



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**

**LA INVIABILIDAD JURÍDICA PARA LA EMISIÓN
DE ACCIONES PREFERENTES I
EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA MEXICANA**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

LUIS JOAO VALLEJO HERNÁNDEZ

ASESOR: LIC. JAVIER SIFUENTES SOLIS

MAYO, 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA INVIABILIDAD JURÍDICA PARA LA EMISIÓN DE ACCIONES PREFERENTES I
EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA MEXICANA

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO 1. CONCEPTOS GENERALES

- 1.1 REFLEXIONES RELATIVAS AL TÉRMINO SOCIEDAD EN GENERAL
- 1.2 CARACTERÍSTICAS Y ATRIBUTOS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL
- 1.3 DEFINICIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL Y SOCIEDAD ANÓNIMA A LA LUZ DEL DERECHO MEXICANO
- 1.4 DEFINICIÓN DE SOCIEDAD, CONFORME AL ENTENDIMIENTO LEGAL NORTEAMERICANO
- 1.5 PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

CAPITULO 2. CONSTITUCIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

- 2.1 REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA
 - 2.1.1 REQUISITOS INDISPENSABLES DE CONSTITUCIÓN
 - 2.1.2 LOS ESTATUTOS
 - 2.1.3 PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN
- 2.2 ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA
 - 2.2.1 ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS
 - 2.2.2 ORGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD
 - 2.2.3 ORGANO DE VIGILANCIA

CAPITULO 3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS

- 3.1 LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS
 - 3.1.1 DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS
 - 3.1.1.1 DERECHOS PATRIMONIALES
 - A) DERECHO AL DIVIDENDO
 - B) DERECHO A LA CUOTA DE LIQUIDACIÓN
 - C) DERECHO A HACER UNA APORTACIÓN LIMITADA
 - D) DERECHO DE OBTENER LOS CERTIFICADOS PROVISIONALES Y TÍTULOS ACCIONARIOS
 - E) DERECHO DE OBTENER EL CANJE DE ACCIONES NOMINATIVAS
 - F) DERECHO DE PREFERENCIA PARA ADQUIRIR NUEVAS ACCIONES
 - G) DERECHO DE PREFERENCIA EN VENTA DE ACCIONES
 - H) OBTENCIÓN DE ACCIONES DE GOCE
 - 3.1.1.2 DERECHOS CORPORATIVO
 - A) EL DERECHO DE VOTO
 - B) DERECHO DE CONVOCATORIA
 - C) DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN LA REDACCIÓN DEL ORDEN DEL DÍA
 - D) DERECHO DE REPRESENTACIÓN
 - E) DERECHO DE APLAZAMIENTO DE ACUERDOS DE LA ASAMBLEA
 - F) DERECHOS DE APROBACIÓN DEL BALANCE, DETERMINACIÓN DE HONORARIOS DE ADMINISTRADORES Y COMISARIO DE LA SOCIEDAD.
 - G) DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES
 - H) DERECHO DE SUSPENDER LA EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES
 - 3.1.2 OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS

CAPITULO 4. LAS CLASES DE ACCIONES

4.1 DEFINICIÓN

4.1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ACCIÓN SOCIETARIA

4.1.2 TRES ACEPTACIONES DE LA ACCIÓN SOCIETARIA

A) COMO PARTE DEL CAPITAL SOCIAL

B) COMO TITULO VALOR

C) COMO CONJUNTO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES

4.2 DIVERSAS CLASES DE ACCIONES

4.2.1 ACCIONES ORDINARIAS

4.2.2 ACCIONES DE VOTO LIMITADO

4.2.3 ACCIONES DE TRABAJO

4.2.4 ACCIONES DE GOCE

4.2.5 BONOS DE FUNDADOR

CAPITULO 5. LAS ACCIONES PREFERENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

5.1 CONSIDERACIONES GENERALES

5.2 TIPOS DE ACCIONES PREFERENTES

5.2.1 ACCIONES PREFERENTES CON VOTO LIMITADO

5.2.2 ACCIONES PREFERENTES CON VOTO PLENO

5.3 PROCEDIMIENTO PARA LA EMISIÓN DE ACCIONES PREFERENTES

5.4 ACCIONES PREFERENTES DESDE EL PUNTO DE VISTA NORTEAMERICANO

CAPITULO 6. ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 112 Y 113 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

6.1 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 112 Y 113 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

6.2 ANALISIS DEL INTERÉSPÚBLICO

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Es innegable la importancia de las Sociedades Mercantiles como instrumento para la generación de riqueza en cualquier sociedad en nuestro mundo actual, nuestro país no es la excepción, ya que conforme a nuestro derecho y a la práctica corporativa mexicana, las Sociedades Anónimas ocupan el primer lugar en cuanto a frecuencia de uso como herramienta jurídica para hacer negocios.

Nuestra selección en cuanto a temática y problema ha obedecido a la necesidad de indagar respuestas para un planteamiento legal de carácter profesional.

La necesidad que pretendemos abarcar puede ser aparentemente sencilla, aunque estamos seguros de que no lo es.

El problema que presentamos, consiste en que un inversionista cuyo origen es de los Estados Unidos de América, (en lo sucesivo, el "Inversionista"), desea suscribir acciones que tienen el carácter de preferentes clase "I" (en adelante, las "Acciones Preferentes I"), emitidas por una Sociedad Anónima mexicana (en adelante referida como la "Emisora"), en el entendido de que dichas acciones preferentes deben tener las siguientes características generales: (i) los mismos derechos de voto que las acciones ordinarias, sin restricción alguna al efecto, (ii) tendrán un dividendo preferente, mayor al que otorgan las acciones ordinarias, (iii) en caso de liquidación, se les pagará una cuota de liquidación preferente, antes que las acciones ordinarias y (iv) que su voto favorable sea necesario para la validez de determinadas resoluciones.

Nuestro objetivo esencial entonces radica en determinar si es viable jurídicamente incluir en los estatutos sociales de la Emisora, las disposiciones que le permitan emitir válidamente las Acciones Preferentes I, con las características generales antes descritas, en un marco que le otorgue seguridad jurídica para el Inversionista Institucional. Por seguridad jurídica, para estos efectos, entendemos que las disposiciones estatutarias referidas, sean válidas y eficaces, aún en caso de una eventual controversia.

El aspecto técnico legal que debemos analizar con particular detenimiento es si la Ley General de Sociedades Mercantiles (“LGSM”) permite o no la válida emisión de las Acciones Preferentes I, atendiendo a que su artículo 112 establece lo que sigue:

“Las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos. Sin embargo, en el contrato social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase, observándose siempre lo que dispone el artículo 17.”

Hasta entonces y conforme al segundo párrafo del artículo mencionado, todo parece apuntar a que nuestra respuesta debe ser negativa. Ya que el artículo 113 de la LGSM ¹ establece y regula la posibilidad de emitir lo que en la doctrina legal de la materia se conoce como las Acciones de Voto Limitado (cuyo concepto analizaremos con mayor detalle más adelante). Tal precepto limita la libertad contractual de los accionistas si (i) se hace una interpretación armónica de la Ley, puesto el artículo 112 es una regla general y el 113 es de carácter especial, y (ii) se considera que el mencionado artículo 113 de la LGSM pretende tutelar intereses que, al menos hasta este momento, podríamos considerar que no puede reducir la voluntad de las partes.

Cabe señalar que nos corresponde resolver el problema planteado desde una perspectiva altamente objetiva, desechando la posibilidad de que, por tratarse de disposiciones de validez o eficacia legal discutible, fueran aceptadas convencionalmente por la Emisora y sus accionistas a sabiendas de que en caso de controversia su aplicación es de dudosa validez. Debemos atender entonces a la ética propia de nuestra profesión, amén de que, en el caso concreto, establezcamos claramente que el Inversionista esté ante la imposibilidad de realizar una suscripción válida y efectiva conforme a las Leyes Mexicanas.

¹ Para referencia, nos permitimos citar el artículo 113 de la LGSM: “Cada acción sólo tendrá derecho a un voto, pero en el contrato social podrá pactarse que una parte de las acciones tenga derecho de voto solamente en las asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar los asuntos a que se refieren las fracciones I, II, IV, V, VI y VII del artículo 182.- No podrán asignarse dividendos a las acciones ordinarias sin que antes se pague a las de voto limitado un dividendo de cinco por ciento. Cuando en algún ejercicio social no haya dividendos o sean inferiores a dicho cinco por ciento, se cubrirá éste en los años siguientes con la prelación indicada.- Al hacerse la liquidación de la sociedad, las acciones de voto limitado se reembolsarán antes que las ordinarias.- Los tenedores de las acciones de voto limitado tendrán los derechos que esta ley confiere a las minorías para oponerse a las decisiones de las asambleas y para revisar el balance y libros de la sociedad.”

De ahí nuestro interés de profundizar y tener la certeza de que la emisión de Acciones Preferentes I viola los principios de derecho que consagra la LGSM.

Tenemos así, por un lado el deseo del Inversionista Institucional de llevar a cabo una suscripción y pago de acciones (la cual es por demás citar, requiere la Emisora a fin de continuar el desarrollo de su plan de negocios), conforme a una mentalidad extranjera, que no ha sido forjada atendiendo a las Leyes Mexicanas, sino a su práctica legal norteamericana, así como podemos decir que de acuerdo con las prácticas y costumbres financieras norteamericanas e internacionales. Por ello, dentro de nuestro capitulado, daremos lineamientos básicos de lo que se entiende por acciones preferentes en un contexto norteamericano, para usarlo como referencia que nos permita buscar en nuestro marco legal mexicano (la LGSM) el concepto y manejo apropiado.

Comenzaremos por asentar los aspectos generales de las Sociedades, sus atributos y características, hasta llegar a una definición de la Sociedad Anónima; después daremos una explicación de su estructura orgánica esencial; continuaremos el señalamiento de los diferentes derechos y obligaciones de los accionistas en la Sociedad Anónima; abordaremos el concepto de acción, las diferentes clases de acciones; daremos además una distinción entre las ordinarias, preferentes y de voto limitado. Hecho lo cual, analizaremos la confrontación entre los conceptos de acciones preferentes y de voto limitado, daremos una explicación genérica de los procedimientos para la emisión de las acciones preferentes; haremos una interpretación de los artículos 112 y 113 de la LGSM, veremos hasta qué punto la voluntad de los accionistas pueden dar forma a los derechos y obligaciones de cada uno de ellos; continuaremos con una breve distinción entre los intereses que se encuentran relacionados con la persona jurídica (los de sus accionistas, los de la entidad jurídica *per se* y los de terceros). En este aspecto, será necesario considerar los aspectos de los contratos que son aplicables a la Sociedad Anónima, ello para determinar si con la emisión de las Acciones Preferentes I se vulnera los intereses o derechos de alguien.

Es por ello que, insistimos, en nuestro interés en retomar algunos puntos de vista generales, para luego adentrarnos al problema y confirmar si, a manera de hipótesis general, la emisión de las Acciones Preferentes I es inviable jurídicamente.

Dentro de nuestro desarrollo, hemos empleado diversos métodos, entre otros, el analógico, histórico, dialéctico, jurisprudencial, doctrinal, pero ante todo el inductivo.

CAPITULO 1. CONCEPTOS GENERALES

1.1 REFLEXIONES RELATIVAS AL TÉRMINO SOCIEDAD EN GENERAL

Sociedad, en una consideración inicial, implica que dos o más personas compartan un mismo fin y lleven a cabo una serie de actos tendientes a alcanzarlo.

En términos más formales, aunque genéricos, Sociedad es "en esencia el medio o recurso técnico que posibilita la acción colectiva dentro del marco de una actividad económica organizada y duradera".²

Conforme al artículo 25 del Código Civil Federal, dentro de las personas jurídicas, encontramos: la nación, los estados y municipios; las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la Ley; las sociedades civiles o mercantiles; los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal; las Sociedades Cooperativas y Mutualistas; las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la Ley; las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736 del Código Civil Federal.

Es conveniente considerar que, el Artículo 2688 del Código Civil Federal, establece "por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común", por lo que, Sociedad puede considerarse lógicamente como una especie dentro del género de persona jurídica.

Para adentrarnos en el concepto de Sociedad, consideramos muy acertado el capítulo IX de la obra del maestro Mantilla Molina³, del cual podemos retomar como idea que la Sociedad es diferente de actos o negocios jurídicos como son: la relación de trabajo; la aparcería; la agencia (como contrato); la indivisión o copropiedad; el condominio; y el reaseguro. La característica esencial que distingue a la Sociedad de otras instituciones, es la personalidad jurídica.

² ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XXV.- p.p. 713 y 714.- Editorial Drskill; Buenos Aires, Argentina, 1986.

³ Op. Cit. p183 y siguientes.

Asimismo, sus consideraciones sobre si la Sociedad es o no un Contrato, ya que si así fuera, le deberían ser aplicables principios que corresponden a este último tipo de actos jurídicos. En especial nos llama la atención la reflexión siguiente: si la Sociedad es un contrato, entonces el contrato social no podría modificarse sin el consentimiento unánime de todos los socios (lo cual ocurre solamente en las Sociedades en Nombre Colectivo) conforme a lo previsto en el artículo 1917 del Código Civil Federal, lo cual no es cierto ni preciso, puesto que el principio general en materia societaria es que debe regir la mayoría. Por ello, nos adherimos a considerar que una Sociedad es un negocio jurídico que, de forma supletoria, llega a regirse por la materia contractual como una parte del derecho común.

Adicionalmente, en nuestra consideración y siguiendo un pensamiento positivista, por personalidad jurídica ocurre cuanto a un ente se le pueden imputar derechos y obligaciones legales. Esta personalidad jurídica deviene de la misma Ley.

Ahora bien, en nuestro derecho, solamente se reconocen las sociedades plurales, con más de dos socios o accionistas. La sociedad unimembre (con un solo integrante), ha sido legalmente descartada como regla general a nivel civil y mercantil en México. La única referencia que encontramos de existencia de sociedades unimembres en el contexto mexicano, la cita Walter Frisch Phillipp en su obra, al referir que por excepción a la regla general, el 1º de septiembre de 1982 mediante decreto presidencial se nacionalizaron los Bancos Mexicanos.

Retomando los elementos anteriores, podemos considerar que una Sociedad es una persona jurídica que deviene de un negocio jurídico, con capacidad legal; integrada por dos o más personas, que comparten un mismo fin.

Entonces, lo que hace que difieran las sociedades entre un tipo y otro, es entre otros aspectos la forma y la finalidad, aunque esto es materia del siguiente apartado.

1.2 CARACTERÍSTICAS Y ATRIBUTOS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL

A la Sociedad como ente poseedor de personalidad jurídica propia distinta a la de quienes la forman, se le atribuye capacidad jurídica, la constitución de un patrimonio

propio distinto del de los socios, formado por las aportaciones en común que se realizan. Otra característica es la voluntad de los que intervienen en la creación de las sociedades, ya que ésta debe estar dirigida siempre a alcanzar un fin común, fin que se busca a través de la colaboración de todos los socios.

Pero no solamente la capacidad jurídica y un patrimonio propio, implican el reconocimiento de la personalidad de la Sociedad, sino que además cuenta con un nombre que la distingue de las demás sociedades, un domicilio y una nacionalidad propia.

Dentro del patrimonio de toda sociedad debemos distinguir el concepto de capital social, como la cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios; el valor en dinero de las aportaciones de los socios. En tanto el patrimonio lo entendemos como el conjunto de bienes, materiales e inmateriales, dentro de los cuales se comprende el capital social; este último no cambia, permanece invariable en tanto no se acuerde su disminución o aumento a través de una Asamblea Extraordinaria de accionistas. En cambio el patrimonio es dinámico, cambia constantemente, aumentando en los tiempos boyantes y disminuyendo en los tiempos recesivos.

1.3 DEFINICIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL Y SOCIEDAD ANÓNIMA A LA LUZ DEL DERECHO MEXICANO

Sociedad, si bien es una especie respecto del género "persona jurídica", también es un género respecto del término "sociedad mercantil".

Las Sociedades se pueden clasificar en civiles y mercantiles. Una definición de Sociedad Mercantil nos dice que es el "acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para alguno de los tipos sociales en ella previstos, señala la Ley mercantil".⁴

Mantilla Molina es un poco más claro en sus razonamientos al respecto, ya que hace algunas comparaciones entre sociedades civiles y mercantiles. Nos indica que "las

⁴ MANTILLA MOLINA, Roberto L. Op. Cit. p. 188 y 189.

personas morales organizadas conforme a alguno de los tipos de sociedades mercantiles tienen la consideración legal de comerciante, cualesquiera que sean las actividades a que se dediquen, e independientemente de la nacionalidad que a las propias sociedades se les atribuyan". Asimismo, nos plantea el caso, raro pero cierto en ocasiones, de que una sociedad civil realice actividades mercantiles en forma continua y constante. Esto nos da una clara idea de que las sociedades mercantiles mexicanas se rigen por principios formales, que a actividades de fondo. No queremos decir que una sociedad civil que, en el fondo, conforme a sus actividades, deba ser una sociedad mercantil no sea sujeto de una posible sanción, sobre todo en materia fiscal⁵, sino que quizás en una próxima reestructura legal fuera conveniente delimitar mejor las fronteras de lo civil y lo mercantil.

Ahora bien, las Sociedades Mercantiles están enumeradas, de forma limitativa, en el artículo 1 de la LGSM. La Sociedad Anónima es una especie dentro del género de Sociedades Mercantiles.

El régimen legal de la Sociedad Anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios (es decir, accionistas) cuya obligación se limita al pago de sus acciones.⁶

Nos permitimos así destacar que una característica esencial de la Sociedad Anónima, es la limitación de responsabilidad, en términos del párrafo inmediato anterior, misma que se manifiesta en dos sentidos, ya que se entiende que la responsabilidad esta limitada primero, a que el socio aporte la cantidad o los bienes acordados únicamente y segundo, porque se entiende que el socio solo responde de las deudas societarias hasta por el monto de su aportación.

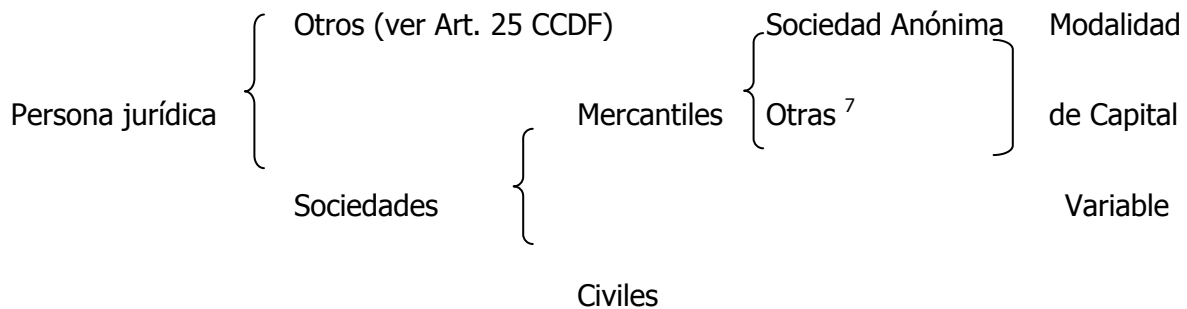
Ahora bien, las sociedades mercantiles pueden adoptar la modalidad de capital variable en términos de los artículos 213 a 221 de la LGSM. Esto permite, a grandes rasgos, que las sociedades puedan aumentar o disminuir su capital social con mayor flexibilidad, respecto de aquellas que no están bajo tal régimen; se elimina la necesidad de reformar o modificar los estatutos sociales cada vez que se mueva el monto del capital

⁵ Algunas sociedades o asociaciones civiles se hacen considerar por sus representantes como no contribuyentes del Impuesto Sobre la Renta en los términos del artículo 70 de la Ley de la materia, cuando realmente encubren propósitos de lucro. Esto debiera ser sancionado en virtud de incurrir en una simulación.

⁶ Texto del artículo 89 LGSM.

social para efectos legales, así como se elimina la necesidad de hacer las publicaciones a que se refiere el artículo 9 de la LGSM si se hace una disminución del capital social.

Las clasificaciones antes descritas pueden resumirse en el siguiente cuadro:



En lo interno, en lo corporativo, una sociedad anónima de capital variable ("S.A. de C.V.") tiene la siguiente estructura orgánica que mas adelante será explicada con mayor amplitud:

- A) Asamblea General de Accionistas. Es el órgano supremo de la Sociedad; puede acordar y ratificar todos los actos sociales. Es la que puede modificar los estatutos sociales⁸. La asamblea se clasifica en ordinaria o extraordinaria, según corresponda a la materia de los asuntos sobre los que resolverá; se ha establecido un método de exclusión que consiste en que, todo lo que no sea extraordinario, es ordinario; los asuntos extraordinarios se determinan en el artículo 182 de la LGSM, aunque su misma fracción XII abre la posibilidad de que los accionistas adicioneen asuntos con tal característica. Como es lógico, los asuntos de carácter extraordinario, requieren mayores formalidades, mayor número de socios para declarar la asamblea legalmente instalada y mayor quórum para su resolución. Para los requisitos

⁷ Conforme al artículo 2 LGSM: Sociedad en nombre colectivo; comandita simple; de responsabilidad limitada; en comandita simple por acciones, y cooperativa.

⁸ Por estatutos sociales, debemos entender las reglas corporativas, internas, que rigen a toda sociedad.

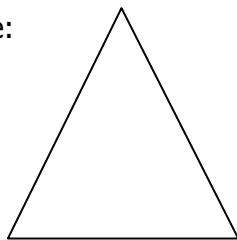
legales de instalación y resolución que corresponden a una y otra asamblea, nos remitimos a lo que establecen los artículos 189 al 191 de la LGSM.⁹

- B) Administración. La cual puede estar a cargo de un administrador único o de un Consejo de administración (cuando son dos o más administradores, Consejeros). Este órgano es el ejecutor de las resoluciones de la asamblea. Cuando hay Consejo, quien actúa en su nombre, en principio, es su Presidente¹⁰. Sobre las personas físicas que constituyen este órgano, cae la representación legal de la Sociedad¹¹.

En un segundo nivel de la administración se encuentran los denominados gerentes, también denominados en la práctica directores. Puede haber identidad entre algún o algunos consejeros y algún o algunos directores, ya que ello no está expresamente prohibido por la Ley.¹²

- C) Comisario (s). Este es el órgano de la Sociedad que debe encargarse de vigilar a los administradores. Puede ser unipersonal o colegiado. Cabe mencionar que este órgano tiene altas responsabilidades, aunque en la práctica se ha desvirtuado su función, haciendo que el mismo contador de la empresa (a pesar de que está legalmente prohibido), sea quien funja como Comisario, lo cual inhibe cualquier posibilidad de crítica constructiva para un sano funcionamiento.

La estructura corporativa orgánica de una S.A. de C.V. podría expresarse en forma piramidal, como sigue:



Asamblea (accionistas, forma colegiada)

Administración y Comisario (s)

Gerentes (directores)

9 Existe también la posibilidad de celebrar asambleas especiales, a las cuales asistan los titulares de una determinada clase de acciones a tratar asuntos que les correspondan a ellas.

10 Presidente, viene de "pre" antes y de "sidente" el que se sienta; el que se sienta frente a todos.

11 No obstante que la Ley es clara sobre que el Consejo (por conducto de su presidente) o el administrador único son quienes detentan la representación legal social, es conveniente poner especial cuidado en el otorgamiento de poderes y facultades para evitar caer en interpretaciones legales hasta cierto punto caprichosas.

12 Sin embargo, es recomendable al respecto, considerar las recomendaciones que se contienen en el Código de Mejores Prácticas Corporativas publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de octubre de 1999.

1.4 DEFINICIÓN DE SOCIEDAD, CONFORME AL ENTENDIMIENTO LEGAL NORTEAMERICANO

Para poder llegar a un entendimiento de ideas entre inversionistas extranjeros y nacionales, así como para tener un punto de comparación, ya que éste resulta ser uno de los puntos principales para analizar nuestro presente objetivo, consideramos conveniente referir lo que se entiende por Sociedad conforme a uno de los Diccionarios Legales norteamericanos comúnmente usados, *Black's Law Dictionary*.

La definición de Sociedad en su traducción al español dice que es una persona artificial o entidad legal creada por o bajo la autoridad de las Leyes de un estado; una asociación de personas creada por estatuto como una entidad legal. La ley como una persona en sí misma, que puede demandar o ser demandada. La Sociedad es distinta de sus socios o accionistas. La Sociedad sobrevive a la muerte de sus socios o accionistas, así como las acciones pueden, usualmente, ser transferidas. Dicha entidad subsiste como un cuerpo político bajo una denominación especial, y conforme a la Ley se considera que tiene existencia y personalidad diversa de quienes la integran; en razón de lo cual, puede continuar con independencia de los cambios en sus integrantes, ya sea a perpetuidad o por tiempo limitado de años, y actuando como una unidad o individuo en asuntos relacionados al objeto común de la asociación dentro del alcance de los poderes y facultades conferidas a sus órganos por Ley.¹³

En términos generales, las concepciones legales, nacional y extranjera (norteamericana en este caso) podemos decir que coinciden.

1.5 PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

La consecuencia principal, que define la creación de una sociedad es la de que como resultado de tal acto, se crea un ente con personalidad jurídica, es decir con una responsabilidad y un patrimonio distintos de la responsabilidad y del patrimonio de cada uno de los socios en lo particular. Siguiendo a varios tratadistas no solo nacionales sino también extranjeros, podemos definir a la personalidad jurídica como la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. Los artículos 22 y 25 del CCDF establecen que las

13 BLACK'S LAW DICTIONARY, p. 340.

personas físicas y morales son sujetos de derechos y obligaciones. Asimismo el artículo 2 de la LGSM reconoce la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles en lo particular.

Ahora bien las personas morales gozan de todos los atributos legales que poseen las personas físicas, con excepción claro está, del atributo del estado civil, que se reserva exclusivamente para este último, por lo que las sociedades mercantiles al ser personas morales gozan de los mismos atributos, que son: nombre, domicilio social, nacionalidad, capacidad y patrimonio.

- A) Nombre.- Se expresa mediante su razón o denominación social. La razón social se integra con los nombres o apellidos de alguno o varios socios, la razón social es obligatoria para la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita simple (artículos 25 y 51 respectivamente de la LGSM). La denominación social se forma generalmente con las palabras que representan el objeto social y es obligatorio para la sociedad anónima (artículo 87 de la LGSM). Tanto la razón social como la denominación social sirven para la identificación y distinción de las sociedades.

- B) Domicilio social.- El lugar elegido por los socios para que se ejerzan sus derechos y se cumplan sus obligaciones, generalmente es el lugar donde las sociedades tienen establecida su administración o centro de operación, sin embargo puede establecerse como domicilio social alguno diferente de este (Art. 34, CCDF).

- C) Nacionalidad.- El artículo 5 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización dispone que "son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y que tengan en ellas su domicilio social". De lo anterior, resulta que serán extranjeras las sociedades que se constituyan conforme a la LGSM y que tenga su domicilio social en el extranjero o que se

constituya conforme a las leyes extranjeras y que tenga su domicilio social en la República. Pero esto no significa que las sociedades extranjeras no tengan capacidad para ejercer eventualmente actos de comercio, pero siempre se deberá de cumplir con las disposiciones legales para estos casos aislados.

- D) Capacidad.- Es la facultad para ser sujeto de derechos y obligaciones. Con capacidad de goce y ejercicio, aunque esta última al no poderla ejercer por sí misma, se realiza por medio de representantes.

- E) Patrimonio.- Es el conjunto de derechos, bienes y obligaciones de una sociedad, se diferencia del capital social, en cuanto que este último sólo se constituye por la suma de las aportaciones de los socios.

Es así como en este capítulo hemos tratado de explicar no solo la definición de la Sociedad en términos generales, sino que además dimos un panorama amplio que será estudiado a mayor profundidad en el siguiente capítulo, de la definición, estructura y funcionamiento de la Sociedad Anónima en particular, lo cuál nos sirve como preámbulo para poder entender el tema de tesis aquí planteado.

CAPITULO 2. CONSTITUCIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

2.1 Requisitos de constitución de la Sociedad Anónima.

El proceso de constitución de la Sociedad Anónima requiere con todos y cada uno de los requisitos que establece nuestra legislación, pero no se debe confundir la constitución de la Sociedad Anónima con su existencia, ya que ésta pueda existir aun sin llenar todos los requisitos que fija la Ley, aunque debemos decir que su existencia resulta limitada, su capacidad incompleta y es posible que se esté en algún supuesto de sanción tanto para la sociedad, como para aquellos que actúan en su nombre.

2.1.1 Requisitos indispensables.

Para la constitución de una Sociedad Anónima se requiere:

- A) Un número mínimo de socios.- Algunos tratadistas han considerado necesario para la existencia de una Sociedad Anónima un número mínimo de socios, que han de ser bastantes para ocupar los distintos cargos de la sociedad. Algunas legislaciones han consagrado legislativamente tal exigencia. Siguiendo estas tendencias, nuestra ley requiere que en la Sociedad Anónima haya cuando menos dos socios (Artículo 89 Fracc. I, LGSM)

- B) Un capital suscrito que alcance un mínimo determinado.- El capital mínimo para la constitución de la Sociedad Anónima es de \$50,000.00 (CINCUENTA MIL PESOS 00/100 M.N.) (Artículo 89 LGSM), cualquiera que sea su monto, el capital debe estar íntegramente suscrito, es decir los socios han de contraer la obligación suscrita con su firma, de cubrir totalmente la cantidad que señala como capital social.

- C) Que al menos parte de dicho capital esté exhibido.- No basta que el capital social esté íntegramente suscrito, sino que se precisa exhibir, es decir entregar a la caja social cuando menos el veinte por ciento de las aportaciones pagaderas en numerario, Y la totalidad de las que lo sean en bienes distintos (Artículo 89, FRACC. III y IV LGSM).

Como ya se ha mencionado, no debe confundirse el proceso de constitución de la Sociedad Anónima con su existencia. La Sociedad Anónima estará legalmente constituida cuando se hayan cumplido los trámites necesarios, pero existirá legalmente, tan pronto como los socios hayan expresado su adhesión a los estatutos y hecho las aportaciones que la propia Ley establece. En nuestro derecho el proceso de Constitución que veremos a fondo más adelante, supone cuatro etapas a seguir:

- 1.- Redacción de los estatutos.
- 2.- Adhesión y aportación, se formaliza el compromiso de los socios y se aporta el capital.
- 3.- Inscripción en el Registro Público de Comercio, una vez que la sociedad ha sido legalmente calificada.
- 4.- Cumplimiento de ciertos trámites administrativos, requisitos de carácter fiscal y administrativos.

2.1.2 Los Estatutos.

La redacción de los Estatutos es la fase constitutiva en estricto sentido. Sin embargo, las manifestaciones de voluntad que integran una Sociedad Anónima es una declaración de voluntad, en el sentido de que hay tantas partes como socios y la incorporación o exclusión de los mismos se efectúa sin necesidad de que alteren las bases estatutarias.

El artículo 6 de la LGSM establece que la escritura constitutiva de una sociedad debe contener:

- I. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad.
- II. El objeto de la sociedad.
- III. Su Razón Social o Denominación.
- IV. Su duración.
- V. El importe del capital social.
- VI. La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otro bien, el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización. Cuando el capital sea variable, deberá expresarse indicando el mínimo que se fije.
- VII. El domicilio de la sociedad.
- VIII. La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores.
- IX. El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social.
- X. La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad.
- XI. El importe del fondo de reserva.

XII. Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente.

XIII. Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.

Todos estos requisitos y las demás reglas que se establecen en la escritura sobre organización y el funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma.

2.1.3 Procedimiento de Constitución.

La Sociedad Anónima puede constituirse por la comparecencia ante notario de las personas que otorguen la escritura social o por suscripción pública (Artículo 90 LGSM). Doctrinalmente se les denomina a estos procesos, constitución simultánea y constitución sucesiva, ya que el primer caso de la Sociedad Anónima se crea en virtud de las declaraciones de voluntad, que simultáneamente emiten quienes comparecen ante el notario, mientras que mediante el segundo procedimiento no surge la Sociedad Anónima, sino después de una serie de negocios jurídicos sucesivamente realizados. La escritura constitutiva de la Sociedad Anónima debe contener, además de los datos requeridos por el Artículo 6o. LGSM los siguientes datos:

- I. La parte exhibida del capital social
- II. El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social.
- III. La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones.
- IV. La participación en las utilidades concedida a los fundadores.
- V. El nombramiento de uno o varios comisarios.
- VI. Las facultades de la asamblea general y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto a las disposiciones legales, éstas pueden ser modificadas por la voluntas de los socios (Art. 91 LGSM)

Cuando la Sociedad Anónima haya de constituirse por suscripción pública, los fundadores redactarán y depositarán en el Registro Público de Comercio un programa que deberá contener el proyecto de los estatutos, con los requisitos del Artículo 6 de la LGSM, excepción hecha por los establecidos por las fracciones I y IV, Primer Párrafo, y con los del Artículo 91, exceptuando el señalado por la fracción V del Artículo 92 de la LGSM.

2.2 Organización de la Sociedad Anónima.

La Sociedad Anónima necesita de órganos tanto para su funcionamiento interno, como para el externo. Los particulares no pueden afectar con sus actuaciones la existencia de tales órganos, pero sí pueden crear órganos adicionales en casos específicos por medio de disposiciones estatutarias, sin que tales órganos de alguna manera puedan afectar el funcionamiento de los órganos legales establecidos.

2.2.1 Asamblea General de Accionistas.

Es el órgano supremo de la sociedad (Art.178 LGSM) debido a que es el único que toma las decisiones respecto a las actuaciones de la misma, y es quien designara a la persona que hará cumplir sus resoluciones. Es el órgano deliberante de la sociedad. Como lo hemos mencionado anteriormente, una asamblea dentro de cualquier sociedad anónima es el conjunto de accionistas legalmente convocados y reunidos para que, sumando cada una de sus voluntades se pueda llegar a una voluntad general o colectiva y entonces se esté en la facultad de tomar resoluciones respecto de los asuntos que se encuentren consignados para cualquier tipo de asamblea ya sea ordinaria o extraordinaria.

La Ley reglamenta diversas clases de asambleas, como lo son las asambleas generales, especiales, ordinarias y extraordinarias.

Las asambleas generales, son las que están formadas por la totalidad de los accionistas de la sociedad, a diferencia de las especiales, ya que estas, solo estarán formadas por los accionistas que tengan derechos particulares (Art.195 LGSM).

Las asambleas extraordinarias, son las que tratan los asuntos enunciados en el artículo 182 de la LGSM, que son temas fundamentales para la sociedad, y debido a que tienen una gran trascendencia jurídica para los miembros de esta, es que la ley las regula exigiendo una mayoría especial para tomar las resoluciones.

Las asambleas ordinarias, son las que por exclusión, se reúnen para tratar asuntos que no correspondan a la extraordinaria, por lo menos deberá de reunirse anualmente para la aprobación del informe del administrador o consejo de administración. Existen también las asambleas mixtas, que son llamadas así, debido a que los asuntos enumerados en el orden del día corresponden a diversos temas que son tratados en asamblea ordinaria o extraordinaria.

La asamblea general al ser el órgano deliberante de la sociedad, es la que forma la voluntad colectiva de sus miembros y la exterioriza. La asamblea general ordinaria podrá delegar facultades en los órganos o en las personas que ella considere competentes, sin embargo hay ciertas actividades que están reservadas exclusivamente para su resolución, tales como los enumerados en el Artículo 181, mismos que se refieren a la aprobación del informe de los administradores, a su nombramiento y emolumentos, no obstante de los asuntos que por estatutos se les otorgue la misma categoría.

Luego entonces, la asamblea general ordinaria se reunirá como mínimo una vez al año y la asamblea general extraordinaria cada vez que sea necesario resolver para los asuntos de su exclusiva competencia.

Todas las asambleas, deberán llevarse a cabo en el domicilio social de la sociedad, es decir en la entidad federativa que se haya establecido en los estatutos de la misma, y no necesariamente tendrán que ser dentro de las oficinas de la sociedad.

Para poder llevar a cabo una asamblea de accionistas, es necesario realizar previamente una convocatoria, misma que para que sea válida deberá reunir los requisitos legales mencionados en los artículos 186 y 187 de la LGSM.

La facultad para realizar las convocatorias, en principio le corresponde al órgano de administración, sin embargo es posible que las realicen los comisarios cuando lo consideren pertinente, la ley otorga también ese derecho al accionista o grupo de accionistas que tengan el 33% del capital social o en el caso del Artículo 185 que enumera varios supuestos para que pueda convocar el poseedor de una sola acción, a lo anterior se le conoce como derecho de las minorías.

Una vez hecha la convocatoria, se reúne la asamblea en el lugar y fecha indicados en la misma, y se procede a darse por instalada, siempre y cuando esté precedida por la persona competente, se haya realizado la lista de asistencia y se encuentren representados los porcentajes legales exigidos según la asamblea de que se trate.

La presidencia de la asamblea, corresponde a la persona que designen los estatutos y si no lo hicieren entonces por ley se le otorga al administrador o al consejo de administración de la sociedad. La presidencia juega un papel importante dentro de las asambleas, debido a que es la encargada de verificar las convocatorias, los quorums de asistencia y debe hacer cumplir la ley y los estatutos de la sociedad. La secretaría, es una figura que solo es mencionada en la ley, es decir, que únicamente dice que el secretario debe firmar el acta de asamblea, siendo omisa en cuanto a la elección de la persona que desempeñara el cargo, por lo que lo mejor es fijar un procedimiento dentro de los estatutos.

2.2.2 Órgano de Administración de la Sociedad Anónima.

Como ya se señaló, la Asamblea General es un órgano discontinuo que se reúne de vez en cuando para adoptar acuerdos en las materias de su competencia, sin embargo la Sociedad Anónima necesita de órganos permanentes para sus relaciones internas y externas, estos órganos son los que se encargan de la administración de la sociedad.

La administración de la Sociedad Anónima puede confiarle a una persona, que la Ley denomina administrador o a un Consejo de Administración.

El Consejo de Administración o el Administrador único es el órgano permanente a quien le confían la administración y la representación de la sociedad, y son los estatutos los que decidan el sistema. El cargo de administrador o de consejero, es personal, temporal, revocable y remunerable. El carácter personal del cargo impide que sea desempeñado por medio de representantes (Artículo 147 LGSM)

Para el desempeño del cargo de administrador es indispensable no estar inhabilitado para ejercer el comercio y no estar comprendido en ninguna de las prohibiciones que el Código de Comercio o las Leyes especiales establecen. Es posible que el cargo lo desempeñen socios o personas extrañas a la Sociedad.

Los administradores tienen que ser temporales, ya que han de ser designados por un tiempo preciso y determinado, que deber de constar en los estatutos, además deben otorgar garantía del buen manejo de su cargo. La cuantía la señalan los estatutos, y en su defecto la Asamblea General de Accionistas, la garantía puede consistir en fianza, depósito de acciones o de dinero, hipoteca y fideicomiso de garantía. Su constitución debe inscribirse en el Registro Público de Comercio. (Artículos 152 y 153 LGSM).

La Asamblea General Ordinaria de accionistas tiene exclusivamente la competencia para proceder al nombramiento de los administradores, (Artículo 181 LGSM) la minoría que represente un 25% del capital social con derecho a voto puede designar un

administrador, si éstos son tres o si fuesen más, por lo menos tendrá derecho a nombrar uno sin perjuicio de que los estatutos le atribuyan un número mayor de puestos en el Consejo de Administración.

El nombramiento de administradores puede hacerse en la escritura constitutiva o en la asamblea constitutiva. Los administradores pueden concluir en su cargo por revocación, renuncia, incapacitación, quiebra y disolución de la sociedad.

Los administradores de la sociedad no deben ser considerados como mandatarios de la sociedad, ya que la relación que los liga con la sociedad es de representación y de prestación de servicios. El administrador o los consejeros existen en la medida en que la sociedad necesita actuar a través de personas físicas para conseguir sus fines, y deben actuar en la forma en que sea necesario para la realización de su objeto social.

El Artículo 10 de la LGSM, establece que la representación de la sociedad corresponderá al administrador o a los administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto social, con las limitaciones que la Ley y los estatutos establezcan.

El Consejo de Administración es un órgano colegiado, por lo que debe tomar sus acuerdos por mayoría para que pueda decidir, a su vez se requiere de la presencia de la mitad de los consejeros y se tomarán las decisiones por mayoría de los votos presentes.

El presidente decide los empates, mediante el voto de calidad. La presidencia del consejo, corresponderá al nombrado en primer término y a falta de este al que la siga en orden de designación. (Segundo párrafo del Artículo 143 LGSM).

El Consejo de Administración puede consignar otros cargos, como los de Secretario, Vicepresidente, Tesorero y también dividirse en comisiones que tendrá la trascendencia, que los estatutos hayan previsto.

En los estatutos, debe figurar la designación de la persona o personas autorizadas para usar la firma social y en general a falta de designación expresa, la representación corresponde al Presidente del Consejo de Administración.

Las facultades de los representantes de la Sociedad Anónima, depende de la redacción de los estatutos o de los poderes especiales complementarios, además de estos apoderados permanentes a quienes el uso de la firma social corresponde normalmente por su simple pertenencia al Consejo. La Ley permite la existencia de apoderados especiales para casos concretos y determinados que pueden ser miembros del propio Consejo, en la forma de consejeros-delegados o gentes extrañas al mismo, como prevé el Artículo 149 de la LGSM. En todo caso, el nombramiento de los apoderados especiales no restringe las facultades de los otorgantes.

Entonces, las atribuciones de los administradores resultan de los artículos 10, 142, 159 y 173 de la LGSM. A ellos les corresponde la representación de la sociedad y la dirección de los negocios sociales, dentro de los límites que les señalen la escritura constitutiva y los acuerdos de la asamblea de accionistas, de los cuales son ejecutores, y ante la que responden de sus actos.

2.2.3 Órgano de vigilancia.

Las funciones de control de vigilancia de la administración se realizan en la Sociedad Anónima de diversas maneras, pero los comisarios "Son los órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad".

La vigilancia de la marcha regular de las Sociedades Anónimas corresponde a los comisarios. Las funciones del comisario son temporales, revocables y remuneradas.

El nombramiento de los comisarios corresponde a la Asamblea de Accionistas; los derechos de las minorías en la designación de los comisarios son idénticos a los que les corresponden para el nombramiento de los administradores.

Cualquier persona que no esté inhabilitada para ejercer el comercio, sea o no accionista puede ser comisario. Los comisarios están obligados a otorgar garantía por su manejo en los mismos términos que los administradores.

Las atribuciones de los comisarios las resume la Fracción IX del Artículo 166 de la LGSM: "Vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad". El artículo 169 de la LGSM establece que los comisarios responden individualmente de sus actos. Es causa de responsabilidad el que intervengan en casos en que tengan interés opuesto al de la sociedad (Artículo 170 LGSM).

Excepto en el caso de separación por causa de responsabilidad, los comisarios continuaran en sus cargos, aún concluido el plazo de su designación, hasta que lo asuman quienes deben sustituirlos. (Artículos 164-171 LGSM).

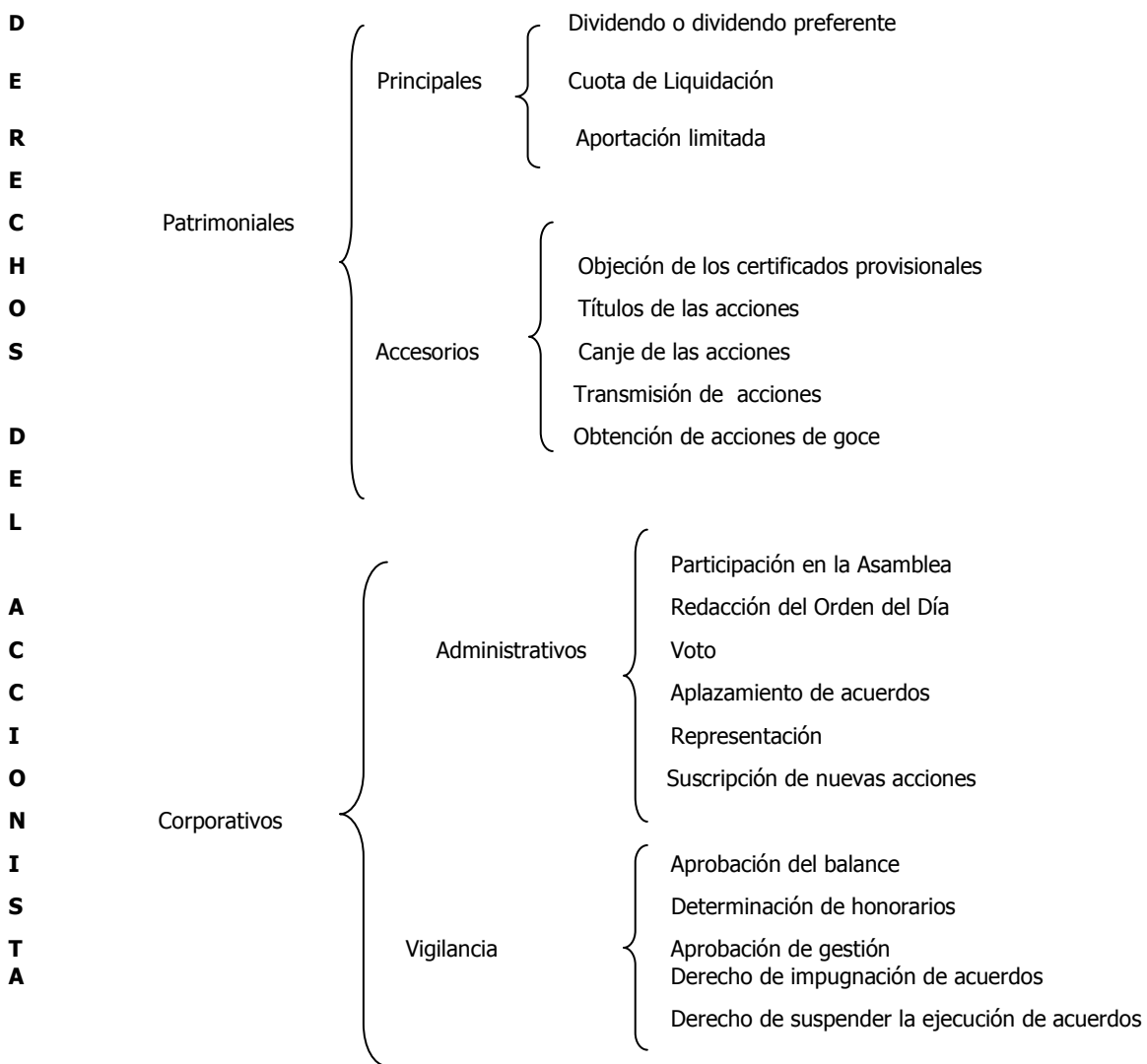
CAPITULO 3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS

3.1 LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS

Como hemos señalado, la acción es en última instancia un el conjunto de derechos y obligaciones de los socios, es por ello que en este inciso nos encargaremos de determinar en qué consisten unos y otras.

3.1.1 LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS

Rodríguez y Rodríguez¹⁴ clasifica los derechos de los accionistas atendiendo al fin patrimonial o de gestión que caracteriza a cada uno de ellos y hace un cuadro sistemático de la siguiente forma:



¹⁴ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles", op. Cit., p.387.

Otros autores clasifican los derechos de los accionistas siguiendo el mismo criterio, aunque cada uno denomina tales derechos de distinta forma. Tenemos así que Mario Herrera los clasifica en derechos corporativos y pecuniarios y Joaquín Garrigues en patrimoniales y administrativos, entre otros.

Siguiendo la clasificación de Rodríguez y Rodríguez haremos un estudio de cada uno de los derechos que derivan de la calidad de socio en la sociedad anónima, pero tomando en cuenta la muy interesante clasificación propuesta por Barrera Graf¹⁵ atendiendo a la facultad de disposición que tenga el accionista sobre cada uno de los derechos de los que es titular.

3.1.1.1 DERECHOS PATRIMONIALES.

Los derechos patrimoniales son aquellos que tienen un contenido netamente económico y se ejercen por el accionista en virtud de un interés particular, independientemente de los intereses de la sociedad, ya que es frente a ella que son ejercitados.

a) Derecho al Dividendo

Indudablemente, el más importante de los derechos patrimoniales es el derecho a participar de las ganancias o derecho al dividendo. La generalidad de la doctrina equipara el derecho a las utilidades con el derecho al dividendo, y desde nuestro punto de vista esta opinión es correcta. Sin embargo, Barrera Graf pretende distinguir entre "ambos" derechos y opina que:

"El derecho del socio a las utilidades debe distinguirse de su derecho al dividendo. Aquél, consiste, salvo disposición en contrario de los estatutos, en asignar al socio una parte proporcional del superávit de la sociedad que arroje el balance, después de deducir todas sus obligaciones y deudas; el dividendo, en cambio, consiste en el derecho a

¹⁵ BARRERA GRAF, Jorge, op. Cit., p.521.

recibir una cantidad de dinero (o de otros bienes que al efecto se valoren también en dinero), a virtud del reparto que haya acordado la asamblea o que prevea el contrato. Por otra parte, de las utilidades que arroje el balance anual pueden participar, además de los socios o accionistas, quienes no lo sean, como puede suceder con los fundadores, los administradores, los trabajadores sean o no titulares de acciones de trabajo; en cambio, del derecho a los dividendos no participan quienes, no sean socios".¹⁶

Diferimos de la opinión de Barrera Graf porque confunde los patrimonios de dos personas distintas. Por un lado tenemos a la sociedad cuyo balance de activos y pasivos refleja un superávit denominado utilidades pero sobre el cual el accionista no tiene derecho de crédito alguno; por el otro tenemos al socio cuyo patrimonio está integrado por las acciones de las cuales es titular, pero si realizara un balance de sus activos y pasivos, en ningún momento podrían verse directamente reflejadas las utilidades de la sociedad ya que integran el patrimonio de una persona distinta. Barrera Graf invoca a Mantilla Molina¹⁷ quien afirma que no se requiere acuerdo de la asamblea para el reparto de utilidades como dividendos, sino únicamente la aprobación del balance por parte de ella, fundando su dicho en el Artículo 23 de la LGSM que concede a los acreedores del socio "hacer efectivos sus derechos... sobre las utilidades que correspondan al socio según los correspondientes estados financieros..." Nos parece inadecuada esta interpretación ya que, como señalamos anteriormente, los patrimonios del socio y de la sociedad están bien diferenciados. La sociedad, mediante acuerdo del órgano que exprese su voluntad, es la única que puede disponer de su patrimonio cuando las obligaciones a su cargo están garantizadas. El acreedor del socio solo podrá ejercer sus derechos sobre las utilidades que la sociedad acuerde distribuir de conformidad con los estados financieros correspondientes, es decir, sobre los dividendos que correspondan al socio, pero nunca sobre el patrimonio de la sociedad. Lo anterior resulta claro si consideramos lo estipulado por el Artículo 23 citado, que indica: "Los acreedores particulares de un socio no podrán, mientras dure la sociedad, hacer efectivos sus derechos sino sobre las utilidades que correspondan al socio... Igualmente, podrán hacer efectivos sus derechos sobre cualquier otro reembolso que se haga a favor de los socios...". Podemos preguntarnos: ¿Qué utilidades "corresponden" al socio?, es decir, ¿sobre cuáles tiene el socio un derecho de

¹⁶ BARRERA GRAF, Jorge, op. Cit., p. 522.

¹⁷ MANTILLA MOLINA, Roberto L., "El Derecho de los Accionistas al reparto de utilidades", en El Foro, 2ª. Época, Tomo III, p. 402.

crédito?, la respuesta lógica sería que el socio tiene un derecho de crédito únicamente sobre aquellas utilidades que la asamblea ha acordado distribuir como dividendos.

En su exposición Barrera Graf señala que existen personas que sin ser socios pueden participar de las utilidades que arroje el balance anual, y entre ellas señala a los fundadores, los administradores y los trabajadores. Una vez más diferimos de su opinión toda vez que dichas personas tienen, en efecto, un derecho de crédito contra la sociedad, pero no para participar de las utilidades sino únicamente como acreedores de la sociedad en virtud de los servicios que tales personas prestan, o prestaron en el caso de los fundadores, a la misma. Las cantidades debidas a tales personas integrarían parte del pasivo de la sociedad y no de la cuenta de utilidades, aunque para fijar el monto al que ascienden se tome como referencia un determinado porcentaje de las utilidades de la sociedad.

Podemos definir al dividendo como "el beneficio neto pagadero periódicamente a los accionistas"¹⁸. Cuando los estatutos no establecen normas relativas al derecho de los accionistas para percibir dividendos, se aplicarán las disposiciones generales y las especiales para la sociedad anónima (artículos 8, 16, 17, 19, 105, 112, 113, 117, 127, 137, 158 y 172 de la LGSM)

Decimos que es el derecho más importante porque el interés primordial del socio es el de obtener ganancias sobre el capital que invierte en la sociedad. Sin este derecho, sencillamente no existirían sociedades mercantiles en general y sociedades anónimas en lo particular.

El derecho al dividendo es estudiado por la doctrina en dos categorías: el derecho abstracto al dividendo, que es el derecho del socio a recibir una parte de las utilidades que en lo futuro tenga la sociedad; y el derecho concreto al dividendo, que surge con la aprobación del balance y la resolución de la asamblea que acuerde pagarlo a los accionistas. Este último es, ante todo, un verdadero derecho de crédito que pasa a formar parte del activo del socio y consecuentemente del pasivo de la sociedad deudora.

¹⁸ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín. "Tratado de Sociedades Mercantiles", op. Cit., Tomo I, p. 388.

Resumiendo, el derecho abstracto al dividendo consiste en el derecho que tiene el socio para solicitar a la asamblea que resuelva sobre la distribución de las utilidades. Este derecho es más un derecho de consecución que un derecho de tipo patrimonial, ya que se encuentra sujeto al derecho de convocatoria, de asistencia y de voto en la Asamblea. Por su parte, el derecho concreto al dividendo supone que la asamblea apruebe el balance que arroje utilidades y que la asamblea acuerde la distribución de las mismas como dividendo. El hecho de que la asamblea apruebe un balance que arroje utilidades no significa que éstas necesariamente tengan que repartirse como dividendo, cualquier titular de una acción puede exigir que se celebre una asamblea para la aprobación del balance pero no para el pago de dividendos (Art. 185 LGSM).

Es así como la mayoría puede imponer a la minoría la abstención del reparto de utilidades y tal minoría no podrá oponerse a menos que se hayan violado estipulaciones estatutarias o legales en la instalación y celebración de la asamblea correspondiente.

La Ley establece reglas para la distribución de los dividendos, que se aplicarán supletoriamente a lo pactado en los estatutos, de conformidad con el Artículo 8 de la LGSM. Tiene la sociedad la obligación de reintegrar las pérdidas antes de pagar dividendos así como separar el 5% de las utilidades para constituir el fondo de reserva legal.

La LGSM en su Artículo 17 prohíbe expresamente todo pacto que excluya a uno o más socios de la participación de las ganancias, pero es omisa por lo que hace a las pérdidas. Mantilla Molina considera que es válida la cláusula que exime a un socio de la obligación de soportar las pérdidas.

Independientemente de lo injusto que nos pueda parecer un pacto de esa naturaleza, coincidimos con la opinión de Mantilla Molina toda vez que en donde la ley no distingue no debemos distinguir.

El Artículo 16 de la LGSM, en su fracción I, establece que, salvo pacto en contrario, "la distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará

proporcionalmente a sus aportaciones". Es así que por regla general la repartición de utilidades o pérdidas se fundamenta en la proporcionalidad de las aportaciones, pero nada impide que en estatutos se pacten proporciones o formas de distribución distintas siempre que no se excluya de las ganancias a socio alguno.

Por lo que hace al reparto de dividendos, debemos aclarar que si en estatutos se encuentra establecido el que la sociedad pagará dentro de determinados periodos las utilidades que arroje el balance previamente aprobado por la asamblea, la asamblea ordinaria no puede oponerse a ese reparto, únicamente la extraordinaria (previa reforma de estatutos) podría hacerlo.

Sobre la forma de pago del dividendo, Barrera Graf opina que éste debe de pagarse en dinero por tratarse de un adeudo monetario, pero que sin embargo, los estatutos pueden prever el pago en especie, o bien, facultar a la asamblea que decida lo pertinente; es decir, pago en bienes o derechos que formen parte de su patrimonio.

En la práctica corporativa se habla del pago de dividendos en acciones cuando se aplica parte de las utilidades para emitir acciones otorgando éstas a los socios. En estricto derecho no se trata de un dividendo sino de un aumento del capital social el cual es pagado mediante capitalización de utilidades.

Por lo que hace a la época del pago consideramos que la asamblea tiene plena libertad para acordarla, a menos de que exista estipulación estatutaria que fije una periodicidad determinada, en cuyo caso la asamblea carecería de facultades para posponer el pago a menos que los estatutos sean reformados. Una vez decretado por la asamblea el pago de dividendos, éste debe realizarse dentro del ejercicio social anual correspondiente y el socio tiene el derecho para así exigirlo, lo cual se desprende de la interpretación conjunta de diversos artículos de la LGSM. Si la asamblea no dispone al respecto, se entiende que el pago se hará de inmediato a partir de la fecha de la asamblea.

El lugar del pago del dividendo será aquél que previamente hayan establecido los estatutos o la asamblea que acordó el dividendo. Sin embargo la ley no es clara en caso de que tanto los estatutos como la asamblea hayan omitido especificar el lugar del pago; consideramos que una solución lógica sería considerar como lugar de pago el de las oficinas de la sociedad.

La doctrina no se ha unificado con respecto a la práctica de pagar dividendos a futuro o anticipos a cuenta de dividendos futuros. Desde nuestro punto de vista no podemos considerar tales pagos como dividendo o anticipos a cuenta de dividendos ya que la existencia de estos es aleatoria, es decir, no se sabe si van a obtenerse utilidades que puedan ser repartidas.

Considerar que el pago al accionista está respaldado por futuros dividendos sería ilícito y en tal medida el acuerdo para pagar anticipos a cargo de dividendos sería también ilícito. Sin embargo, podemos considerar que se trata más bien de préstamos que la sociedad otorga al socio y que constituyen una obligación a cargo de éste, en virtud de lo cual el accionista deudor responde del crédito con todo su patrimonio y no únicamente con las acciones de la sociedad acreedora de las que es titular; si éste es el caso y se deja claro que el pago no está respaldado por posibles dividendos futuros no creemos que estos créditos sean ilícitos o impliquen una violación al Artículo 139 de la LGSM que establece que "en ningún caso podrán las sociedades anónimas hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones".

Rodríguez y Rodríguez considera correctamente que el derecho para cobrar un dividendo decretado prescribe en cinco años, aplicando supletoriamente el Código de Comercio, cuyo artículo 1045 establece que:

"Art. 1045. Se prescribirán en cinco años:

- I. 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

Recordemos que la acción es integrada por un conjunto de derechos que en contraprestación por su aportación la sociedad otorga al socio. Bajo este supuesto resulta fácil de entender el derecho a percibir la cuota de liquidación, toda vez que al ser acordada la disolución de la Sociedad y su consecuente extinción, el patrimonio de ésta debe ser reintegrado a los socios una vez que las deudas de la sociedad son pagadas o garantizadas.

Este derecho es un derecho abstracto y latente que únicamente nace cuando la sociedad acuerda su disolución y se liquida, siempre y cuando quede un saldo disponible para repartirse entre los accionistas.

Para Brunetti¹⁹ el derecho a la cuota de liquidación está sujeto a la condición suspensiva de que al cerrar la liquidación exista un activo a repartir, es decir, la obligación de pago de la sociedad y el correlativo derecho del accionista nacen si al finalizar la liquidación existe un saldo a favor. Sólo entonces podemos hablar de que el accionista tiene derecho a la cuota de liquidación, antes sólo tiene una expectativa de derecho pero no un derecho de crédito contra la sociedad.

La mayoría de los tratadistas consideran que este derecho se da también en los casos de retiro o exclusión del socio.

¹⁹ BRUNETTI, Antonio. op. cit., p. 538

“En efecto, el socio tiene derecho a su cuota de liquidación tanto en el caso de que la sociedad anónima se disuelva y se liquide (liquidación total), como en aquél otro en que subsista y sea el socio quien deje de formar parte de ella (liquidación parcial)”.²⁰

Tanto en caso de liquidación total como parcial, el socio tiene derecho únicamente al remanente del patrimonio social una vez que las deudas han sido pagadas o garantizadas.

Mario Herrera²¹ considera que en el derecho a la cuota de liquidación están incluidos implícitamente los siguientes derechos: a) Derecho al capital social; b) Derecho a las reservas sociales; y c) Derecho a las utilidades pendientes de distribución. Nos parece un poco ociosa esta división toda vez que cada uno de los derechos del socio es un eslabón en la cadena de derechos y obligaciones que hemos llamado acción societaria, es decir, no existen derechos independientes sino únicamente diversos ángulos y matices de un mismo derecho sui generis. En este capítulo estudiamos los derechos del socio no para señalar las diferencias entre ellos, sino para demostrar que no se trata de varios derechos sino de un derecho con diferentes caras.

En general, para determinar el monto al que asciende la cuota de liquidación, debemos de aplicar la cantidad susceptible de ser repartida en proporción a la participación de cada socio en el capital social.

No obstante, al igual que en el derecho al dividendo estudiado en el inciso anterior, se aplican en primer lugar los estatutos sociales, en seguida los acuerdos de la asamblea y por último la ley, en lo que los anteriores sean omisos (Artículo 6 fracción XIII y 240 LGSM). Es decir, el monto que como cuota de liquidación corresponda a cada socio puede tener una proporción distinta a la participación que éste tenga en el capital social, según los derechos que para cada clase de acciones se fijan en los estatutos sociales.

²⁰ BARREFA GRAF, Jorge, op. cit., p. 533

²¹ HERRERA, Mario, op. cit., p.58

La cuota de liquidación comprende a todo el patrimonio remanente de la sociedad y no únicamente a las utilidades acumuladas o a las reservas. En virtud de que la responsabilidad de los accionistas se limita al monto de sus aportaciones, las pérdidas de la sociedad al momento de la liquidación se amortizarán con el valor de las acciones, y únicamente se pagará al socio el remanente, si éste existiera.

Se acepta la compensación entre los dividendos pasivos, es decir, las cantidades que por concepto de acciones suscritas pero no pagadas deba el accionista a la sociedad, y la cuota de liquidación, siempre y cuando la sociedad no requiera del pago de dichas aportaciones para cubrir sus deudas.

Afirma Graf²² que:

"el activo neto disponible para cubrir la cuota de liquidación de todos los socios, puede resultar insuficiente, y sólo comprender a ciertas acciones: las preferentes de voto limitado (para las que el párrafo tercero del Artículo 113 dispone que al hacerse la liquidación de la sociedad, las acciones de voto limitado se reembolsarán antes que las ordinarias), las acciones que concedan un privilegio en caso de liquidación y las acciones de goce que se emitieran (art. 137)".

Por lo que hace a la forma de pago, la cuota de liquidación debe pagarse en principio en dinero, pero los estatutos o la asamblea que decrete la liquidación de la sociedad o apruebe el retiro o exclusión del socio pueden estipular que el pago se realice en especie o bien éste sea mixto.

El momento de pago será, para los casos de liquidación total, a partir de la fecha de la asamblea de accionistas que apruebe el balance final de liquidación por lo que cualquier retraso en el pago será a cargo de la sociedad a menos que los estatutos o la asamblea fijen otro momento de pago. El pago se hace contra la entrega de los títulos de las acciones (Artículo 246 de la LGSM).

²² BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., p.534

Por lo que hace a la liquidación parcial, o sea los casos de retiro o exclusión del socio, el pago puede hacerse hasta que se concluyan las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión o separación (Artículo 15 de la LGSM), si así lo decide la sociedad. El propio Artículo 15 limita este derecho a las sociedades de capital fijo, por lo que excluye a las de capital variable de la posibilidad de posponer el pago.

c) Derecho a hacer una aportación limitada

Este derecho será estudiado a fondo posteriormente cuando nos ocupemos de las obligaciones de los accionistas, toda vez que la obligación que tienen los accionistas de realizar la aportación está en estrecha relación con este derecho; aún más, no puede concebirse éste sin aquélla.

d) Derecho a obtener los certificados provisionales y en su momento, los títulos de las Acciones

Este es un derecho patrimonial accesorio, ya que como hemos visto, la titularidad de la acción puede probarse por otros medios, incluso la regulación respecto de los certificados provisionales y los títulos de las acciones puede variar en forma significativa, sin que por ello, se altere en esencia la organización y funcionamiento de la sociedad anónima. El fin que persigue aquella persona que invierte parte de su patrimonio en una sociedad mercantil se limita principalmente, a la obtención de utilidades y, en el momento de disolución, a que se le reembolse su inversión; si su inversión es amparada por títulos de acciones, certificados provisionales o por cualquier otro medio, representa un interés siempre secundario, de ahí que la doctrina unánimemente y con razón considere a éste derecho, así como a aquellos que estudiaremos más adelante, como derechos patrimoniales accesorios.

El Artículo 124 de la LGSM obliga a la sociedad a expedir, dentro de un plazo que no exceda de un año a partir de la constitución de la sociedad o de la fecha en que se

formalice un aumento de capital, los títulos representativos de las acciones. Entre tanto, los accionistas tienen derecho a que su inversión se vea respaldada por certificados provisionales que amparen las acciones que suscribieron.

Hemos señalado con anterioridad, el carácter y la finalidad de los títulos de acciones, los cuales son medios de prueba que acreditan la titularidad de las acciones. No por esto decimos que cualquier otro medio de prueba tenga la misma eficacia que los títulos de las acciones. Recordemos que estos títulos tienen algunas características que los equiparan con los títulos de crédito y que si bien no son los "documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna" (art. 5 de la LTOC), si prueban la titularidad de las acciones sin que les sean oponibles otros medios de prueba. Únicamente cuando no se han emitido títulos o certificados provisionales de acciones o cuando éstos se encuentran depositados en una institución de crédito o de depósito de valores, puede el accionista valerse de cualquier medio de prueba para acreditar su status, de no ser así, el título o el certificado provisional prevalecerá sobre cualquier otro medio de prueba que pretenda hacerse valer.

De lo anterior se desprende el legítimo interés que tiene el accionista para exigir a la sociedad que expida los títulos o certificados provisionales que amparen las acciones por él suscritas. Interés que la ley reconoce y apoya con la obligación que el Artículo 124 de la LGSM impone a la sociedad, otorgando en consecuencia al socio el derecho para exigir judicialmente el que le sean expedidos y entregados dichos documentos.

e) El Derecho a obtener el canje de acciones nominativas

Dentro del cuadro sistemático que con respecto a los derechos de los accionistas transcribimos anteriormente, Rodríguez y Rodríguez nos señala el derecho de los accionistas a obtener el canje de sus acciones nominativas por acciones al portador, el cual se encontraba previsto en los artículos 117 párrafo cuarto y 128 fracción IV de la LGSM. Dicho derecho desapareció con las reformas a la LGSM publicadas en el Diario

Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1982, con las que, por ministerio de ley, todas las acciones emitidas por las sociedades anónimas se convirtieron en nominativas.

f) Derecho de preferencia para adquirir nuevas acciones

Consagra la LGSM en su Artículo 132 el derecho de preferencia para adquirir nuevas acciones de la siguiente forma: "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".

Rodríguez y Rodríguez no incluye dentro de su cuadro sistemático este derecho, pero por su importancia resulta indispensable hacer un breve estudio al respecto.

El aumento de capital por nuevas aportaciones podría alterar la proporción en que cada uno de los socios participa del capital social y con ello su influencia y posible control de la sociedad. Para evitar fricciones entre los socios y todas las implicaciones que esto conllevaría, nuestra LGSM estableció como solución justa a dicha contingencia el derecho de preferencia para adquisición de nuevas acciones, llamado también derecho de opción.

Mantilla Molina encuentra implícito en el Artículo 132 de la LGSM un requisito especial para el aumento de capital que se realice por nuevas aportaciones, es decir la publicación en el periódico oficial del domicilio de la sociedad. Consideramos correcta la opinión de Mantilla Molina aunque podría llegar a pensarse que este derecho sólo opera para aquellos aumentos de capital que, tratándose de una sociedad de capital variable, se de en la parte mínima fija del capital social, toda vez que dichas sociedades son susceptibles de aumento "por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de

nuevos socios..." sin más formalidades que las establecidas por el capítulo VIII de la LGSM (Art. 213 de la LGSM). No compartimos este último criterio ya que el principio de igualdad establecido en el Artículo 112 de la LGSM se vería contrariado en caso de que, por acuerdo de la mayoría estatutaria requerida para aumentos de capital, se pudiera diluir la influencia de alguno de los accionistas en el manejo de la sociedad así como su participación en las reservas y activos sociales en virtud de la disminución proporcional de su participación en el capital. Por ello, el derecho de opción es indisponible por la asamblea de accionistas pero es renunciable por el accionista titular del mismo. Se trata de un derecho que, a diferencia de aquél que la LGSM otorga a los socios de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículo 72 de la LGSM), no puede ser suprimido ni por acuerdo estatutario.

La Ley señala que en todo aumento de capital los accionistas gozan de este derecho para suscribir aquellas nuevas acciones que se emitan, sin embargo existen algunas excepciones a este principio general. Tal es el caso de la fusión por absorción en la cual las nuevas acciones se emiten en favor de los accionistas de la sociedad fusionada y, generalmente, los accionistas de la fusionante no tienen derecho alguno sobre tal emisión. Lo mismo sucede en el caso de conversión de obligaciones por acciones; el Artículo 210 Bis de la LTOC establece que "las sociedades anónimas que pretendan emitir obligaciones convertibles en acciones... deberán tomar las medidas pertinentes para tener en tesorería acciones por el importe que requiera la conversión" y para tal efecto "no será aplicable lo dispuesto en el Artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles".

También la oferta pública de acciones trae como consecuencia una excepción al principio general en el cual está basado el derecho de opción; el artículo 81 fracción X de la Ley del Mercado de Valores señala que: "X. Para facilitar la oferta pública de valores, en la asamblea extraordinaria de accionistas en la que se decreta la emisión de acciones no suscritas, deberá hacerse renuncia expresa al derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Habiendo quorum, en los términos de los estatutos sociales, el acuerdo que se tome producirá todos sus efectos,

alcanzando a los accionistas que no hayan asistido a la asamblea, por lo que la sociedad quedará en libertad de colocar las acciones entre el público sin hacer la publicación a que se refiere el Artículo antes citado. Cuando una minoría que represente cuando menos el 25% del capital social, vote en contra de la emisión de acciones no suscritas, dicha emisión no podrá llevarse al cabo".

Algunos tratadistas consideran que el derecho de preferencia también se ve limitado en el caso de emisión de acciones de trabajo de conformidad con el Artículo 114 de la LGSM, creemos correcta esta interpretación, aunque por las razones que expondremos más adelante al tratar a esta clase de "acciones", la utilidad práctica de esta disposición es muy relativa.

Aunque este derecho no puede limitarse ni en los estatutos sociales ni por acuerdo de la asamblea, creemos que en todo caso su alcance depende de las circunstancias concretas que se presenten.

Así, existen circunstancias en las que parece que tampoco rige el derecho de preferencia, tal es el caso del aumento de capital, en que se aportan a la sociedad bienes o derechos para cubrir nuevas acciones y que no podrían ser adquiridos por aportaciones en dinero que realizaren los socios, por ejemplo, una patente, la cesión de una concesión, un cierto inmueble o determinada maquinaria, ya que su dueño quiera ingresar a la misma y sólo en tal caso realizaría la aportación. Si tal aportación beneficiara a la sociedad y por tanto le conviniera que el dueño fuera accionista, la exclusión del derecho de opción sería válida. En este caso concreto, sería válido el que la Asamblea al acordar el aumento, decreta expresamente la exclusión del derecho de preferencia.

El problema de la transmisión del derecho de opción conlleva a opiniones interesantes, como en la que concuerdan Barrera Graf, Rodríguez y Rodríguez y Frisch Phillip que dicha transmisión sería ilícita sin la transmisión previa de la propia acción, ya que, si se hiciera en favor de algún otro socio rompería el principio de igualdad entre los

mismos y afectaría, consecuentemente, la proporción con que éstos participan del capital social, de las utilidades, reservas y cuota de liquidación; y si se hiciera en favor de algún tercero ajeno a la sociedad podría forzarse el ingreso del tercero a la misma burlando la autorización que, en su caso, los estatutos (Artículo 130 de la LGSM) requieran para la admisión de un nuevo socio. Al respecto creemos que la cesión de este derecho no puede ser impedida y que el accionista puede transmitirlo a cualquier persona ya que se trata de un derecho del que puede disponer el socio incluso contra la voluntad de la sociedad o del resto de los accionistas; si bien la sociedad podría imponer la necesidad de una autorización del Consejo de Administración para la transmisión de este derecho (aplicando analógicamente el Artículo 130 de la LGSM), y sólo en caso de que tenga razones suficientes para oponerse a la cesión del derecho de opción a determinada persona, debería de señalar otro cesionario que cubra la contraprestación que el cedente hubiere acordado con el tercero, siempre que tal acuerdo haya sido de buena fe.

Cabe destacar que el principio de igualdad y paridad en el tratamiento de los socios y el principio de estabilidad del capital social en los cuales fundan los autores mencionados su afirmación, no son violados, ya que por el hecho de la cesión del derecho de opción, los accionistas no ven disminuida su participación proporcional en el capital social, únicamente el cedente se ve afectado, los demás socios al ejercitar el derecho preferente que les corresponde mantienen la misma posición que tenían frente al capital y los socios. En nada les afecta que un socio disminuya su participación para que otro la aumente, o que uno de ellos la disminuya para que ingrese un nuevo socio. La sociedad sólo tiene el derecho que, aplicando analógicamente el Artículo 130 de la LGSM, otorguen los estatutos para que el Consejo de Administración designe cesionario.

Por lo anterior, podemos afirmar que el derecho a transmitir el derecho de opción no puede ser limitado sino en los términos anteriormente descritos. Por otro lado, la violación al derecho de opción, ya sea porque no se concediera a alguno de los socios, por incumplimiento del plazo para ejercitarlo o por falta de la publicidad necesaria, tendría como consecuencia la nulidad de las suscripciones que al efecto se hubiesen llevado a cabo; esta nulidad en todo caso debe ser declarada expresamente por los tribunales competentes a solicitud del o los accionistas afectados y dará lugar por supuesto, a la devolución de las aportaciones realizadas y al pago por parte de la sociedad, de daños y perjuicios al adquirente de buena fe.

g) Derecho de preferencia en venta de acciones

Este derecho, en la totalidad de los casos, es un derecho que otorgan los estatutos sociales ya que la ley no lo regula. El derecho de preferencia en venta de acciones, o derecho del tanto como es llamado por la doctrina, consiste en el pacto que celebran los socios o algunos de ellos, para otorgarse mutuamente un derecho de prioridad y preferencia para el caso de venta de acciones. Los estatutos sociales, en tanto que son las cláusulas de un contrato expresan y manifiestan el acuerdo de voluntades de los socios, de tal forma que este derecho del tanto es una facultad derivada del derecho de disposición propio del dueño de las acciones, mas que un derecho derivado del status de socio.

El derecho del tanto, como señalamos, es una de las formas en que el dueño de la acción puede disponer de la misma, otorgando a otra persona un derecho preferente para adquirirla en virtud de un contrato o de una declaración unilateral de voluntad. Por ser un acto unipersonal de disposición, el derecho del tanto puede ser otorgado válidamente a

cualquier persona, sea o no socio, aunque debemos de tomar en cuenta que si se encuentra en estatutos, todos los socios contractualmente ya sea por acuerdo expreso o por adhesión se otorgan mutuamente el derecho del tanto, por lo que si alguno de ellos otorgara este derecho a una persona ajena sería, en todo caso, prioritario el derecho consagrado en los estatutos sociales por haber adquirido el socio que lo otorga la obligación correlativa desde el momento mismo de la adquisición de las acciones.

Mantilla Molina²³ establece con razón, que el Artículo 130 de la LGSM "señala el máximo de restricciones que pueden establecerse a la circulación de las acciones", y este artículo nos habla técnicamente de la posibilidad de pactar en los estatutos sociales el que "la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración", el cual "podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado". Ciertamente es que el derecho del tanto limita la circulación de las acciones, lo cual podría considerarse incongruente con la esencia misma de la sociedad anónima, pero no es así. El derecho del tanto limita pero no extingue la circulación de las acciones, ya que este derecho sólo otorga una opción para que otro socio o algún tercero en su caso, adquiera preferente y prioritariamente las acciones, pero no puede prohibir su enajenación.

Si bien la ley sólo faculta a la sociedad para exigir una autorización del Consejo de Administración para la transmisión de las acciones, y esto tomando en cuenta las características del posible adquirente, no prohíbe el que los accionistas entre sí se otorguen recíprocamente el derecho del tanto; es un acto de disposición individual y no un derecho que se derive del status del socio.

²³ MANTILLA MOLINA, Roberto L., "Derecho Mercantil", Quinta edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1961, p. 364.

Hemos señalado que el derecho del tanto es consecuencia de la facultad de disposición que como dueño de las acciones tiene el socio. Ahora bien, ¿cuándo es oponible a terceros el acuerdo estatutario que lo establece? la respuesta parece sencilla, indudablemente los estatutos sociales sólo pueden ser oponibles cuando se encuentran inscritos en el Registro Público de Comercio, y en tal caso, la adquisición que el tercero realice violando el derecho del tanto de alguno de los socios podría anularse. Pero, ¿si los estatutos, en la parte relativa al acuerdo entre socios que crea este derecho, no se encuentran inscritos pueden ser oponibles? es claro que no podemos hablar de oposición pero sí de prioridad, es decir, los socios afectados no podrán nulificar la venta a un tercero de buena fe pero si, por ser titulares de un derecho anterior al del comprador, exigir del vendedor el pago de daños y perjuicios. Lo mismo sucede cuando el derecho del tanto se otorga entre socios o a terceras personas en documentos aparte de los estatutos sociales.

h) Obtención de acciones de goce

Rodríguez y Rodríguez señala como uno de los derechos patrimoniales accesorios, el derecho a obtener acciones de goce. Por simple método, nos dedicaremos a estudiar este derecho más adelante cuando hablemos de las clases y categorías de acciones, refiriéndonos concretamente a las acciones de goce.

i) Derechos de Consecución o Corporativos

Los derechos de consecución, también llamados corporativos, son los "instrumentos que la ley o los estatutos conceden a los accionistas para que mediante la utilización de los mismos pueda garantizarse la consecución de los derechos de carácter patrimonial".²⁴

²⁴ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", op. cit., p.104

El Derecho de Voto.- Aunque Rodríguez y Rodríguez siga en su clasificación un orden diverso, consideramos conveniente comenzar el estudio de los derechos de consecución o corporativos de los accionistas con el derecho de voto, el cual es, indudablemente, el más importante del que resulta ser el actor principal para este trabajo.

Mediante el ejercicio del derecho de voto se forma la voluntad colectiva o voluntad de la sociedad, este derecho está ligado cualitativamente con el status de socio en tanto que sólo los socios o sus legítimos representantes pueden ejercerlo. Este derecho es intransferible y esta relacionado cuantitativamente con el número de acciones de las que cada socio sea titular. El artículo 113 de la LGSM establece que "cada acción sólo tendrá derecho a un voto" y por tanto el socio tiene el número de votos que en razón del número de sus acciones le corresponda. De lo anterior se desprende que en nuestro derecho de sociedades en general no hay acciones de voto plural, pero tampoco acciones sin voto.

El voto en derecho mexicano puede válidamente limitarse (Artículo 113 primer párrafo de la LGSM). Es un error común el considerar que el voto corresponde a la acción, error que se desprende de una interpretación literal del Artículo 113 citado. El voto es, ante todo, una manifestación de la voluntad del accionista, una declaración unilateral de voluntad expresada en una asamblea. Por eso el derecho de voto no corresponde a la acción sino a su titular, al socio, pero por tratarse de una sociedad de capitales, el derecho de voto es calculado conforme a la participación que el socio tiene en el capital social.

El derecho de voto tiene una estrecha relación con el derecho de los accionistas a participar en las asambleas. Como ya indicamos, el derecho de voto puede limitarse por normas estatutarias a la participación de cierto número de acciones únicamente en las asambleas extraordinarias que se reúnan para deliberar sobre la prórroga, disolución anticipada, cambio de objeto social o nacionalidad, transformación o fusión (Artículos 113 y 182 de la LGSM).

El voto es un acto jurídico y por tanto está sujeto a las normas que a todo acto jurídico son aplicables, consentimiento y objeto son sus requisitos de existencia y capacidad, ausencia de vicios en el consentimiento; objeto, motivo o fin lícito y forma lo son de validez. A este respecto se aplican supletoriamente las normas de derecho común.

El voto es siempre una declaración unilateral de voluntad, pero con características especiales, ya que el concurso de estas voluntades individuales y dispersas crea la voluntad social y colectiva. No hay acuerdo de voluntades en las resoluciones de una asamblea de accionistas, existe sólo un grupo de voluntades dispersas que se dirigen al mismo punto, y por ese fin que pretenden alcanzar se funden en una sola voluntad colegiada, la voluntad de la asamblea que es la expresión de la voluntad social.

El derecho de voto es un derecho personal e indisponible y por tanto no se puede transmitir ni renunciar a él, pero también es un derecho potestativo, el socio tiene la posibilidad de ejercerlo o no.

Existen opiniones doctrinarias con respecto al voto divergente. La posibilidad de que el titular de dos o más acciones vote unas en un sentido y otras en otro, es admitida por la mayoría de los autores. Consideramos correcta esa opinión, pero también nos parece poco práctica, ya que el dueño de una acción siempre actuará por un interés individual y único, que no puede dividirse en partes, por lo que se debe de estar fuera de sí o influenciado por presiones ajenas al accionista, para que éste vote sus acciones en sentido diferente. No sucede esto con los representantes de varios accionistas, quienes en cumplimiento de los diversos mandatos que les fueron conferidos pueden votar cada

grupo de acciones en sentidos diversos, de conformidad con las instrucciones que hayan recibido de cada uno de los mandantes. Puede darse el caso de la representación indirecta, es decir, que un accionista obre a nombre propio pero por cuenta ajena, en este caso podríamos encontrarnos con votos divergentes que, como ya hemos señalado son válidos, pero en el fondo son dos voluntades diferentes las que se manifiestan y no una sola.

La ley determina una limitación especial al derecho de voto. El Artículo 196 de la LGSM impone la obligación a los accionistas de abstenerse de votar cuando son, al mismo tiempo, contraparte de la sociedad. "El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad deberá abstenerse de toda deliberación relativa a dicha operación". El interés de la sociedad siempre tendrá un carácter pecuniario. Por su parte el interés del accionista puede tener naturaleza diversa, pero, si éste es contrario al interés de la sociedad sea cual fuere su naturaleza, será aplicable el Artículo 196 y el accionista que hubiese votado en esas circunstancias puede ser responsable de daños y perjuicios. Debemos aclarar que en este caso el socio responde por el resultado que perjudica o daña a la sociedad, no por el voto. Debe existir una relación de causa-efecto entre el voto y el resultado contrario al interés de la sociedad. A pesar de lo anterior, el voto expresado en contravención a lo dispuesto por el artículo 196 no es anulable.

Existe otra limitación legal del derecho de voto a ésta se refiere el Artículo 197 de la LGSM 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 contravenirse esta disposición, la resolución será nula cuando sin el voto del administrador o comisario no se habría logrado la mayoría requerida"

Hay quienes discuten si por administradores debemos entender que se incluye a los gerentes y apoderados generales, sin embargo es claro que la ley se refiere únicamente a los miembros del Consejo de Administración o al Administrador Único, en su caso, ya que son los encargados de elaborar y presentar a la asamblea el informe a que se refiere el Artículo 172 de la LGSM. Probablemente los gerentes generales y apoderados de la sociedad tengan, cuando son accionistas, la obligación de abstenerse de votar, pero esta obligación no se desprende del artículo 197 sino del 196 ya que la responsabilidad de una buena administración puede recaer en un gerente o apoderado general y si es éste el objeto de la deliberación, el gerente o apoderado debe de abstenerse de votar por tener un interés contrario al de la sociedad, por lo que no creemos que sea correcta la interpretación de Rodríguez y Rodríguez²⁵ en la que afirma que los gerentes y apoderados que sean accionistas, deben de abstenerse de votar en las resoluciones sobre la aprobación del informe del Consejo de Administración.

En caso de que la sociedad adquiriera sus propias acciones por adjudicación judicial en virtud del pago que un deudor haga a la sociedad de créditos a su favor (Artículo 134 de la LGSM), dichas acciones no podrán ser votadas en tanto sean propiedad de la sociedad. En este caso el derecho de voto se ve, más que limitado, suspendido.

Como ya señalamos con anterioridad, el voto, en cuanto que es un acto jurídico, puede nacer con alguno de los vicios de la voluntad y en tal caso se vería afectado de nulidad relativa, lo cual lo haría susceptible de ser anulado por cualquier persona con

²⁵ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles", op. cit., Tomo I, p. 457

interés directo, tal y como lo dispone el derecho común en los artículos 1812, 1859 y siguientes, 2228, 2230, 2233, y 2236 del Código Civil para el Distrito Federal.

Guarda una estrecha relación con el derecho de voto el derecho de participación en la asamblea que tienen los accionistas. No puede sostenerse que la limitación del derecho de voto, o la exclusión de éste en los casos específicos señalados párrafos arriba, implique la exclusión del derecho de asistencia a la asamblea de accionistas. Al contrario, si alguno de los accionistas tuviere un interés contrario al de la sociedad o fuere administrador o comisario y sus gestiones vayan a ser revisadas tiene todo el derecho, e incluso la obligación, de asistir a la asamblea de accionistas con voz para explicar las circunstancias del caso, o bien para presentar los informes a los que en razón de su cargo se encuentra obligado, y la asamblea, si así lo considera necesario, puede solicitarle el que amplíe la información que presenta para su aprobación.

La abstención del voto en última instancia se equipara a un voto en sentido negativo toda vez que, para que la asamblea pueda tomar una determinada resolución, debe ser expresado el voto favorable de las acciones que integren la mayoría que se requiera en cada uno de los asuntos a tratar. Sin embargo, en caso de abstención el accionista carece de los derechos de oposición y separación que le otorga el Artículo 206 de la LGSM, lo cual no sucede en aquellos casos en que se dé el voto en sentido negativo.

b) El Derecho de Convocatoria

Para que los accionistas puedan acudir a una asamblea deben de ser convocados, es decir llamados, por los administradores o los comisarios en la forma y términos a que se refieren los artículos 183, 186 y 187 de la LGSM y con los requisitos especiales que fijen los estatutos, en virtud de que la asamblea no es un órgano permanente. La realización de la convocatoria es un requisito esencial sin el cual serán nulas tanto las resoluciones de la asamblea como la propia asamblea (Artículo 188 de la LGSM). El propio Artículo 188 de la

ley establece la excepción al requisito de la convocatoria previa, y ésta es la llamada asamblea totalitaria.

La convocatoria debe de ser hecha por el Consejo de Administración o en su caso, por el Administrador Único; si la administración estuviere a cargo de un Consejo, éste deberá de sesionar previamente, por tratarse de un órgano colegiado.

Las reglas generales a las que hasta ahora nos hemos referido tienen algunas excepciones en virtud de las cuales pueden convocar a asamblea:

- I. Los comisarios, cuando faltaren los administradores (Artículo 183 de la LGSM), o cuando lo juzguen conveniente (Artículo 166 fracción VI de la LGSM).

- II. La autoridad judicial cuando: i) faltare la totalidad de los comisarios y los administradores no hicieren la convocatoria en el término de tres días, previa petición de cualquier accionista; ii) los administradores o comisarios no hicieren la convocatoria en el término de quince días a petición de los accionistas que representen el 33% del capital social para tratar los asuntos por dichos accionistas indicados; y iii) los administradores o comisarios no convocaran dentro del término de quince días a petición de un solo accionista, siempre y cuando no se haya celebrado ninguna asamblea anual ordinaria durante dos ejercicios consecutivos o en caso de haberse celebrado, no se hubiere ocupado de los asuntos a que se refiere el artículo 181 de la LGSM. En este último supuesto, la ley exige el depósito de las acciones ante Notario Público o Institución de Crédito hasta finalizar el proceso (Artículo 205 de la LGSM).

Encontramos así que el derecho que tienen los accionistas para pedir que se convoque a una asamblea es un derecho limitado y sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos. En primer lugar el o los accionistas que pretendan que se convoque a una asamblea deben de ser titulares, en conjunto, del 33% o más de la totalidad de acciones en circulación, en cuyo caso pueden pedir que se convoque a cualquier clase de asamblea para tratar cualquier asunto que les sea de interés. En segundo lugar, este derecho corresponde a todo titular de una sola acción sólo en caso de que no se haya celebrado asamblea alguna durante dos ejercicios consecutivos o bien, de haberse celebrado, no hubiera tratado los asuntos propios de las asambleas anuales. En este último caso existen diferencias doctrinarias, al respecto Vázquez del Mercado²⁶ considera que el derecho del accionista titular de una sola acción para solicitar se convoque a una asamblea le asiste también para el caso de asambleas extraordinarias. Consideramos poco fundada esta opinión toda vez que la ley no confiere expresamente tal derecho, aunque nada impide que los estatutos lo hagan.

Como todo derecho, éste tiene como contrapartida la obligación de hacer por parte de los administradores o los comisarios y éstos son responsables de los daños y perjuicios que causen a los accionistas por el incumplimiento de su obligación de convocar a una asamblea (Artículo 2027 del Código Civil para el Distrito Federal).

c) Derecho a Participar en la redacción del Orden del Día

Este derecho, al igual que el de convocatoria, se encuentra generalmente limitado a aquellos accionistas que en conjunto representen el 33% o más del capital social. El Orden del Día consiste en la lista de asuntos que habrán de discutirse y votarse en la asamblea, por lo general en el orden enlistados.

La asamblea debe limitarse a tratar únicamente los asuntos contenidos en el Orden del Día ya que si se trataran otros, los socios que no asistieron o los que objetaron

²⁶ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, "Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles", Editorial Porrúa, S.A., Tercera edición, p.52

la adición de algún asunto al Orden del Día, tendrían derecho para demandar la nulidad de los acuerdos tomados en asuntos no contenidos en el Orden del Día, de no ser así, los accionistas ausentes quedarían en estado de indefensión. Sólo los acuerdos relativos a la aprobación del balance, nombramiento de administradores y comisarios y la determinación de los emolumentos que les correspondan pueden ser discutidos y tomados válidamente sin que hayan sido enumerados en el Orden del Día, en virtud de lo establecido en el Artículo 181 de la LGSM, pero únicamente en caso de que en la convocatoria se haya hecho mención expresa de que se trata de una Asamblea General Anual Ordinaria.

Este derecho, como ya hemos mencionado, corresponde sólo a aquellos accionistas que lleguen a reunir en conjunto el 33% o más del capital social, y su fundamento se encuentra en el primer párrafo del Artículo 184 de la LGSM.

d) Derecho de Representación

Como lo establece la LGSM en su artículo 192, el derecho de participación y voto en las asambleas puede ejercitarse a través de representante o apoderado, aunque el texto legal habla de "mandatario". Este término es técnicamente incorrecto ya que no en todos los casos podemos hablar de mandato propiamente dicho, toda vez que éste es un contrato.

La representación:

"es el medio que determina la ley o de que dispone una persona capaz, para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz"²⁷

²⁷ GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Editorial Cajica, Quinta edición, México 1980, p. 336

Una sola persona puede representar a diversos accionistas, caso en el cual se establecerán vínculos jurídicos diversos entre el representante y los accionistas, y deberá actuar en forma diferente en cada caso, de conformidad con la instrucción que hubiere recibido de cada uno de sus representados con absoluta independencia entre sí.

La representación de los accionistas en la asamblea puede no cumplir con todos los requisitos formales que para el mandato establece el Código Civil para el Distrito Federal (Artículo 2555), toda vez que la LGSM en su Artículo 192 establece que se estará a lo que indiquen los estatutos y a falta de estipulación, la representación se conferirá por escrito. Es costumbre mercantil el que la representación se otorgue por simple carta poder firmada ante dos testigos.

El representante puede ser o no accionista, pero en ningún caso puede ser administrador ni comisario (Artículo 192 de la LGSM).

e) Derecho de aplazamiento de los acuerdos

El Artículo 199 de la LGSM establece que puede suspenderse la votación cuando el 33% o más de las acciones representadas en una asamblea soliciten su aplazamiento. Este derecho se encuentra limitado a una sola vez para el mismo asunto y la norma citada dispone que la nueva reunión se deberá celebrar dentro de tres días y sin necesidad de nueva convocatoria. Esto último se debe a que se trata de una sola asamblea celebrada en dos reuniones, y continuará a partir del asunto cuya resolución se aplazó, con el mismo Orden del Día y las mismas acciones representadas.

Este derecho se ve muy relacionado con el que tienen los socios para disponer de la información necesaria para tomar resoluciones debidamente fundadas. Tan es así que el precepto legal parece limitar este derecho a los asuntos en que los accionistas no se encuentren suficientemente informados; aunque consideramos que también pueden ser aplazadas las asambleas por falta de tiempo, caso fortuito o fuerza mayor.

- f) Derechos de aprobación del balance, de determinación de honorarios a administradores y comisarios y de aprobación de la gestión de los mismos.

Otros de los derechos de consecución o de administración que Rodríguez y Rodríguez menciona en su clasificación, son los de aprobación del balance, de determinación de honorarios a administradores y comisarios y de aprobación de la gestión de los mismos. Estos derechos guardan una íntima relación con el derecho de voto por medio del cual se configura la voluntad social.

- g) Derecho de impugnación de los acuerdos sociales

Puede ser impugnado el acto jurídico que se configure con una nulidad, ya absoluta o ya relativa, es decir, que tenga un nacimiento viciado por falta de elementos de validez (capacidad, forma, ausencia de vicios en la voluntad y objeto, fin o motivo lícito).

La parte activa de la impugnación serán los accionistas, ya en conjunto o bien en lo individual. Un medio para la impugnación de las deliberaciones en forma conjunta es el derecho de oposición que la ley confiere a los accionistas que votaron en contra o no asistieron a la asamblea (Artículo 201 de la LGSM). Desde nuestro punto de vista, aquellos accionistas que adquieren las acciones con posterioridad a la asamblea no están legitimados para oponerse a los acuerdos de la misma, sin embargo pueden solicitar que se declare la nulidad de éstos como cualquier tercero interesado en los términos del Código Civil para el Distrito Federal.

Los efectos que produce una resolución legalmente adoptada por los accionistas los obliga a todos, incluyendo a los ausentes o disidentes, salvo este derecho de oposición que concede el Artículo 201 de la LGSM a los accionistas que representen el 33% del capital social cuando:

1. La demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea correspondiente;
2. Los accionistas opositores sean ausentes o disidentes;
3. La demanda señale la cláusula o artículo de los estatutos o el precepto legal que fue violado, y el concepto de la violación.

Este derecho tiene como excepción las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o comisarios, contra las cuales no procede la oposición.

Se entiende que la oposición se ejercita contra resoluciones que en su contenido violan un precepto legal o estatutario. Este derecho de oposición es distinto, aunque paralelo, a la acción de nulidad con que cuenta cualquier accionista, un acreedor de la sociedad o los órganos de ésta, para pedir la nulidad de los acuerdos de la asamblea.

Rodríguez y Rodríguez opina en sentido diverso y señala que cuando los acuerdos adolecen de nulidad (absoluta) la acción puede ser ejercitada por cualquier accionista o interesado, y cuando, adolecen de impugnabilidad (nulidad relativa) la acción corresponde al grupo de accionistas que representa el 33% del capital social, prescribiendo en 15 días.

La ejecución de las resoluciones que se impugnen puede ser suspendida por el juez, siempre y cuando los opositores la soliciten y den fianza que garantice los daños y perjuicios que se puedan efectuar por no ejecutarse el acuerdo impugnado (Artículo 202 de la LGSM).

La sentencia que declare fundada o infundada la oposición surtirá efectos frente a todos los socios y será una respecto a todas las oposiciones contra la misma resolución,

cuando se declare fundada la oposición los efectos del acto se destruyen retroactivamente.

La Asamblea General de Accionistas no tiene facultad para anular una resolución a través de otra posterior que subsane el vicio con efectos retroactivos. Corresponde a la autoridad judicial el declarar la resolución como nula para que los efectos de ésta se retrotraigan. La asamblea solamente podrá cambiar la resolución nula por otra posterior que no lo sea, pero los efectos de la primera no desaparecen.

h) Derecho de suspender la ejecución de los acuerdos sociales.

Este derecho ya fue mencionado al tratar el inciso g) anterior, por lo que pasaremos al estudio de las obligaciones de los accionistas.

3.1.2 LAS OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS

La principal obligación de los socios de la sociedad anónima, que deriva tanto de la ley como del contrato social, consiste en la aportación que cada uno de los mismos debe de efectuar a la sociedad para la formación del capital social, y queda obligado para con la sociedad hasta que no la haya realizado íntegramente. El monto de dicha aportación es el límite de la obligación del socio frente a la sociedad y sólo hasta ese límite responde por la insolvencia de la misma. Esta obligación ha sido garantizada por nuestro derecho a través de diversas disposiciones legales para la protección de los acreedores y para asegurar la existencia real de dicho capital.

Cabe señalar que el incumplimiento del pago de las aportaciones concede a la sociedad el derecho para excluir al socio moroso (artículos 118, 119, 120 y siguientes de la LGSM).

La aportación con la que está obligado a contribuir el socio puede consistir en la entrega de numerario, es decir, en moneda de curso legal, o bien en especie, entendiéndose por especie bienes distintos del numerario, tales como muebles, inmuebles, derechos de autor, patentes, etc.

El pago puede cubrir la totalidad de la aportación a que obligó el accionista, o una parte de ella únicamente. La ley establece que, tratándose de la aportación inicial en la sociedad anónima, se deberá por lo menos exhibir el 20% en dinero, del valor de cada acción pagadera (Artículo 89 fracción III de la LGSM) y se deberá exhibir el valor total de cada acción que se pague con bienes distintos del numerario (Artículo 89 fracción IV de la LGSM)

El tiempo de pago de la aportación se determinará en los estatutos sociales o en el texto del título de las acciones, o bien por la asamblea que acuerde el aumento de capital, en su caso.

Para Rodríguez y Rodríguez existen en nuestro derecho, además la obligación de subordinación al principio mayoritario y la obligación de lealtad. Considera que la primera consiste en la obligación jurídica que contrae el socio de acatar los acuerdos válidamente adoptados por la mayoría en Asamblea de Accionistas; la segunda de las obligaciones mencionadas consiste en la conducta leal que debe guardar el socio para con la sociedad, buscando armonizar sus intereses personales, con los del conjunto de socios que integran el objeto y fin social.

La primera de las obligaciones secundarias que indica Rodríguez y Rodríguez se encuentra prevista en el Artículo 200 de la LGSM: "Art.- Las resoluciones legalmente

adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias aún para los ausentes y disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta ley”

El Artículo 196 da la misma ley, por su parte, establece la segunda de las obligaciones aludidas: "Artículo 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". Según el propio artículo, el accionista que contravenga dicha 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.

CAPITULO 4. LAS CLASES DE ACCIONES

4.1 DEFINICIÓN

En principio, podemos decir que “la acción es el documento que emiten las Sociedades Anónimas como fracción de su capital social, y que incorpora los derechos de su titular (el accionista), atribuyéndole la calidad o status de socios”²⁸

En opinión de Mantilla Molina, la acción se considera generalmente como un título valor, es decir: “un documento necesario para ejercitar el derecho literal que en él se consigna” y por ello le son aplicables las disposiciones relativas a tales títulos en lo que sean compatibles con su naturaleza y no esté expresamente modificado por la LGSM. Sin embargo, hay una discusión doctrinal sobre si de fondo las acciones son o no títulos valor; al respecto, estimamos que sí se trata de títulos valor, ya que así lo dispone la Ley, aunque sus características difieran, sobre todo en cuanto a causalidad se refiere, de los demás títulos valor. El mismo autor refiere de manera clara y muy útil que las acciones confieren a sus tenedores derechos corporativos y derechos pecuniarios.²⁹

En nuestra opinión, una explicación sobre las acciones de sociedades, es la que contiene el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., de la cual nos permitimos derivar tres aspectos de la definición: (i) las acciones como parte alícuota del capital social; (ii) las acciones como títulos de crédito; y (iii) las acciones como conjunto de derechos y obligaciones.

La tercera acepción consideramos que merece especial comentario. Si las acciones fueran única y exclusivamente títulos valor, que incorporan derechos, entonces cuando un accionista no tuviera sus títulos por no haberse emitido (para lo cual la administración tiene un plazo de un año en términos de Ley) quedaría a merced de aquellos que si los tuvieran.

²⁸ PEREZ NIETO, OCTAVIO y otros. Op. Cit. p. 285.

²⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto L. Op. Cit. p. 224. “los derechos de contenido patrimonial son esencialmente dos: a) derecho a participar en el reparto de utilidades, y b) derecho de obtener la entrega de una parte del patrimonio de la sociedad, al disolverse ésta. Los derechos de carácter corporativo ... pueden agruparse en dos clases: a) poder para integrar los órganos sociales, y b) derecho a obtener de algunos órganos sociales la realización de actos que permitan o faciliten el ejercicio de otros derechos del socio.”

Por eso y en pro de un criterio de equidad, es necesario considerar que el accionista tiene sus derechos corporativos protegidos, a salvo de probables abusos de accionistas – administradores que pretendieran tomar ventaja de él de lo cual, nos permitimos citar el siguiente criterio sustentado ante los tribunales colegiados y que nos ayuda a ilustrar la trascendencia de la tutela de los derechos corporativos:

“SOCIEDADES, VALIDEZ DE LAS ASAMBLEAS, AUN CUANDO NO SE HAYAN EXPEDIDO LOS TITULOS DE LAS ACCIONES DE LAS”

Si el quejoso planteó la falta de personalidad de los accionistas que celebraron la asamblea impugnada, porque en ningún momento acreditaron su personalidad como tales, puesto que no tenían en su poder las acciones correspondientes, ni el libro de registro de accionistas, cabe decir que la falta de expedición de títulos de una Sociedad por los administradores, no puede implicar la imposibilidad para celebrar las asambleas de accionistas, ni la nulidad de las mismas, pues, de ser así, la no expedición de los títulos de las acciones haría imposible la celebración de la asamblea y consecuentemente el ejercicio de los derechos que a los socios corresponda, porque constituida una Sociedad quedaría al arbitrio de los administradores al no expedir los títulos, la celebración de las asambleas.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 24/89.- Román Hernández Acevedo.- 16 de febrero de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo.- Secretario: Cuauhtémoc González Álvarez.”

4.1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ACCIÓN SOCIETARIA.

A este respecto Nicola Gasperoni comenta:

"La investigación histórica ha demostrado que la palabra acción, que se encuentra mencionada ya en antiguos documentos del siglo XV, fue usada por primera vez en Holanda en los albores del siglo XVI, con el significado de fracción del capital social, por las grandes compañías creadas para la conquista y aprovechamiento de las colonias de ultramar".

Continúa su exposición Gasperoni relacionando a las acciones con la sociedad anónima:

"El origen de la sociedad anónima está ligado a el origen de las acciones, puesto que parece claro que no se llegó a tener el concepto de una sociedad con responsabilidad limitada para todos los socios mas que por medio de la constitución del capital social mediante partes del mismo independientes entre sí. Por otra parte, la génesis histórica y lógica de la acción va unida a aquellos empréstitos que las ciudades italianas solían hacer ya en el siglo XV, para atender con los fondos así reunidos a las necesidades públicas, y que el Estado garantizaba concediendo la exacción privilegiada de los impuestos. Las sumas obtenidas mediante esos empréstitos entraban a formar parte de una caja única, y figuraban inscritas en un registro público, y se fraccionaban en un cierto número de cuotas iguales. A petición de los interesados se emitían certificados de las inscripciones en el libro, y billetes cambiarios, que demostraban el derecho a los beneficios. Tales certificados y tales billetes eran simples documentos probatorios, o sea, constituían una prueba del derecho a percibir los beneficios correspondientes al empréstito, que, sin embargo, podían percibirse también sin esos documentos, pues era suficiente la anotación hecha en aquel libro cambiario".

4.1.2 TRES ACEPCIONES DE LA ACCION SOCIETARIA.

La doctrina mexicana encuentra en la acción, características diversas de acuerdo con las tres acepciones que sirven de base para su estudio: a) como parte del capital social; b) como título valor y c) como conjunto de derechos y obligaciones de los socios.

a) La acción como parte del capital social.

El capital social se integra por la suma de las aportaciones en efectivo o en especie que realizan los socios. Como contraprestación a dichas aportaciones, la sociedad emite en favor del socio acciones que amparan una parte del capital social equivalente al valor de sus aportaciones. Es por lo anterior que en las sociedades anónimas el capital social se divide en acciones (artículo 111 de la LGSM) las cuales son representadas por títulos que sirven para acreditar y transmitir los derechos del socio. "Ante todo, la acción representa una fracción del capital social..."³⁰

La acción representa una porción indiferenciada del capital, es decir, es una parte alícuota del mismo y por tanto todas las acciones deben de tener el mismo valor (artículo 112 de la LGSM). Sin embargo pueden existir diferencias considerables dependiendo del "valor" que tomemos en cuenta para hacer tal afirmación. Barrera Graf, entre otros, señala que debemos distinguir tres valores distintos de las acciones, siendo éstos su valor nominal, su valor real o contable y su valor de mercado o bursátil.³¹

El valor nominal de la acción es el precio en dinero expresado en el título que la ampare. Este precio está en estrecha relación con el monto de las aportaciones de los socios y el número de acciones emitidas, es decir, es el valor que se obtiene al dividir el capital social entre el número total de acciones, siempre y cuando la cantidad resultante se encuentre expresada en el título que ampare a la acción. Aunque el valor nominal de la acción constituye una expresión abstracta que no guarda relación alguna con el patrimonio de la sociedad, excepto en el momento de su constitución, sirve de referencia al valor real de la acción.

En contraposición a las acciones con valor nominal, nuestra legislación basada en el principio de que la sociedad responde con su patrimonio y no con su capital, autoriza la emisión de acciones sin valor nominal. Una característica esencial de tales acciones es la

³⁰ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, S.A. México 1985, Tomo I, p. 82.

³¹ BARRERA GRAF, Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1989, p.483

de representar siempre una parte alícuota del capital social mediante una determinación porcentual, sin que atienda a un monto determinado del capital, el cual puede ser aumentado o disminuido sin necesidad de alterar el número de las acciones, ya sea mediante emisión o cancelación.

En la Exposición de Motivos de la LGSM se hace una explicación respecto a la poca reglamentación que las acciones sin valor nominal tienen en nuestra legislación: "La Ley autoriza la emisión de acciones que no expresen valor nominal. No sé creyó indispensable reglamentar esa categoría de acciones, porque su existencia no obligaría a las sociedades sino a omitir en los títulos representativos de las acciones la indicación de lo que inicialmente hayan aportado los socios, y como es natural, el monto total de las aportaciones iniciales; pero sin que fuera de esa omisión se provoque ninguna otra modificación en cuanto a la organización y funcionamiento de la sociedad"

En los últimos años este tipo de acciones ha sido muy socorrido ya que da una gran libertad para las variaciones del capital sin necesidad de emitir o cancelar acciones.

Por lo que respecta al valor contable de la acción, éste, a diferencia del valor nominal, si guarda una estrecha relación con el patrimonio de la sociedad o valor real del capital social, ya que consiste en una parte proporcional de dicho patrimonio, esto es, "la suma de los bienes de su activo con deducción del monto de su pasivo, dividido entre el total de las acciones"³²

Al analizar el problema del valor real de la acción, el jurista mexicano Mario Herrera distingue dos momentos en la vida societaria, el de constitución y el comprendido entre ésta y la disolución de la sociedad.³³ Generalmente en el momento de la constitución el valor real y el valor nominal de la acción se equiparan. Al respecto el artículo 115 de la LGSM establece que "se prohíbe a las sociedades anónimas emitir acciones por una suma menor de su valor nominal", con lo cual el legislador pretende que el monto expresado en el título corresponda al valor de la aportación realizada o por lo menos no lo supere. De tal suerte que al establecer el legislador un valor con sustento en las aportaciones

³² BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., p.484

³³ HERRERA, Mario, "Acciones de Sociedades Industriales y Comerciales", Edición particular, México 1965, p.11

efectivamente realizadas crea certeza en los accionistas y terceras personas respecto del patrimonio mínimo de la sociedad en el momento de la constitución así como la efectiva integración del capital social. No obstante la generalidad de los casos en los que el valor nominal y el valor real se equiparan en el momento de la constitución, debemos considerar aquellos en los que el valor de la aportación es superior al valor nominal de la acción. En este caso estamos en presencia de lo que la doctrina ha llamado prima de acciones, entendiendo como tal al "desembolso suplementario que los suscriptores de las acciones deban realizar por encima del valor nominal de los títulos"³⁴. La LGSM era omisa con respecto a la posibilidad de emitir acciones con una prima aunque resultaba factible por la interpretación a contrario sensu del artículo 115 de la LGSM. Con la reforma al artículo 116 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1981, el legislador hace latente la posibilidad por parte de la sociedad de cobrar a los suscriptores de acciones una prima por encima de su valor nominal y formar con las mismas un fondo en beneficio de todos los accionistas.

De acuerdo con lo establecido, concluimos que es posible que incluso en el acto de la constitución las acciones tengan valores nominal y real diferentes, ya que el patrimonio puede ser superior al capital social aunque nunca inferior en dicho momento de la constitución.

Por lo que hace al momento comprendido entre la constitución y la disolución de la sociedad encontramos que el tráfico mercantil así como otras eventualidades pueden aumentar o disminuir el patrimonio social, ya sea que existan pérdidas o utilidades en las operaciones de la sociedad, con lo cual el monto del capital social perderá la equivalencia original que tuvo con el patrimonio y por tanto se convertirá únicamente en un punto de referencia abstracto que indique el monto de las aportaciones de los socios y su participación en el haber social.

El método de valuación que toma en cuenta el precio de mercado concede un valor de acuerdo con las cotizaciones de las acciones al negociarse en una bolsa de valores. Este valor conocido como bursátil o de mercado no guarda relación alguna con el

³⁴ URÍA, Rodrigo, "Derecho Mercantil", Quinta edición, Madrid 1946, p.203

valor nominal ni con el valor real o contable, depende más bien de los caprichos de la oferta y la demanda, del prestigio de la sociedad emisora, utilidades esperadas y salud económica de la misma.

Es así que la igualdad pecuniaria en el valor de las acciones prevista en el artículo 112 de la LGSM se refiere al valor nominal, el cual debe ser el mismo para todas las acciones o bien no expresar valor nominal alguno.

b) La Acción como Título Valor

El artículo 111 de la LGSM señala que "las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley". De conformidad con este artículo y atendiendo a una de las características esenciales de los títulos de crédito, es decir su circulación, resulta innegable que los títulos de acciones pueden ser considerados precisamente como títulos de crédito, toda vez que representan valores patrimoniales con libertad para circular en el tráfico mercantil. Por tratarse de partes alícuotas de una sociedad de capitales, las características personales del tenedor del título son irrelevantes y lo que en realidad importa es el valor pecuniario amparado por el título.

Aún más, el propio artículo 111 nos remite a las "disposiciones relativas a valores literales", lo cual relacionado con el artículo 5 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (LTOC) que define a los títulos de crédito "como los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna", podemos concluir que el legislador pretendió incluir a los títulos de las acciones dentro del concepto general de títulos de crédito.

Ahora bien, aunque el citado artículo 111 de la LGSM nos remite a las disposiciones relativas a valores literales para su aplicación a los títulos de acciones, la falta del requisito de literalidad que exige el artículo 5 de la LTOC hace cuestionable la naturaleza jurídica de la acción como título de crédito, toda vez que sobre el texto del título de acciones "se aplican las disposiciones relativas del contrato social, de tal manera que éstas, no sólo suplen deficiencias de aquél, sino que en caso de divergencia entre ambos documentos, predominan las estipulaciones del contrato"³⁵.

Para afirmar lo anterior debemos primero entender en qué consiste el requisito de literalidad citado. En el artículo 5 de la LTOC se habla del "derecho literal" consignado en el título como uno de los elementos sine qua non de la definición de título de crédito, por lo que la literalidad se convierte en un elemento substancial de todo título de crédito a semejanza de la incorporación y la legitimidad. Conforme al citado precepto, "la naturaleza, modalidades y alcance del derecho de crédito incorporado en el título se han de determinar exclusivamente por los términos literales consignados en su texto"³⁶.

Por lo general carece de importancia el negocio que dio origen al título, obviamente existe una causa concreta que da lugar a la emisión del título, ya que nadie se obliga sin tener un interés para ello, pero el título es ajeno a su causa ya que el interés del legislador fue dotarlo de la posibilidad de circular libremente mediante la protección al acreedor contra las excepciones que podrían derivarse de la causa. Como consecuencia lógica de lo anterior el tenedor del título no tiene más derechos que los expresados literalmente en el mismo.

Considerando el requisito de literalidad en los términos expuestos, podríamos pensar que la acción no es un título de crédito sino que únicamente comparte algunas de sus características ya que el titular de la acción no tiene únicamente los derechos literales expresados en el título, antes bien sus derechos de socio tienen la amplitud establecida en los estatutos sociales, independientemente de los que se encuentren expresados en el título. Al respecto Barrera Graf señala que no se aplica este requisito de igual forma a las distintas especies de títulos de crédito y considera que:

³⁵ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., p.485

³⁶ VIVANTE, César, "Trattato di Diritto Commerciale", Volumen III, p. 123

"Hay unos que incorporan propiamente derechos de crédito, en los que la literalidad opera plenamente, y se dice entonces que los documentos respectivos (letra, pagaré, cheque) son autónomos e independientes de la causa o del acto o negocio que les dé nacimiento, de manera que las excepciones derivadas de ésta son inoponibles a los terceros adquirentes de buena fe del título. En cambio, en los que incorporan derechos corporativos, ese requisito amengua, en cuanto que ellos siempre están vinculados, en mayor o menor medida, al negocio del que surgen..."³⁷

Por lo anterior, el requisito de literalidad se ve limitado o de alguna manera, disminuido en los títulos de las acciones, configurándose éstos como títulos causales, es decir, vinculados permanentemente al contrato social, por lo que no pueden incorporar más derechos que los establecidos en aquél e incluso los vicios y nulidades que lo afecten podrían afectar también a los títulos.

Por otra parte, la incorporación del derecho es también característica esencial del título de crédito, en tanto es el documento indispensable para ejercitar el derecho en él incorporado. El multicitado artículo 111 de la LGSM señala que los títulos de acciones servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos del socio pero no existe disposición alguna que los identifique como documentos indispensables para ejercitar los derechos del socio. En la práctica se puede probar la calidad de socio por algún otro medio, ya sea con la escritura constitutiva o mediante certificados de depósito que amparen parte de las acciones representadas por un título depositado en alguna institución de crédito, por dar algunos ejemplos. Por esto el título de acciones tampoco cumple plenamente con el requisito de incorporación que el artículo 5 de la LTOC establece para los títulos de crédito.

Con base en las consideraciones anteriores, podemos concluir, como gran parte de la doctrina lo ha hecho, que si bien él legislador pretendió darle a los títulos de acciones características similares a los títulos de crédito propiamente dichos, existen diferencias de

³⁷ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., p.485

importancia entre ambos que nos hacen clasificar a los títulos de acciones como títulos sui generis que en alguna medida participan de la naturaleza de los títulos de crédito pero que no se les equiparan. Son, parafraseando a Barrera Graf, "cuasi títulos de crédito" o mejor dicho "cuasi títulos valor" ya que las acciones no incorporan específicamente derechos crediticios.

c) La Acción como Conjunto de Derechos y Obligaciones de los Socios

En la doctrina se acostumbra atribuir a la acción la característica de "incorporación" ya que por lo general se tiende a confundir el concepto de acción con el concepto del título que lo representa. Esta confusión se da primordialmente al considerar a la acción como un título de crédito, sin distinguir que el título representa a la acción pero no es la acción misma. Históricamente, como ya lo señalamos, la palabra acción indica que el socio tiene acción, es decir, "tiene un derecho contra la sociedad, fundamentalmente el derecho a participar en los beneficios".³⁸

Como señalamos anteriormente, los derechos y obligaciones del accionista derivan de su calidad de socio y no del título de la acción como un documento del que deriven derechos y obligaciones. Las fuentes que determinan los derechos del socio son los estatutos sociales y las disposiciones legales aplicables, no el texto del título.

Para Joaquín Rodríguez y Rodríguez la acción es la expresión de la calidad de socio, de tal modo que:

"la acción es el derecho de participación del socio en la sociedad y, en definitiva, la expresión del conjunto de los derechos y obligaciones sociales que dependen de la participación en el capital".³⁹

³⁸ GARRIGUES, Joaquín, "Tratado de Derecho Mercantil", Revista de Derecho Mercantil, S. Aguirre, impresor, Madrid 1947, Tomo I, Volumen 2, p. 734

³⁹ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles", Quinta edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1977, Tomo I, p. 277

La acción, en tanto que representa una parte alícuota del haber social, viene a ser la unidad de valor en el ejercicio de los derechos otorgados por la sociedad al socio o accionista, así "la acción representa la unidad de influencia, de manera que cada acción atribuye derecho a un voto, derecho a una porción del dividendo, derecho a una cuota de liquidación, etc."⁴⁰

Para la doctrina resulta claro que la acción es la expresión abstracta del conjunto de derechos que en contraprestación por su aportación al capital social la sociedad otorga al socio y del conjunto de obligaciones derivadas de tal status. Es por ello que en última instancia la acción no es más que un conjunto de derechos y obligaciones que se expresan en un título valor, pero que mantienen su independencia respecto de éste.

Unificando en un solo término al conjunto de derechos que la sociedad otorga al socio, podemos hablar del derecho de acción societaria, y sobre su naturaleza Joaquín Garrigues hace la siguiente disertación:

"Descartamos como problema puramente constructivo el de la naturaleza del derecho de acción. Discuten los autores si se trata de un derecho de propiedad o de un derecho de crédito. En realidad no es ni una ni otra cosa. El derecho de acción implica el goce de una "posición jurídica" que no puede ser arbitrariamente violada. Para determinar la naturaleza de la relación entre el socio y la sociedad no debemos fijarnos en los efectos (derecho al dividendo, derecho a la cuota de liquidación, etc.), sino en la causa o presupuesto que explica todos esos efectos de diversa naturaleza jurídica. Se trata de una cualidad jurídico-personal, de contenido patrimonial; de un derecho abstracto que ramifica en una serie de derechos concretos".⁴¹

⁴⁰ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., p.278

⁴¹ GARRIGUES, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", Séptima edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1984, p.p. 452-453

4.2 DIVERSAS CLASES DE ACCIONES

Como lo hemos comentado, la acción es el conjunto de derechos que en contraprestación por su aportación la sociedad otorga al socio o accionista y el conjunto de obligaciones derivadas de tal status. Desde este punto de vista nos resulta claro que las diversas categorías (artículo 195 de la LGSM) y clases (artículo 112 de la LGSM) de acciones se configuran, parafraseando a Barrera Graf, "en función de los derechos que confieren a su titular"⁴². Pero nuestra LGSM reconoce el principio de igualdad de las acciones en su artículo 112 pero admite los pactos estatutarios como excepción a este principio:

"Art. 112.- Las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos. Sin embargo, en el contrato social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase..."

La admisión de tales disposiciones estatutarias se ven limitadas por lo establecido en el artículo 17 de la propia LGSM, en tanto que no puede excluirse a ningún socio de la participación en las ganancias. Así como a lo dispuesto por el artículo 113 de la LGSM.

En virtud de lo anterior, una sociedad anónima puede emitir distintas clases de acciones con derechos pecuniarios especiales para cada clase, pues se admite la posibilidad de acciones de categorías diferentes, entre las cuales no habrá igualdad pero solamente desde el punto de vista económico.

Resulta claro que las acciones pueden conferir diferentes derechos pecuniarios agrupándose en clases o categorías de acciones y parecería obvio que por su parte las acciones que integren "cada clase o categoría confirieren idénticos derechos entre sí; sin embargo esta conclusión no sería cierta del todo en caso de que las exhibiciones pagadas por las acciones de una misma clase o categoría fueren de diferente monto, en cuyo caso

⁴² BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., p.504

"la distribución de las utilidades y del capital social se hará en proporción al importe exhibido de las acciones" (artículo 117 de la LGSM). Así, dentro de la misma clase de acciones, tendría más derechos y por ende valdría más la acción íntegramente pagada que aquélla que adeuda parte de su valor nominal. Existen además otros casos en los que acciones de una misma clase tienen derechos distintos y están establecidos en los artículos 163 fracción IX, 196 y 201 fracción II de la LGSM. En general, estas últimas disposiciones limitan los derechos para oponerse a las resoluciones de las Asambleas de Accionistas a aquellas acciones que no fueron representadas en las propias Asambleas.

Aún más, en ocasiones, como bien indica Mantilla Molina "el derecho que confieren las acciones depende de que alcancen determinada proporción en el capital social", derechos éstos conocidos por la doctrina como "derechos de minoría"⁴³.

Hemos hablado de clases y categorías de acciones como sinónimos, sin embargo, existen criterios que las diferencian concediéndoles a las segundas el derecho de discutir en Asambleas Especiales las proposiciones que puedan perjudicar sus derechos (Artículo 195 de la LGSM).

La Exposición de Motivos de la LGSM dice:

"El Artículo 195 señala el objeto fundamental de las Asambleas Especiales: discutir aquellas proposiciones que puedan perjudicar los derechos de una categoría de accionistas".

Es decir, dicho artículo contiene una excepción al principio corporativo de las sociedades anónima sobre la obligatoriedad de los acuerdos de la Asamblea General aún para los ausentes y disidentes (artículo 200 de la LGSM), pues a contrario sensu, no será obligatorio un acuerdo de la Asamblea General que perjudique los derechos de una

⁴³ MANTILLA MOLINA, Roberto L., "Derecho Mercantil", op. cit., p.371

categoría de accionistas si no es previamente aprobado por una Asamblea Especial de Accionistas de dicha categoría de acciones.

A la Asamblea Especial le son aplicables las disposiciones relativas a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas en cuanto al quorum para instalación y votación de resoluciones.

Si no se cumpliera la hipótesis normativa contenida en el Artículo 195 de la LGSM, causándose un perjuicio jurídico efectivo a los accionistas de una categoría especial el acuerdo de la Asamblea General de Accionistas que resolviere la modificación a los derechos especiales estaría viciado de nulidad por violación de una disposición legal imperativa. Dicha nulidad sería relativa por ilicitud establecida por la Ley en los términos del Artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien, ¿qué entendemos por clase y qué por categoría de acciones? El Diccionario de la Real Academia Española⁴⁴ define a la palabra "Clase" como "el orden en que, con arreglo a determinadas condiciones o cualidades, se consideran comprendidas diferentes personas o cosas"; y a la palabra "Categoría" como la "cualidad atribuida a un objeto"⁴⁵. Podemos así encontrar, en una de las acepciones de estas palabras, similitudes de importancia en tanto que ambas atienden a las cualidades de un objeto, en este caso acciones con derechos diferentes a los que confiere la ley para las acciones comunes pero iguales entre sí.

Entonces, ¿qué pretendió el legislador al utilizar ambas palabras? La Exposición de Motivos de la LGSM dice:

"Por lo que hace a las acciones, el Artículo 111 se contrae a las que integran el capital social y los artículos 114, 136 fracción IV y 137 se refieren a dos categorías de acciones, las de trabajo y las de goce, que no son representativas de porciones del capital social".

⁴⁴ Real Academia Española. "Diccionario de la Lengua Española", Décimo novena edición, Madrid 1970, Editorial Espasa-Calpe, S.A., p. 308

⁴⁵ Real Academia Española, op. cit., p. 278

Interpretando literalmente este párrafo de la exposición de motivos de la LGSM podríamos llegar a concluir que una categoría de acciones sólo es reconocida por la Ley y una clase de acciones con derechos especiales depende únicamente de lo estipulado en el contrato social (artículo 112 de la LGSM). Aplicando este criterio las categorías de acciones serían únicamente las siguientes: a) acciones ordinarias (artículo 112); b) acciones de goce (artículo 137); acciones de trabajo (artículo 114); d) acciones de voto limitado (artículo 113); y e) bonos de fundador (artículo 105).

Si nuestra conclusión fuera la anterior, tendríamos por fuerza que aceptar que únicamente a las "categorías" de acciones explícitamente reguladas en la ley les corresponde el derecho de discutir en Asambleas Especiales las proposiciones que puedan perjudicar sus derechos, y no así a las "clases" que de conformidad con el segundo párrafo del artículo 112 de la LGSM son creadas con derechos especiales en virtud de un acuerdo estatutario.

Aunque tal conclusión tiene fundamentos interesantes, consideramos inequitativo el no conceder a las "clases" creadas por estatutos el derecho a defenderse de un acuerdo de la Asamblea General de Accionistas que pudiere modificar o bien suprimir los derechos especiales que justifican su existencia.

No cabe en este problema una interpretación exegética de la ley ya que sería evidentemente injusta y, aún más, no hay razón alguna para suponer que el legislador tuviera preferencia por las "categorías" explícitamente reglamentadas en la LGSM sobre aquellas "clases" creadas por acuerdo estatutario en virtud de necesidades históricas cambiantes, por lo que opinamos que en este caso, como en muchos otros, se debe interpretar buscando el sentido lógico de las palabras, a fin de dilucidar la finalidad de la ley o sea su ratio legis. Al respecto cabe transcribir en este punto la resolución adoptada por el Pleno del Tribunal Fiscal de la Federación el 12 de noviembre de 1945, que si bien no es aplicable en materia societaria, si nos aclara la legalidad, aplicabilidad y justicia del método de interpretación aquí propuesto:

"Debe recordarse al principio general en materia jurídica, que no se refiere únicamente al derecho fiscal, sino que abarca todo el campo del derecho, consistente en que el funcionario al cual está encomendada la aplicación de la norma, lo primero que debe hacer para cumplir su función, es captar el fin que persiguió el legislador en el momento en que dictó su decisión y para ello tiene que recurrir a las normas o reglas de interpretación que existan sobre el particular, a pesar de que la regla de que se trate sea de una aparente claridad de una diaphanidad indudable".

Gran parte de la doctrina clasifica a las acciones atendiendo a las características que ya sea de fondo o de forma las diferencian, y tenemos así que desde el punto de vista de su participación en el capital social podemos clasificar a las acciones como propias e impropias.

"Aunque la acción es parte del capital social, existen en la práctica y se encuentran regulados en la Ley General de Sociedades Mercantiles, algunos títulos de participación social que llevan la denominación de acciones, aunque en un sentido impropio, porque no representan una parte del capital social, lo que por definición es consubstancial con aquéllas. Por esto, las acciones consideradas desde el punto de vista de su calidad de partes del capital pueden dividirse, ante todo, en acciones propias e impropias".⁴⁶

Las únicas "acciones" impropias que nuestra ley contempla son las acciones de trabajo y las acciones de goce, y por no ser representativas del capital social las estudiaremos al final de esta clasificación junto con los bonos de fundador que, sin ser acciones, tienen algunas características comunes a éstas. Declaramos que la doctrina clasifica a las acciones atendiendo a las características que las diferencian entre si, y de esta forma nos habla de acciones con o sin valor nominal, acciones por pago en numerario

⁴⁶ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles", op. cit., p. 279

o por aportaciones en especie, acciones pagadoras o liberadas, acciones de tesorería o acciones no exhibidas, y acciones a la par o acciones con prima, Esta clasificación nos parece útil desde un punto de vista didáctico, pero en última instancia no diferencia diferentes clases de acciones, que es el objeto de toda clasificación, ya que todas las acciones con diferentes características (que no cualidades) que hemos enlistado confieren exactamente los mismos derechos. El objeto de este estudio es una clase especial de acciones, conocida como acciones preferentes, por lo que dejaremos a un lado el estudio de las acciones que conceden los mismos derechos y que difieren en la forma pero no en el fondo, como son todas las que hemos enlistado, y pasaremos a estudiar aquellas que si constituyen clases diferentes de acciones ya que amparan derechos especiales.

Esta postura se ve reforzada por el criterio que ya expusimos por el cual consideramos que en última instancia la acción es el conjunto de derechos y obligaciones de los socios, por lo que una clasificación que atienda al fondo debe de atender únicamente a los derechos que cada clase de acciones confieren.

Las acciones en virtud de los derechos que amparan y que se encuentran expresamente reguladas en la ley pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

- a) acciones ordinarias o comunes;
- b) acciones de voto limitado;
- c) acciones de trabajo;
- d) acciones de goce; y
- e) bonos de fundador.

4.2.1 Acciones Ordinarias o Comunes

Las acciones pueden distinguirse básicamente entre ordinarias y preferentes. Las acciones ordinarias "son aquellas que incorporan todos y cada uno de los derechos y obligaciones inherentes a la calidad de socio, en su mas absoluta plenitud", en tanto que

las acciones preferentes o privilegiadas "son aquéllas que otorgan determinadas prerrogativas a su tenedor a cambio de ciertas restricciones a su régimen de derechos".⁴⁷

Las acciones ordinarias o comunes otorgan derechos y obligaciones típicos o modelo de acuerdo con la ley, es decir, "atribuyen de un modo normal e igual los derechos de voto, dividendo y participación en la cuota de liquidación".⁴⁸ Para la creación de acciones comunes no es necesario un acuerdo o pacto estatutario en tanto que todas las acciones, salvo que lo contrario sea pactado, confieren iguales derechos. Si en los estatutos sociales no se indican expresamente los derechos que incorpora cada acción se aplicará lo estipulado por la ley a las acciones en general, que no han visto alterado su régimen de derechos y obligaciones, creando así la clase de acciones ordinarias o comunes.

Para saber qué derechos concretos son los que incorpora la acción ordinaria, basta con recordar lo estudiado en el Capítulo 3 de esta tesis, en el cual se analizan los derechos que "comúnmente" integran al derecho que para efectos de este trabajo hemos denominado de "acción societaria".

Siempre que en una sociedad se encuentran diversas clases de acciones, se presentan ciertas dudas con respecto a la forma en que ejercerán sus derechos comunes. Tal es el caso del ejercicio del derecho de opción. Indudablemente, la acción ordinaria incorpora el derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones que se emitan correspondientes a su propia clase o categoría, pero, ¿en caso de que se emitan acciones de clase especial tienen el mismo derecho? Como ya hemos visto el artículo 132 de la LGSM establece que los accionistas "tendrán derecho preferente en proporción al número de sus acciones para suscribir las que se emitan en caso de aumentó del capital social..." Algunos autores, como Mario Herrera, consideran que si se emiten acciones de clase especial las suscribirán únicamente los tenedores de acciones de esa misma clase; y si se emiten acciones ordinarias las suscribirán exclusivamente los titulares de acciones ordinarias. Pensamos que no existe razón alguna para afirmar esto si las limitantes al derecho de preferencia no se encuentran explícitamente estipuladas en los estatutos sociales, ya que se haría obligatorio el derecho a mantener una proporción constante en el

⁴⁷ HERRERA, Mario, op. cit., p. 74

⁴⁸ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles", op. cit., p. 329

capital social, en tanto que mediante sucesivos aumentos de capital podría diluirse la participación de cierta clase de acciones en el capital social. Estas situaciones deben, para evitar posibles conflictos futuros, regularse para evitar posibles conflictos futuros, regularse explícita y claramente en los estatutos sociales.

Mención especial debe de hacerse con respecto al derecho de voto en la acción ordinaria, toda vez que reviste un especial interés por constituir la diferencia fundamental entre las acciones de voto limitado y las acciones de goce, restringido en las primeras y con la posibilidad de ser eliminado en las segundas.

Por lo que hace al derecho al dividendo, no existe un régimen especial para las acciones ordinarias, aunque rige el principio de libertad estatutaria, por lo que, como bien dice Mario Herrera "los estatutos pueden consignar la existencia de diversas clases de acciones ordinarias, fijando específico régimen de dividendos a cada una de ellas a condición de que tal cosa no signifíquese otorgamiento de prerrogativas especiales en beneficio de una categoría y en detrimento de otra. Un régimen discriminatorio en el dividendo en beneficio de cierta categoría de acciones excedería el marco de las acciones ordinarias y significaría, en rigor, la creación de acciones preferentes, debiendo sujetarse en tal caso la emisión al régimen legal instaurado específicamente para las mismas". Continúa Herrera su exposición indicando que:

"es rigurosamente lícito crear diversas clases de acciones ordinarias con régimen no preferente en el dividendo, si no sujetando éste: a,) a especial época de liquidación de su importe de tal manera que una categoría posea del derecho al cobro por anualidades vencidas, otra por semestres vencidos, etc.; b) a especial régimen de acumulación de dividendos decretados de tal suerte que una categoría de acciones otorgue derecho al cobro inmediato del dividendo relativo; otra, a la acumulación de

dividendos decretados en diversos ejercicios a efecto de que el pago total se verifique en época futura cierta".⁴⁹

Concordamos en la apreciación que hace Mario Herrera, toda vez que en los casos por él enlistados no se ve alterado el derecho al dividendo otorgando prerrogativas especiales sino que únicamente se regula de manera especial la forma de ejercitar dicho derecho.

4.2.2 Acciones de Voto Limitado

Por regla general todos los socios o accionistas tienen el mismo interés en la consecución del objeto social, fórmula en que se basa el principio de igualdad entre las acciones, atendiendo a la participación de cada uno de los socios en el capital social y en la toma de decisiones dentro de ella. Este principio se encuentra respaldado por la primera frase del Artículo 113 de la LGSM y "cada acción sólo tendrá derecho a un voto..."; sin embargo, la realidad sobrepasa al carácter puramente teórico de este principio ya que existen en muchos casos socios que únicamente consideran su participación en la sociedad como una inversión, pero no tienen interés alguno en la administración y control de los negocios de la sociedad anónima.

El voto, como la manifestación de la voluntad del socio para integrar la voluntad social, fue restringido como respuesta a esta realidad económica y social, surgieron así las llamadas acciones de voto limitado, que no son sino dos caras de la misma moneda.

Las acciones de voto limitado son aquéllas que con fundamento en el Artículo 113 de la LGSM sólo incorporan el derecho de votar en las Asambleas Extraordinarias que se reúnan para tratar cualquiera de los asuntos comprendidos en las fracciones I, II, IV, V, VI, y VII del Artículo 182 de la LGSM, es decir, tienen derecho a votar en los siguientes asuntos:

- a) Prórroga de la duración de la sociedad;

⁴⁹ HERRERA, Mario, op. cit., p. 87

- b) Disolución anticipada;
- c) El cambio de su objeto o fin;
- d) El cambio de nacionalidad;
- e) Su transformación a otro tipo social; y
- f) Su fusión con o a otra sociedad.

Es decir, carecen de voto en los asuntos que les son propios a las Asambleas Ordinarias o de los demás que legal o estatutariamente correspondan a las Extraordinarias; entre ellos: a) aumento o reducción del capital; b) emisión de acciones privilegiadas; c) amortización de acciones y emisión de acciones de goce; d) emisión de bonos; y e) cualquier otra modificación al contrato social.

Tales limitaciones al voto deben estar expresamente previstas en los estatutos sociales ya que la ley únicamente las contempla como una posibilidad sujeta al acuerdo de los socios.

Por lo que respecta al porcentaje de acciones de voto limitado que la sociedad puede emitir, la ley no lo limita, únicamente prohíbe que todo el capital este representado por este tipo de acciones. Actitud lógica si consideramos que la sociedad sería incapaz de prorrogar su duración, disolverse anticipadamente, cambiar su objeto o nacionalidad, transformarse o fusionarse si todo su capital estuviese representado por estas acciones.

La emisión de este tipo de acciones sólo puede hacerse por medio de una Asamblea Extraordinaria de Accionistas por disposición expresa del Artículo 182 fracción VIII de la LGSM.

4.2.3 Acciones de Trabajo

Las mencionadas acciones de trabajo, se otorgan a las personas que laboran o prestan sus servicios en la sociedad, la diferencia que encontramos entre este tipo de

acciones y las industriales, es que las primeras se dan a socios de la empresa, mientras que las de trabajo se otorgan a empleados de la sociedad quienes podrán ser beneficiados con una participación en las utilidades. Al igual que las acciones industriales, estas tampoco forman parte integrante del capital social.

Esta clase de acciones se encuentra dentro de las que Rodríguez y Rodríguez define como acciones impropias ya que no representan ni amparan una parte alícuota del capital social. La LGSM las prevé en su artículo 114 que a la letra señala:

"Artículo 114.- Cuando así lo prevenga el contrato social, podrán emitirse en favor de las personas que presten sus servicios a la sociedad, acciones especiales en las que figurarán las normas respecto a la forma, valor, inalienabilidad y demás condiciones particulares que les corresponda".

Para interpretar el sentido e interés del legislador al estipular expresamente la posible emisión de este tipo de acciones, resulta necesario atender a la Exposición de Motivos de la LGSM, cuya parte relativa transcribimos a continuación:

"Al aceptar las acciones del trabajo dejando pleno su régimen jurídico, el Gobierno no ha querido prejuzgar si esas acciones de trabajo ofrecen el mejor procedimiento para complementar los incisos VI y IX del Artículo 123 constitucional en cuanto que establecen que en toda empresa agrícola, comercial, fabril o minera, los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades. Por prevención expresa de la Constitución toca a las comisiones especiales que se formarán en cada Municipio y en su defecto a las Juntas Centrales de Conciliación y Arbitraje, fijar dicha participación. La Ley se ha limitado por ese motivo a ofrecer esquemáticamente la posibilidad, que era preciso consignar, supuesto que implica una restricción al principio de que toda acción debe ser representación de una parte del capital, de que actúen como socios personas que no hayan hecho una aportación inicial de cosas, siempre

que presten trabajo o servicios a la compañía en el curso de su existencia jurídica".

El propio legislador al referirse a las acciones de trabajo afirma que no pueden considerarse como representativas capital social, y la doctrina afirma, con razón, que estas no son propiamente acciones porque no representan una parte del capital social. No ponemos en duda la noble intención del legislador al pretender que los trabajadores y empleados reciban una participación en las ganancias de las sociedades anónimas, únicamente criticamos la facilidad con que el legislador pasa por alto principios jurídicos y técnicos como aquéllos que claramente diferencian a las sociedades de capitales de las sociedades de personas, desconociendo por completo el sentido del concepto de aportación de la sociedad anónima.

Rodríguez y Rodríguez nos indica con una técnica indudablemente superior a la utilizada por el legislador que:

"las mal llamadas acciones de trabajo son títulos-valores que acreditan la participación de sus titulares en los beneficios de la sociedad, pero que no pueden considerarse como acciones, ya que no representan una parte del capital, no son transmisibles, y no tienen derecho a reembolso alguno en el caso de liquidación de la sociedad. Se trata, pues, en definitiva, de documentos que literalizan los derechos del personal de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma".⁵⁰

Actualmente la solución al problema de la aplicación del derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas, se ha desarrollado con independencia al derecho societario, y desde nuestro punto de vista con una mayor justicia y técnica jurídica. Cualquier otro tipo de actitud hubiera sido criticable toda vez que la LGSM subordina la existencia de las acciones de trabajo a que un acuerdo estatutario las hubiere creado, por lo que ninguna resolución de órganos jurisdiccionales en materia de trabajo

⁵⁰ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles", op. cit., p. 292

hubiera podido jamás emitir acciones de trabajo de no estar éstas previstas en los estatutos.

Opina Mantilla Molina que probablemente el legislador mexicano se inspiró en la legislación francesa que ha establecido un tipo especial de sociedades denominado sociedades anónimas con participación obrera y al respecto el maestro Mantilla Molina hace los siguientes comentarios:

"En ellas (en las sociedades anónimas con participación obrera) las llamadas acciones de trabajo no se atribuyen individualmente a los trabajadores, sino a una agrupación de ellos, que puede ser el propio sindicato de la empresa, el cual no puede enajenar las acciones de que es titular, sino que ha de conservarlas para repartir los provechos que de ellas dimanen entre sus propios miembros, trabajadores de la empresa. Probablemente alude a este sistema el Artículo 114 al hablar de que en las propias acciones figurarán las normas sobre su inalienabilidad, sin que pueda interpretarse que necesariamente las acciones de trabajo han de tener el carácter de inalienables".⁵¹

A pesar de la última opinión expresada por Mantilla Molina, Rodríguez y Rodríguez considera que la única limitación que la ley establece para las acciones de trabajo es la de su inalienabilidad, en tanto que acreditan y retribuyen un trabajo prestado, características que no pueden separarse de la persona del trabajador. Concluye al respecto Rodríguez y Rodríguez, que:

"estas acciones sólo atribuyen derechos por el tiempo que el titular presta sus servicios a la empresa y, por consiguiente, no se trata de acciones transmisibles ni en la forma mercantil, ni siquiera en la forma civil y dentro de ésta ni por herencia, donación ni por cualquier otro concepto".⁵²

Por lo que hace a la característica fundamental de inalienabilidad concordamos con las opiniones de Rodríguez y Rodríguez, aunque cabe aclarar que por ningún motivo se

⁵¹ MANTILLA MOLINA, Roberto L., "Derecho Mercantil", op. cit., p.p. 386 y 387

⁵² RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles", op. cit., p. 293

puede considerar que las acciones de trabajo implican aportaciones de industria que hicieran los trabajadores a una sociedad anónima, ya que este tipo de aportaciones no están permitidas y van en contra de la esencia de las sociedades de capitales.

Aún queda la duda con respecto a si las acciones de trabajo son títulos de crédito o no. Desde nuestro punto de vista las acciones de trabajo no pueden, por ningún motivo, ser consideradas como títulos de crédito. En primer lugar porque, como ya hemos explicado, no son acciones por no integrar al capital social, y en segundo lugar porque carecen de literalidad, dado que la ley que las rige no indica nada al respecto, de incorporación, ya que únicamente en los estatutos se encuentran estipulados los derechos que confieren pero no necesariamente en el título, y de libre circulación ya que, como hemos indicado, son inalienables.

En cuanto a los derechos que estas acciones pueden conferir la ley nada nos dice, se deja una completa libertad a los socios para establecerlos en los estatutos, aunque resulta claro que el principal interés del legislador fue el de otorgar a los trabajadores el derecho al dividendo.

Por último indicaremos que este tipo de acciones han carecido de un completo arraigo en nuestro país, en parte debido a la poca reglamentación que al respecto existe, y en mayor medida a la desconfianza con que el empresario mexicano ve a la ingerencia de los trabajadores en el control de la empresa. Aún antes de que se reglamentara la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas existían este tipo de prestaciones en los contratos colectivos e individuales de trabajo, pero casi nunca se recurrió a la emisión de acciones de trabajo. Actualmente y en virtud de la reglamentación que con respecto a la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas hace la Ley Federal del Trabajo, las acciones de trabajo están, casi por completo, en desuso (si es que alguna vez se usaron).

4.2.4 Acciones de Goce

Esta es la segunda clase de acciones que no representan una parte del capital social, y la propia Exposición de Motivos de la LGSM así lo establece: "Por lo que hace a las acciones, el Artículo 111 se contrae a las que integran el capital social y los artículos 114, 136 fracción IV y 137 se refieren a dos categorías de acciones, las de trabajo y las de goce, que no son representativas de porciones del capital social". El Artículo 136 de la LGSM nos indica, aunque no explícitamente, que las acciones de goce no son sino títulos creados como consecuencia de la amortización de acciones; y establece que:

"Artículo 136 fracción I.- La amortización deberá ser decretada por la asamblea general de accionistas"... y "fracción IV.- Los títulos de las acciones amortizadas quedarán anulados y en su lugar podrán emitirse acciones de goce cuando así lo prevenga expresamente el contrato social".

Antes de continuar, cabe aclarar que la amortización de acciones no es otra cosa que la compra por parte de la sociedad de sus propias acciones mediante el pago de su valor al accionista, para su futura cancelación.

En virtud de lo anterior, Rodríguez y Rodríguez define a las acciones de goce como "aquellos títulos de participación emitidos a favor de los títulos de acciones que han sido amortizados mediante el reintegro de su valor".⁵³

El Artículo 137 de la LGSM se refiere a las acciones de goce con un carácter permisivo y no imperativo, estipulando a la letra que:

"Artículo 137.- Las acciones de goce tendrán derecho a las utilidades líquidas, después de que se haya pagado a las acciones no reembolsables el dividendo señalado en el contrato social. El mismo contrato podrá conceder el derecho de voto a las acciones de goce.

⁵³ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles", op. cit., p. 295

En caso de liquidación, las acciones de goce concurrirán con las no reembolsadas, en el reparto del haber social, después de que éstas hayan sido íntegramente cubiertas, salvo que en el contrato social se establezca un criterio diverso para el reparto del excedente".

Los derechos consagrados en el Artículo 137 se aplican supletoriamente a lo estipulado en el contrato social, el cual en todo momento puede restringirlos o aumentarlos pero siempre manteniendo los elementos característicos de este tipo de acciones.

La LGSM enumera minuciosamente el procedimiento que debe seguirse para la amortización de acciones, del cual, y para efectos de este trabajo, sólo mencionaremos aquellos pasos y requisitos relacionados directamente con la emisión de acciones de goce; a saber: a) que el contrato social prevea explícitamente la amortización de acciones y la emisión de las de goce; y b) acuerdo de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas.

La emisión de acciones de goce es potestativa para la sociedad, es decir, no toda amortización debe conllevar una emisión de acciones de goce, y en caso de que su emisión sea acordada por la Asamblea, los derechos que éstas otorguen dependen por entero de la voluntad social expresada en los estatutos.

Mantilla Molina piensa que si podemos considerar a las acciones de goce como acciones propiamente dichas, en tanto que el capital social ha quedado intacto en virtud de la amortización, ya que lo que se ha entregado al accionista no es una parte alícuota del capital social, sino utilidades aptas para ser distribuidas, por lo que considera que no debe la sociedad desconocerle el carácter de socio al titular de las acciones de goce. Además de Mantilla Molina opinan en el mismo sentido Andres Amiaud, Paul Maria y Angelo Nattini.⁵⁴

⁵⁴ Todos ellos citados por MANTILLA MOLINA, "Derecho Mercantil", op. cit., p. 388

4.2.5 Bonos de Fundador

Los fundadores de una sociedad anónima pueden, en caso de que los estatutos sociales así lo establezcan, tener una participación exclusiva en las utilidades anuales de la sociedad que no podrá ser superior al 10% de las mismas ni tener una duración mayor a 10 años a partir de la constitución de la sociedad.

Estos beneficios que pueden pactarse en favor de los fundadores se deben de acreditar mediante títulos especiales denominados por la Ley como Bonos de Fundador. Estos títulos en ningún momento pueden ser comparados con las acciones, toda vez que no representan una parte alícuota del capital social y por tanto sus tenedores no tienen derecho alguno a la cuota de liquidación, en su caso, ni a participar en la administración de la sociedad. Únicamente documentan el derecho a percibir la participación en las utilidades que, en su caso y con fundamento en el Artículo 105 de la LGSM haya sido pactada. Participación que de acuerdo con la ley sólo podrá cubrirse "después de haber pagado a los accionistas un dividendo del 5% sobre el valor exhibido de sus acciones".

Al igual que las acciones, los bonos de fundador son títulos nominativos regidos por "las disposiciones relativas a valores literales"; Los bonos tienen, de conformidad con el Artículo 110 de la LGSM características similares a las acciones y en "cuanto sea compatible con su naturaleza" les son aplicables las disposiciones de los artículos 111, 124, 126 y 127 de la LGSM.

Como ya hemos señalado, los bonos de fundador no representan una clase o categoría especial de acciones precisamente por no ser acciones. Si hemos tocado el tema ha sido por las evidentes características comunes que guardan con ellas, y por la costumbre que ha tenido la doctrina de considerarlos al estudiar las acciones, aunque en estricto rigor metodológico debieron ser estudiados dentro del rubro más general de los títulos de crédito que pueden ser emitidos por la sociedad anónima mexicana.

CAPITULO 5. LAS ACCIONES PREFERENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

5.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Tal como ha quedado apuntado, nuestra legislación reconoce el principio de igualdad de las acciones en el Artículo 112 de la LGSM, pero admite los pactos estatutarios como excepción a este principio para cuestiones de orden económico, en virtud de otro principio conocido como de "protección a la empresa" frente a los intereses extraños a la misma. Con respecto a este último principio Rodríguez y Rodríguez opina que:

"frente a la afirmación, de trascendencia política, de la igualdad de derechos de los socios, y por consiguiente, del principio del voto en función de los capitales aportados, se afirma la necesidad de dar paso, incluso en la sociedad anónima, a la capacidad y a los intereses especiales de los grupos financieros y técnicos que promueven las empresas".⁵⁵

En virtud de lo anterior puede perfectamente una sociedad anónima mexicana emitir distintas clases de acciones con derechos especiales para cada clase, pues se admite la posibilidad de acciones de categorías diferentes, entre las cuales no habrá igualdad pecuniaria.

Con respecto al voto privilegiado nuestro derecho es imperativo al establecer que a cada acción sólo corresponde un voto, por lo que no pueden bajo ninguna circunstancia, emitirse acciones de voto múltiple, ni otorgarse este derecho a acciones de diferente valor nominal en flagrante violación de la ley.

Reconociendo el principio de igualdad y su excepción contenida en el Artículo 112 de la LGSM, el legislador mexicano reglamentó expresamente una clase especial de acciones

⁵⁵ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles", op. cit., p. 413

denominadas "de voto limitado" que como hemos explicado son una especie de las denominadas "acciones preferentes", pero prohibió implícitamente la emisión de acciones que amplíen los derechos de voto de su titular.

Dentro de las diferentes clases de acciones podemos encontrar aquéllas que la doctrina ha denominado genéricamente como "acciones preferentes". Y son aquéllas que gozan de ciertas ventajas sobre la acción ordinaria, ya porque confieran privilegios o beneficios especiales sobre las utilidades de la sociedad o sobre el activo social considerado en su conjunto. Es decir, las acciones preferentes son aquéllas que en la mayoría de los sistemas jurídicos otorgan un privilegio o derecho especial en relación con las acciones ordinarias.

Una especie dentro del género de las acciones preferentes son las acciones de voto limitado, en las cuales, en virtud de la disminución de los derechos corporativos de que son objeto, se compensa, por imperativo legal, con un aumento en los derechos patrimoniales que les corresponden, toda vez que tales acciones deben disfrutar de un dividendo preferente acumulativo no menor del 5%. Barrera Graf considera que este dividendo no debe ser menor al 5% del capital social, sin embargo, por lo exageradamente gravoso que esto sería para la sociedad, interpretamos que el texto de la ley se refiere al 5% del valor nominal de las acciones, tal y como está regulado en otros sistemas jurídicos.

Por lo anterior, el término "acción preferente" no es unívoco, pues junto a las acciones preferentes de voto limitado, con sus dos variantes de participantes y no participantes, hallamos las acciones preferentes de voto pleno. En consecuencia, dada la posibilidad de diversas combinaciones el término "acción preferente" solo expresa la existencia de acciones con alguna ventaja respecto de otras en cuanto a algunos de los derechos que confieren, pero el significado exacto del término, es decir, la amplitud y alcance de la preferencia sólo puede averiguarse mediante consulta de los estatutos sociales y del título que representa a la acción.

Por su parte Barrera Graf distingue entre acciones preferentes y acciones privilegiadas. Considera a las primeras como aquellas acciones de voto limitado que por ley otorgan a su titular una prelación en el pago del dividendo (Artículo 113 de la LGSM) y de la cuota de liquidación e indica que de ellas deben distinguirse conceptualmente las "acciones privilegiadas" que no necesariamente tienen prelación en el pago de las dos prestaciones mencionadas, y que no sufren ninguna limitación en su derecho de voto, sino únicamente son acreedoras de un mayor porcentaje en las utilidades y en la cuota de liquidación.

El legislador mexicano reguló expresamente a las acciones preferentes de voto limitado. Dice la Exposición de Motivos de la LGSM:

"No obstante que la opinión de la doctrina no es unánimemente favorable con respecto a las acciones de voto limitado, el nuevo ordenamiento las admite, si bien consagrando las condiciones indispensables para que puedan ser emitidas".

"El motivo que impulsó al Ejecutivo a reglamentar dichas acciones, fue el reconocer que para muchas personas la suscripción de una acción no exterioriza el propósito de intervenir en la gestión o en la dirección de una empresa, sino únicamente el deseo de llevar a cabo una inversión; por lo que para esas personas el voto, salvo en los casos excepcionales que la ley menciona, no ampara ningún interés real que amerite ser protegido. En tales casos, lo que debe protegerse es precisamente la seguridad de la inversión dentro de los límites indispensables para que esas mismas personas continúen siendo socios, esto es, continúen vinculados a la suerte final de la empresa, y no se conviertan en simples mutuanes".

No cabe duda respecto del acierto del legislador al tomar en consideración la realidad económica y social, que si bien pudiera atentar contra los principios generales en materia societaria, permite a las empresas hacerse de recursos y al mismo tiempo garantizar la defensa de la empresa en contra de la posible negligencia de los accionistas que sólo ven en la sociedad un instrumento de inversión más en el mercado pero que

pueden carecer del empuje e interés para guiar a la sociedad hacia la consecución de sus fines.

“En resumen, hay dos principios contrapuestos en esta materia. La participación en las decisiones sociales debe estar basada en el interés del votante y de la empresa. En atención a la existencia de accionistas, cuyo interés exclusivo reside en la recepción de dividendos, la solución antidemocrática trata de confiar la empresa a un jefe que la administre y la dirija en tanto que la solución democrática racional propugna permitir la dirección de la empresa a los más interesados. Se protege con esta última solución a los accionistas y a la empresa y, en definitiva, permite la intervención de todos en las cuestiones más fundamentales. En esta orientación se ha basado, sin duda, el Artículo 113 de la LGSM, que establece la igualdad de principio de los accionistas en materia de voto, pero autoriza una posible desigualdad pecuniaria”.⁵⁶

El legislador mexicano ha pretendido evitar los abusos que podrían llegar a darse a través de la emisión de acciones de voto privilegiado, pero ha regulado con acierto la posibilidad de emitir acciones que limiten el voto de aquellos socios que por considerar a la sociedad una simple inversión pudieran entorpecer las actividades y desarrollo de la sociedad.

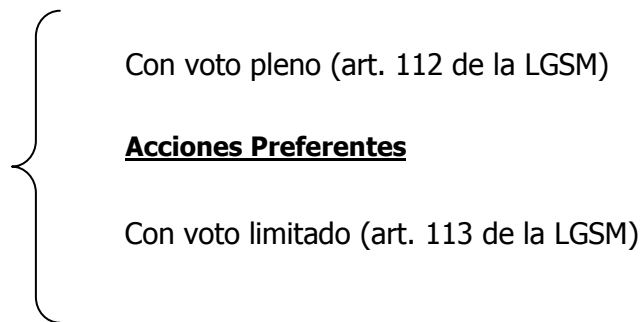
Adicionalmente a las consideraciones anteriores las sociedades que opten por emitir acciones preferentes de voto limitado deben hacer un análisis casuístico respecto de los objetivos que pretenden alcanzar con la emisión, los que pueden ser:

- a) Obtener de hecho un financiamiento, con carácter temporal, el cual, dependiendo del caso concreto, podría ser un financiamiento sumamente caro.
- b) Obtener capital (equity), con carácter básicamente permanente, que no pueda obtener mediante acciones ordinarias dadas las condiciones del mercado o que no desea obtener mediante acciones ordinarias en virtud de que, por determinadas razones, no desea que quienes aporten el

⁵⁶ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, “Tratado de Sociedades Mercantiles”, op. cit., p. 419

nuevo capital tengan derecho de voto y por ende de participar en la administración de la empresa.

En conclusión, nuestra LGSM regula expresamente en su Artículo 113 a las acciones preferentes de voto limitado pero mediante un estudio de nuestro sistema jurídico en su conjunto, podemos encontrar normas expresas, o bien implícitas, que regulan la existencia de dos especies más de acciones preferentes; y éstas son: las acciones preferentes de voto pleno y las acciones preferentes sin voto. Como preámbulo al estudio particular de cada una de las especies de acciones preferentes que encontramos en nuestra legislación, mostraremos al lector el siguiente cuadro sinóptico para explicar con mayor claridad cuáles son estas especies:



5.2 TIPOS DE ACCIONES PREFERENTES

5.2.1 ACCIONES PREFERENTES CON VOTO LIMITADO

Conforme a lo estipulado por el Artículo 113 de la LGSM en el contrato social puede pactarse que una parte de las acciones tenga derecho de voto solamente en las Asambleas Extraordinarias que se reúnan para resolver sobre la prórroga de la duración de la sociedad, disolución anticipada, cambio de objeto, cambio de nacionalidad, transformación y fusión con otra sociedad. Es decir, sobre asuntos de verdadera trascendencia en la vida social. Esta clase de acciones tendrá obligatoriamente un dividendo mínimo con preferencia al pago de dividendos a las acciones ordinarias, y derecho a ser reembolsadas antes que las acciones ordinarias, en caso de liquidación.

Dicho dividendo preferente es acumulativo, esto es, en caso de que en algún ejercicio social deje de pagarse la cantidad mínima equivalente al 5% del valor nominal de las acciones que la ley establece o la convencional fijada en los estatutos, que siempre debe ser superior al 5% citado, la diferencia entre lo percibido y lo que hubieran debido percibir se acumula para el año siguiente y así sucesivamente.

Pero para mayor claridad vamos al texto Integro de la ley:

"Artículo 113. Cada acción sólo tendrá derecho a un voto; pero en el contrato social podrá pactarse que una parte de las acciones tenga derecho de voto solamente en las asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar los asuntos comprendidos en las fracciones I, II, IV, V, VI y VII del Artículo 182.

No podrán asignarse dividendos a las acciones ordinarias sin que antes se pague a las de voto limitado un dividendo de 5%. Cuando en algún ejercicio social no haya dividendos o sean inferiores a dicho cinco por ciento, se cubrirá éste en los años siguientes con la prelación indicada. Al hacerse la liquidación de la sociedad, las acciones de voto limitado se reembolsarán antes que las ordinarias.

En el contrato social podrá pactarse que a las acciones de voto limitado se les fije un dividendo superior al de las acciones ordinarias.

Los tenedores de las acciones de voto limitado tendrán los derechos que esta ley confiere a las minorías para oponerse a las decisiones de las asambleas y para revisar el balance y los libros de la sociedad".

Como podemos ver, el principal atractivo para el titular de una acción preferente de voto limitado es, precisamente, el derecho preferente al dividendo, que consiste en que la liquidación de éste debe hacerse en la proporción que fijen los estatutos o, en su defecto, la ley y en todo caso verificarse con anterioridad al pago de dividendos al resto de las acciones. Claro está que este beneficio sólo es exigible en caso de que existan utilidades distribuibles y no puede pretenderse su pago contra algún otro rubro contable.

Por lo general los dividendos acumulados en favor de las acciones preferentes de voto limitado no constituyen un derecho de crédito a cargo de la sociedad y en favor del accionista preferente, pues el derecho al dividendo como derecho de crédito sólo surge cuando la Asamblea aprueba la distribución del mismo. Sin embargo si el pago de los dividendos anuales, ya sean preferentes o no, se encuentra estipulado en los estatutos sociales como una cantidad determinada o determinable, consideramos que basta con que los estados financieros arrojen utilidades y éstos sean aprobados por la Asamblea General Ordinaria de Accionistas para que constituyan un verdadero derecho de crédito a cargo del accionista y en favor del titular de la acción.

Por lo anterior, las acciones ordinarias sólo participan en las utilidades cuando haya sido íntegramente pagado el dividendo que a las preferentes corresponda.

Con respecto al dividendo preferente Mario Herrera señala que:

"con toda razón ha sido caracterizado este derecho preferente, por parte de los autores como pecuniario, principal y extraordinario. Lo primero en atención a su contenido estrictamente económico, lo segundo en cuanto a su rango elevadísimo ya que el derecho al dividendo constituye el más

importante de los de orden económico. Lo último, porque evidentemente obedece a un régimen especial limitado exclusivamente a alguna o a algunas categorías de acciones en cuyo beneficio queda roto el principio de igualdad que normalmente impera entre todas las acciones".⁵⁷

El monto del dividendo mínimo se encuentra establecido por la ley en una cantidad equivalente al 5% del valor nominal de la acción, pero no fija un límite máximo. De esta forma la sociedad tiene una completa libertad para que en respuesta a necesidades económicas y en beneficio de los titulares de acciones preferentes, pueda pactar un dividendo superior al fijado por la ley. Aún más, puede pactarlo mayor al que corresponda a las acciones ordinarias en su conjunto.

La Asamblea de Accionistas, en tanto órgano supremo de la sociedad, no puede en ningún momento disminuir el monto del dividendo preferente a menos del mínimo legal, pero si podría, mediante reforma a los estatutos sociales disminuir al mínimo el dividendo preferente convencional que en su caso se hubiera pactado; sin embargo esta afirmación tiene sus limitaciones toda vez que el derecho al dividendo convencional preferente sería un derecho adquirido por los titulares de las acciones preferentes y por tanto dicha disminución al dividendo debe de ser aprobada previamente por una Asamblea Especial de Accionistas titulares de las acciones preferentes de voto limitado, y en caso de que no lo fuera, las resoluciones de la Asamblea General que pretenda reformar los estatutos serían nulas.

La sociedad tiene la obligación de pagar el dividendo pactado mientras existan acciones preferentes en circulación, por lo que podemos decir que se trata de un dividendo fijo ya que la obligación no puede ser suspendida de forma unilateral por la Asamblea de Accionistas.

Para evitar que la obligación en favor de los accionistas preferentes, y sobre todo si se considera la emisión de estas acciones como un simple financiamiento, se perpetúe indefinidamente como un gravamen para la sociedad, puede establecerse en los estatutos

⁵⁷ HERRERA, Mario, op. cit., p.97

sociales un sistema de amortización de las acciones preferentes, fijando plazos fijos y precios por acción a fin de ir reduciendo paulatinamente el costo financiero de tal emisión.

Mario Herrera considera que la fijeza del dividendo consiste en que la obligación de pago del dividendo preferente permanece inalterada mientras existan acciones preferentes en circulación, independientemente de la existencia o no de utilidades distribuibles.

"Si en un ejercicio no hubiere utilidades distribuibles o habiéndolas fuesen destinadas por la asamblea a finalidades distintas del pago de dividendos, tal circunstancia en nada alterarla el principio de fijeza enunciado. Como es evidente, la fijeza de referencia se refiere, no a la circunstancia (eventual) del pago, sino a la inalterabilidad de la obligación pactada".⁵⁸

Coincidimos con la anterior apreciación, pero nos gustaría aclarar que si bien la deuda de la sociedad para con el accionista preferente permanece inalterada por la contingencia de la existencia o no de utilidades distribuibles, no por ello el accionista es titular de un derecho de crédito frente a la sociedad, sino únicamente de un derecho latente sujeto a la condición suspensiva de que lleguen a existir utilidades suficientes para el pago de dicho dividendo preferente.

Tal y como ya lo hemos mencionado, el dividendo preferente además de ser un dividendo fijo es acumulativo. Es decir, si en algún ejercicio no se paga el dividendo preferente o se cubre sólo parcialmente, la diferencia entre lo pagado y a lo que tenía derecho el accionista se acumula a el dividendo a pagar en el ejercicio siguiente y así sucesivamente.

Para explicar con mayor claridad en qué consiste el mecanismo del dividendo preferente acumulativo transcribiremos el siguiente ejemplo:

"Si la sociedad de referencia no ha obtenido utilidades distribuibles conforme a las cifras de los balances respectivos a los últimos tres años, no

⁵⁸ HERRERA, Mario, op. cit., p.99

pagará dividendo alguno a las acciones preferentes. Sin embargo, como este dividendo está garantizado por el pacto en una cuantía del 8% sobre el valor nominal de las acciones, la sociedad resulta deudora frente a sus socios por el total de dividendos correspondientes a esos tres años, cuyos saldos anuales deberán aparecer acumulados en el último balance (en el ejemplo propuesto: \$120,000.00). Si al cierre del ejercicio anual del cuarto año el balance registra utilidades distribuibles por \$20,000.00 éstas deberán ser aplicables al pago de dividendos acumulados. Por consiguiente, las acciones preferentes obtendrán dividendos hasta entonces insolutos por un monto de \$20,000.00 siendo aún acreedoras, con cargo a utilidades futuras de la sociedad, por \$100,000.00 de dividendos atrasados más \$40,000.00 correspondientes al último ejercicio, esto es por un total de \$140,000.00. Finalmente, si al cierre del ejercicio social del quinto año la sociedad obtiene utilidades distribuibles por \$200,000.00 aplicará esta suma, en primer lugar al pago de los \$140,000.00 correspondientes a dividendos preferentes insolutos y \$40,000.00 al pago de dividendos preferentes correspondientes al último año. Solamente entonces podrán las acciones ordinarias tener acceso a las utilidades distribuibles por el dividendo que les corresponda. Si en los estatutos se ha pactado que estas acciones tengan derecho a un dividendo del 8%, la suma de referencia será insuficiente para cubrirlo pero como el saldo insoluto de estos dividendos no es acumulativo los socios no poseen derecho alguno para reclamarlo con cargo a utilidades futuras"⁵⁹

Por regla general el derecho al dividendo prescribe a los cinco años a partir de la fecha en que éste puede ser exigido (artículo 1045 fracción I del Código de Comercio). Lo mismo sucede con los dividendos acumulativos aunque para evitar confusiones debemos de considerar que aunque la sociedad tiene la obligación de pagar el dividendo preferente desde el momento en que estas acciones son puestas en circulación, el accionista no puede hacer exigible su pago sino hasta que en los estados financieros se vean reflejadas utilidades distribuibles y estos estados sean aprobados por la Asamblea de Accionistas. Tenemos así que pueden pasar más de cinco años, digamos ocho o diez, sin que la sociedad refleje utilidades distribuibles, por lo que los dividendos preferentes se irán

⁵⁹ HERRERA, Mario, op. cit., p.100

acumulando año con año hasta que la sociedad obtenga utilidades distribuibles y los correspondientes estados financieros sean aprobados por la Asamblea. Sólo a partir de ese momento pueden empezar a correr los cinco años para la prescripción, y sólo por el monto de las utilidades que puedan ser exigidas, los saldos insolutos continuarán acumulándose.

Además del dividendo obligatorio del 5% como mínimo, puede acordarse en los estatutos el pago de un dividendo adicional. El Artículo 113 de la LGSM en su párrafo cuarto expresamente establece que "en el contrato social podrá pactarse que a las acciones de voto limitado se les fije un dividendo superior al de las acciones ordinarias". Este dividendo adicional será generalmente y al igual que el que corresponda a las acciones ordinarias, no acumulativo, y sólo se liquidará si los estados financieros arrojan utilidades suficientes.

El dividendo adicional no acumulativo, además del cuarto párrafo del Artículo 113 de la LGSM, encuentra su fundamento en que la ley no establece un límite máximo al dividendo pagadero a las acciones preferentes de voto limitado.

Para terminar el estudio de las acciones preferentes de voto limitado analizaremos algunas de las razones que pueden llevar a una sociedad anónima mexicana a la emisión de este tipo de acciones.

Existen inversiones que por su alto riesgo y gran monto resultan poco atractivas para la mayoría de las personas. Así puede suceder con la explotación de fondos mineros cuyo producto está sujeto a las fluctuaciones del mercado internacional o bien de concesiones administrativas que no concedan un beneficio inminente o inmediato. Las personas que promueven el negocio, es decir los fundadores, pueden tener un gran conocimiento del mercado y de los medios de explotación, además de contactos, pero pueden carecer del capital suficiente para emprenderlo, por lo que para atraer capitales puede ser una buena idea el emitir acciones con dividendo preferente, fijo, acumulativo y amortizable. Con dichas acciones preferentes pueden obtener la suma de dinero necesaria para realizar la inversión sin haberse endeudado, ya que, como hemos visto, el pago del dividendo

preferente está sujeto a la existencia de utilidades distribuibles; y lo que es más importante, sin perder el control sobre la dirección de la empresa.

5.2.2. Acciones Preferentes con Voto Pleno

Nuestra LGSM otorga una completa libertad para la emisión de diversas clases de acciones con derechos especiales para cada clase siempre y cuando no se pretenda otorgarles derechos menores a los establecidos en la ley. El Artículo 112 de la LGSM dispone que "en el contrato social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase". Esto es, los estatutos sociales pueden otorgar convencionalmente a cualquier clase de acciones por ellos creada, cualquier tipo de derechos pecuniarios superiores a los que la ley establece como mínimos para las acciones ordinarias. Entre estos derechos "superiores" podemos encontrar el del dividendo garantizado, cuyo ámbito de existencia no se encuentra limitado a las acciones de voto limitado. La preferencia en el dividendo puede ser concedida en los estatutos sociales a cualquier clase o categoría de acciones, esto es, la preferencia en el dividendo no está necesariamente vinculada a una limitación en el voto, aunque la limitación en el voto debe conferir necesariamente a las acciones afectadas un dividendo preferente.

Estas acciones se caracterizan por lo siguiente:

- 1) La preferencia en el dividendo no tiene un mínimo legalmente señalado ni un concepto de medición por lo que podría, por ejemplo, otorgarse el 1% de las utilidades netas de cada ejercicio a esa clase de acciones. Puede ser mayor o menor al 5% de su valor nominal establecido en la ley para las acciones de voto limitado.
- 2) Puede ser el dividendo preferente que los estatutos les otorguen, acumulativo, parcialmente acumulativo o bien no acumulativo. (En este punto existen las diferencias doctrinales que ya hemos señalado).

- 3) El dividendo también puede ser fijo o variable según lo determinen los estatutos sociales.
- 4) Pueden otorgar una participación limitada en las utilidades, es decir, pueden ser acciones preferentes participantes, no participantes o parcialmente participantes. Conceden una participación limitada o bien no participan en las utilidades adicionales de la sociedad, entendida esta participación como dividendo preferente en virtud de que los intereses de este tipo de accionistas están protegidos por el control que tienen sobre la administración de la empresa, repartos de utilidades y disminuciones de capital.
- 5) Pueden o no tener preferencia sobre la cuota de liquidación. Con fundamento en el citado Artículo 112 de la LGSM puede pactarse en los estatutos sociales que en caso de liquidación estas acciones sean pagadas con prioridad sobre las comunes, y sólo en caso de que existan activos suficientes se procedería a rembolsar a las acciones ordinarias.
- 6) Otorgan un derecho irrestricto al voto, en la misma medida en que las acciones ordinarias son titulares de este derecho, pero es ilícito que los estatutos sociales pretendan otorgar una preferencia en el voto para estas acciones. Esto último se desprende del multicitado primer enunciado del Artículo 113 de la LGSM.
- 7) Pueden otorgar un derecho al reembolso preferente con cargo al capital social o en los casos de amortizaciones de acciones con utilidades repartibles. Estas preferencias no están establecidas en la LGSM expresamente pero en virtud de lo estipulado por los artículos 112, 135 y 136 de la propia ley, pueden quedar establecidas en los estatutos.
- 8) Son titulares de los derechos que la Ley otorga a las minorías en caso de que reúnan el porcentaje de participación sobre el capital social que la propia ley fija.

9) Incorporan un derecho de opción para suscribir la emisión de nuevas acciones.

A esta clase de acciones las denomina Barrera Graf como 'acciones privilegiadas" y las define como:

"aquéllas a las que el contrato social conceda un privilegio respecto a los derechos patrimoniales del dividendo o de la cuota de liquidación"

Otro fundamento para la emisión de estas acciones lo encontramos en el Artículo 16 de la LGSM que permite pacto en contrario a lo establecido en dicho artículo para la distribución de las ganancias, y el Artículo 240 que, por lo que respecta a la cuota de liquidación permite que los estatutos sociales dispongan lo conducente.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con las acciones de voto limitado a que se refiere el Artículo 113 de la LGSM, en que las preferencias de contenido patrimonial se aplican en función y como compensación precisamente de las limitaciones al voto, en el caso de las acciones privilegiadas, los privilegios son ajenos a tales limitaciones, e inclusive excluyen tales limitaciones del voto (pero tampoco es permitido en nuestro derecho que el privilegio consistiera en otorgar un voto múltiple o plural, dada la terminante disposición del Artículo 113 LGSM). Podemos, pues, afirmar que cualquier limitación del voto conducirla necesariamente a aplicar a las acciones el régimen de dicho Artículo 113 (que serian preferentes de voto limitado); por el contrario, si ninguna limitación de voto se plantea, y sí ciertos privilegios, estaremos en presencia de esta otra categoría de acciones privilegiadas.

5.3. Procedimiento para la emisión de Acciones Preferentes.

Como una reflexión inicial, deberá considerarse que en términos generales todas las Sociedades se rigen por sus estatutos y en lo no previsto en ellos, por la LGSM ⁶⁰.

Ahora bien, toda emisión de acciones, depende de un aumento de capital social.

⁶⁰ Puede ocurrir un caso de excepción si una sociedad ha incluido una cláusula o disposición estatutaria viciada de nulidad, la cual sigue siendo válida hasta que haya una declaración judicial en ese sentido.

El capital social debe aumentarse por resolución de su Asamblea General de Accionistas⁶¹. Si la sociedad anónima no es de capital variable, la asamblea competente para decretar un aumento de capital social es la extraordinaria. Si la sociedad anónima está sujeta régimen de capital variable y sus estatutos se lo permiten, es posible que la asamblea que decreta el aumento de capital social sea de carácter ordinario.

Sin embargo, en el caso de las Acciones Preferentes (o privilegiadas), se requiere que las clases de acciones con derechos especiales se encuentren estipuladas en los estatutos sociales (segundo párrafo artículo 112 LGSM) y que sea resuelto por una asamblea general extraordinaria.

Asumiendo que se cuente con la participación y votos unánimes y totalitarios para adoptar la resolución, es posible llevar a cabo la asamblea de la cual deberá levantarse el acta correspondiente⁶², inclusive sin necesidad de publicación de convocatoria, firmada por el Presidente y Secretario (así como por el Comisario en caso de que asista), para entonces protocolizarse e inscribirse en registro público.

También, cuando se cuenta con la participación de todos los accionistas en sentido favorable y si los estatutos sociales lo permiten⁶³, es posible tomar resoluciones fuera de asamblea, por unanimidad de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto, teniendo la misma validez que los de una asamblea general de accionistas. Ahora bien, será necesario protocolizar el acta e inscribirla en registro público.

En caso de que no se cuente con la participación de todos los accionistas, será necesario atender al procedimiento de elaboración y publicación de convocatorias. Esto es sumamente delicado, ya que de los relativamente pocos precedentes judiciales que existen en materia corporativa y societaria, un número considerable se refieren

⁶¹ En algunas sociedades, conforme a la legislación de algunos estados norteamericanos, la facultad de emitir acciones corresponde al Consejo de Administración. Esto debe tenerse en cuenta si se trata de explicar el procedimiento a un inversionista extranjero de tal origen, por cuestión de claridad.

⁶² Para una referencia clara de cómo se debe llevar la asamblea y levantar el acta correspondiente, recomendamos considerar la obra de Walter Frisch Phillip; la cual, en su apartado Cinco hace un análisis detallado de los lineamientos legales y procedimientos a considerar.

⁶³ Lo cual ocurre fundamentalmente en sociedades actualizadas o que fueron constituidas después de Junio de 1992, cuando se reformó el artículo 178, en su segundo párrafo, para incluir la legalidad de los acuerdos fuera de asamblea.

precisamente a nulidad de asambleas por falta de convocatoria o por la indebida formulación o publicación de esta última.

Un precedente judicial que nos ilustra claramente la importancia de llevar a cabo el procedimiento de convocatorias estatutario y/o legal con cuidado y esmero es el siguiente:

"SOCIEDADES MERCANTILES. NULIDAD DE LAS ASAMBLEAS Y RESOLUCIONES EN ELLAS TOMADAS POR FALTA DE REQUISITOS EN LA CONVOCATORIA.

El artículo 187 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala como uno de los requisitos de validez de la convocatoria de accionistas para las asambleas de las Sociedades de carácter mercantil, que sea firmada por quien la haga. La omisión de tal requisito se encuentra sancionada por el artículo 188 del mismo ordenamiento, que establece, como regla general de carácter imperativo, que "toda resolución de la asamblea tomada con infracción de lo que disponen los dos artículos anteriores (186 y 187), **será nula**", y como única excepción a esa regla, "salvo que en el momento de la votación haya estado representada por la totalidad de las acciones". Desde luego, para que se cumpla con el requisito de validez de la convocatoria señalado por el artículo 187 invocado, debe tomarse en cuenta que la convocatoria a las asambleas de sociedades mercantiles debe ser hecha y por ende firmada, por las personas que se indiquen en los estatutos que las rigen o las que autoriza el artículo 183 de la ley en cita. Por lo tanto, el solo hecho de que la convocatoria la haga y suscriba una persona distinta de las antes mencionadas, trae como consecuencia la infracción a los artículos 186 y 187 de la referida ley, que acarrea necesariamente la nulidad de las resoluciones tomadas en la asamblea relativa, por disposición expresa del artículo 188 del mismo cuerpo legal, salvo que se dé la única excepción que el mismo precepto indica y a que se hizo mérito en líneas anteriores.

Amparo directo 1971/82.- Jorge Roca Latapí y coagraviados.- 3 de agosto de 1983.- 5 votos.- Ponente: Jorge Olivera Toro."

Una vez superado lo relativo a la convocatoria, recomendamos tener especial cuidado en lo relativo a la preparación de la asamblea. Por ser física, deberá contarse al inicio con la lista de asistencia debidamente preparada, teniendo como sustento los Registros de Acciones (que se refiere el artículo 128 de la LGSM) actualizados.⁶⁴

Un aspecto que frecuentemente es pasado por alto en las asambleas, es que los accionistas no pueden ser representados por administradores o comisarios conforme a lo previsto en el artículo 192, segundo párrafo, de la LGSM. La violación a este precepto,

⁶⁴ La Sociedad solamente podrá reconocer como accionista a quien aparezca como tal en dicho registro.

podría ocasionar una indebida representación; y si ocurriera que del voto del accionista indebidamente representado, dependa lograr el quórum necesario para la resolución válida, entonces estaríamos hablando de un vicio en la resolución. Todavía no conocemos precedentes a nivel federal sobre este criterio, aunque cada vez hay mayor conocimiento de esta situación y preferimos evitar al máximo exponer la validez del acto por cuestiones de forma.

Cuidar la redacción del acta para que sea redactada en forma clara, es de suma importancia. Hay que recordar si se trata de Acciones Preferentes, no hay norma en la LGSM o en el Código de Comercio que pueda aclarar, por ejemplo, una situación relativa al cálculo del dividendo preferente.

Al final de la sesión, si bien es suficiente con la firma del Presidente, Secretario y Comisario en caso de que asista para la validez del acta, recomendamos que la firmen todos los asistentes; esto es a efecto de disminuir al mínimo la posibilidad de que un accionista presente, de forma indebida, niegue que lo asentado en el acta es lo que ocurrió y lo que convinieron las partes. Cabe reiterar que no es legalmente necesaria la firma de todos los asistentes, aunque reiteramos que es recomendable.

También, en caso de que no sea posible por efectos prácticos tomar la firma de todos los accionistas al cierre de la asamblea, se recomienda circularla posteriormente para recabar por escrito en la misma acta o documento independiente, su conformidad.

5.4. Acciones Preferentes desde el punto de vista Norteamericano.

A la luz del derecho norteamericano, hemos encontrado y analizado algunas definiciones de Acciones Preferentes a la luz del derecho norteamericano y encontramos una similitud de ideas en los aspectos esenciales. Por Acción Preferente (*Preferred Shares*), conforme a la definición del BLACK'S LAW DICTIONARY, es una porción separada o clase de acciones de una sociedad, la cual establece conforme al acta constitutiva o los estatutos sociales, una preferencia o prioridad en relación a dividendos, sobre las demás acciones de la sociedad denominadas acciones ordinarias. Los titulares de las acciones preferentes tienen derecho a recibir dividendos conforme a una tasa anual fija, con independencia de las utilidades netas de la sociedad, antes de realizar cualquier

distribución de utilidades a los dueños de acciones ordinarias. Si las utilidades no fueran suficientes para cubrir el dividendo fijo anual, serán absorbidas plenamente por tal concepto. Si fueran más que suficientes para el pago del dividendo a las acciones preferentes, el remanente será distribuido a favor de las acciones ordinarias o distribuido proporcionalmente entre ambas clases de acciones. El dividendo fijo a favor de las acciones preferentes podrá ser o no acumulativo. Será acumulativo, si el dividendo estipulado para las acciones preferentes no se logra o se paga en cualquier año y debe cargarse en la proporción no pagada, para los años sucesivos, en el entendido de que dichas cantidades deberán ser pagados antes que las acciones ordinarias reciban dividendos. En el caso de que los dividendos no sean acumulativos, la preferencia respecto de cualquier año se extingue si no se obtienen dividendos en dicho año. Si una sociedad no tiene acciones preferentes, todas son ordinarias. La palabra ordinarias significa que todos los titulares de dichas acciones tendrán derecho a que las utilidades se dividan en forma proporcional, sobre una base de igualdad, sin otorgar preferencia alguna a otras acciones.

CAPITULO 6. ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 112 Y 113 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

6.1 Definición y análisis de los artículos 112 y 113 de la ley general de sociedades mercantiles.

Es de destacar que la Exposición de Motivos de la LGSM no refiere en ninguna de sus partes a las denominadas Acciones Preferentes, con independencia de las Acciones de Voto Limitado; solo refiere a estas últimas, en el texto transcrito. Esto, considerando la finalidad del legislador, puede permitir afirmar como ya lo hemos mencionado, que las acciones de voto limitado, reguladas en el Artículo 113 de la LGSM, son una regla especial pero que en ningún caso restringe la interpretación del Artículo 112, segundo párrafo, de la misma Ley.

Asimismo, no existe un precedente de litigio de tesis o jurisprudencia a nivel federal que, a la fecha, haya definido cuál es la debida interpretación de los artículos 112 y 113 de la LGSM.

Lo que podemos decir, a nivel empírico, es de que si bien a nivel práctico (entre notarios y abogados) existe la posibilidad de emitir acciones que correspondan a diversas clases; con derechos diversos para cada clase, creemos que la interpretación debería ser conjunta y restrictiva (no amplia y flexible).

Para favorecer la comprensión del argumento, y robustecer la posición de que el segundo párrafo del Artículo 112 y el Artículo 113 ambos de la LGSM no deben interpretarse en forma independiente mostramos nuevamente los textos legales en análisis:

| Texto legal Artículo 112 LGSM | Texto legal Artículo 113 LGSM |
|--|---|
| <p>"Las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos. <u>Sin embargo, en el contrato social podrá estipularse</u> que el capital se divida en varias</p> | <p>"Cada acción sólo tendrá derecho a un voto, <u>pero en el contrato social podrá pactarse</u> que una parte de las acciones tenga derecho de voto solamente en las</p> |

| | |
|---|---|
| <p>clases de acciones con derechos especiales para cada clase, observándose siempre lo que dispone el artículo 17.”</p> | <p>asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar los asuntos a que se refieren las fracciones I, II, IV, V, VI y VII del artículo 182.- No podrán asignarse dividendos a las acciones ordinarias sin que antes se pague a las de <u>voto limitado</u> un dividendo de cinco por ciento. Cuando en algún ejercicio social no haya dividendos o sean inferiores a dicho cinco por ciento, se cubrirá éste en los años siguientes con la prelación indicada.- Al hacerse la liquidación de la sociedad, las acciones de voto limitado se reembolsarán antes que las ordinarias.- Los tenedores de las acciones de voto limitado tendrán los derechos que esta ley confiere a las minorías para oponerse a las decisiones de las asambleas y para revisar el balance y libros de la sociedad.</p> |
|---|---|

Así, el Artículo 112 de la LGSM establece en su primera oración un principio general de la igualdad de las acciones. Luego, establece la posibilidad de emitir acciones de diversas clases y con derechos especiales. Aunque la Exposición de Motivos no lo manifieste expresamente, consideramos que el objeto de la norma es establecer una excepción al principio de igualdad de las acciones pero sólo para el caso de participación en las ganancias de la sociedad, ya que el Artículo 113 de la LGSM, también consagra en su primera oración un principio esencial para las acciones: que solamente tienen derecho a un voto. Luego, establece que como excepción a esta regla específica, se pueden emitir las Acciones de Voto Limitado con derecho a mayores beneficios económicos que las acciones ordinarias.

Ambos principios, el de igualdad y el de voto se complementan. El derecho de voto debe ser igualitario, y en el Artículo 113 de la LGSM no se prevé alguna excepción para

este caso.

En congruencia, es posible emitir acciones de diversas clases, con diferentes derechos y obligaciones, en el entendido que se puede dar solo para el caso de derechos de participación en ganancias o en preferencia para el pago de las acciones y siempre siguiendo el principio que establece el Artículo 17 de la LGSM. El Artículo 113 no permite una disminución en los derechos de voto.

En cuanto a la hipótesis de esta tesis, debemos recordar que las Acciones Preferentes I pretenden tener características específicas que son: (i) los mismos derechos de voto que las acciones ordinarias, sin restricción alguna al efecto, (ii) tendrán un dividendo preferente, mayor al que otorgan las acciones ordinarias, (iii) en caso de liquidación, se les pagará una cuota de liquidación preferente, antes que las acciones ordinarias y (iv) que su voto favorable sea necesario para la validez de determinadas resoluciones.

Las Acciones Preferentes I difieren de las Acciones de Voto Limitado, en el sentido de que las primeras mencionadas tendrían (en caso de ser emitidas) mayores beneficios económicos que las de Voto Limitado; asimismo, las Acciones Preferentes I tendrían **voto pleno, no limitado a asuntos que son competencia de la asamblea general extraordinaria**. Entonces, aparece un argumento que complica nuestros razonamientos: si el Artículo 113 de la LGSM establece, de forma imperativa, por demás obligatoria, que en caso de emitirse Acciones de Voto Limitado deben tener derechos pecuniarios mínimos ¿qué pasa si se crean acciones con pleno derecho de voto, que den mayores derechos pecuniarios a sus tenedores que en el caso de las acciones ordinarias? Con seguridad estaríamos en el supuesto de una violación al principio de igualdad de las acciones.

Es decir, la regla de salvedad que establece el Artículo 113 de la LGSM es precisamente excepcional y, como tal, debieran interpretarse de forma limitativa. Cabría en este precepto legal la posibilidad de otorgar acciones con iguales derechos a las ordinarias privilegios económicos adicionales, pero no una disminución o aumento en los derechos de voto.

Quedaría así la opción de que técnicamente el Artículo 112 fuera el fundamento para emitir, válidamente, las Acciones Preferentes I, pero solo si éstas contemplaran

derechos de índole pecuniario, pero como también se prevé dentro de las Acciones Preferentes I un derecho de voto para determinadas resoluciones, entonces debemos decir que no pueden ser emitidas ya que no se respetaría el principio de igualdad tutelado por el Artículo 113 de la LGSM.

Es así como sólo se podría dar el caso habiendo una mejora a los derechos de carácter económico y patrimonial, tanto en cuanto a dividendos, como en lo relativo a la cuota de liquidación.

6.2 Análisis del interés público en la Sociedad Anónima.

Encontrando una disposición legal, de carácter imperativo como lo es el mencionado Artículo 113 de la LGSM además de principios de interés público que impiden o prohíben de manera expresa y aún implícita la emisión de las Acciones Preferentes I, entonces tampoco debe atenderse a la voluntad de las partes para una posible emisión.

Si bien, hemos considerado que las Sociedades no son iguales a un contrato, también lo es que hemos mencionado que es un negocio jurídico que, en forma supletoria, le son aplicables las reglas generales de los contratos.

Atendiendo a la opinión de Walter Frisch Phillip, la "primera fuente supletoria de la LGSM es, por tanto, el Código de Comercio. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido este orden de supletoriedad, que va de la norma más especial a la más general. La segunda fuente supletoria, para los efectos del derecho sustantivo es el llamado "derecho común" (derecho civil), como lo indican los artículos 2 y 81 del Código de Comercio".

Por ello, si resulta aplicable a la LGSM el principio que expresa el Código de Comercio en cuanto a que la voluntad es la Ley máxima entre las partes, entonces podría ser válido atender al criterio que contiene la siguiente jurisprudencia (por contradicción) de nuestro más alto tribunal:

“APERTURA DE CREDITO. ES VALIDA LA CAPITALIZACION DE INTERESES EXPRESAMENTE PACTADA EN DICHO CONTRATO.

Cuando en un contrato de apertura de crédito para la cobertura de intereses, las partes convienen en capitalizar los intereses, adoptando como cláusula contractual el Artículo 363 del Código de Comercio, ese acuerdo es eficaz dado que en esa materia los contratantes, gozan de plena libertad para acordar lo que a sus intereses convenga, con la limitante de que no se contravengan disposiciones de **orden público** en esa materia.

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de nueve votos. -Disidentes, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza.- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número LXVIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial.- México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

CONTRADICCION DE TESIS 31/98.”

Para continuar con nuestros argumentos, resulta necesario analizar al menos en forma breve lo que es el orden público y para ello hemos revisado diversos criterios sostenidos por y ante nuestros tribunales federales.

Cabe mencionar que la definición de orden público que hemos enfocado es de carácter sustantivo, más que procesal.

El primer precedente que hemos seleccionado, para tener una referencia del orden público, es uno relativo a la lesión:

“LESION, NO ES VALIDA LA RENUNCIA A LA RESCISION DE UN CONTRATO DE

COMPRAVENTA POR MOTIVO DE (CODIGO CIVIL DE 1884 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, ADOPTADO POR EL ESTADO DE GUANAJUATO).

En el Código Civil de 1884 del Distrito y Territorios Federales (adoptado por el Estado de Guanajuato en virtud del Decreto número sesenta y cuatro de fecha trece de abril de mil ochocientos noventa y cuatro), la rescisión de un contrato de compraventa por motivo de lesión constituye una excepción a la regla general establecida en el propio ordenamiento legal, según la cual ninguna obligación se rescinde a causa de ella. La inclusión de dicha excepción constituye una medida protectora al contratante débil.

Ahora bien, la razón de ser de las normas que encierran una idea proteccionista descansan en el hecho de que la sociedad las ha juzgado necesarias para conservar en un momento dado su propia armonía y existencia, de ahí que la misma sociedad esté interesada en su aplicación. Por tanto, si las disposiciones que regulan a la lesión contienen una idea del tipo indicado, es correcto sostener que **en su aplicación se interesan el orden público y las buenas costumbres**. También resulta acertado, con apoyo en los conceptos anteriores, aplicar el Artículo 15 del Código Civil de Guanajuato, para concluir que es irrenunciable el derecho a rescindir un contrato de compra venta a causa de lesión.

Amparo directo 2498/65.- Rafael Buendía Díaz de León.- 7 de marzo de 1977.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Jorge Olivera Toro.”

El segundo y tercer precedentes seleccionados, se refieren al tema de arrendamiento:

“ARRENDAMIENTO, LOCAL DESTINADO A COMERCIO. PRORROGA RENUNCIABLE.

La consideración del juez en el sentido de que es improcedente la prórroga del plazo de arrendamiento de un local destinado a comercio porque en el contrato base de la acción el inquilino renunció expresamente ese derecho que confiere el Artículo 2485 del Código Civil para el Distrito Federal, es correcta, pues la circunstancia de que la localidad arrendada para comercio produzca al inquilino los ingresos con los que satisface sus necesidades alimentarias y las de su familia, no constituye una situación de las previstas como de **orden público e interés social** por el capítulo IV del Título Sexto del código en cita y, por tanto, la prórroga del contrato de mérito sí es renunciable.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3005/88.- Amado Godínez Ramírez.- 13 de octubre de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez.- Secretario: Roberto A. Navarro Suárez.”

“ARRENDAMIENTO POR TIEMPO INDEFINIDO.

El Artículo 2448 del Código Civil establece que las disposiciones del capítulo donde se encuentra dicho precepto son de orden público e interés social y, por tanto, irrenunciables. En consecuencia, cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta. Las disposiciones a que se refiere dicho precepto únicamente son: los artículos 2448, 2448-A al 2448-L, 2449, 2450, 2451 y 2452, que son los que se contienen en el capítulo IV, del título sexto, de la segunda parte del libro cuarto del Código Civil, de suerte que **no puede tener el carácter de disposición de orden público e interés social** el Artículo 2478 del ordenamiento en consulta, ya que se encuentra en el capítulo VII y no en el IV, antes referido. Por tanto, el término de dos meses que señala el Artículo 2478 preinvocado, para el aviso de una de las partes a la otra de ser su voluntad dar por terminado el contrato por tiempo indeterminado, es renunciable, conforme al Artículo 6, del Código Civil, por referirse dicho término a un derecho privado de las partes contratantes, que se rige por el principio de libre contratación o de la autonomía de la voluntad, por ende su renuncia no afecta el interés público.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2558/89.- Martha Cortés de Arciniega.- 10 de agosto de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Rojas Aja.- Secretario: Jesús Casarrubias Ortega.”

Por ende, de los tres precedentes seleccionados, podemos extraer las siguientes conclusiones:

En ocasiones la misma Ley nos indica si se trata o no de disposiciones de orden público, como en materia de arrendamiento para casa habitación en términos del Código Civil Federal. Sin embargo, no todas las disposiciones de orden público están etiquetadas como tales y ello es lo que nos plantea problemáticas, como es el caso.

Para determinar si estamos ante una disposición de orden público, debe atenderse

al los bienes jurídicos que tutela la norma jurídica. Es decir, en materia de arrendamiento inmobiliario para casa habitación, es claro que hay un interés en el fondo para proteger los intereses de la colectividad ante la individualidad. En el precedente sobre la Lesión antes invocado, puede apreciarse el mismo sentido. Entonces, es dable concluir que el orden público obedece a la protección de intereses colectivos ante los individuales y de aquellas personas que la Ley considera en desventaja frente a otros.

Queda entonces la necesidad de determinar si, cuando los accionistas resuelven emitir las Acciones Preferentes I, cuáles son los derechos e intereses que se vulneran en su caso. Para ello, debe tenerse en cuenta la pluralidad de intereses que hemos comentado en un capítulo previo.

Consideramos que resultaría posible vulnerar derechos de accionistas, si se emiten las Acciones Preferentes I, puesto que se dejarían la toma de decisiones importantes a un pequeño grupo de inversionistas lo que sin lugar a dudas violaría el principio de igualdad del derecho de voto.

En cuanto a los órganos sociales, de administración y vigilancia, tienen interés jurídico y legitimación para demandar la nulidad del acuerdo, puesto que aunque no tienen por sí derechos de voto y no resienten perjuicio alguno como tales en virtud de la resolución, si están facultados para vigilar que los acuerdos tomados en las asambleas respectivas sean hechos conforme a derecho.

En lo relativo a terceros, acreedores como antes los hemos definido, estimamos que carecerían de interés jurídico por que no se les perjudica en forma alguna en sus intereses o derechos de cobro; la emisión de acciones es un acto eminentemente interno de cada Sociedad y la Ley, en este caso, no confiere derechos a los acreedores para oponerse al efecto.

Cabe la posibilidad de que accionistas que representen el 33% por ciento de las acciones que integren el capital social, se opongan judicialmente a la resolución en los términos de los artículos 201 al 205 de la LGSM.

CONCLUSIONES

- 1.** Es inviable legalmente que una Sociedad Anónima mexicana, de capital variable, emita Acciones Preferentes I, con las características que hemos descrito en la introducción a lo largo de este trabajo.
- 2.** La interpretación del Artículo 113 de la LGSM resulta una limitante para emitir las Acciones Preferentes I, en todo caso tiene relación con el Artículo 112 de la misma Ley, son disposiciones que tutelan los mismo objetos.
- 3.** El Artículo 112 de la LGSM prevé la emisión de Acciones de diferentes clases, las cuales no tienen una semejanza substancial ni compatible, con el concepto de Acciones Preferentes que existe en los Estados Unidos de América ya que solo podrían ser distintas en cuanto a derechos pecuniarios.
- 4.** El Artículo 113 de la LGSM prevé la emisión de Acciones de Voto Limitado, las cuales difieren substancialmente de las Acciones Preferentes.
- 5.** La emisión de la Acciones Preferentes I vulnera los derechos de los accionistas así como de los órganos de administración y vigilancia.
- 6.** El concepto de Acciones Preferentes no es susceptible de ser modificado por la voluntad de los accionistas (cuya voluntad es la Ley máxima para efectos mercantiles), ya que tiene la limitante de respetar el Artículo 17 de la LGSM que es una disposición de orden público.
- 7.** La emisión de las Acciones Preferentes Clase I no es válida aún teniendo lugar con el consentimiento unánime y favorable de todos los accionistas de la Emisora.
- 8.** Existe pues en todo momento la posibilidad de que algún accionista inconforme ejerza alguna acción legal en contra de la emisión de las Acciones Preferentes I y/o de la resolución de asamblea que la motiva.

PROPUESTA

Proponemos al legislador la modificación al artículo 112 de la Ley General de Sociedades mercantiles, que actualmente establece lo siguiente:

| |
|---|
| Texto legal actual del Artículo 112 LGSM |
|---|

| |
|---|
| "Las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos. |
|---|

| |
|---|
| <u>Sin embargo</u> , en el contrato social <u>podrá</u> estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase, observándose siempre lo que dispone el artículo 17." |
|---|

Nuestra propuesta recae en el sentido de que el artículo en mención debe ser muy enfático expresando de manera muy precisa que las sociedades puedan en sus estatutos acordar la posibilidad de dividir el capital social en varias clases de acciones pero tales acciones solo deberán tener derechos especiales de **carácter pecuniario**, y que en todo momento deberán atender a lo señalado por el artículo 113. Por lo anterior el texto legal del artículo 112 de la LGSM que proponemos sería el siguiente:

| |
|--|
| Texto legal propuesto del Artículo 112 LGSM |
|--|

| |
|---|
| "Las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos. |
|---|

| |
|---|
| <u>Sin embargo</u> , en el contrato social <u>podrá</u> estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con <u>derechos especiales de carácter pecuniario</u> para cada clase, observándose siempre lo que disponen los artículos 17 y 113" |
|---|

De esta manera evitamos dejar abierta la posibilidad de una interpretación en el sentido de que la preferencia pueda operar incluso respecto de los derechos corporativos, estableciendo que se debe observar lo establecido por el artículo 113 en el sentido de que cada acción solo tendrá derecho a un voto.

BIBLIOGRAFIA

1. BARRERA GRAF, Jorge.- Instituciones de Derecho Mercantil.- Editorial Porrúa, Quinta Edición, 1997.
2. BRUNETTI, Antonio.- Tratado de Derecho de las Sociedades.- Traducción de Felipe Sosa, Editorial Uteha, Buenos Aires 1960.
3. CERVANTES AHUMADA, Raúl.- Títulos y Operaciones de Crédito.- Editorial Porrúa, 2003.
4. DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe.- Títulos de Crédito, Quiebras.- Tomo I: Títulos de Crédito.- Editorial Harla, Segunda Edición, 1992.
5. DE LA FUENTE RODRIGUEZ, Jesús.- Tratado de Derecho Bancario y Bursátil.- Editorial Porrúa, 1999.
6. DE PINA; Rafael.- Diccionario de Derecho.- Editorial Porrúa, 2003.
7. DÍAZ BRAVO, Arturo.- Derecho Mercantil.- Editorial IURE Editores, 1998.
8. FRISCH PHILLIPP, Walter.- Sociedad Anónima Mexicana.- Oxford University Press, Harla México, 1996.
9. GARCIA RENDON, Manuel.- Sociedades Mercantiles.- Editorial Harla, 2002.
10. GARCIA LÓPEZ, José.- Derecho Mercantil.- Editorial Porrúa, 2003.
11. GARRIGUES, Joaquín.- Tratado de Derecho Mercantil.- Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1947.
12. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.- Editorial Cajica, México 1980.
13. HERRERA, Mario.- Acciones de Sociedades Industriales y Comerciales.- Edición Particular, México 1965.
14. LOZANO MARTÍNEZ, Roberto.- Derecho Mercantil I.- Editorial McGraw Hill, 1997.

15. MANTILLA MOLINA, Roberto L.- Derecho Mercantil.- Editorial Porrúa, 1990.
16. PEREZ NIETO, Octavio y otros.- La Enajenación de Acciones, dentro de ESTUDIOS JURIDICOS EN MEMORIA DE JORGE BARRERA GRAF.- Editorial Porrúa, México, 1993.
17. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín.- Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, Vigésima Sexta Edición, México, 2004.
18. SARIÑANA OLAVARIA, Enrique.- Derecho Mercantil, Editorial Trillas, 2000.
19. URIA, Rodrigo.- Derecho Mercantil.- Quinta Edición, Madrid 1947.
20. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar.- Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México 1987.
21. QUEVEDO CORONADO, Ignacio.- Derecho Mercantil, Editorial Pearson, Segunda Edición, 2003.

DICCIONARIOS

1. BLACK'S LAW DICTIONARY.- Editorial West Publishing Co.- Sexta Edición.
2. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.- Decimonovena Edición, Real Academia Española, Madrid 1970.
3. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.- Tomo A - CH.- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, 1991.

4. DICCIONARIO JURIDICO ESPASA.- Editorial Espasa Calpe, Madrid España 1993.
5. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomos XXII y XXV.- Editorial Drskill; Buenos Aires, Argentina, 1991.