforme al haber social, esto es, conforme a su patrimonio.

En virtud que la regulación vigente del derecho de retiro adolece de imprecisiones y deficiencias que nos pueden llevar a interpretaciones jurídicas contradictorias, a continuación propongo el texto del multicitado artículo 220 de la L.G.S.M., el cual en mi opinión, subsana las deficiencias e imprecisiones de que adolece actualmente:

"Art. 220.- Los socios tendrán en todo momento el derecho de retirar, parcial o totalmente, el valor real de sus participaciones, partes sociales o acciones, según sea el caso, representativas de la parte variable del capital social de la sociedad, al momento del ejercicio de su derecho de retiro. Los accionistas en todo caso deberán notificar fehacientemente a la sociedad su solicitud de retiro.

El valor real de sus participaciones sociales, partes sociales o acciones, según sea el caso, será conforme i) al valor real que determinen de común acuerdo la sociedad y el accionista que ejerza su derecho de retiro en términos del patrimonio de la sociedad, o ii) a la valuación realizada por corredor público designado por común acuerdo por la sociedad y por el accionista que ejerza su derecho de retiro.

En caso de que la sociedad y el accionista que ejerza el derecho de retiro en términos del primer párrafo de este artículo, no lleguen a un acuerdo en relación con el valor real de las participaciones sociales, partes sociales o acciones, según sea el caso, o bien con respecto a la designación de corredor público que habrá de hacer la valuación correspondiente, dentro de los 20 días hábiles siguientes a la fecha de recepción por parte de la sociedad de la solicitud correspondiente, el accionista que haya ejercido su derecho de retiro podrá solicitar a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, que fije el valor en cuestión, con base en estudios periciales, lo cual se decidirá mediante la tramitación establecida para los incidentes de los juicios mercantiles.

El pago del valor de las participaciones sociales, partes sociales o acciones, según sea el caso, respecto de las cuales se ejerció el derecho de retiro, será exigible a la sociedad en el término en el que hayan fijado el accionista y la sociedad, o cinco días hábiles después en el que el corredor público entregue la valuación a que se refiere este artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior."

CONCLUSIONES

PRIMERA. El acto constitutivo de una sociedad anónima es un contrato especial al que concurren diversas voluntades, esfuerzos y recursos de los socios con objeto de formar una sociedad mercantil con estructura colectiva capitalista, los cuales tienen una responsabilidad limitada al importe de sus aportaciones, sociedad que cuenta con personalidad jurídica propia, denominación y capital social dividido en acciones.

SEGUNDA. La sociedad anónima goza de personalidad jurídica distinta a la de los socios que la integran.

TERCERA. El capital social de la sociedad anónima se integra con la suma de aportaciones de dinero o en especie que hagan sus accionistas. A efecto de reconocer la aportación que los accionistas hacen a la sociedad, ésta última emitirá a favor de cada uno de ellos las acciones correspondientes.

CUARTA. La acción es aquél título nominativo emitido por la sociedad anónima, que representa una fracción de su capital social, incorporados en la misma los derechos y obligaciones de su titular a quien se le atribuye la calidad de socio o accionista.

Las acciones representativas del capital social de una sociedad anónima íntegramente suscritas y pagadas serán acciones liberadas. Mientras que las

acciones suscritas pero que no se encuentren íntegramente pagadas serán acciones pagaderas.

QUINTA. La Asamblea de accionistas es el órgano supremo de la sociedad anónima, la cual puede ser General o Especial. Las Asambleas Generales de Accionistas son aquéllas a las que pueden asistir todos los accionistas de la sociedad, y las Especiales son aquéllas a las que únicamente participan los accionistas titulares de una clase o serie de acciones.

Las Asambleas Generales de Accionistas pueden ser Ordinarias o Extraordinarias. Son Asambleas Generales Extraordinarias aquéllas que se reúnan para tratar cualquiera de los asuntos a que se refiere el artículo 182 de la L.G.S.M., todas las demás son Ordinarias.

SEXTA. Los socios de una sociedad anónima pueden prever que en los estatutos sociales se amplíe la competencia de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de la sociedad, sin poder incluir dentro de su competencia las facultades que conforme a la L.G.S.M. le corresponden a la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas.

SEPTIMA. En los estatutos sociales de una sociedad anónima sí podrán incluirse dentro de las facultades de una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas asuntos que normalmente competen a la Ordinaria, siempre y cuando no se vean afectadas las operaciones básicas de la sociedad, es decir, no se incluyan los asuntos a que se refiere el artículo 181 de la L.G.S.M.

OCTAVA. Las sociedades de capital variable son aquéllas en que puede alterarse el monto de capital, sin necesidad de modificar sus estatutos sociales, en el entendido que las sociedades de capital variable no son una nueva forma de sociedades mercantiles, sino una simple modalidad que las sociedades anónimas, entre otras, pueden adoptar.

NOVENA. Las sociedades de capital variable se rigen por las disposiciones que corresponden a la especie de sociedad de que se trate, salvo las modificaciones a que se refiere el capítulo VIII de la L.G.S.M.

DECIMA. Por lo que corresponde a aumentos o disminuciones de capital variable, el artículo 213 de la L.G.S.M. permite que éste se aumente por aportaciones posteriores de los socios o por la admisión de nuevos socios, o, se disminuya por el retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas en el capítulo VIII de la L.G.S.M.

DECIMA PRIMERA. Los derechos de los accionistas de una sociedad anónima se pueden clasificar en derechos patrimoniales y en derechos de consecución o corporativos. Los derechos patrimoniales son aquéllos que tienen un contenido económico y son ejercidos por los accionistas debido a su interés particular frente a la sociedad, y se dividen en i) derecho al dividendo; ii) derecho a la cuota de liquidación; iii) derecho a realizar aportaciones limitadas; iv) derecho a obtener títulos representativos de las acciones; v) derecho de preferencia para adquirir nuevas acciones; y vi) derecho de preferencia de venta de acciones. Los derechos de consecución o corporativos no tienen en sí mismos contenido patrimonial, sino el de garantizar sus derechos patrimoniales, los cuales se dividen en i) derecho a convocatoria; ii) derecho de participación en el orden del día; iii)

derecho de voto; iv) derecho de aprobación del balance, determinación de emolumentos a administradores y comisarios, y de aprobación de la gestión de los mismos; v) derecho a ser elegido para ocupar cargos sociales; vi) derecho a aplazamiento de acuerdos; vii) derecho de denuncia; viii) derecho de información; ix) derecho de representación; x) derecho de impugnación y suspensión de los acuerdos; xi) derecho de separación; y xii) derecho de retiro.

DECIMA SEGUNDA. La obligación fundamental de los accionistas de una sociedad anónima consiste en la aportación que cada uno de ellos debe efectuar a la sociedad a efecto de integrar dicho capital social. La importancia de esta obligación radica en que el accionista únicamente responde hasta el monto de su aportación, siendo dicho monto el límite de la obligación del accionista frente a la sociedad, y sólo hasta dicho límite responde por la insolvencia de la misma.

DECIMA TERCERA. Es necesario distinguir entre patrimonio y capital de una sociedad anónima. El patrimonio social equivale a la suma de valores reales poseídos por la sociedad en un momento determinado, mientras que el capital social es el total de los valores nominales de las acciones suscritas de una sociedad anónima.

DECIMA CUARTA. El derecho de separación, en cuanto a la sociedad anónima objeto de nuestro estudio se encuentra regulado en el artículo 206 correspondiente al capítulo V de la L.G.S.M., denominado "*De la Sociedad Anónima*". Mientras que el derecho de retiro se encuentra regulado en el artículo 220 correspondiente al capítulo VIII de la L.G.S.M., denominado "*De las Sociedades de Capital Variable*".

DECIMA QUINTA. El derecho de separación es aquél concedido a los accionistas minoritarios, esto es, tiene naturaleza de sanción o de oposición en contra de las resoluciones adoptadas por la mayoría en Asamblea General de Accionistas respecto a los asuntos que la L.G.S.M. considera como graves.

A diferencia de lo anterior, el derecho de retiro no constituye una protección a los socios otorgada por la L.G.S.M., este derecho existe por sí solo y puede ejercerse en cualquier tiempo con las limitaciones a que se refiere el artículo 220 de la L.G.S.M.

DECIMA SEXTA. Los estatutos de la sociedad anónima no pueden limitar o restringir el derecho de separación de los socios, en cambio los estatutos de una sociedad anónima de capital variable sí puede limitar o restringir el derecho de retiro de los socios.

DECIMA SEPTIMA. El accionista de una sociedad anónima que ejerza su derecho de separación queda responsable para con terceros de todas las operaciones pendientes en el momento de su separación, sin que pacto en contrario produzca efecto alguno en perjuicio de terceros, y además la sociedad podrá retener parte del capital y utilidades de aquél hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la separación.

En cambio el accionista de una sociedad anónima de capital variable que ejerza su derecho de retiro quedará responsable para con terceros, pero no se le podría retener cantidad alguna en términos del párrafo que antecede por disposición expresa de la L.G.S.M.

DECIMA OCTAVA. Considero que al tratarse el derecho de separación de un derecho otorgado a las minorías, y en consecuencia ser un derecho de orden público, los accionistas de una sociedad anónima no pueden renunciar a él en los estatutos sociales.

En cambio considero que los accionistas de una sociedad anónima de capital variable sí pueden renunciar al derecho de retiro en los estatutos sociales de la sociedad.

DECIMA NOVENA. Del artículo 206 de la L.G.S.M. se puede concluir que tratándose de derecho de separación, se le debe entregar al accionista que ejerza dicho derecho el valor real de sus acciones conforme al patrimonio de la sociedad. Señalo que "se puede concluir" ya que la mencionada disposición adolece de imprecisiones y de deficiencias jurídicas, tales como incluir en su texto las palabras "reembolso" y "activo social".

VIGESIMA. En virtud de que el derecho de separación y el derecho de retiro son figuras jurídicas distintas, tanto por sus supuestos hipotéticos como por sus consecuencias jurídicas, como ya lo hemos explicado, resulta imposible aplicar por analogía las consecuencias jurídicas del derecho de separación a los supuestos hipotéticos del derecho de retiro.

VIGESIMA PRIMERA. Finalmente, por lo que se refiere al derecho de retiro, considero que al igual que en el derecho de separación, se debe entregar al accionista que lo ejerza el valor real de sus acciones conforme al patrimonio de la sociedad, sin embargo, el artículo 220 de la L.G.S.M. adolece de múltiples deficiencias e imprecisiones jurídicas que pueden provocar interpretaciones jurídicas contradictorias, por lo que considero debe reformarse como sigue:

"Art. 220.- Los socios tendrán en todo momento el derecho de retirar, parcial o totalmente, el valor real de sus participaciones, partes sociales o acciones, según sea el caso, representativas de la parte variable del capital social de la sociedad, al momento del ejercicio de su derecho de retiro. Los accionistas en todo caso deberán notificar fehacientemente a la sociedad su solicitud de retiro.

El valor real de sus participaciones sociales, partes sociales o acciones, según sea el caso, será conforme i) al valor real que determinen de común acuerdo la sociedad y el accionista que ejerza su derecho de retiro en términos del patrimonio de la sociedad, o ii) a la valuación realizada por corredor público designado por común acuerdo por la sociedad y por el accionista que ejerza su derecho de retiro.

En caso de que la sociedad y el accionista que ejerza el derecho de retiro en términos del primer párrafo de este artículo, no lleguen a un acuerdo en relación con el valor real de las participaciones sociales, partes sociales o acciones, según sea el caso, o bien con respecto a la designación de corredor público que habrá de hacer la valuación correspondiente, dentro de los 20 días hábiles siguientes a la fecha de recepción por parte de la sociedad de la solicitud correspondiente, el accionista que haya ejercido su derecho de retiro podrá solicitar a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, que fije el valor en cuestión, con base en estudios periciales, lo cual se decidirá mediante la tramitación establecida para los incidentes de los juicios mercantiles.

El pago del valor de las participaciones sociales, partes sociales o acciones, según sea el caso, respecto de las cuales se ejerció el derecho de retiro, será exigible a la sociedad en el término en el que hayan fijado el accionista y la sociedad, o cinco días hábiles después en el que el corredor público entregue la valuación a que se refiere este artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior."

BIBLIOGRAFIA

- **ASCARELLI, Tulio.** Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, Hermanos y Cía. México, 1940.
- **BARRERA GRAF, Jorge.** Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., segunda edición. México, 1998.
- **BARRERA GRAF, Jorge.** Las Sociedades en Derecho Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983.
- **BAUCHE GARCADIAGO, Mario.** La Empresa. Editorial Porrúa, S.A., segunda edición. México, 1983.
- **BIALOSTOSKY, Sara.** Panorama del Derecho Romano. Universidad Nacional Autónoma de México, tercera edición. México, 1990.
- **BORJA SORIANO, Manuel.** Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa S.A. de C.V., décimo sexta edición. México, 1998.
- **BRUNETTI, Antonio.** Tratado de Derecho de Sociedades. Editorial Uteha, tomo II. Argentina, 1960.
- **CERVANTES AHUMADA, Raúl.** Derecho Mercantil. Editorial Herrero, S.A. México, 1994.
- **CERVANTES AHUMADA, Raúl.** Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Herrero, S.A. de C.V., décima cuarta edición. México, 1988.
- **DIBAR, Javier.** Lecciones de Derecho Mercantil. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Editorial Vizcaína, S.A. Bilbao, España, 1980.
- **FRIAS SALCEDO, Carlos R.** Sociedades Mercantiles. Universidad Autónoma de Zacatecas. México, 1981.

- **GALINDO GARFIAS**, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., décimo séptima edición. México, 1998.
- **GARCIA MAYNEZ**, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., quincuagésima edición. México, 1999.
- **GARCIA RENDON**, Manuel. Sociedades Mercantiles. Editorial Harla, S.A. de C.V., quinta edición. México, 1997.
- **GARRIGUES**, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A., novena edición, segunda reimpresión. México, 1998.
- **GASPERONI**, Nicola. Las Acciones de las Sociedades Mercantiles. Editorial Revista de Derecho Privado, volumen vigésimo octavo. Madrid, 1950.
- **GOMEZ GORDA**, José. Títulos de Crédito. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.
- **ITURBIDE GALINDO**, Adrián. El Régimen de Capital Variable en las Sociedades Anónimas. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
- **MANTILLA MOLINA**, Roberto. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., vigésima novena edición, quinta reimpresión. México, 1998.
- **MASCHERONI**, Fernando H. Sociedades Anónimas. Editorial Universidad, S.R.L., tercera edición. Buenos Aires, 1993.
- **MUÑOZ**, Luis. Derecho Mercantil. Librería Herrero, tomo II. México, 1952.
- **RODRIGUEZ RODRIGUEZ**, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., vigésima tercera edición, Tomo II. México, 1998.
- **RODRIGUEZ RODRIGUEZ**, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Tomo I, sexta edición, México, 1981.

- **RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín.** Tratado de Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Tomo II, sexta edición, México, 1981.
- **SANCHEZ MEDAL, Ramón.** De los Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., décima sexta edición. México, 1998.
- **VELASCO ALONSO, Angel.** El Derecho de Separación del Accionista. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1976.
- **VIVANTE, César.** Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Reús, S.A., volumen II. Madrid, 1932.
- **WALTER FRISCH, Philipp.** La Sociedad Anónima. Editorial Harla, S.A. de C.V., cuarta edición. México, 1996.
- **Diccionario de la Lengua Española.** Real Academia Española, tomo II. Madrid, 1984. p. 1158

LEGISLACION CONSULTADA

- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- Código de Comercio.
- Ley Federal de la Correduría Pública.
- Ley General de Sociedades Mercantiles.
- Ley de Inversión Extranjera.
- Ley del Mercado de Valores.
- Ley de Nacionalidad.
- Ley del Notariado para el Distrito Federal.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Ley Monetaria.
- Ley de Sociedades de Inversión.
- Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.