



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

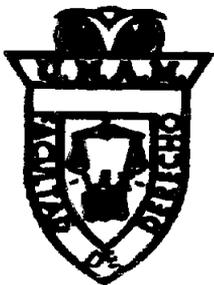
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

“LOS DERECHOS DE LAS MINORIAS EN LAS
SOCIEDADES ANONIMAS DEL MERCADO
DE VALORES”



T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LUCIO RICARDO VALDEZ VELAZQUEZ

ASESOR: LIC. OSCAR VASQUEZ DEL MERCADO CORDERO



MEXICO, D. F.

2005

m351242



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

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

El alumno: LUCIO RICARDO VALDEZ VELAZQUEZ, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "LOS DERECHOS DE LAS MINORIAS EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS DEL MERCADO DE VALORES", con la asesoría del LIC. OSCAR VASQUEZ DEL MERCADO CORDERO, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

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

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

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

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

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU".
Ciudad Universitaria, a 16 de noviembre del año 2005.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO.
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

c.c.p. Secretaria General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumno.
AFMP/rga.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: LUCIO RICARDO VALDEZ VELAZQUEZ
FECHA: 5-DIC-05
FIRMA: [Firma manuscrita]



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA ACADÉMICA
OFICIO No. FDER/SA/480/x/2005

DR. FABIAN MONDRAGÓN PEDRERO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO MERCANTIL
Presente

El pasante de Licenciatura en Derecho, **LUCIO RICARDO VALDEZ VELÁSQUEZ**, con número de cuenta **843684-1**, ha desarrollado bajo la dirección del suscrito la tesis intitulada **"Los Derechos de las Minorías en la Sociedad Anónima del Mercado de Valores"**

Considero que el trabajo reúne los requisitos establecidos por la Legislación Universitaria por lo que me es grato manifestar a usted que se puede continuar con los trámites administrativos y académicos correspondientes

Sin otro particular, le reitero la seguridad de mi distinguida consideración

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria a 3 de noviembre de 2005
El Secretario Académico



LIC. OSCAR VÁSQUEZ DEL MERCADO CORDERO

OVMC/pch

Dios me lo has dado todo, mi adorada familia, mi amada esposa, mi sagrado hijo, Santiago; eres una parte de mi ser, gracias por estar aquí ahora.

Papa, recibe las gracias por todo lo que hiciste por mi.

Mama, tus sentimientos todos son los míos, sigue pidiendo a Dios siempre te escucha.

Elma, este mundo me gusta más a tu lado. Te amo.

Carolina, Leticia y Gina, hermanas queridas nuestra mayor fortaleza es la unión que siempre hemos demostrado, saben que siempre las tengo presentes.

Viridiana, Rafael, Fernando y Juan Carlos, nada me gustaría más que verlos triunfadores en sus vidas, sigan caminando hasta conseguir sus metas.

Agradezco:

A la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Derecho, gracias por haberme dado la oportunidad de estudiar en sus aulas.

Al Lic. Oscar Vásquez del Mercado Cordero, por haber dirigido este trabajo de tesis profesional y por su confianza.

LOS DERECHOS DE LAS MINORIAS EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS DEL MERCADO DE VALORES

INTRODUCCION.

CAPITULO I. LA SOCIEDAD ANONIMA

I.1.- BREVE REFERENCIA HISTORICA.	1
I.2.- SU REGULACION EN LA LEGISLACION MEXICANA.	8
I.3.- BREVES REFERENTES ACERCA DEL NACIMIENTO DEL NUEVO REGIMEN JURIDICO CONTEMPLADO PARA LA SOCIEDAD ANONIMA.	17

CAPITULO II. CONCEPTOS Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA SOCIEDAD ANONIMA.

II.1.- CONCEPTOS Y CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD ANONIMA.	19
II.1.1.- DEFINICION LEGAL.	19
II.1.2.- DENOMINACION SOCIAL.	20
II.1.3.- OBJETO.	22
II.1.4.- REQUISITOS DE CONSTITUCION.	24
II.1.5.- FORMAS DE CONSTITUCION.	24
II.2.- SU ESTRUCTURA ORGANICA.	28
II.2.1.- SOCIEDAD.	28
II.2.2.- SOCIOS.	33
II.2.3.- CAPITAL SOCIAL.	35
II.3.- LAS ACCIONES.	41
II.3.1.- CARACTERISTICAS BASICAS SEGUN LOS PRECEPTOS LEGALES.	41
II.3.2.- CONCEPTO Y CLASIFICACION COMO PARTE ALICUOTA DEL CAPITAL SOCIAL.	42
II.3.3.- LA ACCION COMO EXPRESION DE LA CALIDAD DE SOCIO.	49
II.3.4.- OTRAS CLASIFICACIONES DE LAS ACCIONES.	49
II.4.- LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS.	60
II.4.1.- PATRIMONIALES.	60
II.4.2.- DE CONSECUENCIA.	61
II.4.3.- OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ACCIONISTAS.	65
II.5.- ORGANOS SOCIALES.	66
II.5.1.- LA ASAMBLEA. ASAMBLEAS ORDINARIAS, ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS Y ASAMBLEAS ESPECIALES.	66
II.5.2.- EL ORGANO DE ADMINISTRACION Y EL ORGANO DE VIGILANCIA.	81

CAPITULO III. LAS SOCIEDADES ANONIMAS DEL MERCADO DE VALORES.

III.1.- LA SOCIEDAD ANONIMA PROMOTORA DE INVERSION.	87
III.1.1.- NUEVO SUBTIPO SOCIETARIO.	87

III.1.2.- ANALISIS DE SUS ESTATUTOS SOCIALES A LA LUZ DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES Y DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.	92
III.2.- DE SU ADMINISTRACION Y VIGILANCIA.	106
III.2.1.- CONSEJO DE ADMINISTRACION.	106
III.2.2.- AUDITOR EXTERNO INDEPENDIENTE.	108
III.2.3.- COMITÉ AUDITOR EN SUSTITUCION DE LA FIGURA DE COMISARIO.	109
III.2.4.- DE LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS Y CONVENIO ENTRE SOCIOS.	110
III.2.4.1.- DERECHOS ESPECIALES DE LOS ACCIONISTAS.	110
III.2.4.2.- ALCANCE DE LOS ACUERDOS TOMADOS POR LOS SOCIOS EN LA CELEBRACION DE CONVENIOS.	112
III.3.- ADOPCION DEL REGIMEN RELATIVO A LA INTEGRACION, ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD ANONIMA BURSATIL.	112
III.4.- LA SOCIEDAD ANONIMA PROMOTORA DE INVERSION BURSATIL.	115
III.4.1.- ANALISIS DE SUS ESTATUTOS SOCIALES A LA LUZ DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES Y DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.	115
III.4.2.- CONSEJO DE ADMINISTRACION Y CONSEJEROS NDEPENDIENTES.	120
III.4.3.- COMITE AUXILIAR AL CONSEJO DE ADMINITRACION PARA EL DESEMPEÑO DE ACTIVIDADES RELACIONADAS CON PRACTICAS SOCIETARIAS Y DE AUDITORIA.	122
III.4.4.- DE LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS Y DERECHOS DE LOS SOCIOS.	125

CAPITULO IV. PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES Y PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACION JUDICIAL DE LOS ACTOS SOCIALES PREVISTOS EN AMBAS LEGISLACIONES.

IV.1.- OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES.	130
IV.1.1.- FRENTE A LA SOCIEDAD, FRENTE A LOS SOCIOS Y FRENTE A TERCEROS CONFORME A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES Y LA NUEVA LEY DEL MERCADO DE VALORES.	130
IV.1.2.- DEBER DE DILIGENCIA, DE LEALTAD Y DE LOS ACTOS Y HECHOS ILICITOS.	141
IV.1.3.- EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD.	153
IV.1.4.- FORMA DE EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.	155
IV.2.- ACCION DE IMPUGNACION DE ACUERDOS DE ASAMBLEAS EN AMBAS LEGISLACIONES.	159

**CAPITULO V. DIFERENCIAS ENTRE EL ACCIONISTA MINORITARIO DE LA
SOCIEDAD ANONIMA Y EL ACCIONISTA MINORITARIO DE LAS SOCIEDADES
DEL MERCADO DE VALORES.**

V.1.- EL PROBLEMA DE LA MINORIA ACCIONARIA EN LA SOCIEDAD ANONIMA.	164
V.1.1.- LIMITES A LA VOLUNTAD MAYORITARIA EN LAS ASAMBLEAS.	175
V.1.2.- LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS EN LA SOCIEDAD ANONIMA Y ESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE MINORIA EN LAS NUEVAS SOCIEDADES DEL MERCADO DE VALORES.	179
CONCLUSIONES.	208
BIBLIOGRAFIA.	211

INTRODUCCION

Día a día se viven procesos de cambio, se aprecia una sociedad más plural y abierta a mundos globalizantes. Dichos procesos de cambio van desde simples cuestiones de moda o estilos, hasta cuestiones políticas, raciales y en general sociales.

En general la mayoría de los gobiernos están preocupados por adecuar sus legislaciones en ese sentido, vigilando que sus acciones se dirijan hacia las mayorías, pero tratando de proteger a los grupos minoritarios.

El esquema de la globalización, se refleja en muchos aspectos, entre ellos el económico de manera general, y en lo particular el de las sociedades mercantiles, quienes obviamente resienten dichos cambios. Es por eso que resulta relevante hablar sobre los derechos de los socios minoritarios de las sociedades anónimas, ya que las estructuras corporativas de dichas sociedades mercantiles han sido rebasadas por la modernidad que acarrea dicha globalización y es por ello que en este trabajo me referiré a los cambios que se están generando en esta materia a través de nuevas legislaciones como la nueva Ley del Mercado de Valores.

Para lograr tal propósito, he estructurado un capitulo compuesto por cinco apartados, en los cuales trato de plasmar desde los orígenes de la sociedad anónima hasta llegar a las modernas estructuras que se aglutinan en esta clase de organización humana para afrontar los retos de este mundo moderno.

En este sentido, en el capítulo primero refiero una breve reseña histórica del nacimiento de la sociedad anónima, remontándome a los tiempos del derecho romano, pasando por los procesos históricos de la colonización del Oriente generados en Europa, hasta llegar a los inicios de su regulación en nuestro país; reseña que servirá como punto de referencia para explicar más adelante las nuevas formas de organización societaria que este tipo de sociedad mercantil podrá adoptar conforme a la nueva Ley del Mercado de Valores.

Asimismo, dejo planteado desde este primer capítulo la existencia de diferencias entre accionistas minoritarios y mayoritarios desde tiempos remotos y que han significado que el marco legal que rige a las sociedades anónimas se vaya ajustando a los estándares que se manejan a nivel internacional y que se han considerando convenientes para nuestro país por nuestros legisladores, diferencias que serán parte medular de esta tesis profesional.

En el segundo capítulo, abordo los conceptos y elementos fundamentales de la sociedad anónima, los cuales permitirán al lector adentrarse en la atmósfera necesaria para conocer el marco regulatorio sobre el cual descansa la sociedad anónima y con ello reconocer, al menos de manera inicial, las diferencias que se están proponiendo en la estructura de las nuevas sociedades del mercado de valores con relación a las de la sociedad anónima común.

De esta forma, se analizan temas relacionados con los requisitos y formas de constitución de la sociedad anónima, su estructura orgánica, acciones, derechos de accionistas y órganos sociales particularmente la asamblea a la cual se le considera un foro en el que la voluntad de los accionistas es expresada, al converger las decisiones de los socios, sobre un determinado asunto.

Por lo que al tercer capítulo se refiere, se dan a conocer dos nuevos subtipos societarios que la iniciativa del Ley del Mercado de Valores propone para fortalecer el desarrollo del mercado accionario, en específico se señala a la sociedad anónima promotora de inversión y a la sociedad anónima promotora de inversión bursátil.

Se analizan las innovaciones que en cada una se presentan y con base en lo establecido en la propia Ley que las contempla se lleva a cabo un estudio comparativo de acuerdo con lo señalado en la Ley General de Sociedades Mercantiles para la sociedad anónima común.

Asimismo, en este capítulo queda establecido que a través del régimen especial de las nuevas sociedades del mercado de valores, se impulsará decididamente el desarrollo de la mediana empresa y, en particular, de aquellas que como consecuencia de la recepción de inversiones de capital de riesgo, experimenten un crecimiento tal que requieran acceder al público inversionista, al tiempo que se ofrece a los inversionistas nuevas opciones de inversión.

Tratar de dar a conocer el procedimiento de responsabilidad contra los administradores, el procedimiento de impugnación judicial de los actos sociales y las excluyentes de responsabilidad de los consejeros previstos tanto en la Ley General de Sociedades Mercantiles como en la nueva Ley del Mercado de Valores, son los objetivos a seguir en el capítulo cuarto del presente estudio.

Adicionalmente, este capítulo da a conocer los nuevos deberes que este órgano de la sociedad tendrá conforme a la nueva Ley del Mercado de Valores, es decir, los de diligencia, de lealtad y de los actos y hechos ilícitos.

Como quinto y último capítulo, se aborda el tema relacionado a las diferencias entre el accionista minoritario de la sociedad anónima común y el accionista minoritario de las sociedades del mercado de valores, en donde por principio de cuentas, se aclaran los límites a la llamada voluntad mayoritaria en las asambleas y se dan a conocer comparativamente los derechos de los accionistas minoritarios en ambas legislaciones, temas por demás interesantes ya que dan pie para ofrecer al lector mis conclusiones acerca de los derechos de las minorías en el actual derecho positivo mexicano.

CAPITULO I

LA SOCIEDAD ANONIMA

I.1.- BREVE REFERENCIA HISTORICA

En el curso de los siglos, las Sociedades Anónimas han llegado a ocupar por mucho el lugar más importante en la vida del comercio; tal afirmación se debe a que ellas dominan en forma preponderante la moderna vida económica, y porque ellas, además de su gran fuerza económica, son particularmente apropiadas para la economía de los países modernos industrializados.

Como explicaré más adelante, la sociedad anónima será el punto de referencia para explicar las nuevas formas de reorganización societaria, mismas que permitirán esquemas novedosos de desarrollo económico para el país.

De acuerdo con Manuel García Rendón, en su obra *Sociedades Mercantiles*, "entre los estudiosos de la historia del derecho no existe consenso en cuanto a los antecedentes de la sociedad anónima".¹

Con independencia de lo anterior, para algunos tratadistas entre ellos los maestros Jorge Barrera Graf y José Girón Tena², las *societatis vectigalium publicanorum* del derecho romano, cuyo fin consistía en cobrar impuestos, son una forma rudimentaria de sociedad anónima, ya que en estas se manifestaba la principal característica de esta especie de sociedades, es decir, la limitación de responsabilidad de los socios.

Así, a los socios que participaban en esta clase de sociedades se les denominaba *publicani*, caballeros romanos a quienes se les adjudicaban este tipo de sociedades y a quien por su puesto se les autorizaba a recibir los

¹ García Rendón Manuel. *Sociedades Mercantiles*, Primera Edición, México, 1993, pág. 256.

² Cfr. Barrera Graf Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Quinta Reimpresión, México, 2003 pág. 387.

impuestos y guardarse para sí lo recaudado mediante una cantidad fija pagada al tesoro. Cabe señalar que este tipo de sociedad exigía anticipos considerables, y un solo caballero por rico que fuese no podía encargarse de ella sólo, de ahí la necesidad de asociarse y considerar por tanto a la sociedad *vectigalium* como una asociación de capitales.

A mayor abundamiento, en el Derecho Romano, era regla general que ninguna persona jurídica podía existir sin una autorización legislativa, lo anterior, fue debido a que al final de la República, habiéndose mezclado algunas asociaciones en los asuntos políticos y ejerciendo una influencia al parecer peligrosa, los emperadores suprimieron un gran número de ellas, estableciéndose un nuevo principio: el de que una persona moral no podría existir en lo sucesivo nada más que en virtud de una autorización dada por una ley, un senadoconsulto o una constitución imperial.³

De acuerdo a lo establecido en la doctrina, este tipo de sociedades sin llegar a pretender catalogarlas como los antecedentes más claros de la Sociedad Anónima, pudiesen tener ciertos rasgos de lo que hoy conocemos como tal, ya que eran también las únicas que tenían créditos y deudas distintos de los créditos y deudas personales de los asociados considerando con ello la autonomía de un patrimonio, el de la sociedad misma, y la responsabilidad limitada de los socios que pudiesen ser características cercanas de nuestras actuales sociedades.

Otros autores como el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez,⁴ creen encontrar antecedentes más próximos de la anónima en la *colonna* o en la *commenda* italianas, generalmente constituidas para la explotación de navíos o para el comercio marítimo y en las que algunos de los socios sólo respondían por el

³ Cfr. Gayo, L. 1, pr., D., *quod cujusc.*, III,4.-V.n°384. Cita tomada del libro Tratado Elemental de Derecho Romano, Eugene Petit, Editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid 1924, pág. 164.

⁴ Cfr. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Séptima Edición, 2001, pág. 2.

pago de sus aportaciones. De hecho este tipo de organización es el antecedente de la responsabilidad limitada del comanditario en el caso de la sociedad en comandita y de la del accionista en la sociedad anónima.⁵

Con independencia de lo anterior, de la historia analizada para el presente trabajo, he obtenido referentes adicionales que se delinearán como característicos de la sociedad anónima, por tanto, se sabe también que las sociedades anónimas se encuentran ligadas en su origen con la colonización del Oriente. En las compañías coloniales que surgieron en aquella época, los aspectos que acostumbramos considerar como características sustanciales en las sociedades anónimas, sólo fueron desarrollándose gradualmente a lo largo del tiempo en dichas compañías, es decir, remontándose a aquella época, puedo observar la limitación a la responsabilidad de los socios y división del capital en acciones, generando la posibilidad de que las participaciones de los diversos socios fuesen incorporadas en títulos de fácil circulación y de este modo separar la persona socio y a la sociedad como figura jurídica distinta.

De los títulos aludidos puedo mencionar que muy pronto se hicieron objeto de circulación rápida y frecuente entre las más diversas esferas de la población, atraídas por la codicia de las riquezas del Extremo Oriente y del Nuevo Mundo recién descubierto.⁶

Con respecto a la fácil negociabilidad de dichos títulos, se sabe a través del autor antes citado, que en las concesiones francesas se concibió por ejemplo el *fonds perpétuel* (fondo capital), que si lo analizamos en la historia del resto de las Compañías veremos que según la primera concesión holandesa, el accionista quedaba obligado a dejar su aportación en dicho fondo social por un plazo de dieciséis años, creando más tarde el carácter de empresas permanentes a las empresas explotadas por las Compañías. Esto hacía

⁵ Cfr. García Rendón Manuel. Ob. cit. Pág. 256.

⁶ Cfr. Dr. Ascarelli Tullio. Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas, traducción de René Cacheaux Sanabria, imprenta universitaria, México 1951, pág. 6.

necesario naturalmente que el carácter negociable de las acciones fuese una especie de compensación por la no reembolsabilidad de las aportaciones, por lo que el accionista tenía en sus manos la posibilidad de vender su acción realizando así su valor en dinero.

"Cuando las empresas de las Compañías adquirieron cierta estabilidad, cambio el carácter de los repartos, los cuales dependían de los recursos disponibles en un momento determinado y representaban por lo tanto una mezcla entre pagos a cuenta de la suma aportada que en principio debía reembolsarse en unos años y el reparto de ganancias, por lo cual a partir de ese momento dichos repartos se les da una carácter más marcado de distribución de ganancias y se impulsa a su vez los procesos para los plazos de liquidación ya que iban desde los seis a los diez años y posteriormente reduciéndolos a dos, dictándose normas para garantizar una buena contabilidad e inventarización en aquel tiempo".⁷

Como se verá más adelante, el derecho de los socios a intervenir en la gestión de los negocios sociales residía en manos de los principales interesados o principales accionistas, abriendo desde esa época una diferencia fundamental, relacionada con dicha cuestión; pero por lo que toca a este punto basta decir por ahora que el eje en la organización de las sociedades anónimas era la *Junta General de Accionistas*, en la cual ejercitaba el accionista sus derechos sociales de soberanía. Sin embargo, se mantenía la norma de que para participar en dicha Junta General era requisito indispensable poseer cierto número de acciones; es decir que no se reconocía en las minorías aún la posibilidad del derecho de socio a intervenir en la gestión de la sociedad. Las reglas del derecho de voto y las principales atribuciones seguían concentradas en manos de los socios de mayor cuantía.

⁷ Fischer Rodolfo. *Las Sociedades Anónimas. su régimen jurídico*. Editorial Reus, S.A. Madrid 1934, pág. 28

De esta forma, las primeras sociedades por acciones que aparecen son precisamente en Inglaterra y en Holanda, tal es el caso de la "Corporación y Compañía de los Merchant Adventurers para descubrir regiones, dominios, islas y lugares desconocidos", organizada en Inglaterra en 1533, donde se creó una verdadera sociedad por acciones, con 240 acciones de 25 libras esterlinas cada una, pero la compañía se limitaba a un solo viaje, y los beneficios eran repartidos al final de cada viaje en proporción al capital invertido por cada uno de los asociados, sólo más tarde como hemos visto este tipo de sociedad adquirió un carácter más permanente.

Por su parte, el maestro Mantilla Molina advierte en su obra, que tiempo después aparecieron otras precursoras de la Sociedad Anónima como la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (1602), la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales (1621), la Compañía Sueca Meridional (1626), etc., que no sólo perseguían fines económicos sino también políticos, siendo precisamente en estas que se origina la estructura de la actual Sociedad Anónima.⁸

Estas nuevas sociedades, que sólo operaban mediante una concesión especial del Estado, surgen como formas óptimas de captación de ahorros a través de las acciones suscritas y pagadas por los socios, las cuales como hemos mencionado eran de fácil y libre transmisibilidad entre ellos. "Se caracterizan, además, por la limitación de responsabilidad de todos los socios; por la existencia de un patrimonio social autónomo, separado del de los socios, y una administración que normalmente no recaía en ellos (lo que ya plantea la separación de la propiedad del capital y de la administración social), sino en un órgano especializado".⁹

Aunado a las anteriores consideraciones, es importante resaltar los rasgos que más me llaman la atención de este tipo de sociedades, es decir por un lado

⁸ Mantilla Molina Roberto L. Derecho Mercantil, Vigésimo Cuarta Edición, México, 1985, pág. 342.

⁹ Barrera Graf Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano (Generalidades, irregularidades, instituciones afines), Primera Edición, México 1983, pág. 8

tenemos la dependencia del Estado; por otro la desigualdad de derechos dentro de la sociedad con la preponderancia de los grandes accionistas y la carencia de derechos de estos pequeños accionistas como hemos indicado, situaciones todas ellas que desde nuestro particular punto de vista vienen acarreándose hasta nuestros días y que darán pie para complementar el desarrollo de este trabajo.

"Ejemplos de la dependencia estatal, es el hecho de que en esos primeros momentos de la vida de la sociedad anónima, el Estado crea la sociedad anónima mediante el sistema de *octroi* (acto de incorporación y concesión de derechos de soberanía) y por tanto el Estado se reserva una constante intervención y tutela en la vida del nuevo organismo que es filial suyo".¹⁰

De esta intervención que el Estado llega a tener, puedo mencionar a manera de ejemplos tomados de la literatura analizada que, al frente de la sociedad anónima, éste instalaba a sus más altos dignatarios; a su vez, por medio de ordenanzas reales se llevaban a cabo las convocatorias para las juntas y la fijación de dividendos a repartir entre accionistas. Asimismo, el rey decidía acerca de aportaciones adicionales a la sociedad o simplemente decretaba el cierre de los libros de la sociedad, lo cual traía como consecuencia que no se pudieran llevar a cabo nuevas suscripciones sociales al capital.

De las citadas cuestiones, se aprecia el principio de desigualdad de los derechos sociales ya desde esa época, siendo el caso que para la clase minoritaria los asuntos sociales de la sociedad tenían poco menos que el carácter de secreto, participando únicamente en el derecho de percibir el dividendo y en la distribución del capital al momento de la liquidación y por el otro lado a los accionistas principales se les reservaba el derecho de elección activa y pasiva para los cargos del Consejo de Administración; además, estos grandes

¹⁰ Garrigues Joaquín. Nuevos Hechos, Nuevo Derecho de Sociedades Anónimas, Primera Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1933, pag. 12.

accionistas de acuerdo con los directores de la sociedad, fijaban el dividendo y decidían sobre los asuntos principales de la gestión social.

En esa evolución del régimen de las sociedades anónimas, resulta necesario distinguir la forma en que el Estado intervenía otorgando el *octroi* ya señalado, puesto que el propio Estado concedía a las Compañías el ejercicio de toda una serie de derechos de soberanía, por ende dichas Compañías incluso podían entablar guerras, construir fortificaciones, sellar tratados comerciales y concertar alianzas, administrar justicia, etc., todo en nombre y a favor del Estado.

En Holanda por ejemplo, se conoce que en los instrumentos de concesión (*octroi*) se hacían figurar normas acerca del nombramiento y retribución de los gerentes, reparto de dividendos y de rendición de cuentas. Los principales interesados en un Consejo General decidían por mayoría de votos los asuntos importantes de la Compañía.

En Francia, al ser un país con un sistema monárquico, el régimen de la Compañía y todo lo relativo a su organización, en principio era de la competencia del monarca, el cual no siempre cumplía la promesa dada en la autorización de no herir los derechos otorgados a la sociedad.

Ahora bien, para considerar ya definitivamente a las sociedades anónimas como instituciones jurídicas, me remonto hasta la época del Código Francés de Comercio de 1807, código que aportó al mundo mercantil, la materia de las sociedades anónimas reglamentadas por vez primera con un carácter general, dejando de ser sancionadas por leyes especiales; por tanto este Código cierra la época antigua e inaugura la nueva era del régimen de las sociedades anónimas.

1.2.- SU REGULACION EN LA LEGISLACION MEXICANA

"La historia de los pueblos, ha conocido numerosas recepciones jurídicas, es decir la aceptación e incorporación de un Derecho que no es propio".¹¹

Como he podido revisar, la evolución de la sociedad anónima fue un fenómeno desarrollado sólo en ciertos países europeos. Por lo que a España y la Nueva España se refiere, la historia contada por el autor en cita, señala que las cosas seguían con muy pocas diferencias como en los siglos anteriores; cuando vino la conquista de nuestra independencia no existían empresarios animados por el espíritu del capitalismo.

Al inicio de la época independiente, tampoco existía ninguna de las instituciones que caracterizan al régimen capitalista. La industria era muy pobre y se separaba por mucho de la productividad capitalista que ya empezaba a reinar en algunas regiones de Europa.

Ante esta pobre situación, en el país existe el deseo general de impulsar a la Nación por el camino de la prosperidad, de esta forma nace lo que se denominó en aquella época como la *filosofía tradicionalista*, que no era más que una forma de pensar de cierto grupo humano que tenía un sentido de moral de las responsabilidades jurídicas. De hecho el mejor ejemplo de las posibilidades de progreso en el país respecto de las instituciones jurídicas, lo tenemos en la sugerencia que hizo el abogado novohispánico Don Francisco Javier Gamboa¹² de una sociedad comercial que en su forma llenaba todas las ventajas de la Anónima, sin chocar con el derecho tradicional. Sin embargo, esta sugerencia no dejó ninguna huella especial en el progreso económico de nuestra patria.

¹¹ Villoro Toranzo Miguel. La Recepción de la Sociedad Anónima en México. Revista de la Facultad de Derecho de México, No. 58, Tomo XV, abril-junio de 1965, pág. 459.

¹² Ibid. pág. 469.

La situación del derecho mercantil para ese entonces giraba en torno del denominado Consulado de México, éste representaba una institución que agrupaba a los comerciantes de una región recibiendo también el nombre de "Universidad de Mercaderes", cuyas ordenanzas se aplicaban en forma supletoria de las de Burgos y Sevilla, no obstante que en la práctica se aplicaban las de Bilbao.

El Consulado era un cuerpo vivo que se daba su propio derecho, que tenía sus propios tribunales, que promovía empresas de utilidad social (carreteras, canales, edificios) y que hasta mantenía su propio ejército. Dada esta situación de autorregulación por llamarla de algún modo y donde la Corona Española sólo vigilaba de lejos, se daba pie a que aparecieran nuevas figuras jurídicas, por eso aunque no existía ninguna Ley de Sociedades Anónimas, de hecho se organizaron como tales la Real Compañía de Filipinas, cuyas acciones fueron expedidas en 1785 y dos compañías de seguros marítimos, de las cuales Mantilla Molina en sus apuntes históricos de su obra, cita como datos relevantes, diciendo que una de ellas en el mes de enero de 1789 comenzó sus operaciones en Veracruz, con un capital de \$230,000.00, formado por cuarenta y seis acciones de cinco mil pesos, y con una duración de cinco años. Con posterioridad, en 9 de julio de 1802 se constituyó otra denominada Compañía de Seguros Marítimos de Nueva España, a la que indudablemente puede considerarse como una sociedad anónima, ya que su capital de cuatrocientos mil pesos, estaba dividido en ochenta acciones; los socios sólo eran responsables de la integración del capital social y sus acciones eran transmisibles.¹³

El 15 de noviembre de 1841, siendo Presidente Antonio López de Santa Ana, se organizaron tribunales mercantiles y se crearon Juntas de Fomento; y también bajo Santa Ana, en 1854 se da un decreto para determinar la nacionalidad de las

¹³ Cfr. Mantilla Molina Roberto L. ob. cit., citando a Miguel M. Lerdo de Tejada. Apuntes históricos de la heroica Ciudad de Veracruz, pág. 342 (de la edición de la Secretaría de Educación Pública, 1940).

sociedades mercantiles. En este año se da la redacción del Código de Lares donde es manifiesta la influencia de los códigos mercantiles europeos.

Cabe apuntar que en esta etapa histórica, es donde se encuentran referencias a sociedades que cabe considerar como anónimas, tales como las concesiones para explotar vías férreas, y también en la otorgada para establecer una vía a través de Istmo de Tehuantepec. La primera regulación legal de ellas se encuentra precisamente en el Código de Lares, aún cuando puede inferirse la poca importancia que para entonces habían alcanzado, del hecho de que sólo se consagran a ellas diez artículos (del 242 al 251); también es verdad que tampoco los códigos europeos que en aquella época regían eran mucho más minuciosos para establecer el régimen legal de la anónima.

La reacción liberal, a la caída de Santa Ana, se expresó con la supresión de los tribunales especiales (22 de noviembre de 1855) y con la derogación de hecho del Código de Lares.

En la Constitución de 1857, su artículo 72 fracción X, estipulaba entre las facultades del Congreso de la Unión, la de "establecer las bases generales de la legislación mercantil. La redacción ambigua de esta fracción y el hecho de que las bases mencionadas nunca llegaron a ser expedidas, llegó a suscitar en algunas legislaturas de los diversos Estados que podían expedir sus propios códigos mercantiles de acuerdo con el artículo 117 constitucional, lo cual entorpecía los planes de desarrollo que tenía el gobierno de ese entonces.¹⁴

"Por ello se considera que el desarrollo histórico de las sociedades anónimas se efectúa a partir de la federalización de su derecho mercantil, dispuesta por medio de la reforma constitucional del 15 de diciembre de 1883".¹⁵

¹⁴ Cfr. Tena Ramírez Felipe.- Leyes Fundamentales de México, Vigésimotercera Edición, México, 2002, pag. 618.

¹⁵ Frisch Philipp Walter. La Sociedad Anónima Mexicana, Tercera Edición, México 1994, pág. 15.

Es decir, se reformó la citada fracción X, declarando al comercio materia federal y quedando el texto de la siguiente manera:

“... para expedir códigos obligatorios en toda la República, de minería y comercio, comprendiéndose en este último las instituciones bancarias”.

“Ya en el Código de Comercio de 1884 se consagran buen número de preceptos a la sociedad anónima tal es el caso de los artículos 527 hasta el 588, sin embargo al parecer la reglamentación antes señalada sobre la Sociedad Anónima no satisfizo a juristas, gobernantes y legisladores en su aplicación, ya que el día 10 de abril del año de 1888 fue objeto de una ley especial, es decir la Ley de Sociedades Anónimas, bajo el número 10104, derogando al Código de Comercio de 1884”¹⁶

Es importante señalar que en la Ley de Sociedades Anónimas del año 1888, se encuentran diversas normas cuyo contenido se conserva en la legislación actual; así, por ejemplo, la definición del concepto de sociedad anónima (artículo 1° de la Ley de Sociedades Anónimas y su artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y la distinción entre asambleas ordinarias y extraordinarias de los accionistas (artículos 44 y 45 de la Ley, y artículos 188 y siguientes de la Ley General de Sociedades Mercantiles).¹⁷

En forma posterior, el 1 de enero de 1890, entró en vigencia el actual Código de Comercio; que dicho sea de paso, se ha dicho que es un “Código muerto”¹⁸ convertido en algo así como un esqueleto del que penden sólo unos jirones, pues le han arrancado las materias más importantes como la Ley General de Sociedades Mercantiles”. Sin embargo, cuando dicho código surge, reglamenta

¹⁶ Loc. cit. pág. 16.

¹⁷ Id.

¹⁸ De Pina Vara Rafael. Derecho Mercantil Mexicano. Vigésimo Novena Edición, Editorial Porrúa, México 2003, pág. 14.

en los artículos 163 a 225 a la Sociedad Anónima y deroga como consecuencia a la Ley de Sociedades Anónimas del año 1888.

No obstante la poca vigencia de esta normativa, se dice que no fue debido a sus inconveniencias, sino solamente a la necesidad del legislador de reunir las normas relativas a la Sociedad Anónima en el Código de Comercio de 1889, ya que fue preservado fielmente el texto completo de la Ley de Sociedades Anónimas del año 1888.¹⁹

Conforme al desarrollo jurídico histórico de la Sociedad Anónima, se puede decir entonces que existieron dos reglamentaciones anteriores importantes a la Ley General de Sociedades Mercantiles que entró en vigor el 28 de julio de 1934, texto que en la actualidad es la ley especial principal sobre la Sociedad Anónima.

Este ordenamiento se expidió toda vez que la parte correspondiente del Código de Comercio resultaba anacrónica, estrecha e incongruente con las nuevas instituciones y forma de actuar que en materia de crédito se habían dado. En la parte que puede considerarse como Exposición de Motivos, el Ejecutivo explicó:

"... Sí conviene anotar que el texto definitivo de la Ley no se llegó mediante una simple labor de repetición o de síntesis de lo que en materia de sociedades han elaborado la doctrina extranjera, las leyes y los proyectos de otros países, sino de atender con el mismo empeño, hasta donde fue posible, tanto a esos elementos, que no podían desdeñarse, supuesto que nuestras instituciones legales forman parte de una cultura jurídica conectada estrechamente con el pensamiento de aquellos países, como a nuestras leyes en vigor; en un esfuerzo para conservar todo lo que se ha incorporado a nuestra tradición y a las particularidades de nuestro ambiente..."²⁰

¹⁹ Cfr. Frisch Philipp Walter. ob.cit. pág. 17

²⁰ Castañón R. Jesús. Breve desarrollo histórico de la legislación mercantil y bancaria. Departamento Administrativo y de Control de Legislación de la Dirección de Estudios Hacendarios. Pág. 34.

Consecuente con este criterio se quiso hacer más ágil y flexible, tanto la organización como el funcionamiento de las sociedades mercantiles, sin perjuicio del establecimiento de un amplio sistema de garantías tanto para quienes formasen parte de aquellas instituciones en calidad de accionistas o miembros, como de todos aquellos que tuviesen o pudiesen tener relaciones con las sociedades. Para abreviar en este tema, agregaré que en esta exposición que precede a la Ley se puntualizaron detalladamente las diferencias entre la antigua y la nueva legislación.

Así, dicho ordenamiento se encuentra un capítulo V dedicado a la Sociedad Anónima, concediéndole 119 artículos a este tipo de sociedad, es decir del artículo 87 al 206 de dicha Ley; sin embargo, dado que esta reglamentación tan sólo forma una parte del derecho mercantil, del derecho sobre sociedades mercantiles, considero necesario señalar las fuentes supletorias que completan su regulación en México.

Al respecto, conforme al artículo 3º, fracción II del Código de Comercio se señala:

“Art. 3º.- Se reputan en derecho comerciantes:

...

II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles

...”

Por lo tanto, es aplicable dicho artículo a la Sociedad Anónima en la misma forma que lo es para otras sociedades mercantiles; además es aplicable también el artículo 1º, según el cual sus disposiciones son aplicables por cuanto a los actos de comercio que esta lleve a cabo. Como consecuencia de lo antes señalado, puedo afirmar que la primera fuente supletoria de la Ley General de Sociedades Mercantiles es el Código de Comercio.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 2° del señalado Código de Comercio, me encuentro con que las normas del derecho común serán aplicables en esta materia, señalando textualmente:

"A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal".

En este sentido, tengo que advertir que en su oportunidad existió cierta confusión al respecto de dicha cuestión ya que dado que la materia de derecho civil se identifica como común y es materia local, en cuanto que por no estar concedido expresamente a la Federación por la Constitución, se entiende reservado a los Estados (Art. 124 Constitucional) y por otro lado el derecho mercantil es federal según se desprende del artículo 73 fracción X Constitucional que indica lo siguiente:

"El Congreso tiene facultad:

Para legislar en toda la República sobre ... comercio." De esto se desprende que a falta de disposiciones del derecho mercantil que es materia federal de acuerdo con lo dicho, se acudirá al derecho civil que es local, es decir al Código Civil del Estado o del Distrito Federal que resulte ser aplicable al caso concreto.

Con el propósito de atender las confusiones generadas, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 29 de mayo de 2000, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, pasó a ser Código Civil Federal; y a su vez, por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 25 de mayo de 2000, se adoptó el Código Civil exclusivamente de carácter local.

Con dichas reformas, ahora el código supletorio aplicable es el Código Civil Federal, pues su artículo 1º así lo ordena: "Las disposiciones de este código regirán en toda la república en asuntos del orden federal".

De hecho se clarifica la aplicación de la supletoriedad del derecho común en las leyes como la Ley del Mercado de Valores vigente que determinan textualmente la supletoriedad de la legislación civil federal en este momento.

En general, el derecho común y el Código Civil Federal sólo debe aplicarse si tenemos una falta de disposiciones expresas en la legislación mercantil (Ley General de Sociedades Mercantiles o Ley del Mercado de Valores en nuestro caso). Vale la pena mencionar que en el caso de las materias de títulos y operaciones de crédito y de operaciones con valores, la aplicación supletoria del derecho común requiere, además, que no existan usos bancarios, bursátiles o mercantiles que por ley deberán prevalecer por encima de la citada supletoriedad.

Por otra parte, no paso inadvertido lo que también establece el artículo 1º del Código de Comercio que a la letra dice: "los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles", en este caso dicho artículo declara aplicables en forma prioritaria al derecho común las disposiciones contenidas en las demás leyes mercantiles; cuestión que también nos lleva a una confusión y que desde nuestro punto de vista se pudiera clarificar con lo que desde la entrada en vigor de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se consignó en su artículo 2º; con respecto a la jerarquía de supletoriedad y que fue recogida sólo de forma rudimentaria en el Código de Comercio.

Al respecto, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito antes señalada dispone en su artículo 2º lo siguiente:

"Los actos y operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

- I. Por lo dispuesto por esta ley, en las demás leyes especiales relativas, en su defecto;
- II. Por la legislación mercantil, en su defecto;
- III. Por los usos bancarios y mercantiles, y en defecto de éstos;
- IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal.

Lo anterior incluso corrobora el criterio de ley citado, es decir aplicar después de la ley mercantil especial, los usos bancarios y mercantiles ya que son indispensables en las transacciones mercantiles y más aún en las del mercado de valores.

Por otra parte, por lo que se refiere a la supletoriedad de la legislación procesal civil local queda establecida en el texto del artículo 1063 del Código de Comercio:

Los juicios mercantiles se substanciarán de acuerdo con los procedimientos, aplicables conforme a este Código, las leyes especiales en materia de comercio y en su defecto por la ley procesal local respectiva.

En este caso se mantiene lo señalado por el artículo 1054 del Código de Comercio en comento, que dispone que a falta de convenio expreso o compromiso arbitral de las partes, y siempre y cuando las leyes mercantiles no establezcan un procedimiento especial o supletoriedad expresa, se aplicarán las disposiciones del Código de Comercio y, en su defecto, la ley de procedimientos local respectiva.

1.3.- BREVES REFERENTES ACERCA DEL NACIMIENTO DEL NUEVO REGIMEN JURÍDICO CONTEMPLADO PARA LA SOCIEDAD ANONIMA.

Como mencione al inicio de este capítulo, que en el curso de los siglos, las sociedades anónimas han ocupado un lugar muy importante en el sector del comercio; de hecho, de acuerdo con el maestro Miguel Acosta Romero,²¹ esta clase de sociedad es la que con más frecuencia se utiliza en la vida mercantil, jurídica, social y económica en México, y agrega que para la última década del siglo XX es la única que prevalece en la experiencia de la vida real de los negocios en este país.

De ahí que el marco legal que rige a las sociedades anónimas se vaya ajustando a los estándares que se manejan a nivel internacional y que se vayan considerando convenientes para nuestro país por nuestros legisladores. Como ejemplo de lo anterior, la iniciativa de la nueva Ley del Mercado de Valores, recoge nuevos esquemas societarios para el sector financiero, argumentando que los mercados de valores de todo el mundo se caracterizan por una creciente competencia por obtener recursos para el financiamiento de las empresas. En este sentido, un factor determinante en la elección del destino de las inversiones está dado por el marco normativo del país de que se trate y, sobre todo, por la necesidad de contar con un nivel adecuado de certidumbre jurídica.

La revisión del marco regulatorio en México, no puede ser omisa al debate internacional en la materia, ya que nuestro mercado de valores podría perder la competitividad que ha alcanzado en la captación de inversión nacional e internacional y dichos recursos financieros podrían ser canalizados a otros mercados. Por ello, es menester continuar avanzando en la mejora, perfeccionamiento y actualización de nuestra legislación aplicable, con el objeto de incrementar su transparencia, reforzar la confianza del público inversionista y

²¹ Cfr. Acosta Romero Miguel, García Ramos Francisco, García Álvarez Paola. Tratado de Sociedades Mercantiles con Énfasis en la Sociedad Anónima, Editorial Porrúa, México, 2004. pág. 69.

profundizar los mecanismos que proporcionen una adecuada protección a los intereses patrimoniales del público.

La Ley del Mercado de Valores, ya ha avanzado en esta dirección a lo largo de su vigencia, no obstante los logros alcanzados aún no han sido suficientes para tener un mercado lo suficientemente poderoso como en otros países, por ello se prevé en esta nueva Ley del Mercado de Valores, medidas expresas para fomentar el acceso de empresas medianas que logren o permitan detonar el crecimiento del mercado de valores tradicional y que éstas aprovechen las ventajas que dicho mercado brinda.

Para atender esta situación, en la iniciativa se crea las figuras de la "sociedad anónima promotora de inversión" y de la "sociedad anónima promotora de inversión bursátil", como nuevos subtipos societarios que analizaremos a detalle en el capítulo III de esta tesis profesional.

Es importante no pasar inadvertido, el hecho de que mi postura respecto a la creación de estas sociedades es partiendo de la base de que es necesario adecuar la Ley General de Sociedades Mercantiles (ley marco), para el buen funcionamiento de estos nuevos subtipos societarios, lo que trataré de demostrar a lo largo de este trabajo.

CAPITULO II

CONCEPTOS Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA SOCIEDAD ANONIMA

II.1.- CONCEPTOS Y CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

II.1.1.- DEFINICION LEGAL

En la Ley General de Sociedades Mercantiles, se encuentra la definición que el legislador ha dado a la sociedad anónima precisamente en el artículo 87, que a la letra señala:

“Art. 87.- Sociedad Anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.”

La definición aludida en la Ley queda corta en cuanto a los elementos que componen a dicha sociedad, pues a decir del maestro Arturo Díaz Bravo, faltan dos elementos fundamentales como lo son el capital mínimo, por la cantidad de \$50,000.00 (Cincuenta mil pesos 00/100 M.N.) y la existencia mínima de dos socios.²²

En relación con lo anterior, Rodríguez Rodríguez propone la siguiente definición al respecto:

“Es una sociedad mercantil, de estructura colectiva capitalista, con denominación, de capital fundacional, dividido en acciones, cuyos socios tienen su responsabilidad limitada al importe de sus aportaciones”.²³

²² Cfr. Díaz Bravo Arturo. Derecho Mercantil, Editorial Iure, Primera reimpression 2004. pág. 83.

²³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. ob. cit. pág. 216.

Desde mi particular punto de vista, la definición que da la Ley a la Sociedad Anónima, efectivamente carece de algunos elementos que identifican a dicha sociedad, por lo cual coincido con la propuesta de Manuel García Rendón²⁴ en el sentido de que además de lo antes dicho, a esta definición debiera agregarse lo relacionado con la transmisión libre de los derechos de los socios.

Para el propósito del presente trabajo, baste señalar que la Sociedad Anónima es el ejemplo típico de las llamadas sociedades de capitales y ello implica que los derechos y poderes de los socios se determinan en función de su participación en el capital social.

II.1.2.- DENOMINACION SOCIAL

El uso de la denominación social esta previsto por la Ley General de Sociedades Mercantiles, tanto en su artículo 6°, fracción III, como en lo establecido en los artículos 87 y 88 de la misma, donde se afirma que la denominación de la Sociedad Anónima se forma libremente, debiendo ser distinta de la de cualquiera otra sociedad y al emplearse deberá ir siempre seguida de las palabras Sociedad Anónima o de su abreviatura S.A.

De acuerdo con el citado tratadista Manuel García Rendón, "... ya sea por imitación de costumbres extranjeras, por ignorancia de la ley o por conservar ciertas razones sociales, en nuestro medio es frecuente encontrar denominaciones formadas con el nombre de personas, circunstancia que ha suscitado las más severas críticas a nuestra doctrina que considera tal practica como ilegal y peligrosa".²⁵

Continua explicando este tratadista, que a la luz de los citados artículos 87 y 88, esta cuestión es ilegal y peligrosa ya que como en nuestro país no existe una

²⁴ Cfr. García Rendón Manuel. ob. cit. pág. 258.

²⁵ Ibid. pág. 263

regulación específica acerca del nombre y de los derechos sobre el mismo, nadie podría impedir el uso de los nombres de personas que gocen de cierto prestigio económico y social en las denominaciones de las diferentes sociedades y con ello sorprender incautos y extraños y aprovecharse de éstos.

En este tema, el maestro Rodríguez Rodríguez propone lo siguiente:

- “1.- Prohibir el empleo de nombres de personas en la formación de denominaciones sociales.
- 2.- Sancionar con responsabilidad ilimitada al socio que la consienta, y
- 3.- Establecer sanciones para los que infrinjan esta prohibición”.²⁶

Lo supuestos de competencia desleal, inducir al error con dolo a terceros y al público en general, es lo que el artículo 88 trata de proteger al indicar que la denominación de la sociedad debe ser distinta de la de cualquiera otra.

Asimismo, este artículo prevé que la denominación social deberá ir siempre seguida de las palabras Sociedad Anónima o de las abreviaturas S.A., sin que este sancionada por la ley esta cuestión en caso de incumplirla, no obstante existen opiniones diversas en este tema.

A decir del jurista Mantilla Molina²⁷, “cabe sostener, por aplicación analógica del artículo 59, que tal omisión sujeta a todos los socios a la responsabilidad ilimitada por las deudas sociales que resulta del artículo 25”.

Es decir, lo que este autor señala es que los socios responderán en todo caso de un modo subsidiario, ilimitado y solidario de las obligaciones sociales.

Por último, respecto a este tema me adelanto para tratar el caso de las nuevas sociedades del mercado de valores en donde la denominación social de las

²⁶ Rodríguez Rodríguez. ob. cit. pág. 219 y 220.

²⁷ Mantilla Molina Roberto L. ob. cit. pág. 347.

sociedades a que se hace referencia en la nueva Ley del Mercado de Valores, se formará libremente conforme a lo previsto en el artículo 88 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, debiendo agregar a su denominación social la expresión "Promotora de Inversión" o su abreviatura "P.I." , o en su caso la expresión "Bursátil" o su abreviatura "B" para la Sociedad Promotora de Inversión Bursátil, según se estudiará más adelante.

II.1.3.- OBJETO

En cuanto al objeto de la Sociedad Anónima, debo mencionar que el artículo 6° fracción II de la Ley General de Sociedades Mercantiles no menciona lo que debiera entenderse por objeto, sin embargo se entiende que este deberá ser lícito y posible.

De esta forma la escritura constitutiva de la Sociedad Anónima debe declarar y establecer la clase de actividades que la sociedad se proponga llevar a cabo. "La existencia de un objeto o finalidad es requisito indispensable de toda sociedad mercantil. Sin él, la sociedad no se explica."²⁸

Por ello, la Ley es muy precisa al respecto ya que de acuerdo con el artículo 229 fracción II de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la sociedad se disuelve por la imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado.

Por su parte, el artículo 3° de esta misma Ley establece que las sociedades que tengan un objeto ilícito o que ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán nulas y se procederá a su inmediata liquidación, a petición que en todo tiempo podrá hacer cualquier persona, incluso el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

En adición a lo anterior, el artículo 1795 fracción III del Código Civil Federal, aplicable a la materia mercantil, indica que el contrato puede ser invalidado por

²⁸ De Pina Vara Rafael. ob. cit. pág. 68.

su objeto, o su motivo o fin sea ilícito y por su parte el artículo 2225 de este mismo ordenamiento indica que la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

“De ahí que del objeto de la sociedad depende la capacidad de ésta, pues las sociedades sólo tienen la capacidad necesaria para el cumplimiento del objeto social”.²⁹

El jurista Miguel Acosta Romero en la obra en cita, al referirse al concepto objeto, señala que en virtud de que el objeto de la sociedad no es tratado a profundidad por nuestras leyes, es conveniente observar cómo es regulado por la legislación Argentina y para tal efecto cita al autor de “El Objeto en las sociedades comerciales”, Alberto Aramouni quien define al objeto social de la siguiente forma:

“El objeto es el medio para lograr la finalidad buscada y su importancia es tal que para importantes sectores de la doctrina determine la capacidad del sujeto y la de sus administradores. Esta declaración resulta útil si tenemos en cuenta que el artículo 31 establece una pauta de incapacidad para tomar o mantener participación en otras sociedades, fundada precisamente, en el objeto. Expresa, en efecto, que salvo aquellas en que el mismo sea exclusivamente financiero o de inversión no pueden tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales”.³⁰

En efecto, de acuerdo con la nueva Ley del Mercado de Valores, las nuevas sociedades anónimas que serán materia de este estudio, estarán sujetas a disposiciones especiales que deberán quedar incluidas en el objeto social de cada una de éstas así como en sus estatutos, puntualizando de manera detallada la categoría de actos que llevara a cabo la sociedad, armonizando los mismos a las estrategias, políticas y lineamientos aprobados por el Consejo de Administración y demás órganos involucrados.

²⁹ Acosta Romero Miguel, Lara Luna Julieta Areli. Nuevo Derecho Mercantil, Editorial Porrúa. México 2003, pág. 287.

³⁰ Acosta Romero Miguel, citando a Aramouni, Alberto. *El objeto de las sociedades comerciales, sus cláusulas enunciativas, modelos típicos*. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1979. p.p. 24 y 25.

II.1.4.- REQUISITOS DE CONSTITUCION

En opinión del maestro Mantilla Molina, para la constitución de una Sociedad Anónima, se requiere: "a) un número mínimo de socios; b) un capital suscrito que alcance un mínimo determinado; c) que a lo menos parte de dicho capital esté exhibido".³¹

Por cuanto al número de socios se refiere, de acuerdo con el artículo 89 fracción I, se necesita que haya dos socios como mínimo. Con relación a un capital suscrito que alcance un mínimo determinado, la fracción II de este mismo artículo indica que no será menor de cincuenta millones de pesos (hoy cincuenta mil pesos) y que esté íntegramente suscrito, es decir que los socios contraigan la obligación suscrita con su firma de cubrir totalmente la cantidad que se señala como capital social. Respecto de la exhibición de parte del capital, basta decir que se precisa la entrega a la caja de la sociedad, cuando menos el veinte por ciento de las aportaciones pagaderas en numerario, y la totalidad de las que lo sean en bienes distintos, así lo estipula el referido artículo 89 fracciones III y IV.

II.1.5.- FORMAS DE CONSTITUCION

La forma más común de constitución de las sociedades mercantiles en general, se encuentra regulada en los artículos 5° y 90 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los cuales al respecto señalan:

"Art. 5°.- Las sociedades se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones. El notario no autorizará la escritura cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto por esta Ley."

"Art. 90.- La sociedad anónima puede constituirse por la comparecencia ante Notario, de las personas que otorguen la escritura social, o por suscripción pública."

³¹ Mantilla Molina Roberto L. ob. cit. pág. 348.

A esta forma de constitución se le denomina simultánea, porque todos los involucrados comparecen ante Notario y manifiestan su consentimiento de firmar el contrato social.

Cabe señalar en este punto que conforme al artículo 7° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, si el contrato social no se hubiere otorgado en escritura ante Notario, pero contuviere los requisitos que señalan las fracciones I a VII del artículo 6°, cualquier persona que figure como socio podrá reclamar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura correspondiente; y si esta no se presentare dentro del término de quince días a partir de su fecha, para su inscripción en el Registro Público de Comercio, cualquier socio podrá demandar en la vía sumaria dicho registro.

Otra forma de constitución que la Ley General de Sociedades Mercantiles reconoce, es la denominada de Constitución Pública o Sucesiva, forma que se reserva únicamente a las sociedades por acciones, de conformidad con el artículo 63 de la Ley en cita, el cual establece que la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada o el aumento de su capital social, no podrá llevarse a cabo mediante suscripción pública y por ende tampoco aplicaría a la sociedad en nombre colectivo o a la sociedad en comandita simple ya que además de no emitir acciones, se basan en la confianza mutua que exista entre los socios y de su consentimiento para admitir a nuevos socios en la sociedad.

Con relación a las fases que conlleva este procedimiento, las trataré detenidamente en este apartado ya que esta clase de procedimiento se podría aplicar a los supuestos de aportaciones a capital que veremos en su oportunidad en el capítulo III, relacionados con las nuevas Sociedades del Mercado de Valores.

A este respecto, el artículo 11 de la iniciativa de nueva Ley del Mercado de Valores señala lo siguiente:

"Artículo 11.- Las sociedades anónimas que pretendan constituirse a través del mecanismo de suscripción pública a que se refiere el artículo 90 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, deberán inscribir las acciones representativas de su capital social en el Registro y obtener la autorización de la Comisión para realizar su oferta pública, ajustándose a los requisitos que les sean aplicables en términos de esta Ley".

Con base en lo anterior, procedo a revisar las distintas fases de esta forma de constitución en las sociedades.

a) *Redacción del programa.* Lo que se denomina programa es en realidad un proyecto de estatutos que reúne los requisitos del artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, con excepción de las fracciones I a VI, así como los requisitos del artículo 91, eliminando la fracción V, el cual se debe depositar en el Registro Público de Comercio más no inscribirse como lo señala el artículo 92 de la referida Ley.

"Art. 92.- 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°, excepción hecha de los establecidos por las fracciones I y VI, primer párrafo, y con los del artículo 91, exceptuando el prevenido por la fracción V".

b) *Oferta y suscripción de acciones.* Se trata en específico de una oferta pública de acciones que se emitirán en serie. Dicho en otros términos de acuerdo con el maestro Barrera Graf,³² es una declaración unilateral de voluntad del promotor, la cual en lo no previsto por los artículos 92 a 102 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, estará regulada por las disposiciones de los artículos 1860 a 1864 del Código Civil Federal.

³² Cfr. Barrera Graf Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Ob. Cit. pág. 324.

4.- De hacer el nombramiento de los administradores y comisarios que hayan de funcionar durante el plazo señalado por los estatutos, con la designación de quiénes de los primeros han de usar la firma social.

"En todo caso, la asamblea funcionará según el principio de mayoría de votos, salvo que se plantee una modificación a la oferta o programa original, que suponga alguna obligación adicional que se pretenda imponer a los socios como por ejemplo el pago de primas, o que proponga restricciones a los derechos de éstos, o alguna otra modificación sustancial del programa, en estos casos se requerirá el voto unánime".³³

e) Protocolización y registro. Para llevar a cabo esta última fase, se requiere que comparezcan todos los socios o bien que se designe un delegado especial para que comparezca ante Notario y protocolice el acta respectiva y posteriormente proceder a su inscripción en el Registro Público de Comercio.

II.2. SU ESTRUCTURA ORGANICA

II.2.1.- SOCIEDAD

El hombre por naturaleza es un ser sociable, en algunas ocasiones éste crea ciertos vínculos con otros hombres para satisfacer sus necesidades de comunicación que lejos de establecer situaciones de carácter jurídico, se establecen éstas pero desde un punto de vista sociológico.

Para los efectos de este trabajo, importan aquellos vínculos que el hombre crea con otros de su misma especie y que están plenamente reconocidos y regulados por el derecho, estableciéndose de este modo las relaciones jurídicas cuyo fin es paralelo, coordinado y coincidente y de donde precisamente nacen los negocios sociales.

³³ *Ibid*, pág. 325

De esta forma, el concepto de sociedad que pretendemos analizar, se va determinando con base en la vinculación recíproca entre las partes para la realización del fin común, es decir la creación de una sociedad. De este elemento se desprende a su vez otras notas que se suelen indicarse como constitutivas de dicho concepto, tales son la denominada *affectio societatis*, la necesidad de aportaciones de los socios, y la vocación a las ganancias y a las pérdidas.

La existencia de una igualdad entre las partes, que las constituya como verdaderos socios es lo que podemos entender como *affectio societatis*; a su vez las aportaciones de los socios se entienden como la necesidad de poner los medios suficientes y conducentes para la realización del fin común citado, en donde dichos medios se les conocerá técnicamente como aportaciones y serán materia de estudio en forma posterior, las cuales serán entregadas a la sociedad en proporción a las propias posibilidades de los socios; y por último la vocación a las ganancias y pérdidas que significa básicamente que los socios estarán dispuestos a trabajar en el proyecto de sociedad, logrando las ganancias que se lleguen a generar en dicho proyecto y por otro lado a soportar las inclemencias traducidas en pérdidas que todo negocio puede llegar a generar en un momento determinado.

A partir de este momento, se considera que se esta generando el acto de creación de una persona moral obviamente distinta de las personas que la crean, o sea distinta de los aportantes de los recursos de la sociedad. Al respecto, la doctrina ha establecido una serie de teorías acerca de la nueva persona que se crea y que justifican su personalidad.

Como no es el tema central de este trabajo, sólo expondré brevemente algunas ideas que sobre el particular aporta el maestro Rodríguez Rodríguez³⁴.

³⁴ Cfr. Rodríguez Rodríguez. ob. cit. pág. 100 y 101.

A) TEORIA DE LA FICCIÓN

Esta teoría deriva de la doctrina canónica conocida con el nombre de *Corpus Mysticum*, o Cuerpo de Cristo. Que establece que sólo el hombre es capaz de ser titular de derechos y obligaciones, y que sólo el hombre como persona a imagen de Cristo, puede tener las capacidades que tiene la persona considerada como tal. Por lo tanto la persona jurídica, o persona moral, son creaciones artificiales de la ley que sólo se justifican por tener un patrimonio. La persona jurídica por lo tanto se contrapone a la persona natural por significar que tiene existencia de persona sólo en virtud de ese objeto.

B) TEORIA DEL PATRIMONIO AFECTACION

Esta tesis expresa que, dada la dificultad de admitir la existencia de patrimonios sin titular, y habiendo un patrimonio distinto de los socios que integran una sociedad, debe aceptarse y admitirse que existe una persona como titular del mismo.

No sólo las personas en lo individual, dice esta teoría, son capaces de ser titulares de derechos, sino también las colectividades tienen una existencia real y son por esto auténticas personas en lo que respecta al derecho.

Sin embargo, se considera que la existencia de un patrimonio no debe de forzar la creación de una personalidad jurídica, o sea, no es que por existir un patrimonio tenga que existir una persona. Esta tesis es de una gran atracción, y a pesar de que no tiene nada de moderna, legislaciones actuales la han aceptado e incluso la han hecho efectiva en la aparición de algunas de sus leyes. Como ejemplo de lo anterior, el nuevo Código Civil del Estado de Jalisco, que apareció a mediados de los años noventa, reconoce en el artículo 161, como titular de personalidad al condominio, justificando su personalidad, con la tesis, de que se forma con una serie de bienes que integran un patrimonio diferente de los condóminos, y que por tanto debe ser reconocida legalmente la personalidad en forma distinta a los acreedores de la misma.

C) TEORIA ORGANICA

Existe la teoría *orgánica o realista*, esta es una tesis que compara distintos momentos en la vida de una persona con otros tantos de las sociedades mercantiles, así una persona nace (la sociedad se constituye), la persona muere (la sociedad se disuelve), la persona se matrimonia (la sociedad se fusiona), un matrimonio se divorcia (la sociedad se escinde), una persona tiene hijos (la sociedad tiene filiales), una persona se enferma y muere (y la sociedad entra en quiebra o en liquidación), etc. Se considera que esta tesis fue sostenida a finales del siglo XIX, por los autores de los códigos europeos.

La teoría orgánica de la persona jurídica también llamada teoría antropomórfica, expuesta grandiosamente por Gierke³⁵, que la concibe como un organismo natural al igual que el hombre, con una voluntad propia y un propio interés, distintos de la voluntad de interés de las personas físicas de sus miembros.

D) TEORIA DEL RECONOCIMIENTO

Ferrara que es el autor intelectual de esta tesis, argumenta que persona en el lenguaje vulgar, equivale a un hombre, pero en sentido jurídico equivale a un sujeto de derechos y obligaciones, es decir status o calidad. La personalidad del hombre "deriva del derecho del Estado"³⁶ no es una ficción sino una fórmula jurídica, el Estado no la crea sino la reconoce.

Esta parece ser la tesis que se ha aceptado más en el mundo en general y por lo pronto es la que en el derecho positivo mexicano, ha tomado como tal, como se expresa a través del Código Civil Federal que establece en el capítulo relativo a personas morales, a quienes la ley considera tienen ese carácter.

El artículo 25, establece en su fracción II:

³⁵ Gierke, citado por Rodríguez Rodríguez. ob. cit. pág. 100.

³⁶ Ferrara Francisco, Teoría de las Personas Jurídicas, traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury. Madrid, Editorial Reus, 1929. pág. 375.

"Son personas morales:

...

II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley.

..."

Utiliza este precepto, la palabra con la que Ferrara identifica su teoría del reconocimiento al emplear el término "reconocidas".

Es clara la declaración que hace esta fracción al establecer que es la ley quien tiene la facultad de reconocer quienes son las personas morales.

La fracción III de este mismo ordenamiento, establece que son también personas morales las sociedades civiles o mercantiles. Igualmente la fracción V, establece que son también personas morales las sociedades cooperativas y mutualistas.

A mayor abundamiento, la Ley General de Sociedades Mercantiles establece en su primer artículo, el reconocimiento de las distintas especies de sociedades mercantiles. Sobre este punto, deseo abrir un paréntesis y apuntar desde ahora que mi intención para este artículo es de que sufra una modificación, debido principalmente a la aparición de nuevos subtipos societarios establecidos en la nueva Ley del Mercado de Valores; tema que abordaremos en nuestro siguiente capítulo.

Es claro la aparición de la palabra clave "reconoce" en el artículo primero. Esta teoría y la llamada de la ficción son bastante parecidas.

Ahora bien, por el hecho de admitir que las personas morales, entre ellas claro esta las sociedades mercantiles, se les dota de personalidad jurídica, trae como consecuencia que éstas gocen de los atributos propios de la personalidad. Entre otros, el nombre ya como razón social o como denominación según sea el caso,

la capacidad de goce, la capacidad de ejercicio, el nombre, el domicilio, la nacionalidad, la capacidad procesal para demandar o ser demandada, etc.

Adicionalmente de los citados atributos, el más importante quizá sea el que tenga capacidad para tener un patrimonio propio como se ha venido señalando, distinto del patrimonio de los socios que la integran.

Con lo anterior, se establece la siguiente conclusión: las personas morales en México, tienen personalidad jurídica; e igualmente y por lo mismo tienen capacidad de tener un patrimonio propio.

II.2.2.- SOCIOS

“Así como su situación dentro de la familia determina el estado civil de un individuo, su situación respecto de una sociedad constituye el estado de socio, complejo de derechos y obligaciones, de cargas y facultades, que por exceder notoriamente a los conceptos de acreedor y deudor, no podrían encuadrarse dentro de ellos”.³⁷

El estado de socio al que se refiere el tratadista en cita, resulta ser de un carácter muy interesante ya que implica diversos derechos a favor de dicho socio (corporativos: derecho de información, derecho a participar en la asamblea, derecho a votar en la asamblea, etc., y patrimoniales: derecho al dividendo, derecho a la participación de la liquidación, etc.), que ejercerá frente a la sociedad, pero al mismo tiempo tendrá una serie de obligaciones que satisfacer a favor de la misma (liberación de sus acciones), situaciones todas ellas que nos da pie para patentizar de alguna forma lo que he venido señalando acerca de la personalidad jurídica de la sociedad, de la capacidad de tener un patrimonio propio y de la responsabilidad limitada de los socios.

Es decir, para entender de mejor manera lo que se acaba de mencionar, se acudió a la obra de Ascarelli, donde en primer término se indica que, admitido el

³⁷ Mantilla Molina, ob. cit. pág. 221.

principio de la responsabilidad limitada en los socios, resulta posible aceptar que la persona del socio es indiferente a la caracterización jurídica de la sociedad, y que por esto es posible el cambio de la persona del socio independientemente de una modificación del contrato social y del consentimiento de los demás socios. Cuando el socio es limitadamente responsable, especialmente si la acción es liberada, jurídicamente puede ser indiferente que el accionista de la sociedad sea fulano o mengano.³⁸

Resulta trascendental lo establecido en el párrafo anterior, ya que como veremos más adelante, el derecho de preferencia establecido en el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se modifica de tal forma que se podrá ampliar, limitar o incluso negar para hacer más atractivo el ingreso de nuevos accionistas a las nuevas sociedades del mercado de valores, situación que abordaremos en el siguiente capítulo.

Continuando con este tema, es importante hacer notar el alcance de esta situación ya que la sociedad jurídicamente reconocida, es decir con personalidad propia, acaba por ser absolutamente independiente de las personas de sus socios ya que alguna de dichas personas pudiere desaparecer, pero en cambio el patrimonio o capital social subsistirá, no contraviniendo a su estabilidad.

Es por ello que el llamado estado de socio, es transmisible ya que el traspaso de los derechos y deberes del socio por medio de documentos especiales es una de las características de este género de sociedades, es decir las acciones cuyas características serán tratadas adelante.

Por último señalo que la Sociedad Anónima y la Sociedad Comandita por Acciones son las únicas sociedades mercantiles en las que los socios reciben el nombre de accionistas, identificando así a éstos con su carácter de titulares de los documentos en que se encuentran incorporados sus derechos.³⁹

³⁸ Cfr. Dr. Tullio Ascarelli. ob. cit, pag. 36

³⁹ Cfr. García Rendón, Manuel. ob cit, pág. 258.

II.2.3. CAPITAL SOCIAL

En el caso de las sociedades en general, se identifica como la suma de los valores de aportaciones de los socios en el momento de la constitución de la sociedad. El artículo 6° fracción V de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone este requisito en la escritura constitutiva de toda sociedad, sin él cual no se podría considerar que nace a la vida jurídica.

Para el autor Víctor M. Castrillón y Luna⁴⁰, "el capital social representa una cifra contable que incorpora el valor correspondiente a la suma de las aportaciones de los socios; forma parte además de los activos patrimoniales de la sociedad y representa por ello una garantía para el cumplimiento de las obligaciones que la sociedad asuma frente a terceros".

Debe distinguirse desde ahora de lo que se considera capital social y lo que se conoce como patrimonio social, el primero como ya lo mencioné es el conjunto de aportaciones que los socios realizan en la sociedad y que se representa como una cifra aritmética que equivale a la suma del valor nominal de las acciones en que este se encuentre dividido; y por otro lado, el patrimonio es el conjunto de derechos, atributos, obligaciones y cargas de una persona susceptibles de valoración económica, incluido en este caso el propio capital social.

En las sociedades, el patrimonio social siempre será movable debido a la vida misma de la sociedad, es decir este se puede incrementar cuando la sociedad va reflejado un éxito y por ende utilidades o bien se ve reducido cuando se atraviesa por una mala racha en la vida social, es decir para comprender mejor esta situación, se puede ver al patrimonio como la suma de los valores reales poseídos por la sociedad en un momento determinado, unas veces con plusvalía y en otras con minusvalía; en cambio el capital social es fijo, salvo cuando se aumenta o reduce pero siempre con apego a la ley.

⁴⁰ Castrillón y Luna Víctor M. Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa. Primera Edición 2003, pág. 30.

El capital social como tal constituye una garantía frente a los acreedores, por lo que obliga a la ley a que subordine su integración, permanencia y modificabilidad a una variada gama de normas de protección conocidas con el nombre de Principios del Capital Social.

De acuerdo con el jurista Rodríguez Rodríguez⁴¹ el capital social se encuentra protegido por cinco principios:

1° de la garantía del capital. Que establece la necesidad de que exista un capital mínimo permanente y determinado que constituya una verdadera garantía de los acreedores de la sociedad. De este a su vez se divide en cuatro subprincipios que se encuentran fundamentados en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

1.a).- Subprincipio de la unidad de capital. Los artículos 6°, fracción V, que exige el importe del capital social en la escritura constitutiva, 9°, que se refiere al capital de cada sociedad, 89 fracción II, que indica en el caso de la Sociedad Anónima que el capital social no sea menor de cincuenta millones de pesos (hoy cincuenta mil pesos) y que este íntegramente suscrito, 91 fracción II que a la letra señala que la escritura de la sociedad anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6° los siguientes: el número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 125; 99 que señala que suscrito el capital social y hechas las exhibiciones legales, los fundadores, dentro de un plazo de quince días, publicarán la convocatoria para la reunión de la Asamblea General Constitutiva, en la forma prevista en el programa y 172 que también alude al capital social como un dato único, todos ellos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aluden a la necesidad de que cada sociedad debe tener un capital y sólo uno ya que todo el capital constituye una masa de responsabilidad por cualquier obligación social.

⁴¹ Cfr. Rodríguez Rodríguez. ob. cit. pág. 231.

2.b) Subprincipio de la determinación del capital. Que significa hacer patente el capital social de manera determinada, es decir que toda sociedad debe manifestar la cuantía exacta de su capital y su situación, es decir, si todo él ha sido exhibido o si sólo lo fue parcialmente.

El artículo 91, fracciones I y III de la Ley General de Sociedades Mercantiles establecen respectivamente: I.- que en la escritura constitutiva de la sociedad anónima se consigne la parte exhibida del capital social y III.- la forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones; asimismo en el artículo 125, fracción V de esta misma ley, que indica que en los títulos de las acciones se expresen las exhibiciones que sobre el valor de la acción haya pagado el accionista o la indicación de que ésta es liberada.

3.c) Subprincipio de la estabilidad del capital. Como lo comenté párrafos atrás, el capital de la sociedad anónima es una cifra constante, sin embargo la vida misma de la sociedad le implica movimientos de incremento o decremento en lo que respecta a su capital social, para estos efectos la ley ha dado una serie de requisitos que deberán ser observados en este caso para la protección de acreedores y accionistas. A saber, los artículos 9º, 132, 135 y 182, fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ofrecen estas garantías a las obligaciones sociales y a los derechos de los socios.

Art. 9º.- Exige que las reducciones efectuadas mediante reembolso de las aportaciones o liberación de la obligación de aportar que hayan contraído los accionistas, se publiquen por tres veces en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, a fin de que los acreedores, conjunta o separadamente, puedan oponerse a la disminución ante la autoridad judicial.

Art. 132.- Concede a los accionistas el derecho de preferencia para suscribir las acciones que se emitan con motivo de aumentos de capital.

Art. 135.- Ordena que en las reducciones realizadas mediante reembolso a los accionistas, la designación de las acciones que hayan de nulificarse se harán por sorteo ante Notario o Corredor Público titulado.

Art. 182 fracción III.- Señala que los aumentos y disminuciones del capital social deben acordarse por la asamblea extraordinaria de accionistas.

Debo señalar también que existe según la doctrina, una excepción a este subprincipio de la estabilidad, y es la existencia de las sociedades de capital variable que prevé la Ley de la materia en los artículos 213 a 221. En este sentido se dice que la posibilidad de acordar en asamblea de accionistas los aumentos o disminuciones del capital social, sin llevar a cabo ningún tipo de publicidad según lo que hemos visto, es una clara alteración al principio citado, sin embargo como las sociedades trátense de cualquiera, no pueden reducir su capital social por debajo del mínimo autorizado por la ley o por el que se haya fijado por sus estatutos sociales, se puede decir por tanto que dicho principio tiene eficacia en cuanto al capital mínimo legal o al convencional que viene a ser siempre superior.

4.d) Subprincipio de capital mínimo. Que no se refiere a otra cosa sino a que las sociedades cuenten con un capital fundacional y que para el caso de la sociedad anónima se ha fijado como lo mencioné con anterioridad en la cantidad de cincuenta millones de pesos (hoy cincuenta mil pesos), Art. 89, fracción II.

A este respecto, es conveniente señalar que esta cantidad fue impuesta en la Ley General de Sociedades Mercantiles, por reforma del mes de junio de 1992, principalmente por los diversos fenómenos económicos (devaluaciones) que a lo largo del tiempo hemos padecido en México, dándose con ello la modificación aludida ya que antiguamente (1937), el artículo 89 fracción II y III estipulaba la suma de veinte mil pesos en el texto original de la Ley General de Sociedades Mercantiles de esa fecha, haciendo de dicha suma una cantidad ridícula para estas fechas.

Con la reforma citada, las fracciones aludidas hablan de cincuenta millones de pesos de capital social y que el veinte por ciento de esa suma se exhiba en dinero en efectivo por cada acción pagadera en numerario, es decir, la cantidad de diez millones de pesos.

Ahora bien, con la reforma hecha a la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos del mes de junio de 1992, que consistió en quitarle al peso mexicano tres ceros, resulta ahora que tenemos cincuenta mil pesos de capital social y sólo diez mil pesos de exhibición en efectivo de dicho capital social, resultando igualmente bajo que como en antaño se encontraba por lo que en mi opinión no tuvo mucha utilidad la citada reforma, ya que dicha cantidad si bien es importante, no resulta una limitación muy grande para constituir una sociedad de este tipo, permitiendo que casi cualquier persona pueda acceder al comercio usando este instrumento. De esta cuestión resultan dos corrientes de pensamiento, una que cree que las sociedades anónimas deberían estar reservadas a grandes empresarios e industriales con capitales muy grandes y otra que opina que es un instrumento idóneo para cualquier tipo de empresa ya sea grande o pequeña y que en mi opinión es el más acertado toda vez que este país está urgido de recursos económicos que generen puestos de empleo y riqueza a la Nación y que muy probablemente empiecen con un capital mínimo y posteriormente se conviertan en grandes emporios comerciales.

2° de la realidad del capital social. Este se refiere a que el capital social de la sociedad, debe estar íntegramente suscrito y efectivamente pagado, al menos en el mínimo que establezca la ley. Es decir que el capital social además de constar en un papel, sea un patrimonio tangible por lo ya pagado y por el que aún no lo está, que llegue a estarlo.

Para lograr lo anterior, primero se exige que las acciones en que se divida el capital social estén íntegramente suscritas por su titular haciendo por tanto las debidas aportaciones y desembolsos acordados; del mismo modo las acciones que representen el capital mínimo de las sociedades de capital variable, se

encuentren suscritas; es decir, no podrá constituirse una sociedad anónima de capital variable, si no están suscritas acciones por un valor igual al capital mínimo legal o convencional; existiendo una excepción a esta regla, las llamadas acciones de tesorería que siempre representan el capital variable de la sociedad, pero que serán analizadas con posterioridad.

Otro grupo de normas que entran en este principio son las que se refieren a las fundaciones sucesivas consignadas en los artículos 92 a 101 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como la obligación de depositar en la caja social las acciones de aportación por un plazo de dos años para que respondan de las posibles alteraciones de valor de las aportaciones hechas en especie de acuerdo con el artículo 141; la prohibición de emitir nuevas series de acciones mientras no estén totalmente desembolsadas las anteriormente emitidas de acuerdo con el artículo 133 y la responsabilidad solidaria de los administradores por la realidad de las aportaciones artículo 158, fracción I.

De manera especial, cobran relevancia en este principio las disposiciones que prevén el procedimiento de cobro judicial de las exhibiciones pendientes, artículos 118 a 119 de la citada ley.

3° de la restricción de los derechos de los fundadores. Se refiere básicamente a normas protectoras de terceros por los derechos que en un momento determinado llegan a tener aquellas personas que organizan y ponen en marcha a la sociedad, en este sentido, la ley permite que a los socios fundadores se les conceda un participación excepcional en tratándose de utilidades anuales, no excediéndose del diez por ciento de éstas ni de un periodo mayor a diez años contados desde su constitución. De este modo sucedió que estos fundadores llegaban a ser los principales destructores de la propia sociedad.

Ahora bien, derivado de lo anterior, la ley consigna lo siguiente:

Art. 104.- Los fundadores no pueden estipular a su favor ningún beneficio que menoscabe el capital social, ni en el acto de la constitución ni para lo porvenir. Todo pacto en contrario es nulo.

Art. 105.- La participación concedida a los fundadores en las utilidades anuales no excederá del diez por ciento, ni podrá abarcar un periodo de más de diez años a partir de la constitución de la sociedad. Esta participación no podrá cubrirse sino después de haber pagado a los accionistas un dividendo del cinco por ciento sobre el valor exhibido de sus acciones.

Por su parte el artículo 102 de la ley de la materia también estipula:

Art. 102.- Toda operación hecha por los fundadores de una sociedad anónima, con excepción de las necesarias para constituirla, será nula con respecto a la misma, sino fuera probada por la Asamblea General.

4° de la intervención privada. Este principio se refiere al cúmulo de derechos que los socios tienen en la ley para cuidar la administración de la sociedad y la recta aplicación del capital de la misma a las finalidades por las cuales se constituyó.

Estos derechos serán analizados más a detalle en el capítulo correspondiente, por ahora baste señalar que unos son de los propios socios individualmente considerados y otros de las minorías que son lo que en principio más nos interesarán tratar.

5° de la intervención pública. Se refiere a la intervención que el Estado ha tenido y tiene en materia de protección de los intereses de los accionistas y de terceros en general ya sea por conducto de las Comisiones Bancaria y de Valores y de Seguros y Fianzas, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, etc.

II.3.- LAS ACCIONES

II.3.1.- CARACTERÍSTICAS BÁSICAS SEGÚN LOS PRECEPTOS LEGALES.

El estudio de las características básicas de las acciones, requiere reconocer en primer término los puntos de vista que la doctrina ha señalado con relación a las acciones.

A este respecto, la acción se puede estudiar desde tres aspectos:

- o *Como parte alícuota del capital social*
- o *Como título valor*
- o *Como expresión de la calidad de socio.*

Para el doctrinario Rodríguez Rodríguez⁴² estas tres facetas de la acción pueden exponerse conjuntamente diciendo que "la acción es el títulovalor en que se incorporan el complejo de relaciones jurídicas derivadas de la asunción de parte del capital fundacional y de la obligación de aportación del accionista, o bien que la acción es aquella parte social representada por un título transmisible y negociable en el cual se materializa el derecho del asociado".

II.3.2.- CONCEPTO Y CLASIFICACION COMO PARTE ALICUOTA DEL CAPITAL SOCIAL.

Como parte alícuota del capital social: La acción es una parte fraccionaria del capital social que expresa en dinero el monto de las aportaciones de lo socios, por ello en primer término de acuerdo con el artículo 125 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las acciones deben expresar el valor nominal de las mismas o la porción de capital que representan. Sin embargo, como ya quedó señalado anteriormente, dado que el capital social forma parte del patrimonio la acción además de expresar una fracción del capital, por ende deberá también expresar una fracción del patrimonio, con lo cual podemos identificar dos tipos de valores: el valor nominal y el valor real.

El valor nominal resulta de dividir el importe total de capital social entre el número de acciones por ejemplo una sociedad con un capital social de cien mil

⁴² Rodríguez Rodríguez. ob. cit. pág. 244.

pesos y con mil acciones, su valor nominal será de cien pesos por acción. En cambio el valor real resulta de dividir el monto total del patrimonio social entre el número de acciones, que quizá en el ejemplo pudiera llegar a ser de un mil pesos por acción.

Ahora bien, por el hecho de que las acciones representen una parte alícuota del capital social, éstas reúnen dos características básicas: la de igualdad de su valor nominal y la de su indivisibilidad. La primera característica, se establece en el numeral 112 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en el cual se señala que las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos, salvo que se pudiera estipular en el contrato social que el capital social se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase, lo cual en principio no significaría que se hable de valores desiguales en las acciones ya que el artículo 113 de la ley citada también establece que cada acción tendrá derecho a un voto dando como resultado que no se pueden emitir acciones con valor desigual.

Respecto a la igualdad señalada en el artículo 112, cabe señalar que no se trata de un artículo que conlleve verdades absolutas, de hecho ya ese mismo artículo señala restricciones al respecto, admitiendo acciones con categorías diferentes en las cuales no habrá ninguna clase de igualdad. De hecho en el artículo 117 de la citada ley se establece que la distribución de las utilidades y del capital social se hará en proporción al importe exhibido de las acciones, entendiéndose por tanto que si en ciertas acciones se han efectuado mayor número de exhibiciones, éstas valdrán más que las efectuadas en menor grado por simple lógica, haciendo por ello una distinción más en este sentido.

En ciertas ocasiones como se verá en el tema central de este trabajo, el derecho que confieren las acciones depende de que se alcance un determinado porcentaje en el capital social (derechos de minoría).

La característica de indivisibilidad de las acciones se encuentra en el artículo 122 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que señala que cada acción

es indivisible, y en consecuencia, cuando haya varios copropietarios de una misma acción, nombrarán un representante común, y si no se pusieren de acuerdo, el nombramiento será hecho por la autoridad judicial. El representante común no podrá enajenar o gravar la acción, sino de acuerdo con las disposiciones del derecho común en materia de copropiedad.

Esta situación se justifica debido a que el funcionamiento de la sociedad anónima, se vería entorpecido si para cada acción hubiera una pluralidad de socios, que ejercieran en forma fraccionada sus derechos es decir cobro de utilidades, votación en asambleas, designación de miembros del consejo de administración, etc., en efecto, si dos o más personas fueran propietarias de una sola acción y esta fuera divisible, resultaría que la acción atribuiría tantos votos como copropietarios hubiera, lo cual es contrario a que cada acción le corresponde un voto y por lo tanto se acepta entre los dueños de la acción, la copropiedad que se rige por el derecho civil.

"Como título valor. La característica esencial de los títulos valor es la de que no sólo son documentos probatorios, sino que además son constitutivos y dispositivos de los derechos que consignan".⁴³ Por lo tanto, estos títulos valor llevan incorporados los derechos que confieren a sus legítimos tenedores y son necesarios para ejercitar y transmitir los derechos en ellos consignados.

A mayor abundamiento acerca de las acciones como título valor, debo señalar que la doctrina clasifica a los títulos valor en "obligacionales, reales, de participación y corporativos. Los obligacionales son aquellos que contienen una promesa o una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, por ejemplo la letra de cambio y los pagarés. Los títulos reales son los que atribuyen a su legítimo tenedor el derecho exclusivo a disponer de los bienes que en ellos se mencionan, por ejemplo el certificado de depósito. Los de participación son aquellos que confieren a su tenedor el derecho a una parte alícuota de ciertos fondos o bienes y de sus frutos y rendimientos, como por

⁴³ García Rendón, Manuel. ob. cit. pág. 328.

ejemplo los certificados de participación. Los corporativos atribuyen a sus tenedores la calidad de miembro de una corporación".⁴⁴ De la citada clasificación doctrinal se parte para incurrir en el error de considerar a las acciones como títulos de crédito, es decir como documentos obligacionales que consignan una promesa o una orden incondicional de pago. Sin embargo, se advierte que conforme a los artículos 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y 22 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que indican:

"Art. 111.- 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."

"Art. 22.- Respecto a los títulos de deuda pública, a los billetes de banco, a las acciones de sociedades y a los demás títulos de crédito regulados por leyes especiales, se aplicará lo prescrito en las disposiciones legales relativas y, en cuanto a ellas no prevengan, lo dispuesto por este capítulo."

De lo anterior, se puede entender que las acciones se regirán por las disposiciones relativas a los títulos de crédito en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la ley especial que sería la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Con independencia de lo anteriormente expuesto, para algunos de los tratadistas consultados, resulta cuestionable que la acción tenga naturaleza jurídica de título de crédito, entre ellos se encuentra al maestro Barrera Graf,⁴⁵ para este autor, si nos atenemos a las características que tanto la ley como la doctrina del derecho cambiario atribuyen a dichos documentos, les faltaría la literalidad que exige la norma que los define, es decir, el artículo 5° de la Ley

⁴⁴ Loc. cit. pág. 328.

⁴⁵ Cfr. Barrera Graf, Jorge. ob. cit. pág. 485.

General de Títulos y Operaciones de Crédito; aunque el artículo 125 de la Ley General de Sociedades Mercantiles enumere los requisitos que la acción debe contener, porque sobre el texto de la acción 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, predominarán las estipulaciones del contrato.

En el caso de algunos tipos de títulos de crédito como lo podría ser el cheque, el pagaré, la letra de cambio, el requisito de la literalidad aplica al cien por ciento ya que incorporan netamente derechos de crédito y se dice por ende que son autónomos e independientes de la causa o del acto o negocio que les da nacimiento, de manera que las excepciones derivadas de su causa u origen son oponibles a los terceros adquirentes de buena fe del título. En cambio en las acciones ese requisito se pierde en cuanto a que éstas siempre se encuentran vinculadas al negocio del cual surgen (contrato de sociedad).

Por otra parte, este mismo tratadista explica que el carácter de documento necesario al que también se refiere el artículo 5° de la ley indicada, existe en la acción en cuanto a que el socio tiene la obligación de exhibirlo para ejercitar el derecho que en el se consigna, es decir cobro de dividendos, cuota de liquidación, concurrencia a asambleas y votar en ellas etc; sin embargo en la practica esto nunca sucede porque el accionista jamás presenta dicho documento para hacer valer dichos derechos, a lo más lo llega a justificar con la exhibición de la escritura de constitución de la sociedad o bien con el asiento en el libro de registro de accionistas, por lo que queda claro que la acción es un título incompleto, un cuasi título de crédito⁴⁶.

En este mismo sentido, el Dr. Acosta Romero⁴⁷ considera que la acción de las sociedades mercantiles, es de los títulos que no lleva aparejada ejecución.

⁴⁶ Cfr. *Ibid.* pág. 486

⁴⁷ Cfr. Acosta Romero Miguel, García Ramos Francisco, García Alvarez Paola. *ob.cit.* pág. 285.

A decir de este autor, los derechos de los socios en la Sociedad Anónima están plasmados en la escritura constitutiva y en los estatutos, el documento llamado acción viene a ser un documento, probatorio más no constitutivo mediante cuya negociación pueden transmitirse ciertos derechos, siempre que la transmisión se inscriba en el libro de registro de accionistas que debe llevar la emisora.

Adicionalmente se añade que si se aceptase la definición de título de crédito: "Es el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo en él consignado", la conclusión sería que la acción representativa del capital social de una Sociedad Anónima no es título de crédito, centrándonos en si el documento representa un derecho literal y si es autónomo. Para estos efectos transcribimos a continuación los artículos 7 y del 13 al 17 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dan a entender que el título de crédito implica necesariamente un pago de lo señalado en su texto y de donde desprendemos se pueden apreciar las diferencias entre un título de crédito y las acciones.

"Art. 7.- Los títulos de crédito dados en pago se presumen recibidos bajo la condición "salvo buen cobro".

"Art. 13.- En el caso de la alteración del texto de un título, los signatarios posteriores a ella se obligan, según los términos del texto original. Cuando una firma ha sido puesta antes o después de la alteración, se presume que lo fue antes".

"Art. 14.- Los documentos y los actos a que este título se refiere, sólo producirán efectos previstos por el mismo cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por la ley y que esta no presuma expresamente.

La omisión de tales menciones y requisitos no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen al documento o al acto".

"Art. 15.- Las menciones y requisitos que el título de crédito o el acto en él consignado necesitan para su eficacia, podrán ser satisfechos por quien en su oportunidad debió llenarlos, hasta antes de la presentación del título para su aceptación o para su pago".

"Art. 17.- El tenedor de un título tiene la obligación de exhibirlo para ejercitar el derecho que en él se consigna. Cuando sea pagado, debe restituirlo. Si es pagado sólo parcialmente o en lo accesorio, debe hacer mención del pago en el título. En los casos de robo, extravío, destrucción o deterioro grave, se estará a lo dispuesto por los artículos 42 al 68, 74 y 75".

Por su parte los artículos 128 y 129 ambos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, destruyen totalmente el principio de la literalidad y autonomía de los títulos de crédito, en especial este último ya que determina que la sociedad considerará como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito en el libro de registro de acciones de la empresa, con lo cual se contradice el precepto de la literalidad y autonomía que los títulos de crédito otorgan, dando preferencia al registro de transmisión de acciones por encima de la tenencia del mismo.

El problema de considerar a las acciones títulos valores se incrementa debido a las relativamente nuevas leyes como la Ley del Mercado de Valores, en donde a través de su artículo 3° establece:

Art. 3°.- Son valores las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa.."

El régimen que establece la presente ley para los valores y las actividades realizadas con ellos, también será aplicable a los títulos de crédito y a otros documentos que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de propiedad o de participación en el capital de personas morales, que sean objeto de oferta pública o de intermediación en el mercado de valores.

Después de lo explicado, se concluye que las acciones de las sociedades anónimas no son títulos de crédito como propiamente se regulan en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, toda vez que los artículos 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y 3° de la Ley del Mercado de Valores, no establecen nada con relación a que la acción se rija por las disposiciones existentes a los títulos de crédito.

II.3.3.- LA ACCION COMO EXPRESION DE LA CALIDAD DE SOCIO.

Esta característica se refiere a lo que en su momento expresamos con relación al estado de socio; el socio al ser titular de la acción, le confiere una serie de derechos en el incorporados y a su vez de obligaciones que juntos forman un dilatado complejo de relaciones de los accionistas entre sí y de éstos con la sociedad como ya lo habíamos apuntado. Por ello se puede decir que la acción incorpora el derecho de participación social del titular, es decir derecho al dividendo, derecho de voto, derecho de asistencia etc. La tenencia de la acción por ende es indispensable para el ejercicio de los derechos que incorpora, al mismo tiempo que acredita su calidad de socio.

II.3.4.- OTRAS CLASIFICACIONES DE LAS ACCIONES.

La clasificación de las acciones vista no se agota en los tres aspectos analizados, sino que además se clasifican en dos grandes grupos a saber:

- a) por los derechos que atribuyen, y
- b) por las características de ser partes del capital social.

Cabe hacer mención que la clasificación que a continuación paso a exponer, se basa en los criterios utilizados por los juristas Mantilla Molina, Cervantes Ahumada y Rodríguez Rodríguez.

Por los derechos que atribuyen, las acciones se suelen clasificar en comunes y preferentes y estas últimas en acciones preferentes de voto pleno y de voto

limitado, las cuales a su vez, son subclasificadas en acciones preferentes participantes y no participantes.

Acciones comunes son aquellas que confieren iguales derechos e iguales obligaciones de conformidad al artículo 112 ya citado.

Acciones Preferentes son aquellas a las que se refiere el segundo párrafo del artículo 113, que otorgan el derecho a recibir un dividendo mínimo legal (cinco por ciento) o convencional, antes que se haga una distribución de utilidades a las acciones comunes. En caso de que este no existiera en algún ejercicio o fuere inferior al mínimo, éste se deberá acumular y será pagado en ejercicios posteriores con la prelación citada. Es decir, el dividendo que se pague a esta clase de acciones es preferente y acumulativo. La ley no habla de acciones preferentes sino de acciones de voto limitado, sin embargo la doctrina y la práctica misma han preferido esta denominación. Estas a su vez se dividen en acciones preferentes de voto pleno, de voto limitado y no participantes.

Acciones preferentes de voto pleno. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 112, esta clase de acciones confieren derecho a un dividendo que resulta generalmente menor al mínimo legal, acumulativo o no acumulativo pero que no imponen ninguna limitación al ejercicio del derecho de voto.

Acciones preferentes de voto limitado. Sus características las encontramos en el artículo 113, segundo y tercer párrafo de la Ley General de Sociedades Mercantiles; éstas confieren también un dividendo acumulativo mínimo del cinco por ciento, son reembolsadas antes que las ordinarias al hacerse la liquidación de la sociedad y además participan en el excedente de las utilidades junto con las ordinarias, razón por la cual se les conoce también como *acciones preferentes participantes*. El derecho de voto de esta clase de acciones sólo se ejercita a través de asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar acerca de prórroga de la duración de la sociedad, disolución anticipada de la sociedad, cambio de objeto o de nacionalidad de la sociedad, transformación y fusión de la sociedad, art. 182 fracciones I, II, IV, V, y VII de la Ley en cita. Además el

contrato social puede estipular que esta clase de acción reciba un dividendo superior al de las ordinarias.

Acciones preferentes de voto limitado no participantes. Prácticamente imponen similares limitaciones al derecho de voto y conceden los mismos derechos que las acciones preferentes de voto limitado, excepto el de participar en los excedentes de las utilidades.

Por último, es conveniente advertir que en todos los casos expuestos de acciones preferentes, se incorporan los derechos de las minorías que la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé, es decir para oponerse a las decisiones de las asambleas y para revisar el balance y los libros de la sociedad.

Por las características de ser parte del capital social, las acciones se clasifican por la expresión de su valor, por la clase de aportación que representan, y por su valor de emisión.

Por la expresión de su valor, se subclasifican en acciones con expresión de valor nominal y acciones sin expresión de valor nominal.

El artículo 125 fracción IV, de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que los títulos de las acciones deberán expresar el importe de capital social, el número total y el valor nominal de las acciones, por lo tanto las acciones con expresión de valor nominal son precisamente las que consignan en su texto dichos requisitos.

Las acciones sin expresión de valor nominal por el contrario, no expresan su valor ni el importe del capital social y provienen del derecho estadounidense que les llama *non par value shares*. Es importante hacer el señalamiento de que únicamente procederá su emisión si el contrato social así lo prevé (art. 125 fracción IV párrafo tercero).

Esta clase de acciones tienen como principal ventaja, evitar los fraudes que pudieran propiciarse por la discrepancia entre el valor real y el valor nominal de las acciones, cuando éste es falsamente elevado mediante valuaciones de activos que no cumplen los requisitos exigidos por la ley. (art. 116 tercer párrafo).

Lo que por principio se pretende, es que el propietario de la acción relacione su valor con el patrimonio social, no con el capital social ya que este es fijo y el otro cambia constantemente, sin embargo para el maestro Barrera Graf⁴⁸ no se justifica en nuestro derecho el régimen de estas acciones, primero, porque no es cierto que el socio o el eventual adquirente se deje llevar por la situación de que el valor que se expresa en el documento sea el real y verdadero, lo averiguarán de la situación contable y financiera de la sociedad, y por el asesoramiento de personas conocedoras.

En segundo lugar, la omisión del valor nominal se contrapone con varios principios que hemos venido estudiando, a decir de este autor: el valor nominal de la acción constituye el límite de la responsabilidad del socio según se dispone en el artículo 87 de la ley de la materia, si tal valor no se expresa en la acción, habría que averiguarlo en la escritura inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, con lo que no se consigue el efecto buscado de proteger directamente a terceros; dicho valor nominal, además sirve de base para prohibir a la sociedad anónima emitir nuevas acciones por una suma menor, de acuerdo con el artículo 115 de la ley en estudio, y si no existe el valor nominal, debe buscarse el valor real, dificultándose de esta forma la vigilancia y comprobación de dicha prohibición; además el valor nominal da pauta para calcular los dividendos y la cuota de liquidación. Por último, el valor nominal de la acción, además permite conocer el valor de la aportación del socio, de donde si este no se expresó, no habrá forma de que los terceros conozcan la coincidencia que debe existir entre dicho valor nominal y la aparente aportación, a lo cual este autor concluye que esta clase de acciones debieran desaparecer.

⁴⁸ Cfr. Barrera Graf, Jorge. ob. cit. pág. 503.

En mi experiencia personal, trabajando para Nacional Financiera, S.N.C. (Nafin), en alguna ocasión se emitieron acciones sin expresión de valor nominal de una sociedad anónima denominada Metalúrgica Veracruzana, S.A. de C.V., la cual mantenía una participación accionaria temporal de Nafin, a través de su programa de capital de riesgo. En aquella ocasión se pensó que debido a la corta estancia que esa Institución tendría en el capital social de la sociedad, era conveniente utilizar esta posibilidad legal para permitir que éstas acciones se colocarán fácilmente en otros inversionistas en caso de aumentos de capital, pues al no existir una cifra de capital social se podían enajenar por la cantidad que se obtuviese al momento de su valuación y además de que se facilitaba valuarlas ya que se conocía perfectamente cual era su valor real y por ende no se podían supervalorar al eliminar el importe determinado de las mismas.

Por la clase de aportación que representan, las acciones se subclasifican en acciones de numerario y de no numerario, mejor conocidas de aportaciones en especie. Estas a su vez se dividen en acciones liberadas y pagadoras.

Las acciones de numerario liberadas son aquellas cuyo importe ha quedado íntegramente pagado mediante aportaciones en numerario, es decir en dinero, tal y como se señala en el artículo 116 de la ley en cita.

Las acciones de no numerario liberadas, son en primer término aquellas cuyo importe debe ser exhibido íntegramente al momento de la constitución de la sociedad (art. 89 fracción IV), con bienes distintos del numerario y que se les denomina de especie y en segundo término las que se entregan a los accionistas como resultado de la capitalización de primas sobre acciones, o bien las que provienen de la capitalización de utilidades retenidas o de reservas de valuación o revaluación a las que también se les conoce como acciones de capitalización conforme al artículo 116 párrafo primero de la Ley de la materia.

A las acciones denominadas en especie, le resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el sentido de que estas acciones deberán quedar depositadas en la sociedad durante dos años, si

en ese plazo aparece que el valor de los bienes es menor en un veinticinco por ciento por el cual fueron aportados, el accionista estará obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la cual tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas.

En relación a las acciones de numerario pagadoras, podemos decir que son aquellas a las que se refiere el artículo 89 fracción IV, es decir cuyo importe al momento de constituir la sociedad ha sido pagado en dinero por lo menos en veinte por ciento. Esta clase de acciones dan derecho a participar en la distribución de las utilidades y del haber social pero siempre en proporción al importe exhibido de éstas de acuerdo con el artículo 117 párrafo primero de la Ley multicitada.

El pago del insoluto de dichas acciones (lo que se conoce como dividendos pasivos por no estar el 100% de su monto cubierto) debe efectuarse de acuerdo con lo que se disponga en los estatutos sociales o en las propias acciones de conformidad con los artículos 91 fracción III y 118 que establecen:

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

...

III.- La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones".

"Art. 118.- Cuando constare en las acciones el plazo en que deban pagarse las exhibiciones y el monto de éstas, transcurrido dicho plazo, la sociedad procederá a exigir judicialmente, en la vía sumaria, el pago de la exhibición, o bien a la venta de las acciones".

Cuando no se haya estipulado en el contrato social ni en las acciones el plazo y monto de la exhibición, deberá pagarse en la fecha en que sea decretado por la sociedad, en este caso deberá hacerse una publicación con por lo menos treinta días de anticipación a la fecha que se estipule para el pago en el periódico

oficial correspondiente al domicilio de la sociedad según se dispone en el artículo 119 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Se procederá judicialmente exigiendo los pagos de las exhibiciones correspondientes, o bien a la venta de las acciones por conducto de corredor público titulado, si transcurridos los plazos mencionados éstos no se hubieren verificado. En este caso se extenderán nuevos títulos o certificados provisionales para sustituir los anteriores, con el producto de la venta si fue el procedimiento elegido, se aplicará íntegramente al pago de la exhibición decretada y si excediere de su importe se cubrirán también los gastos de venta y aquellos intereses legales sobre el monto de la exhibición. El remanente si lo hubiere será entregado al antiguo accionista, siempre que éste lo reclame dentro del plazo de un año a partir de la fecha de la venta, así lo disponen los artículos 118 ya transcrito, 119 y 120 de la ya citada ley.

“Art. 119.- Cuando se decrete una exhibición cuyo plazo o monto no conste en las acciones, deberá hacerse una publicación, por lo menos 30 días antes de la fecha señalada para el pago, en el periódico oficial de la entidad federativa a que corresponda el domicilio de la sociedad. Transcurrido dicho plazo sin que se haya verificado la exhibición, la sociedad procederá en los términos del artículo anterior”.

“Art. 120.- La venta de las acciones a que se refieren los artículos que preceden, se hará por medio de corredor titulado y se extenderán nuevos títulos o nuevos certificados provisionales para sustituir a los anteriores.

El producto de la venta se aplicará al pago de la exhibición decretada, y si excediera el importe de esta, se cubrirán también los gastos de venta y los intereses legales sobre el monto de la exhibición. El remanente se entregará al antiguo accionista, si lo reclamare dentro del plazo de un año, contado a partir de la fecha de venta”.

Para el caso de que transcurrido el plazo de un mes en que debiera hacerse el pago de la exhibición y la sociedad no haya efectuado la reclamación judicial o no hubiere sido posible vender las acciones bajo un precio en el cual se cubriera el valor de la exhibición, se declararán extinguidas dichas acciones y se deberá proceder con la reducción de capital correspondiente de conformidad con el artículo 121 de la ley en comento que a la letra señala:

"Art. 121.- Si en el plazo de un mes, a partir de la fecha en que debiera de hacerse el pago de la exhibición, no se hubiere iniciado la reclamación judicial o no hubiere sido posible vender las acciones en un precio que cubra el valor de la exhibición, se declararán extinguidas aquéllas y se procederá a la consiguiente reducción de capital social".

Por último, respecto a esta clase de acciones vale la pena señalar la controversia que se presenta en cuanto a otorgarles la posibilidad de tener o no voto en asambleas de accionistas. En este sentido, existe el criterio de que el capital suscrito aunque no este pagado si tiene representación en la asamblea de accionistas ya que dichas acciones tienen un contenido jurídico debido a que las personas que suscriben las acciones se deben considerar desde ese momento como socios a pesar de no haber cubierto el importe de su aportación y también un contenido económico porque la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que la sociedad tiene el derecho de cobrar a sus socios el importe de las acciones no pagadas, mediante el procedimiento que se fija en los artículos 117, 118, 119, 120, y 121 ya revisados.

Conforme a mi criterio, considero que esta clase de acciones no debieran tener derecho a participar en asambleas de accionistas ya que no se puede hablar de ejercer derechos corporativos cuando no existe pago alguno de su importe, sobre todo si se toma en cuenta que sólo el capital pagado es el verdadero respaldo de las actividades de la sociedad.

El lapso de tiempo que marca el artículo 117 señalado (cinco años), para la exhibición del capital social, provoca una situación muy controvertida ya que

durante ese lapso los accionistas suscriptores de esta clase de acciones, pueden ejercer sus derechos corporativos en la sociedad y al final no suscribir dichas acciones aún con el procedimiento sumario establecido en ley o bien declararlas extinguidas con la consecuencia de reducir el capital social y la ley en este sentido es omisa al no señalar que validez pueden tener los acuerdos si se llega a la extinción de dichos títulos, por lo que debiera ser modificada esta cuestión, sobre todo porque es necesario que las sociedades tengan un capital que las respalde financieramente hablando y no una situación que resulta ser falaz a los ojos de terceros que contraten con la misma.

Por su valor de emisión, las acciones se clasifican en a la par, sobre par y bajo par.

Con respecto a las acciones a la par podemos decir que son aquellas que se emiten con un valor igual a su valor nominal.

Las acciones sobre par, son las que se emiten con un valor superior a su valor nominal, es decir aquellas a las que se les agrega una prima; normalmente esta clase de acciones se emiten cuando el valor patrimonial (contable) de las acciones en circulación es mayor al valor nominal de las nuevas acciones, o bien se emiten cuando éstas se destinan a la colocación a través de la Bolsa Mexicana de Valores.

Las acciones bajo par, no pueden ser emitidas bajo ningún concepto de acuerdo con el artículo 115 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ahora bien, el artículo 125 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que los títulos de las acciones deberán contener:

- I.- El nombre, nacionalidad y domicilio del accionista;
- II.- La denominación, domicilio y duración de la sociedad;

III.- La fecha de la constitución de la sociedad y los datos de su inscripción en el Registro Público de Comercio;

IV.- El importe del capital social, el número total y el valor nominal de las acciones;

Si el capital se integra mediante diversas o sucesivas series de acciones, las menciones del importe de capital social y del número de acciones se concretarán en cada emisión, a los totales que se alcancen con cada una de dichas series.

Cuando así lo prevenga el contrato social, podrá omitirse el valor nominal de las acciones, en cuyo caso se omitirá también el importe del capital social.

V.- Las exhibiciones que sobre el valor de la acción haya pagado el accionista, o la indicación de ser liberada;

VI.- La serie y número de la acción o del certificado provisional, con indicación del número total de acciones que corresponda a la serie;

VII.- Los derechos concedidos y las obligaciones impuestas al tenedor de la acción, y en su caso, a las limitaciones al derecho de voto;

VIII.- La firma autógrafa de los administradores que conforme al contrato social deban suscribir el documento, o bien la firma impresa en facsimil de dichos administradores a condición, en este último caso, de que se deposite el original de las firmas respectivas en el Registro Público de Comercio en que se haya registrado la sociedad.

Por último, es necesario considerar una clasificación más, que de acuerdo con la doctrina se les conoce como acciones impropias y que son precisamente las conocidas como de goce, de trabajo y de tesorería.

DE GOCE: La emisión de acciones de goce es potestativa para la sociedad y está prevista en los artículos 136 fracción I y IV y 182 fracción IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que estatuyen respectivamente, que cuando se amorticen acciones con utilidades repartibles, 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 y, la facultad de autorizar esta emisión le corresponde a la asamblea general extraordinaria de accionistas.

Sin embargo se les considera acciones impropias porque no son representativas de porciones de capital social y porque no confieren a sus titulares la calidad de socio.

DE TRABAJO: La emisión de esta clase de acciones está prevista en el artículo 114 que al respecto indica: Cuando así lo prevenga el contrato social podrán emitirse a 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 correspondan.

Estas facilitan el cumplimiento del mandato constitucional que obliga a conceder una participación en las utilidades a los trabajadores, pero no han tenido mucha aceptación en ese sentido. Tampoco forman parte del capital social ni otorgan la calidad de socio.

DE TESORERIA: Si se adoptó la forma de capital variable en la sociedad anónima, el artículo 216 contempla la posibilidad de que se emitan acciones no suscritas que se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a los socios a medida en que vaya realizándose la suscripción, razón por la cual se les conoce con el nombre de tesorería, éstas tampoco forman parte del capital social.

II.4.- LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS

II.4.1.- PATRIMONIALES

Ya he hablado de cierta forma de los derechos de los accionistas a lo largo de este trabajo, por lo que a continuación toca hacer un análisis un poco más profundo de los principales derechos patrimoniales y de consecución y de las obligaciones y responsabilidades que tienen los accionistas en la sociedad anónima.

Los derechos patrimoniales se refieren al dividendo y al haber social, el primero se refiere básicamente al beneficio en dinero que le corresponderá a cada acción y que será repartido cuando existan utilidades reales en la sociedad. La fracción X del artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles indica que la escritura constitutiva de una sociedad debe contener la manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad. La distribución de las utilidades se sujeta a ciertas condiciones que la misma ley establece, por principio el artículo 18 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dice:

"Art. 18.- Si hubiere pérdida del capital social, este deberá ser reintegrado o reducido antes de hacerse repartición o asignación de utilidades.

Asimismo, deberán ser aprobados previamente por la asamblea de accionistas los estados financieros que arrojen utilidades antes de proceder a repartirlas entre éstos, lo anterior de acuerdo con el primer párrafo del artículo 19 que dice:

"Art. 19.- La distribución de utilidades sólo podrá hacerse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea de socios o accionistas los estados financieros que las arrojen..."

La ley también es muy explícita en el sentido de prohibir una distribución de utilidades mientras las pérdidas sufridas en uno o varios ejercicios anteriores no

hayan sido restituidas o absorbidas mediante la aplicación de otras partidas del patrimonio o reducido el capital social. (art. 19 citado).

En el caso de las sociedades mercantiles, se debe separar el cinco por ciento de las utilidades netas de la sociedad para formar el denominado fondo de reserva, hasta que éste importe la quinta parte del capital social, en este sentido antes de la distribución de utilidades también se debe observar este principio consagrado en el artículo 20 de la ley en estudio.

Por último aunque ya es un tema visto anteriormente, se recordará que tratándose de acciones preferentes no podemos asignar dividendos a las acciones ordinarias, sin antes pagar el cinco por ciento de dividendo que la ley nos obliga en el artículo 113 antes señalado y en caso de que existieran acciones de las denominadas pagadoras, la distribución de las utilidades existentes se deberá hacer en proporción al monto o importe exhibido de éstas de acuerdo con el artículo 117 ya enunciado anteriormente.

El derecho al haber social se puede resumir en que es el derecho del accionista a ser reembolsado del importe de su aportación, bien al disolverse la sociedad, en forma de participación proporcional en el haber resultante, bien en la forma de un reembolso anticipado en el caso de amortizaciones de las acciones, pero cabe aclarar que este derecho al haber social es una consecuencia del derecho al dividendo o de utilidades que tiene el accionista, ya que este haber social se integra por el capital social y otro tipo de partidas patrimoniales que vienen a constituir las ganancias que la sociedad ha generado en su vida y que por dicha circunstancia se complementan en esencia.

II.4.2.- DE CONSECUION

Mejor conocidos como derechos corporativos, estos derechos según la doctrina estudiada los clasifica a su vez en derechos administrativos y de vigilancia, los primeros (administrativos) se subclasifican en derecho de convocatoria, de participación en la asamblea, de redacción de la orden del día, de

representación, de voto y de aplazamiento de los acuerdos. Los segundos (vigilancia) se subclasifican a su vez en derecho de aprobación del balance, de determinación de los honorarios a los administradores y comisarios, de aprobación de la gestión de los negocios sociales, de denuncia a los comisarios, de impugnación de los acuerdos sociales y de suspender la ejecución de los acuerdos de asamblea.⁴⁹

Los derechos administrativos tienen como consecuencia general, asegurar la intervención del accionista en la formación de la voluntad colectiva y en su ejecución.

Los derechos de vigilancia se encargarán de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad.

Tanto los administrativos como los de vigilancia, serán materia del siguiente apartado denominado órganos sociales en donde los examinaré al ocuparme de las asambleas generales y los órganos de administración y de vigilancia respectivos. No obstante lo anterior, el que me importa tratar a partir de ahora es el relacionado con el derecho de voto que sin lugar a dudas es el más importante de los derechos de consecución y que por su puesto tiene incidencia con los demás derechos citados.

Este derecho consiste básicamente en participar en las deliberaciones de las asambleas generales de accionistas y de expresar la voluntad a través del voto para decidir acerca de los asuntos en ellas tratados. El artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que cada acción sólo tendrá derecho a un voto, por lo que se entiende numéricamente hablando que cada acción tendrá por lo menos un voto y no menos de un voto, precisamente por ello, en la sociedad anónima, es principio básico el que se vote y se decida

⁴⁹ Cfr. García Rendón, Manuel, ob. cit. pág. 269.

según el número de acciones como consecuencia de la estructura capitalista de la sociedad.

Para el autor Rodríguez Rodríguez,⁵⁰ "el derecho de voto se puede considerar como un derecho de poder limitable, pero no suprimible por los estatutos; derecho de consecución, en cuanto no tiene contenido patrimonial alguno y sólo atribuye facultades para garantizar al socio una intervención en la sociedad, que, en definitiva, se traduzca en la debida obtención del dividendo. En este sentido es claro que el derecho de voto le corresponde ejercerlo a la persona registrada como socio en el libro de accionistas".

Menciono la opinión del maestro Rodríguez Rodríguez, acerca del derecho de voto, debido a que la misma queda obsoleta en la nueva Ley del Mercado de Valores al establecer en ésta, la posibilidad de que determinada clase de acciones no gocen del derecho de voto. Entiendo que las ideas del citado autor datan de 1947, sin embargo, será un tema a tratar en nuestro próximo capítulo, donde hacemos referencia a la eliminación de este derecho en las nuevas sociedades del mercado de valores.

Un aspecto que no puedo dejar de advertir en el ejercicio del derecho de voto, es el que significa el conflicto de intereses entre los propios accionistas y entre accionistas que desempeñen los cargos de administración o de vigilancia en la sociedad, es decir, por un lado el artículo 196 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es muy preciso indicando que 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 toda operación, siendo responsable de los daños y perjuicios cuando sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación.

Por otro lado, en el supuesto de que los cargos de administrador o comisario recaigan en los propios accionistas, el artículo 197 señala lo siguiente: Los

⁵⁰ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, ob. cit. pág. 385.

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, es decir en aquellas asambleas en las cuales se tenga que votar exigiéndoles su propia responsabilidad respecto de su actuación. Incluso puedo señalar el caso de su remoción como otro caso más de conflicto de interés y que también sería motivo de abstención al momento de votar y que se encuentra dentro del marco del artículo 176 de la ley en comento:

"Art. 176.- La falta de presentación oportuna del informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172, será motivo para que la asamblea general de accionistas acuerde la remoción del administrador o consejo de administración o de los comisarios, sin perjuicio de que se les exijan las responsabilidades en que respectivamente hubieren incurrido".

En este caso, como se verá más adelante, en la nueva estructura de las sociedades anónimas bursátiles que serán materia de análisis, desaparece la figura del comisario y las funciones de vigilancia son distribuidas entre el consejo de administración, los comités de auditoría y prácticas societarias y el auditor externo independiente, quienes desde mi punto de vista debieran estar contemplados en igualdad de circunstancias en materia de responsabilidades al órgano de vigilancia y al órgano de administración estudiados en este momento, puesto que en principio su desempeño y actuación deben apegarse a principios de lealtad y diligencia en la sociedad.

Asimismo, por lo que se refiere a la forma en que el derecho de voto se puede ejercer, puedo señalar que éste no es derecho necesariamente personalísimo, por lo que puede ejercitarse por conducto de representantes legales o convencionales. Los primeros serán por ejemplo los padres, tutores etc., los convencionales necesariamente son mandatarios de acuerdo con el artículo 192 de la ley en comento que señala: "Los accionistas podrán hacerse representar en las asambleas por mandatarios, ya sea que pertenezcan o no a la sociedad.

La representación deberá conferirse en la forma que prescriban los estatutos y a falta de estipulación, por escrito. No podrán ser mandatarios los administradores ni los comisarios de la sociedad”.

La posibilidad que otorga el artículo citado, en el sentido de que el mandato se otorgue de manera libre, sin la observación de formalidad alguna, pone de relieve una excepción a la exigencia que prevé la fracción II del artículo 2555 del Código Civil Federal, en el sentido de que el mandato se haga constar en escritura pública cuando el interés del negocio para el que se confiere sea superior al equivalente a mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse, situación que suele presentarse de manera frecuente sobre todo en asambleas que tienen por objeto decretar aumentos de capital social.

Por otro lado, si la representación especial para ejercitar el derecho de voto se permite se lleve a cabo por simple carta poder, por simple lógica podrán representar a los accionistas todas aquellas personas que cuenten con poderes generales para actos de administración o de dominio.

II.4.3.- OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ACCIONISTAS

Las obligaciones en todo tipo de sociedades, corresponderán a las aportaciones, a la subordinación de su voluntad a la mayoría y a reportar las pérdidas en la sociedad. El deber de lealtad es una obligación que se pudiera describir como un poco más holgada ya que la ley no prohíbe a los accionistas a dedicarse a negocios del mismo género de los que pudieran constituir el objeto de la sociedad, tan sólo como ya se señaló, se deberán abstener de votar en aquellas resoluciones que tengan un interés contrario al de la sociedad de acuerdo con el art. 196 ya analizado.

La llamada limitación de responsabilidad del socio, al pago de sus aportaciones es la característica más importante de las sociedades de capitales, en virtud de

esta, los accionistas no adquieren responsabilidades solidarias, subsidiarias e ilimitadas de las obligaciones sociales.

II.5.- ORGANOS SOCIALES

II.5.1.- LA ASAMBLEA. ASAMBLEAS ORDINARIAS, ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS Y ASAMBLEAS ESPECIALES.

Antes de pasar al desarrollo de estos temas, es indispensable tener un concepto de la palabra "órgano", para lograr entender el funcionamiento de la asamblea que es el primer tema a tratar.

Para estos efectos, se ha consultado la opinión del maestro Oscar Vásquez del Mercado,⁵¹ quien en su obra expone dicho tema haciendo alusión al tratadista Santi Romano exponiendo su teoría conforme a que las personas jurídicas públicas e igualmente las privadas, pueden asumir dos aspectos diversos que corresponden a dos diversos estadios de desarrollo de su ordenamiento.

En una primera fase, las personas jurídicas se han considerado como entes incapaces de tener una voluntad y acción propia, es decir, han adquirido la capacidad de derecho, pero no la de obrar, de donde resulta como consecuencia, que quienes querían y obraban por ellas y en su interés, eran sus representantes. Posteriormente, el ordenamiento jurídico da a las personas jurídicas públicas, una estructura, mediante la cual se encuentra en condiciones de querer y actuar directamente, y este resultado se ha obtenido ligando a las personas encargadas de manifestar la voluntad del ente, no con la relación externa de la representación, sino con una relación interna que convierte a las personas en elementos integrantes de su organización; es decir, en una parte de su estructura que precisamente tiene como fin formar una voluntad y ejecutar un acto, que jurídicamente se imputa a la persona jurídica. En otros términos,

⁵¹ Cfr. Vásquez del Mercado Óscar. *Asambleas, Fusión, Liquidación y Escisión de Sociedades Mercantiles*. Editorial Porrúa México, 2003. pág. 29.

por lo menos en cuanto respecta a la mayor parte de sus manifestaciones, sus representantes han sido sustituidos por los órganos.

En resumen, se puede entender por órgano aquella institución que forma la voluntad del ente, la asamblea de accionistas, en una sociedad es un órgano. Es el órgano deliberante de la sociedad, así como el consejo de administración al cual se confía la ejecución de los negocios en curso, es el órgano de ejecución y los comisarios son el órgano de vigilancia.

Uno de los tres órganos sociales más importantes de la sociedad anónima es la Asamblea de Accionistas, los otros dos son el Consejo de Administración y el Órgano de Vigilancia.

De acuerdo con los tratadistas españoles Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y José María Muñoz, "nacida la Sociedad Anónima con acentuado carácter oligárquico, en la primera etapa de su vida no conoce la junta general de socios como instrumento de formación y manifestación de la voluntad social. Las primitivas sociedades anónimas se regían y gobernaban exclusivamente por unos directores, dotados de amplísimos poderes, nombrados en un principio por los reyes y más tarde por los grandes accionistas cuando éstos comienzan a participar en el poder social, constituyéndose en una especie de consejo que vigilaba la gestión administrativa, para terminar rescatando gradualmente del poder real la facultad de elegir y nombrar a las personas directamente encargadas de la administración de la sociedad".⁵²

Por lo que se refiere a la asamblea, el primer párrafo del artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece:

"Art. 178.- La asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad, podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus

⁵² Uría Rodrigo, Menéndez Aurelio y Muñoz José María. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Editorial Civitas. España. 1992, pág. 15.

resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el administrador o por el Consejo de Administración".

En virtud de lo anterior, es posible señalar que la asamblea general de accionistas es un órgano que decide acerca de toda la voluntad social ya que incluso decide acerca de la constitución de los órganos de administración y representativos de la sociedad, así como resolver sobre los asuntos más importantes de la misma como el cambio de denominación, objeto, nacionalidad, transformación, fusión, escisión, etc. Por ello en esta radica el poder supremo y soberano de la sociedad.

La asamblea encuentra su barrera en la ley y en los estatutos sociales de la sociedad a la que pertenezca, así como en los derechos que cada accionista tiene por razón de su estatus propiamente dicho, del derecho de terceros, así como en las disposiciones de orden público y las buenas costumbres.

La asamblea de accionistas ya sea general o especial, ordinaria o extraordinaria, es un órgano transitorio de la sociedad puesto que su funcionamiento no es permanente, por lo tanto, conceptualmente hablando, el término asamblea evoca dos ideas: la de un grupo de personas reunidas transitoriamente con un fin determinado y la de que la reunión fue convocada, por lo tanto se podría señalar como definición general de la asamblea, que *"es el conjunto de accionistas legalmente convocados y transitoriamente reunidos para formar y expresar la llamada voluntad colectiva de la sociedad, en la resolución de los asuntos que les tiene encomendados la ley o el contrato social"*.⁵³

La Ley General de Sociedades Mercantiles clasifica las asambleas en constitutivas, generales y especiales y a las generales a su vez en ordinarias y extraordinarias.

⁵³ García Rendón Manuel. ob. cit. pág. 358.

Con independencia de lo anterior, el maestro Oscar Vásquez del Mercado, indica que: "la división entre asambleas ordinarias y extraordinarias se ha criticado recientemente. Se considera que tal distinción es completamente errónea. No se trata de dos órganos diversos; la asamblea como órgano social es una y única y la distinción se hace no refiriéndose a la asamblea en sí, sino al objeto de las determinaciones que debe tomar. Con relación a este objeto, se establece la mayoría que debe tomar la resolución y las formalidades a que deben sujetarse. Esta es la teoría que considera que la distinción no es de las asambleas, sino de la materia por tratar, porque ordinaria o extraordinaria no es la asamblea sino la materia que las asambleas tratan".⁵⁴

En efecto, la asamblea es siempre una, la asamblea ordinaria y la asamblea extraordinaria no son dos órganos distintos, sino que constituyen siempre y en todo caso un solo órgano.

Para efectos de este estudio y en cumplimiento de las disposiciones legales existentes, se analizarán a continuación los diferentes tipos que existen y los asuntos de su competencia y analizaré también los requisitos y formalidades que se requieren para que su funcionamiento sea válido.

Uno de los requisitos para que la reunión de accionistas se de en forma válida es la convocatoria. Los artículos 186 y 187 de la Ley General de Sociedades Mercantiles indican lo siguiente:

"Art. 186.- La convocatoria para las asambleas generales deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en el periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión. Durante todo este tiempo estará a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, el informe a que se refiere en enunciado general del artículo 172".

⁵⁴ Vásquez del Mercado Oscar. ob. cit. pág. 41.

"Art. 187.- La convocatoria para las asambleas deberá contener la orden del día y será firmada por quien la haga".

Ahora bien, la convocatoria es un elemento esencial para la existencia de la asamblea, a este respecto el doctrinario Brunetti indica: "La asamblea no es un órgano permanente. Los accionistas han de reunirse para acordar en los casos y en las formas exigidas por la ley y por el acto constitutivo. Por eso no puede convocarse a si misma a placer sino solamente a requerimiento del órgano administrativo o, excepcionalmente, por una determinada minoría".⁵⁵

En principio, la convocatoria la debe hacer el órgano de administración, tal como se señala en el artículo 183 de la ley en comentario: "La convocatoria para las asambleas deberá hacerse por el administrador o el consejo de administración, o por los comisarios, salvo lo dispuesto en los artículos 168, 184 y 185".

Como lo indica el anterior artículo, los comisarios están obligados a hacerla en caso de omisión del órgano de administración y cuando lo estimen conveniente, así se apunta en el artículo 166 fracción VI, que establece:

"Art. 166.- Son facultades y obligaciones de los comisarios:

...

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

..."

Ahora bien, en caso de que faltase la totalidad del órgano de vigilancia, el de administración debe convocar a la asamblea en el término de tres días para que designe comisario o comisarios según sea el caso, pero si el órgano de

⁵⁵ Brunetti Antonio. Tratado del derecho de las sociedades. Traducción Felipe de Sola Cañizarez. II. 3 vols. Buenos Aires, UTEHA. 1960. pág. 368.

administración no hiciere la convocatoria en el término señalado cualquier accionista puede ocurrir ante la autoridad judicial del domicilio social para solicitarle que ella la haga, así queda establecido en el artículo 168 de la ley.

Los accionistas que representen por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social pueden solicitar en cualquier momento y en forma escrita que se convoque a asamblea general de accionistas para tratar de determinados asuntos que deben indicar en su petición, ésta debe ser dirigida al órgano de administración o al de vigilancia de acuerdo con el artículo 184 de la ley; si esta convocatoria no fuere hecha dentro de los quince días siguientes al día en que recibieron la petición, los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social y exhibiendo los títulos de sus acciones, pueden solicitarle a la autoridad judicial del domicilio social que haga la convocatoria, art. 184 en cita.

Subraye el párrafo anterior, debido a la importancia que la Ley General de Sociedades Mercantiles le da al derecho de minorías para llevar a cabo la celebración de asambleas generales, sin embargo en la nueva Ley del Mercado de Valores, estas cuestiones se han modificado a grado tal que en esta nueva ley se establece que se podrá solicitar que se convoque a la asamblea general de accionistas respecto de los asuntos sobre los cuales se tenga derecho a voto cuando se tenga el diez por ciento de la participación accionaria, mientras que como ha quedado señalado, es necesario el treinta y tres por ciento conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En mi opinión, la cuestión de reducir los porcentajes señalados, demanda un perfeccionamiento previo en la ley marco que es la de sociedades mercantiles, quizá mediante la incorporación de un capítulo de entendimiento que permita fortalecer y dar credibilidad al propio sistema financiero y sobre todo al del mercado de valores.

Después de este paréntesis, cabe señalar que en el caso de que no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos y cuando habiéndose celebrado asambleas, no se hayan ocupado del informe de los

administradores, del nombramiento del órgano de administración y de vigilancia, así como de fijación de emolumentos de estos órganos, en general, los asuntos a que se refiere el artículo 181 de la ley en estudio, el titular de una sola acción podrá solicitarle al órgano de administración o al de vigilancia que hagan la convocatoria; si esta no fuere hecha dentro de los quince días siguientes al día en que recibieron la solicitud; podrá solicitarle igualmente a la autoridad judicial del domicilio social que la haga, previo traslado de la solicitud a los órganos de administración y de vigilancia como se dispone en el artículo 185 de la ley señalada.

Por lo que se refiere a la publicidad de la convocatoria, esta deberá ser publicada mediante un aviso en el periódico oficial de la entidad del domicilio social o en uno de los de mayor circulación de dicho lugar, con la anticipación que fijen los estatutos, que no podrá ser menor al que establece la ley y que es de quince días antes de la fecha que se señale para que tenga verificativo la asamblea.

Durante este tiempo los accionistas deberán tener a su disposición toda la información financiera, como libros, documentos relativos a los asuntos que deba tratar la asamblea, con la finalidad de que concurran a ella suficientemente informados.

Darle publicidad a la convocatoria representa un severo problema de orden práctico, pues si dicha convocatoria se publica en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, lo más probable es que la mayoría de los accionistas no se enteren, ya que son pocas personas las que conocen la existencia del mencionado periódico y son aún menos personas las que lo consultan regularmente. Si la publicación de la convocatoria se hace en uno de los periódicos de los de "mayor circulación" del domicilio social el problema se agrava aún más, puesto que en este caso, primero se debe determinar cual es ese periódico de "mayor circulación" en el domicilio social y si son varios elegir a uno de ellos para la publicación.

Una posible solución a este problema de la publicidad de la convocatoria podría ser, señalar en los mismos estatutos sociales el periódico en el cual se van hacer las publicaciones, con expresión de un día determinado de la semana en el cual, solamente podrán hacerse estas publicaciones, con esto se resolverían los conflictos que se suscitan entre los accionistas con las conocidas publicaciones de convocatorias fantasma.

La convocatoria en la práctica contiene los siguientes elementos:

Clase de asamblea convocada, fundamento legal y estatutario, designación de persona o personas quienes convocan ya sea persona física o moral y de personas convocadas, fecha, lugar y hora de celebración de la asamblea, orden del día, nombre, firma y cargo de la persona que elabora la convocatoria.

Respecto a la orden del día, ésta consistirá básicamente en la lista de asuntos de los que únicamente se habrá de ocupar la asamblea respectiva y sobre los cuales se habrá de resolver.

Sobre este punto, el autor Vivante señala: ... "tiene una función positiva: ha de informar a los socios sobre las materias que estarán sometidas a la deliberación, para que puedan tomar parte en la asamblea con conocimiento de causa, tiene una función negativa: ha de impedir que se sorprenda la buena fe de los ausentes acordando sobre asuntos que suponían que no serían sometidos a acuerdo. El orden del día responde a éste doble fin cuando indica los asuntos que se han de tratar. Los asuntos, las materias a tratar constituyen el contenido legal del orden del día y no las soluciones concretas que los administradores proponen ... La idea del legislador fue dar a la orden del día el valor de una nota de las materias a discutir, pero no de un texto de los acuerdos a tomar por la asamblea".⁵⁶

⁵⁶ Vivante Cesar. Tratado de Derecho Mercantil. Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpresa. Traducida por Ricardo Espejo de Hinojosa, Primera Edición, Madrid, Editorial Reus, S.A., 1932. pág. 242.

Además de contener el orden del día, la convocatoria debe ser firmada por quien la haga, que generalmente es el Secretario del Consejo de Administración, de acuerdo con el artículo 187 de la multicitada ley.

En caso de que la convocatoria no sea publicada conforme a la ley y a los estatutos sociales; que no se pongan a disposición de los accionistas los documentos relativos a las materias de que se vaya a ocupar la asamblea; que la convocatoria no contenga el orden del día o que no este firmada por quien la elaboró, la ley dispone que las resoluciones tomadas en éstos casos estarán afectadas de nulidad, salvo el caso de que en el momento de la votación se encuentren representadas la totalidad de las acciones; esto es, que se haya constituido una asamblea totalitaria, conforme al artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La celebración de las asambleas generales según el artículo 193, deberán ser presididas por el administrador o por el consejo de administración y a falta de ellos, por quien fuere designado por los accionistas presentes, salvo estipulación contraria de los estatutos sociales.

Generalmente los estatutos establecen que sea el presidente del Consejo de Administración quien presida las asambleas generales de accionistas, señalando también que fungirá como secretario el del propio consejo de administración, como ejemplo el siguiente:

“Presidió la asamblea el Sr. Renato Sales Casamadrid en su calidad de Presidente del Consejo de Administración y actuó como secretario el del propio consejo Sr. Gonzalo Sales Casamadrid”.

En la práctica, el presidente debe designar escrutador o escrutadores, quien o quiénes después de aceptar el cargo formulan la lista de asistencia, que debe ser firmada por los accionistas o sus representantes como comprobación de que efectivamente asistieron, los escrutadores deben certificar que se encontraban presentes o representados determinado número de accionistas, que

representaban determinado tanto por ciento de acciones de las que integran el capital social, esto para estar en aptitud de saber si existe el quórum necesario para la celebración de la asamblea.

En vista de esta certificación y si el quórum es suficiente, el presidente declara legalmente instalada la asamblea, posteriormente, el secretario debe proceder a dar lectura a la orden del día, debiéndose pasar a tratar sucesivamente cada uno de los puntos que la integran. Como ejemplo el siguiente:

“El presidente de la asamblea designó escrutador a la Srita. Norma Sales Casamadrid, quien después de aceptar su cargo procedió a examinar el registro de accionistas y los títulos de las acciones e hizo constar que se encontraba representada la totalidad de las acciones representativas del capital social de Corporación Sirocco, S.A. de C.V., distribuidas de la siguiente forma:

ACCIONISTAS	ACCIONES	CAPITAL
Renato Sales Larrondo	360	\$ 360,000.00
Blanca Casamadrid R.	300	\$ 300,000.00
Renato Sales Casamdril	115	\$ 115,000.00
Norma Sales Casamadrid	115	\$ 115,000.00
Gonzalo Sales Casamadrid	110	\$ 110,000.00
TOTAL	1,000	\$ 1'000,000.00

En virtud de encontrarse representada la totalidad de las acciones que constituyen el capital social, el presidente declaró legalmente instalada la asamblea, con apoyo en lo dispuesto por la cláusula decimosexta de los estatutos de la sociedad y el artículo 188 de la Ley General de Sociedades

Mercantiles y de la convocatoria insertada en el Diario "La Afición" de la Ciudad de México, de la cual se anexa un ejemplar al legajo de esta acta y solicitó al secretario diera lectura a la siguiente orden del día..."

Si el quórum no es suficiente para que la asamblea se instale validamente el presidente deberá diferirla, debiendo el órgano de administración hacer una segunda convocatoria, para que la asamblea se reúna a otra hora o bien en otra fecha.

Si los accionistas asisten personalmente, deben justificar su carácter de accionistas, ya exhibiendo su pase de admisión por haber depositado con anterioridad sus títulos de acciones o mostrando éstas físicamente, con la anticipación que fijen los estatutos sociales y se haya señalado en la convocatoria, asimismo deberán aparecer inscritos en el registro de acciones que al efecto tendrá la sociedad, según el artículo 128 de la Ley de la materia, o bien pueden asistir por medio de mandatarios, que pueden ser o no personas extrañas a la sociedad, estando imposibilitados para serlo los administradores y los comisarios de la sociedad, el mandato debe constar por escrito en simple carta poder, según lo ya analizado.

Para que la asamblea se instale validamente, no sólo es necesario que se haya hecho una convocatoria sino que es necesario además, que concurren por lo menos un mínimo o determinado número de acciones que la ley señala para que las resoluciones que se hayan de tomar se consideren válidas.

El autor Luis Manuel Rojas, nos indica que quórum: "... es la porción del capital social, del número de accionistas o de ambas cosas, que son indispensables para integrar con regularidad una asamblea".⁵⁷

El maestro Rodríguez Rodríguez señala que existe quórum de presencia y quórum de votación, el primero es "el número mínimo de acciones que debe estar presentes para que una asamblea general pueda estimarse validamente

⁵⁷ Rojas Luis Manuel. El voto en la Sociedad Anónima. Editorial Porrúa, México, 1945. pág. 266.

reunida, el segundo será el número mínimo de las acciones presentes que ha de formular su voto favorable a una propuesta de resolución, para que ésta pueda estimarse eficaz y validamente adoptada".⁵⁸

La Ley General de Sociedades Mercantiles establece que para que una asamblea ordinaria se considere legalmente reunida en primera convocatoria, debe estar representada por lo menos la mitad del capital social y las resoluciones se considerarán válidas cuando sean tomadas por la mayoría (mitad más uno) de los votos presentes de acuerdo con el art. 189 citado.

Tratándose de asambleas ordinarias en segunda convocatoria ésta será válida con cualquiera que sea el número de acciones representadas y las decisiones para ser válidas deben tomarse por mayoría (mitad más uno) de los votos presentes, artículos 189 y 191, primer párrafo de la Ley en estudio.

En las asambleas extraordinarias en primera convocatoria deben estar representadas por lo menos las tres cuartas partes del capital social y las resoluciones se deberán tomar por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social como se señala en el artículo 190 de la ley en cita.

En segunda convocatoria las asambleas extraordinarias deberán contar con el voto favorable de las acciones que representen la mitad del capital social para que la asamblea se reúna válidamente según se advierte del segundo párrafo del artículo 191 citado.

La ley permite que tratándose de asambleas extraordinarias los estatutos fijen un quórum superior al que ella establece, según la primera parte del artículo 190, no así tratándose de ordinarias.

Con relación al acta de asamblea, una vez agotados los asuntos a tratar, la asamblea se debe suspender para redactar el acta, que es un documento en que se detalla todo lo sucedido en la asamblea:

⁵⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, ob. cit. pág. 504.

La fecha, quien la presidió, la orden del día, que accionistas concurrieron, el número de acciones que cada quien representa, la hora en que se levantó la asamblea, los anexos que se adjuntan como son: la lista de asistencia, el informe del comisario en su caso, una copia de la publicación de la convocatoria para cumplir con lo dispuesto por el artículo 194 de la ley en comento, las resoluciones que se tomaron, etc.

Por último, el acta debe ser firmada por el presidente, el secretario de la asamblea y por el comisario de la sociedad si hubiere asistido. Una vez que es aprobada el acta de la asamblea, esta debe ser transcrita al llamado libro de actas que al efecto debe llevar la sociedad conforme lo disponen los artículos 36 y 41 del Código de Comercio, si por algún motivo no fuere posible transcribir el acta al libro, el acta debe ser protocolizada ante Notario Público o Corredor, tratándose de asambleas extraordinarias las actas, además de tener que ser transcritas al mencionado libro, deben ser protocolizadas ante Notario o Corredor e inscritas en el Registro Público de Comercio de la localidad donde se encuentre la sociedad.

Ahora toca el turno de hablar acerca del derecho de participación en la asamblea, mismo que se ejerce a través de la posesión de la acción. Vinculado a este derecho de participación esta la obligación del depósito del título, si los estatutos lo establecen o bien la convocatoria lo señala.

“La asamblea se forma única y exclusivamente por socios; por lo tanto, quien no lo es, no tiene derecho a participar en ella”.⁵⁹

Sin embargo, en la práctica esto no ocurre con frecuencia, ya que en la asamblea pueden concurrir una serie de personas que aunque no sean socios tienen una participación importante dentro del desarrollo de la misma, en específico nos referimos a gerentes o jefes de departamento que sin duda alguna tienen intereses importantes en la marcha del negocio.

⁵⁹ U. Navarrina. Trattato.n. 1747.p. citado por Oscar Vásquez del Mercado ob. cit. pág. 93.

“Debemos hacer notar que en el título se incorporan lo poderes y derechos de su tenedor, aunque no sea indispensable tener materialmente el título para ser titular de la acción, aún no expedido este el socio puede ejercer sus derecho como tal”.⁶⁰

La aclaración que expone el autor de la cita anterior, es pertinente ya que de esta puede depender la participación de un accionista, creyendo erróneamente que su falta del título implicaría no hacer el depósito correspondiente y por ello no participar en la celebración de la asamblea.

Con relación a las siguientes clasificaciones de asambleas, se señala que: por lo que se refiere a la asamblea constitutiva me remito a lo señalado en el apartado II.1.5., el caso de constitución sucesiva de la sociedad, siendo éste el único caso que la Ley General de Sociedades Mercantiles contempla para la celebración de una asamblea constitutiva.

Respecto a las asambleas generales, son aquellas cuyo quórum de asistencia y votación se computan tendiendo en cuenta la totalidad de las acciones en que se divide el capital social. Estas como se indicó se subclasifican en ordinarias y extraordinarias.

Las asambleas especiales se refieren aquellas en las cuales su integración corresponderá a una categoría especial de accionistas.

Por último, se transcribe la competencia de las asambleas ordinaria y extraordinaria de acuerdo con el artículo 181 y 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

ASAMBLEAS ORDINARIAS.- Son aquellas que deberán celebrarse por lo menos una vez al año, dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social y por ley se ocuparán de los siguientes asuntos de acuerdo con el artículo 181 de la Ley en estudio:

⁶⁰ Vásquez del Mercado Oscar. ob. cit. pág. 93.

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

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

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

La competencia de la asamblea ordinaria se da por exclusión de la que corresponde a la extraordinaria ya que todo lo que no sea propio de ésta corresponderá a las ordinarias.

ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS.- Son las que se reúnen para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

I.- Prorroga de la duración de la sociedad,

II.- Disolución anticipada de la sociedad,

III.- Aumento o reducción del capital social,

IV.- Cambio de objeto de la sociedad,

V.- Cambio de nacionalidad,

VI.- Transformación,

VII.- Fusión,

VIII.- Emisión de acciones privilegiadas,

IX.- Amortización de sus propias acciones y emisión de acciones de goce y

X.- Emisión de bonos,

XI.- Cualquier otra modificación del contrato social, y

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

ASAMBLEAS ESPECIALES.- Estas conocen y resuelven acerca de cualquier proposición que pueda perjudicar los derechos de las categorías de acciones que la integran (acciones preferentes de voto pleno o de voto limitado), remitiéndome para estos efectos a lo establecido en el apartado II.3.4., de este trabajo.

II.5.2.- EL ORGANO DE ADMINISTRACION Y EL ORGANO DE VIGILANCIA.

Respecto a este punto puedo indicar que la operación directa de una sociedad se lleva normalmente por el Consejo de Administración o por el Administrador Único según sea el caso. Este órgano interno de la sociedad, cumple con funciones de representación externa y administración interna en la sociedad, factores que vinculan a los terceros que contratan con esta y a los accionistas que aprueban su gestión.

En virtud de lo anterior, el artículo 142 de la Ley en comento indica:

“Art. 142.- La administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.”

Por lo tanto, este órgano de administración realiza todas las operaciones inherentes a la sociedad salvo lo que disponga la propia ley o los estatutos sociales.

Por lo que se refiere a las características del cargo, vale mencionar que el propio artículo 142, habla de mandatarios definiendo a las personas que detentan el cargo, sin embargo es de señalar que en ningún momento la sociedad celebra un contrato de mandato con éstos, lo verdadero es lo que se

señala en el artículo 10 de la ley citada, en su primer párrafo al decir que son representantes de la sociedad, de donde resulta que sus facultades para actuar les devienen precisamente de la ley, no necesitando que se extienda un poder en términos del artículo 2554 del Código Civil Federal para que lleve a cabo sus funciones.

Por otro lado, se sabe que el cargo es de carácter personal, temporal, revocable y por lo general remunerado, aunque en la práctica se da mucho la renuncia a sus emolumentos ya que en muchas ocasiones vienen a ser los mismos accionistas de la sociedad.

El artículo 151 de la Ley de la materia, dispone los requisitos para ocupar el cargo al señalar que no pueden ser administradores ni gerentes, los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio. Estos deberán presentar garantía para su buen desempeño según lo señala el artículo 152, la cual asegura las responsabilidades en las que éstos pudieran incurrir en el desempeño del encargo, la cual se fija con absoluta libertad pero implica que sus nombramientos no puedan inscribirse en el Registro Público de Comercio mientras no se haya comprobado que prestaron la garantía.

El Consejo de Administración o el Administrador Único, normalmente nombran uno o más gerentes generales o especiales, quienes tendrán las facultades que estatutariamente se les confieran, sin embargo, como se verá más adelante en el análisis de las nuevas sociedades bursátiles, las funciones del consejo de administración se modifican convirtiéndose en un órgano estrategia y de vigilancia, contando con comités auxiliares, además de hacer responsables a directores generales entre otras cosas de la gestión, conducción y ejecución de los negocios y de revelación de información relevante.

Por otra parte, concluido el plazo para el que hubieran sido designados, o revocado el nombramiento respectivo, los administradores no podrán abandonar el cargo mientras los nuevamente designados no asuman dicho encargo. Lo anterior conforme al artículo 154 de la ley en cita.

Con respecto a su funcionamiento, es de señalar que será presidente del consejo, el administrador primeramente nombrado y a falta de él quien le siga en el orden de la designación. A este le corresponderá en caso de empate, la decisión de los asuntos que se trataren en la sesión correspondiente, habida cuenta de que este sólo funciona con la mitad de sus integrantes, pero por regla general y salvo que los estatutos señalen algo sobre el particular, las decisiones se tomarán por simple mayoría de votos.

Por lo que hace a su responsabilidad, esta le deviene de la propia ley y de los estatutos sociales, a saber el artículo 157 señala:

- De la realidad de las aportaciones hechas por los socios.
- Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios en cuanto al reparto de dividendos.
- De la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo e información que prevengan las leyes.
- Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas.
- De las irregularidades en que hayan incurrido los administradores previos, si a pesar de conocerlas no las denunciaren por escrito a los comisarios. Siendo en este caso la responsabilidad solidaria con dichos administradores precedentes.
- De los daños y perjuicios que se causen a la sociedad y a sus acreedores de que autoricen la adquisición de acciones del capital de la propia sociedad por un camino diferente de la adjudicación judicial.
- Del indebido reparto de dividendos a los accionistas.
- En caso de que no se haga la separación del cinco por ciento anual de las utilidades, para constituir el fondo de reserva.

-Las demás que serán analizadas a la luz de la Ley del Mercado de Valores.

ORGANO DE VIGILANCIA.- Este órgano puede ser colegiado, resultando de la existencia de diversas clases de acciones que existen en la sociedad. El cargo es temporal y revocable y también remunerado.

En principio esta clase de personas debieran tener conocimientos contables, fiscales y financieros en su caso para asumir tal puesto, sin embargo, la ley no exige tal cuestión para el desempeño del cargo.

Por otro lado el artículo 165 de la ley de la materia exige lo siguiente como limitaciones para ocupar el cargo:

La inhabilitación para el ejercicio del comercio, el carácter de empleado de la sociedad misma o de las sociedades que sean accionistas de ella en más de un veinticinco por ciento del capital social, y los empleados de las sociedades en las que sea accionista la sociedad en cuestión, por más de un cincuenta por ciento y el parentesco de consanguinidad con los administradores en línea recta y sin limitación de grado, o bien de colateralidad dentro del cuarto o de afinidad dentro del segundo.

Sus funciones son como su nombre lo indica de vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad; dar parte a la asamblea de las irregularidades en la administración, acompañadas de sus consideraciones y de las propuestas que estimen pertinentes.

Sus atribuciones son las siguientes:

-Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que, en su caso, deben otorgar los administradores al tomar posesión de su cargo.

-Exigir a dichos administradores la llamada balanza mensual, en la que debe incluirse un estado de situación financiera y otro de resultados.

-Examinar los libros, papeles y documentos sociales para vigilar las operaciones y rendir el dictamen correspondiente.

-Presentar anualmente a la asamblea general ordinaria un informe sobre la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la documentación informativa presentada por el órgano de administración, en la inteligencia de que tal informe comprenderá la opinión del comisario sobre si las políticas y criterios contables aplicados por los administradores son correctos y suficientes, así como si se vienen aplicando consistentemente y, por último, sobre si es recomendable la aprobación de todo ello.

-Exigir que se incluyan, en el orden del día de las asambleas, los puntos que consideren pertinentes.

-Convocar a asambleas cuando omitan hacerlo los administradores y, además cuando lo consideren pertinente.

-Asistir con voz, pero sin voto, a las sesiones del consejo de administración para lo cual deberán ser citados, y en la misma forma a las asambleas de accionistas.

Lo anterior de conformidad con el artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por último su responsabilidad es para con la sociedad por el cumplimiento de sus obligaciones que la ley y los estatutos le imponen y es posible que se auxilie a su vez de personas que actúen bajo su dirección y dependencia, o bien técnicos o profesionistas independientes.

En la nueva Ley del Mercado de Valores, desaparece la figura del comisario y las funciones de vigilancia se distribuyen entre el consejo de administración y los comités de auditoria y practicas societarias y el auditor externo independiente, como ya lo había mencionado, pero este tema así como el de los procedimientos para exigir responsabilidades tanto a miembros del consejo,

serán analizados a mayor grado de profundidad en el capítulo III y IV del presente trabajo respectivamente.

CAPITULO III

LAS SOCIEDADES ANONIMAS DEL MERCADO DE VALORES

III.1.- LA SOCIEDAD ANONIMA PROMOTORA DE INVERSION

III.1.1.- NUEVO SUBTIPO SOCIETARIO

En la iniciativa de la nueva Ley del Mercado de Valores, se expone la justificación para la creación de un nuevo subtipo societario denominado Sociedad Anónima Promotora de Inversión, aludiendo que el crecimiento económico del país depende en gran medida de la acumulación de capital físico y humano. Esta acumulación tiene como base la eficiencia y eficacia de *la intermediación financiera* para captar el ahorro y canalizarlo a proyectos rentables, entendiendo a esta como: "la recepción de recursos del público para su inversión a la discreción del intermediario"⁶¹. El artículo 4° de la actual Ley del Mercado de Valores define el concepto de *intermediación* de la siguiente manera (*se considera intermediación en el Mercado de Valores la realización habitual de*): A) Operaciones de correduría, de comisión u otras tendientes a poner en contacto la oferta y la demanda de valores. B) Operaciones por cuenta propia, con valores emitidos o garantizados por terceros, respecto de los cuales se haga oferta pública. C) Administración y manejo de carteras de valores propiedad de terceros.

Asimismo, la iniciativa en comento, señala que existen dos variantes en el proceso de *intermediación*: el crédito bancario y el mercado de valores, integrado este último por los mercados de deuda y de capital.

El mercado conocido como de capitales, es el que para este trabajo importa señalar ya que esta iniciativa reconoce que en nuestro país, dicho mercado no

⁶¹ Ibarra Hernández Armando. Diccionario Bancario y Bursátil, Editorial Porrúa, Primera Edición, México 1998, pág. 98.

ha tenido un desarrollo óptimo y para hacerlo más atractivo a los inversionistas, se requiere contar con una regulación más acorde con los estándares internacionales que rigen a dicho mercado. A la fecha, todavía resulta bajo el número de inversionistas y de empresas cuyas acciones se encuentran listadas en la Bolsa Mexicana de Valores, si se toma en cuenta el tamaño de nuestra economía.

De los datos obtenidos de la Bolsa Mexicana de Valores a través de su informe anual de labores 2003, se puede apreciar en el cuadro siguiente, el número de empresas inscritas en el mercado accionario y la reducción sufrida a lo largo de cinco años analizados.

Mercado Accionario⁶²

Año	Empresas Inscritas
1999	190
2000	177
2001	172
2002	169
2003	158

***sin sociedades de inversión**

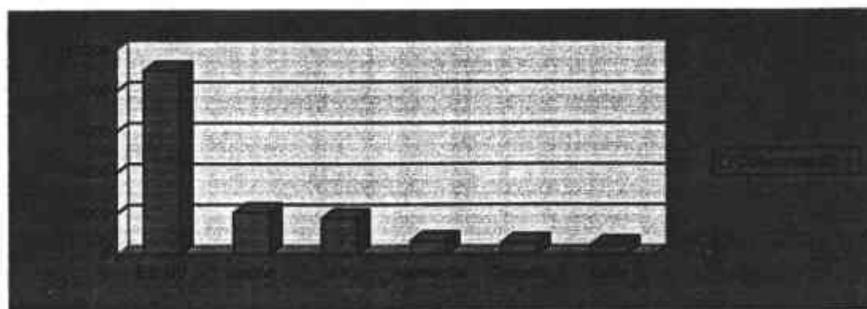
Por otra parte, los siguientes cuadros nos muestra el valor de capitalización de mercados internacionales tanto en mercados desarrollados (MD), como en mercados emergentes (ME), el cual nos da una idea clara acerca de los importes en miles de millones de dólares que son operados en cada uno de éstos.

⁶² Fuente: Bolsa Mexicana de Valores - Informe Anual de Labores 2003. (no se obtuvieron datos de años más recientes debido a la falta de material disponible).

		2002		2003		Variación dic3/dic2
		Dic	Máx.	Min.	Dic	
México	IPC	104.7	122.5	88.6	122.5	17.10%
(MD)						
Alemania	Xetra Dax	686.0	1079.0	619.0	1079.0	57.29%
E.E.U.U.	D. J. Ind.	9015.2	11329.0	8542.5	11329.0	25.67%
Japón	Nikkei	2069.3	2953.1	1938.7	2953.1	42.71%
Reino Unido	FTSE 100	1785.2	2452.8	1613.0	2452.8	35.89%
Canadá	SP/TSX	579.8	910.2	592.6	910.2	56.99%
Italia	MIBTel	477.1	614.8	445.5	614.8	28.88%
(ME)						
Brasil	Bovespa	126.8	234.6	116.1	234.6	85.04%
Chile	IPSA	48.0	86.5	46.2	86.5	80.10%
Corea	KOSPI	215.9	298.2	175.8	298.2	38.15%
Filipinas	PSE	18.5	23.3	18.0	23.2	25.22%
Grecia	ATHEX	67.1	106.6	57.7	106.6	59.02%
Taiwan	TSE	261.2	379.0	244.0	379.0	45.10%

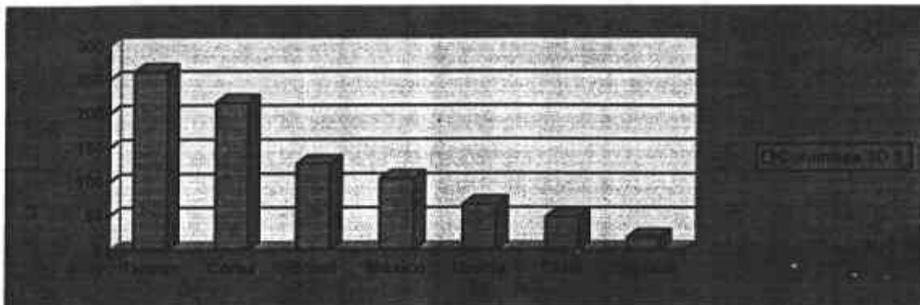
Miles de millones de dólares⁶³

Capitalización de Mercados Desarrollados (miles de millones de dólares).



⁶³ Fuente: Bolsa Mexicana de Valores - Informe Anual de Labores 2003. (no se obtuvieron datos de años más recientes debido a la falta de material disponible).

Capitalización de Mercados Emergentes (miles de millones de dólares).



En virtud de lo anterior, la iniciativa pretende, fomentar el acceso de empresas medianas al mercado de valores, concretamente al mercado de capital de riesgo, con ello se da respuesta a uno de los objetivos planteados en el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, en el sentido de que se impulsa la eficiencia del mercado de valores, creándose la figura de la Sociedad Anónima Promotora de Inversión, como un nuevo subtipo societario, cuya adopción es voluntaria y representa un paso intermedio entre la sociedad mercantil común y una sociedad anónima bursátil cuyas acciones están listadas en bolsa.

Las sociedades en su proceso natural de crecimiento, necesitan de financiamiento tanto de capital como de deuda para crecer. La ventaja del financiamiento a través del capital frente a la deuda radica en que no existe un calendario rígido de pagos, sino que sólo depende del progreso de la empresa.

En México, el financiamiento a las sociedades que no se consideran públicas o listadas en la Bolsa Mexicana de Valores esta limitado al crédito bancario o a la emisión de instrumentos de deuda, por lo que las inversiones en capital para las sociedades señaladas proviene de la retención de utilidades o de aportaciones al propio capital por parte de los accionistas o en su caso de terceros interesados.

La grafica que a continuación se expone, muestra como en el mercado de títulos de deuda (mercado de dinero), es mayor el importe operado que en el mercado de capitales, que incluso observa una disminución drástica en el año 2003⁶⁴.

	Total mercado de Capitales		Mercado de títulos de deuda mercado de dinero	
	Pesos	Dólares	Pesos	
Dólares				
1999	366,868	38,521	20,952,343	2,192,493
2000	400,659	42,372	39,077,980	4,082,445
2001	366,444	39,346	40,029,192	4,366,567
2002	286,625	30,044	32,367,295	3,350,097
2003	290,376	26,926	76,341,382	7,078,609

De acuerdo con los análisis efectuados en la preparación de la nueva Ley del Mercado de Valores, estas restricciones de financiamiento limitan el desarrollo y el acceso de estas sociedades al mercado de valores tradicional, lo cual representa una razón clave por la cual existen pocas empresas listadas en bolsa. Se estima que en México, el capital de riesgo no se ha desarrollado plenamente debido a la falta de seguridad jurídica necesaria para los inversionistas en ciertas materias y la rigidez que la sociedad anónima común impone a los esquemas de inversión.

Es decir que, la falta de desarrollo del mercado de capital de riesgo se debe a dos fallas en el marco jurídico aplicable. Por un lado, si los potenciales inversionistas carecen de una protección legal adecuada para ejercer sus derechos, éstos preferirán otorgar préstamos directos a las empresas en lugar de efectuar aportaciones de capital. Por otro lado, la legislación relativa a las sociedades mercantiles contempla una serie de prohibiciones que a criterio de esta iniciativa desincentivan las inversiones de capital de riesgo, porque

⁶⁴ Fuente: Bolsa Mexicana de Valores - Informe Anual de Labores 2003. (no se obtuvieron datos de años más recientes debido a la falta de material disponible).

dificultan a los inversionistas su salida de éstas inversiones después de su maduración.

Con base en las anteriores consideraciones, se crea la Sociedad Anónima Promotora de Inversión, que como ya se mencionó será de adopción voluntaria por lo que aquellas sociedades que prefieran mantenerse en el régimen general establecido por la Ley General de Sociedades Mercantiles sin adecuarse al referido subtipo societario podrán hacerlo y la adopción voluntaria de este subtipo societario servirá como un indicador para el mercado de que dichas empresas constituyen candidatos ideales para recibir aportaciones de capital y con ello poder desarrollarse y crecer si así se considera apropiado.

III.1.2.- ANALISIS DE SUS ESTATUTOS SOCIALES A LA LUZ DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES Y DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.

Antes de pasar a tratar este tema, considero oportuno reiterar lo que he mencionado párrafo atrás, en el sentido de que la ley marco de las sociedades anónimas, es decir la Ley General de Sociedades Mercantiles, debiera ser modificada antes de establecer normas tan novedosas como las que se prevén en la iniciativa de Ley del Mercado de Valores, y no es que este en contra de que la nueva normativa llegue a existir en nuestro derecho positivo mexicano, al contrario creo que es necesaria para atraer mayores inversiones a nuestro país, sin embargo creo que para dar mayor transparencia y efectividad a estos nuevos procesos societarios, debemos empezar por adecuar el marco de referencia para entender de mejor forma este novedoso derecho que se presenta a continuación.

La Sociedad Anónima Promotora de Inversión, tiene un régimen que le otorga ciertas excepciones a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles, tales excepciones a continuación las tratare de acuerdo al orden

establecido en la ley que las prevé y conforme a las disposiciones que deben contener sus estatutos sociales según ambas legislaciones.

El capítulo I de la nueva Ley del Mercado de Valores contempla a la figura de la Sociedad Anónima Promotora de Inversión, la cual deberá contemplar dentro de sus estatutos sociales los requisitos que señalan los artículos 6° y 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Asimismo, por lo que se refiere al segundo párrafo del artículo 12 de la ley en comento, se establece lo siguiente:

“Art. 12.- ...

Las sociedades anónimas que una vez constituidas pretendan adoptar la modalidad a que se refiere este artículo, deberán previamente contar con el acuerdo de su asamblea general extraordinaria de accionistas. Los accionistas que voten en contra, podrán ejercer el derecho de separación al valor contable de las acciones en la fecha de su ejercicio, una vez que surta efectos el acuerdo correspondiente.

...”

Este párrafo contiene dos situaciones que vale la pena analizar desde la óptica que sigue la Ley General de Sociedades Mercantiles, que es la ley marco para este subtipo societario. Por un lado, la obligatoriedad de contar con el acuerdo de su asamblea general extraordinaria de accionistas, implica verificar los asuntos señalados en el artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles para decidir en cual de los asuntos que se mencionan en dicho artículo se ubica esta cuestión ya que la fracción VI.- habla de transformación de la sociedad, la fracción XI.- de cualquier otra modificación del contrato social y la

fracción XII.- de los demás asuntos para los que la Ley o el contrato social exija un quórum especial.

Ante dicha circunstancia y dado que el mencionado artículo 12 no establece nada al respecto, mi punto de vista sería que se tomará esta adopción como un acuerdo de transformación de la sociedad, es decir la adopción de otra forma regulada por la Ley General de Sociedades Mercantiles, siendo necesario en primer término adicionar dicho subtipo societario en el artículo 1° de la señalada ley.

El maestro Rodríguez Rodríguez⁶⁵ en su Tratado de Sociedades Mercantiles, da un concepto de transformación mencionando al respecto:

“La transformación de sociedades es el fenómeno jurídico del cambio de forma de una sociedad mercantil; es decir, la sociedad deja la forma que tiene y adquiere cualquiera de las otras formas reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles”.

Por su parte en el artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se establece:

“Art. 227.- Las sociedades constituidas en alguna de las formas que establecen las fracciones I a V del artículo 1°, podrán adoptar cualquier otro tipo legal. Asimismo podrán transformarse en sociedad de capital variable”.

A decir del autor señalado, la transformación de la sociedad no afecta para nada a su personalidad jurídica; sólo cambia de forma, de “ropaje legal” como dice Ferrara⁶⁶, si bien con ciertas modificaciones o ajustes en su contrato social. Estas modificaciones o ajustes dependen de la forma que la sociedad tenga y

⁶⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. ob. cit. pág. 988.

⁶⁶ Ferrara citado por Rodríguez Rodríguez, loc. cit. pág. 990

de las que vaya a adoptar. Al cambiar a otro subtipo societario como es el caso, será necesario adaptar la organización de la sociedad al nuevo tipo y respetar los principios fundamentales de éste.

La segunda situación que se relaciona en el segundo párrafo del artículo 12, es el derecho de separación de los accionistas que voten en contra de adoptar la modalidad de Sociedad Anónima Promotora de Inversión, y que se encuentra ligada precisamente al artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en el cual señala lo siguiente:

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

En este sentido, cabe señalar que el artículo 12 no hace ningún señalamiento respecto si dicha adopción de modalidad implica o no un incremento en las obligaciones y responsabilidades de los socios, únicamente señala la opción de ejercitar dicho derecho de retiro, siendo necesario en mi opinión, establecer la obligación de información a los accionistas en la propia asamblea general, haciendo de su conocimiento los beneficios que la toma favorable de dicho acuerdo traería a la sociedad y a ellos mismos, sin que a estos se les haga ilimitadamente responsables de las nuevas obligaciones sociales que pudieran existir al adoptar esta modalidad.

Por su parte, el párrafo tercero del señalado artículo 12 indica lo siguiente:

“...

La denominación social de las sociedades a que hace referencia este artículo se formará libremente conforme a lo previsto en el artículo 88 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, debiendo agregar a su denominación social la expresión "Promotora de Inversión" o su abreviatura "P.I."

A este respecto, como indicamos en el capítulo anterior al hablar de la denominación social en la sociedad anónima y del uso de sus abreviaturas, me da pie nuevamente para hacer el señalamiento de que también esta ley es omisa al no señalar alguna sanción en caso de incumplimiento del uso de dichas abreviaturas, por lo cual mi sugerencia sería en el sentido de dotar a las entidades encargadas de la vigilancia de dichas sociedades de facultades sancionadoras que fueran acordes con el daño ocasionado por dicha omisión, ya que debemos recordar que una vez que se adopta dicha modalidad, la empresa adquiere mayor número de responsabilidades para con sus nuevos inversores.

Ahora bien, toca el turno del artículo 13 fracciones I a VI de la ley en comento, el cual paso a analizar en seguida:

"Art. 13.- Las sociedades anónimas promotoras de inversión, además de contemplar en sus estatutos sociales los requisitos que se señalan en el artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, podrán prever estipulaciones que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16, fracciones I a V de esta Ley:

I.- Impongan restricciones, de cualquier naturaleza, a la transmisión de propiedad o derechos, respecto de las acciones de una misma serie o clase representativas del capital social, distintas a lo que se prevé en el artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles..."

En primer término, en el artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se establece lo siguiente:

"Art. 130.- En el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración. El consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado".

La fracción I del artículo 13, bajo la perspectiva de la nueva Ley del Mercado de Valores, tiene una razón de peso para existir, esta razón al igual que en una sociedad anónima común, en donde los accionistas fundadores quisieran conservar indefinidamente a las personas con las que iniciaron su negocio y no permitir el ingreso de nuevos socios que pudieren desvincular sus fines, en esta nueva panorámica de las sociedades promotoras de inversión, se permite imponer restricciones a la transmisión de propiedad o derechos, respecto de las acciones representativas del capital social.

Esta tendencia de subordinar la libre transmisión de las acciones en una sociedad anónima, pudiera aparentar una forma de dar un carácter de sociedad de personas a una sociedad netamente de capitales, aunque esta clase de afirmaciones no me atrevo a sostenerla del todo, ya que de ninguna forma la responsabilidad de los socios se convierte en ilimitada en esta nueva sociedad como en el caso de las sociedades de personas.

Considero también que esta clase de estipulación restrictiva señalada por la fracción I del artículo 13, sólo funcionará si se reforma el artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es decir, si tomamos en cuenta que el artículo 130 subordina la transmisión de las acciones a la autorización del consejo de administración de la sociedad, entonces será necesario adecuar dicho artículo 130 a la subordinación no solo del consejo de administración, sino también a la subordinación de todos los socios, es decir, a la totalidad de éstos,

a los de una mayoría, o bien a la de otro órgano designado por el propio consejo, ya que la citada fracción I del artículo 13, indica claramente que serán restricciones de cualquier naturaleza distintas de las que se prevén en el artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por otra parte en la fracción II del artículo 13 se indica lo siguiente:

"II.- Establezcan causales de exclusión de socios o para ejercer derechos de separación, de retiro, o bien, para amortizar acciones, en adición a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como el precio o las bases para su determinación."

La exclusión de socios se antoja como una alternativa de la sociedad para mejorar las relaciones entre socios o entre éstos y el órgano de administración, es decir se permite a la sociedad excluir de su seno a los que ponen en peligro la existencia misma de ésta, sin embargo dicha cuestión pudiera resultar un tanto ilegal ya que esta Ley al plasmar que las causales de exclusión serán en adición a lo establecido en la Ley General de Sociedades Mercantiles, desde mi punto de vista tendría que indicar en todo caso los procedimientos jurídicos a través de sus estatutos sociales para poder realizar actos de esta naturaleza, y no se advierten en dicha disposición.

Ahora bien, tampoco se precisa en la Ley si como consecuencia de la exclusión, el socio, seguirá siendo responsable para con los terceros de todas las operaciones pendientes en el momento de la exclusión, en términos del artículo 14 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Igualmente no queda precisado en la Ley si se podrá retener la parte del capital y utilidades del excluido hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión, debiendo hacerse hasta entonces la liquidación del haber social que le corresponda, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley General de Sociedades

Mercantiles, dado lo cual considero que se deberán modificar estos preceptos legales previo a la entrada en vigor de esta nueva Ley del Mercado de Valores.

Por lo que se refiere a la posibilidad de restringir en los estatutos sociales el ejercicio del derecho de retiro, cabe señalar que esta facultad unilateral del accionista encuentra su sentido en los artículos 206 y 220 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el primero ya visto y en el que se concede en forma directa dicho derecho y en cuanto al segundo en dicho artículo se establece:

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

Entiendo pues que los artículos señalados son formas de defensa contra la mayoría accionaria, por lo que crear mecanismos adicionales mejoraría en mi opinión la sana conducción de esta clase de sociedades en lo relativo a la toma de decisiones en el seno de las asambleas, sin embargo en materia de derechos de minoría también suele suceder que establecer un número mayor de esta clase de derechos, puede llevar a un ejercicio abusivo de los mismos, por lo que se deberá estar atento a los resultados de tales estipulaciones legales.

En cuanto al establecimiento de reglas para la amortización de acciones sin limitaciones legales así como establecer el precio o las bases para su determinación, me permito señalar lo siguiente:

De acuerdo con el procedimiento indicado en el artículo 136 de la Ley General de Sociedades Mercantiles para la amortización de acciones se requiere: que se decrete a través de la asamblea general de accionistas; que se encuentre estipulado en el contrato social y además realizarse con utilidades repartibles.

Esta última parte del artículo 136, es decir, la estipulación en el contrato social y la existencia de utilidades repartibles, consideramos pudiera ser la limitación que mayormente pudiera acarrear la falta de interés al tipo de inversionista que desee ingresar a esta sociedad, toda vez que los estatutos sociales para esta clase de sociedades forzosamente deberán prever dicha cuestión y crear bases para su determinación y precio ya que al hablar de utilidades repartibles se debe entender que la sociedad ya elaboró un estado financiero que las haya arrojado, y además haya cubierto las deducciones correspondientes al fondo de reserva, así como impuestos y gastos generales del negocio, puesto que de otra forma no puedo entender que estas existan y por ende hacerse la amortización referida. Lo que pudiera hacerse en la sociedad es ir creando reservas para esta clase de situación y tomar los recursos necesarios para hacer las respectivas amortizaciones y al precio previamente acordado.

Por último este artículo también señala que la adquisición de las acciones para amortizarlas se hará en bolsa, pero si el contrato social o el acuerdo de la Asamblea General, fijaren un precio determinado, las acciones amortizadas se designarán por sorteo ante Notario o Corredor titulado. El resultado del sorteo deberá publicarse por una sola vez en el periódico oficial de la entidad federativa del domicilio de la sociedad.

El modo en que se llevará a cabo la amortización de las acciones, en este caso resultará de suma importancia, debido a que precisamente este aspecto es el que a cualquier inversionista le interesará conocer para saber de que forma se le podrán amortizar sus inversiones en esta clase de empresas y a decir de la última parte del artículo 136, se establece un sistema en el que la suerte del sorteo se antepone a la recuperación de dicha participación, por lo que resultará interesante conocer sobre que bases se llevará a cabo la multicitada amortización y si en su caso se debe modificar previamente el citado artículo 136 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por su parte, la fracción III del artículo 13 señala lo siguiente:

"III.- Permitan emitir acciones distintas de las señaladas en los artículos 112 y 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que:

- a).- No confieran derecho de voto o que el voto se restrinja a algunos asuntos.
- b).- Otorguen derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o exclusivamente el derecho de voto.
- c).- Limiten o amplíen el reparto de utilidades u otros derechos económicos especiales, en excepción a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
- d).- Confieran el derecho de veto o requieran del voto favorable de uno o más accionistas, respecto de las resoluciones de la asamblea general de accionistas.

Las acciones de que trata esta fracción, computarán para la determinación del quórum requerido para la instalación y votación en las asambleas de accionistas, exclusivamente en los asuntos respecto de los cuales confieran el derecho de voto a sus titulares".

Como señalé en el capítulo anterior al hablar de la supuesta igualdad de derechos en las acciones, referenciada en el artículo 112 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y en el cual comenté que no era un artículo que llevara verdades absolutas debido a que este mismo artículo permite la emisión de acciones con categorías diferentes en las cuales no habrá ninguna clase de igualdad, aquí se presenta un caso en el que se aprecia la emisión de acciones en donde desaparece el derecho de voto o este se ve restringido para tratar sólo algunos asuntos (tipo acciones de voto limitado), o bien se otorgan derechos de consecución y no patrimoniales, o bien limitan o amplían el reparto de utilidades exceptuando lo señalado en el artículo 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, o bien confieren derechos de veto en asambleas, situaciones todas

ellas que me llevan a meditar acerca de la jerarquía entre la Ley General de Sociedades Mercantiles y la nueva Ley del Mercado de Valores ambas leyes especiales y respecto de la primera, estar por encima de la voluntad de los accionistas en acuerdos estatutarios o de asamblea, y por ende la necesidad de adecuar como he dicho la ley marco que sería la Ley General de Sociedades Mercantiles previamente a la imposición de estas nuevas reglas del juego de las sociedades promotoras de inversión.

A manera de ejemplos menciono el artículo 198: "Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas" y el artículo 17: "No producirá ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias".

A mayor abundamiento, la fracción IV del artículo 13 en estudio establece lo siguiente:

"IV.- Implementen mecanismos a seguir en caso de que los accionistas no lleguen a acuerdos respecto de asuntos específicos".

Esta fracción desde mi particular punto de vista, es de vital importancia debido a los fenómenos actuales relacionados con la solución de conflictos a través de la conciliación y el arbitraje por ejemplo, incorporando tanto en esta ley como en la Ley General de Sociedades Mercantiles, procedimientos para resolver los conflictos entre los socios, sin embargo la fracción es muy ambigua ya que no define claramente cuales pudieran ser dichos mecanismos, por lo que mi sugerencia sería en el sentido de establecer dichos mecanismos quizá en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ahora bien, en la fracción V del artículo 13 se indica:

"V.- Amplien, limiten o nieguen el derecho de suscripción preferente a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Al respecto, podrán estipularse medios de publicidad distintos de los señalados en dicho precepto legal".

A este respecto, vale la pena apuntar que en la práctica de las sociedades anónimas comunes y en la legislación se tiene reconocido el derecho de adquirir con preferencia a los extraños, las acciones de nueva emisión, efectivamente en el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

"Art. 132.- Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que 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 social".

A decir de la fracción en comento, la tendencia indica que será posible ampliar, limitar o incluso negar tal derecho a los accionistas, lo cual en principio viene a revolucionar las bases por las cuales fue instituido tal derecho.

El maestro Rodríguez Rodríguez aborda este tema argumentando que "se trata de un derecho inmodificable por la asamblea, que marcha claramente hacia la supresión de toda intervención de la asamblea para desconocer o restringir ese derecho".⁶⁷

Asimismo señala: "Hemos definido el carácter imperativo de las normas legales, especialmente en materia de sociedad anónima, y la supremacía de la ley sobre la voluntad de los socios, salvo en aquellos casos en que la propia ley abandona su alcance a la decisión de los estatutos o de la asamblea".⁶⁸

⁶⁷ Rodríguez Rodríguez. ob. cit. pág. 643.

⁶⁸ Ibid. pág. 644

Es decir, que para este autor, el carácter imperativo que tiene el artículo 132 señalado, no puede ser directa o indirectamente inhabilitado por alguna norma estatutaria que provenga de la voluntad de los socios.

Dicha cuestión resulta aún más importante, cuando se aprecia desde el punto de vista de la influencia que cualquier accionista puede tener cuando se hace de mayor número de acciones al ejercer su derecho de preferencia en aumentos de capital social y tomar por ende mayor intervención en la vida social de la sociedad a través de su voto en las asambleas, es decir, que este derecho conlleva indirectamente el reconocimiento de los derechos de minoría, que viene a representar un punto central en este trabajo de tesis profesional, sobre todo porque si la mayoría impide a los accionistas la adquisición de nuevas acciones, puede también privarlos de la posibilidad de constituir minorías a cuya existencia se vincula este derecho.

Me parece pues, un tema que maneja diversas aristas en cuanto a que por un lado, la evolución necesaria que debe tener la sociedad anónima, al aceptar nuevos subtipos societarios y con ello activar un mercado de valores que a su vez permitirá construir mejores condiciones económicas en el país, pudiera favorecer la supresión de un derecho que se estima fundamental y que no puede en principio ser suprimido por acuerdos estatutarios y lo que también representa para los derechos de las minorías y claro la posible vulneración que pudiera acarrear en temas relacionados con accionistas perjudicados y que trasladaría esta cuestión a impugnaciones judiciales de los acuerdos de asamblea, por ello es que he reiterado tanto el tema de la modificación previa de la ley marco que es la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por último, en esta misma fracción se estima conveniente modificar los medios de publicidad señalados en dicho precepto legal (art. 132), de tal forma que nos remitimos a lo señalado en el capítulo anterior, relativo a señalar en los mismos

estatutos sociales el periódico en el cual se van hacer las publicaciones, con expresión de un día determinado de la semana en el cual, solamente podrán hacerse estas publicaciones.

Toca el turno de la fracción VI y parte final del artículo 13 en estudio y en las cuales se señala:

“VI.- Permitan limitar la responsabilidad en los daños y perjuicios ocasionados por sus consejeros y directivos relevantes, derivados de los actos que ejecuten o por las decisiones que adopten, en términos de lo establecido en el artículo 33 de esta Ley.

Los títulos relativos a las acciones representativas del capital social de las sociedades anónimas promotoras de inversión, deberán incorporar, en su caso, las estipulaciones previstas en este artículo”.

En el artículo 33 de la nueva Ley del Mercado de Valores queda establecido lo siguiente:

“Art. 33.- La responsabilidad consistente en indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad o a las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, por falta de diligencia de los miembros del consejo de administración de las sociedades anónimas bursátiles, derivada de los actos que ejecuten o las decisiones que adopten en el consejo o de aquellas que dejen de tomarse al no poder sesionar legalmente dicho órgano social, será solidaria entre los culpables que hayan adoptado la decisión u ocasionado que el citado órgano social no pudiese sesionar. Dicha indemnización podrá limitarse en los términos y condiciones que expresamente señalen los estatutos sociales o por acuerdo de asamblea general de accionistas, siempre que no se trate de actos dolosos o de mala fe, o bien, ilícitos conforme a ésta u otras leyes.

Las sociedades anónimas bursátiles podrán pactar indemnizaciones y contratar en favor de los miembros del consejo de administración, seguros, fianzas o cauciones que cubran el monto de la indemnización por los daños que cause su actuación a la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, salvo que se trate de actos dolosos o de mala fe, o bien, ilícitos conforme a ésta u otras leyes".

Respecto a esta fracción debo insistir en lo señalado, en el sentido de que la iniciativa de ley, resulta por demás innovadora en muchos sentidos y alejada de lo que hoy conocemos a través de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en este caso por ejemplo, los estatutos sociales deberán prever excluyentes de responsabilidad basados en principios de diligencia y lealtad, los cuales establecerán parámetros diseñados para la responsabilidad por falta de diligencia y parámetros para el caso de la deslealtad, misma que no podrá ser objeto del beneficio de limitar la responsabilidad que derive de ella, sin embargo dichas situaciones se analizan mas a detalle en el siguiente apartado.

Por lo que se refiere a la contratación de seguros, fianzas o cauciones para los miembros del consejo de administración que cubran los daños y perjuicios ocasionados en su actuar, nos parece una buena medida lograda, ya que la garantía de la que habla el artículo 152 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no es obligatoria y en su caso pudiera no ser suficiente para cubrir dichos daños y perjuicios ocasionados por el desempeño de sus encargos.

III.2.- DE SU ADMINISTRACION Y VIGILANCIA

III.2.1.- CONSEJO DE ADMINISTRACION

El artículo 14 de la nueva Ley del Mercado de Valores indica que la administración de las sociedades anónimas promotoras de inversión estará encomendada a un consejo de administración.

La diferencia conforme al artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sería en todo caso la eliminación del administrador único y esta diferencia se entiende por la dimensión y complejidad que esta nueva sociedad tendrá en un mercado de valores como en el que se pretende incursione y en todo caso un cuerpo colegiado resulta mucho más efectivo para la administración de estas sociedades.

Por su parte el artículo 15 de la nueva ley en comento dispone que las sociedades anónimas promotoras de inversión podrán adoptar para su administración y vigilancia, el régimen relativo a la integración, organización y funcionamiento de las sociedades anónimas bursátiles, en cuyo caso el requisito de independencia de los consejeros no será obligatorio.

Al adoptar el régimen antes señalado, los consejeros y el director general de la sociedad, estarán sujetos a las disposiciones relativas a la organización, funciones y responsabilidades previstas en el presente ordenamiento legal para las sociedades anónimas bursátiles; de lo contrario, quedarán sujetos al régimen de organización, funciones y responsabilidades previsto en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Las sociedades anónimas promotoras de inversión que adopten el régimen señalado en este precepto, no estarán sujetas a lo dispuesto en el artículo 16, fracción II del presente ordenamiento legal, pero en todo caso deberán contar con un auditor externo independiente y un comité integrado por consejeros que ejerza las funciones de auditoría en sustitución de la figura del comisario.

Lo interesante de este precepto legal a decir de la iniciativa de ley, es que aunque resulte cien por ciento innovador, las nuevas redefiniciones del consejo de administración resultan lógicas ya que se amoldan con la realidad operativa de las empresas. De hecho, se indica en la iniciativa que su actual posición no

resulta idónea para llevar a cabo la gestión y conducción de los negocios del día a día en las empresas de grandes dimensiones o de aquellas cuyas acciones se encuentren cotizando en bolsa.

No obstante lo antes señalado, tal y como se especifica en el propio artículo, los consejeros no quedarán obligados a sujetarse a nuevas reglas en la administración de la sociedad, si ésta no se sujeta al régimen relativo a la integración, organización y funcionamiento de las sociedades anónimas bursátiles, por lo que únicamente estarán obligados a observar lo señalado por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Caso contrario resulta si se adopta el régimen del precepto analizado, ya que no estarán sujetas a lo dispuesto en el artículo 16, fracción II del presente ordenamiento legal (nombramiento de comisario), pero en todo caso deberán contar con un auditor externo independiente, figura que tratare a continuación.

III.2.2.- AUDITOR EXTERNO INDEPENDIENTE.

Es precisamente en el régimen de la sociedad anónima bursátil que aparece la figura del auditor externo independiente, el cual es designado en el seno del consejo de administración de este tipo de sociedad.

Se trata de una persona moral quien proporcionará los servicios de auditoría externa y, en su caso, de servicios adicionales o complementarios a los de auditoría externa, como sería el caso de dar seguimiento a los principales riesgos a los que está expuesta la sociedad y personas morales que ésta controle.

Se argumenta su existencia por la experiencia nacional e internacional que indica que la mejor manera de lograr que el proceso de auditoría a los estados financieros sea imparcial, es que no haya algún tipo de conflicto de interés, por

lo que es imprescindible que el auditor externo no tenga relación alguna con la sociedad, más allá de su función revisora.

III.2.3.- COMITÉ AUDITOR EN SUSTITUCION DE LA FIGURA DEL COMISARIO.

El artículo 41 de la nueva Ley del Mercado de Valores señala lo siguiente:

"Art. 41.- La vigilancia de la gestión, conducción y ejecución de los negocios de las sociedades anónimas bursátiles y de las personas morales que controlen, considerando la relevancia que tengan estas últimas en la situación financiera, administrativa y jurídica de las primeras, estará a cargo del consejo de administración a través del o los comités que constituya para que lleven a cabo las actividades en materia de prácticas societarias y de auditoría, así como por conducto de la persona moral que realice la auditoría externa de la sociedad, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias, según lo señalado en esta Ley.

Las sociedades anónimas bursátiles no estarán sujetas a lo previsto en el artículo 91, fracción V de la Ley General de Sociedades Mercantiles (nombramiento de comisario), ni serán aplicables a dichas sociedades los artículos 164 a 171, 172, último párrafo, 173 y 176 de la citada Ley".

De acuerdo con la iniciativa de ley en cuestión, el problema de origen se genera con la amplitud del mandato que tiene el órgano de vigilancia en la Ley General de Sociedades Mercantiles. El artículo 166 fracción IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que debe vigilar "ilimitadamente" y en "cualquier tiempo" la sociedad, lo cual es imposible de cumplir por alguna persona.

Adicionalmente queda claro para esta iniciativa, que la función primordial del comisario en la ley vigente consiste en verificar la calidad de la información financiera que se genera en la empresa. En la práctica, el comisario es el auditor externo de la empresa, sin embargo las dos figuras son incompatibles ya que el primero es nombrado por un grupo de accionistas y cuenta con otras facultades que pueden resultar en un régimen de vigilancia con algunos problemas de eficiencia.

De hecho, cuando han surgido conflictos entre accionistas, en ocasiones ha sido cuestionada su imparcialidad. Más aún, cuando diferentes grupos de accionistas pueden nombrar cada uno a un comisario, la sociedad puede recibir opiniones diferentes de la situación financiera de la empresa, ocasionando problemas a la sociedad.

La desaparición de la figura del comisario no conlleva la desaparición de las funciones que tradicionalmente le han correspondido. Por el contrario, la presente iniciativa establece que las funciones serán objeto de una redistribución hacia el consejo de administración, los comités de auditoría y de prácticas societarias y el auditor externo independiente.

El hecho de que el consejo de administración vigile la gestión de la dirección general, apoyándose en un comité integrado por consejeros independientes que desempeñen funciones en materia de control interno y en un auditor externo independiente, hace notar que el mantener la figura del comisario generaría duplicidades y en su caso dobles costos para la sociedad.

III.2.4.- DE LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS Y CONVENIO ENTRE SOCIOS.

III.2.4.1.- DERECHOS ESPECIALES DE LOS ACCIONISTAS.

La sección II de la nueva Ley del Mercado de Valores, se denomina precisamente como el título de este apartado y en el artículo 16 de dicha sección, se establecen una serie de derechos especiales que se pudieran catalogar como de minoría y que serán ejercitados por los accionistas en asamblea general de accionistas, los cuales a continuación se exponen a manera de resumen:

-Se necesita tener el 10% de participación accionaria para nombrar un consejero y un comisario, mientras que en una sociedad común se necesita el 25%.

-Se permite convocar a una asamblea de accionistas con el 10% de participación accionaria, por debajo del 33% establecido para una sociedad anónima.

-Se puede ejercer acción civil contra los administradores con el 15% de participación accionaria, mientras que en una sociedad anónima se requiere el 33% como mínimo.

-Se puede oponerse judicialmente a una resolución de una asamblea de accionistas con el 20% de participación accionaria, mientras que en una sociedad anónima se necesita el 33%.

Desde mi punto de vista, tales derechos vienen a modificar sustancialmente la forma en como operaban los derechos de las minorías en las sociedades anónimas comunes y convierten a este nuevo subtipo de sociedades en candidatas ideales para ser receptoras de capital de riesgo.

No obstante lo anterior, esta clase de nuevos derechos de las minorías serán analizados en el capítulo V de este trabajo.

III.2.4.2.- ALCANCE DE LOS ACUERDOS TOMADOS POR LOS SOCIOS EN LA CELEBRACION DE CONVENIOS.

Dentro del mismo artículo 16 de la ley en comento, también quedan establecidos una serie de acuerdos entre los accionistas que a continuación expongo:

-Acuerdos para no desarrollar giros comerciales que compitan con la sociedad.

-Acuerdos para proteger sus inversiones, tales como aquéllos celebrados para evitar la toma hostil de control o para regular la compra o venta de sus acciones a terceros u otros accionistas.

-Compromisos de votos entre accionistas.

-Acuerdos entre accionistas para la venta de sus acciones a terceros, que aseguren que dicha venta se haga bajo las mismas condiciones para todos los inversionistas y al mejor precio posible.

-Acuerdos para que un grupo de accionistas pueda exigir la venta de la participación accionaria de otro.

Cabe señalar que esta clase de convenios, no serán oponibles a la sociedad, excepto tratándose de resolución judicial y su incumplimiento no afectará la validez del voto en las asambleas de accionistas, pero sólo serán eficaces entre las partes una vez que sean revelados al público inversionista.

III.3.- ADOPCION DEL REGIMEN RELATIVO A LA INTEGRACION, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD ANONIMA BURSATIL.

El artículo 19 de la nueva Ley del Mercado de Valores señala lo siguiente:

"Art. 19.- Las sociedades anónimas promotoras de inversión podrán solicitar la inscripción en el Registro de las acciones representativas de su capital social o títulos de crédito que representen dichas acciones, siempre que:

I. La asamblea de accionistas acuerde, previo a la inscripción de los valores:

a) La modificación de su denominación social agregando a su denominación social la expresión "Bursátil" o su abreviatura "B."

b) La adopción de la modalidad de sociedad anónima bursátil en un plazo que no podrá exceder de tres años, contado a partir de que surta efectos la inscripción en el Registro.

c) Un programa en el que se prevea la adopción progresiva del régimen aplicable a las sociedades anónimas bursátiles en el plazo señalado en el inciso b) anterior. Dicho programa, deberá cumplir los requisitos que establezca el Reglamento Interior de la Bolsa de Valores en que pretendan listarse las acciones o títulos de crédito que las representen.

d) Las modificaciones estatutarias necesarias para adecuar la integración del capital social al régimen aplicable a las sociedades anónimas bursátiles, así como para prever las causas y efectos de la cancelación de la inscripción en el Registro, en los términos establecidos en el artículo 108, fracción I de esta Ley. En ningún caso dichos estatutos podrán contemplar alguna de las estipulaciones a que hace referencia el artículo 13, fracciones I a III del presente ordenamiento legal.

La asamblea de accionistas, adicionalmente a lo antes señalado, deberá identificar a la persona o grupo de personas que tenga el control de la sociedad,

quienes deberán suscribir el acta que se levante con motivo de la celebración de la asamblea, manifestando su conformidad.

II. El consejo de administración tenga al momento de la inscripción en el Registro, al menos un consejero independiente que reúna los requisitos establecidos en el artículo 26 de esta Ley.

III. La sociedad cuente con un comité que auxilie al consejo de administración en el desempeño de actividades relacionadas con prácticas societarias, acordes con las previstas para las sociedades anónimas bursátiles. Dicho comité estará integrado exclusivamente con miembros del consejo de administración y será presidido por un consejero que tenga el carácter de independiente.

La sociedad podrá optar por asignar a dicho comité las funciones en materia de auditoría previstas en esta Ley para las sociedades anónimas bursátiles, en cuyo caso será aplicable lo previsto en los artículos 15 y 16, fracción IV del presente ordenamiento legal.

IV. El secretario del consejo de administración autentifique la tenencia accionaria de cada uno de los accionistas”.

Como se puede observar, una de las modificaciones torales de esta Ley es fomentar el financiamiento, a través del mercado de valores de capital de riesgo, de las empresas medianas, dicho en otras palabras, las empresas medianas, mediante la figura de la sociedad anónima promotora de inversión, podrán integrarse al mercado de valores gozando de los beneficios de una empresa que cotiza, sin tener que cumplir con todos los requisitos de las sociedades bursátiles y podrá negociar las acciones entre inversionistas calificados, institucionales o personas que declaren conocer los riesgos de este tipo de inversiones de acuerdo a los formatos que emita la Comisión Nacional Bancaria y de Valores a través de disposiciones de carácter general.

Lo que se busca en la Ley, son mecanismos y opciones que resulten atractivos para incorporar al mercado de valores a nuevos segmentos de empresas que actualmente sólo tienen acceso al crédito bancario.

Adicionalmente, cabe mencionar que las sociedades anónimas promotoras de inversión que inscriban sus acciones en el Registro Nacional de Valores del que habla esta nueva Ley, recibirán el mismo trato que las empresas bursátiles actuales, ya que sus acciones se estarán negociando en un mismo listado y plataforma de negociación.

Por ello, a través de este régimen especial de las sociedades anónimas promotoras de inversión, tanto privadas como las que decidan listar sus acciones en bolsa, se impulsará decididamente el desarrollo de la mediana empresa y, en particular, de aquellas que, como consecuencia de la recepción de inversiones de capital de riesgo, experimenten un crecimiento tal que requieran acceder al público inversionista, al tiempo que se ofrecería a los inversionistas nuevas opciones de inversión.

III. 4.- LA SOCIEDAD ANONIMA PROMOTORA DE INVERSION BURSATIL

III.4.1.- ANALISIS DE SUS ESTATUTOS SOCIALES A LA LUZ DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES Y DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.

Como señalé con anterioridad, la Sociedad Anónima Promotora de Inversión, puede adoptar el régimen relativo a la integración, organización y funcionamiento de la sociedad anónima bursátil, de acuerdo con el artículo 19 ya citado.

Ahora bien, conforme al artículo 20 de la nueva Ley del Mercado de Valores, se señala:

Artículo 20.- Las sociedades anónimas promotoras de inversión que obtengan la inscripción en el Registro de las acciones representativas de su capital social o títulos de crédito que representen dichas acciones, podrán colocar en bolsa con o sin oferta pública dichos valores, siempre que:

I.- Prevean expresamente y de manera notoria en el prospecto de colocación o folleto informativo que utilicen para la colocación de los valores:

- a) Las diferencias en el régimen de organización, funcionamiento, revelación de información y, en su caso, requisitos de listado y mantenimiento, en relación con las sociedades anónimas bursátiles.
- b) Los términos y condiciones del programa a que hace referencia el artículo 19 fracción I, inciso c) de esta Ley.
- c) La mención de que los valores únicamente podrán adquirirse por inversionistas institucionales y calificados, así como por personas que manifiesten por escrito y de manera expresa, en los formatos establecidos por la Comisión para tal efecto mediante disposiciones de carácter general, conocer las características de estas sociedades, así como las diferencias con las sociedades anónimas y las sociedades anónimas bursátiles y los potenciales riesgos que representan las inversiones en este tipo de valores.

II.- Obtengan aprobación del programa referido en el citado artículo 19, fracción I, inciso c) del presente ordenamiento legal, por parte de la bolsa en la que pretendan listar sus valores.

Los intermediarios del mercado de valores únicamente podrán ofrecer acciones representativas del capital social de sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil o títulos de crédito que representen dichas acciones, a los inversionistas y personas a que hace referencia la fracción I, inciso c) de este artículo, siendo aplicable dicha restricción también a las operaciones que realicen en nombre y por cuenta de sus clientes”.

Al respecto del numeral anterior, debo señalar que estas sociedades al momento de obtener su inscripción en el Registro Nacional de Valores, se convierten en empresas emisoras que pueden colocar sus acciones en bolsa con o sin oferta pública y con ello acceder a un mercado en donde obtendrán mayores recursos para el desarrollo de sus actividades productivas.

No obstante lo anterior, es importante resaltar que se deberá conocer por parte de los potenciales inversionistas, las características de estas sociedades, así como resaltar las diferencias existentes con las sociedades anónimas comunes y las sociedades anónimas bursátiles ya existentes, así como los potenciales riesgos que representan las inversiones en este tipo de valores.

A este respecto, el pasado 23 de febrero del presente año, en palabras del C. Secretario de Hacienda y Crédito Público, Lic. José Francisco Gil Díaz, en la IV Reunión de los Consejos Consultivos de Nacional Financiera, S.N.C., se comentó lo siguiente:

“Estas empresas cotizarán en la Bolsa Mexicana de Valores como cualquier otra empresa pública con una salvaguarda: reconociendo que estas inversiones son inherentemente riesgosas y que estas empresas no cumplen con todas las prácticas de gobierno corporativo y de revelación de información, la inversión de estas empresas estará limitada a inversionistas institucionales y calificados, y a

aquellos que expresen de manera inequívoca estar concientes del riesgo implícito en este tipo de inversiones...”.⁶⁹

Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la Ley en comento, resulta lo siguiente:

“Artículo 21.- Las sociedades anónimas promotoras de inversión, para obtener y mantener la inscripción mencionada en el artículo 19 de esta Ley, estarán sujetas a lo establecido en los artículos 48, 49, fracción IV y penúltimo y último párrafos, 53 a 57, 83 a 92 y 95 a 112 de esta Ley.

La Comisión, mediante disposiciones de carácter general, podrá reducir los requisitos aplicables a la inscripción y mantenimiento en el Registro de las acciones representativas del capital social de las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil o títulos de crédito que representen dichas acciones, así como en materia de revelación de información, en relación con los requeridos conforme a esta Ley para las sociedades anónimas bursátiles.

Las bolsas de valores estarán obligadas a verificar en forma periódica los grados de avance y cumplimiento por parte de las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil, a los programas referidos en el artículo 19, fracción I, inciso c) de esta Ley. Dichas bolsas de valores deberán informar a la Comisión los incumplimientos que detecten a los citados programas, dentro de los cinco días hábiles siguientes a que tengan conocimiento de los mismos.

Será causa de cancelación de la inscripción en el Registro, de las acciones representativas del capital social de las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil o títulos de crédito que las representen, el incumplimiento grave a los programas a que hace referencia el párrafo anterior, supuesto en el

⁶⁹ Versión estenográfica de las palabras del C. Secretario de Hacienda y Crédito Público, ante los Consejos Consultivos de Nacional Financiera, S.N.C. pag. 3

cual la sociedad de que se trate, previo a la cancelación de la inscripción, estará obligada a realizar una oferta pública de adquisición, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha en que sea requerida por la Comisión, o bien, cuando concluya el plazo de los tres años del citado programa, lo que acontezca primero, ajustándose, en lo conducente, a lo previsto en el artículo 108, fracción I de esta Ley. Hasta en tanto no se realice la oferta pública antes mencionada, la Comisión podrá decretar, como medida precautoria, la suspensión de la inscripción de los valores de que se trate en el Registro, a efecto de evitar que se produzcan condiciones desordenadas en el mercado”.

De la disposición señalada, puedo mencionar que no considero conveniente que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, mediante disposiciones de carácter general, reduzca requisitos aplicables a la inscripción y mantenimiento en el Registro Nacional de Valores, de las acciones representativas del capital social de las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil o títulos de crédito que representen dichas acciones, así como en materia de revelación de información, en relación con los requeridos para las sociedades anónimas bursátiles.

Esta observación la hago porque considero que en numerosas ocasiones se dicta una norma, e inmediatamente después se faculta a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para autorizar una excepción y más tratándose de revelación de información que es un tema muy delicado para el público inversionista. Asimismo, me parece inapropiado señalarlo desde este momento, toda vez que aún no se conoce como será el desarrollo y funcionamiento de este nuevo subtipo societario, por lo que este tema debiera ser tratado una vez que se conozca su desempeño en el mercado accionario.

Por otra parte, considero que al trasladar a las casas de bolsa la obligación de verificar los grados de avance y de cumplimiento a los programas referidos al

artículo 19 fracción I, inciso c), la CNBV hace a un lado las obligaciones que por ley siempre le han correspondido, es decir de supervisión y vigilancia, incluso más grave aún si tomamos en cuenta que derivado del incumplimiento grave a los programas señalados, dará pie a la cancelación de la inscripción y a realizar una oferta pública de adquisición por parte de la sociedad de las acciones colocadas entre el público, situación que deberá quedar muy bien reglamentada para las casas de bolsa y no dar lugar a señalamientos inapropiados por parte de estas para perjudicar a la sociedad o incluso al propio mercado que se esta pretendiendo desarrollar.

III.4.2.- CONSEJO DE ADMINISTRACION Y CONSEJEROS INDEPENDIENTES

De acuerdo con el artículo 23 de la nueva Ley del Mercado de Valores, se establece:

"Art. 23.- Las sociedades anónimas bursátiles tendrán encomendada su administración a un consejo de administración y un director general, que desempeñarán las funciones que el presente ordenamiento legal establece".

Al igual que en el consejo de administración de la sociedad anónima promotora de inversión, en este caso se elimina la posibilidad de instaurar a un administrador único en esta clase de sociedad, según se señala en el artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. En cambio se señala la figura del Director General, la cual de acuerdo con la iniciativa de ley, es la persona que en realidad lleva a cabo la administración del día a día de la sociedad, es decir será el responsable de la gestión y conducción de los negocios de manera cotidiana, de la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control y registro, de la vigilancia del cumplimiento de los acuerdos del consejo y de la asamblea y de la revelación de información relevante, siendo esencial que esta obligación recaiga en éste ya que es el primero en conocerla.

Por su parte, siguiendo con el tema del consejo de administración en las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil, el artículo 24 de la nueva Ley del Mercado de Valores, establece lo siguiente con respecto a los consejeros independientes:

“Art. 24.- El consejo de administración de las sociedades anónimas bursátiles estará integrado por un máximo de veintiún consejeros, de los cuales, cuando menos, el veinticinco por ciento deberán ser independientes. Por cada consejero propietario podrá designarse a su respectivo suplente, en el entendido de que los consejeros suplentes de los consejeros independientes, deberán tener este mismo carácter.

En ningún caso podrán ser consejeros de las sociedades anónimas bursátiles, las personas que hubieren desempeñado el cargo de auditor externo de la sociedad o de alguna de las personas morales que integran el grupo empresarial o consorcio al que ésta pertenezca, durante los doce meses inmediatos anteriores a la fecha del nombramiento.

Asimismo, el consejo de administración designará a un secretario que no formará parte de dicho órgano social, quien quedará sujeto a las obligaciones y responsabilidades que este ordenamiento legal establece.

Los consejeros continuarán en el desempeño de sus funciones, aún cuando hubiere concluido el plazo para el que hayan sido designados o por renuncia al cargo, hasta por un plazo de treinta días naturales, a falta de designación del sustituto o cuando éste no tome posesión de su cargo, sin estar sujetos a lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El consejo de administración podrá designar consejeros provisionales, sin intervención de la asamblea de accionistas, cuando se actualice alguno de los

supuestos señalados en el párrafo anterior o en el artículo 155 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. La asamblea de accionistas de la sociedad ratificará dichos nombramientos o designará a los consejeros sustitutos en la asamblea siguiente a que ocurra tal evento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 50, fracción I del presente ordenamiento legal”.

El artículo citado, responde en principio a las nuevas reglas de mejores prácticas corporativas que se han venido generando en los últimos tiempos, al implementar a los consejeros independientes, personajes que tendrán como principal función contribuir a mejorar el funcionamiento del consejo de administración y a la revelación de información a los propios accionistas.

Por supuesto también se modifica el plazo de permanencia al que estarán sujetos los consejeros una vez que haya terminado su encargo, o bien por renuncia, hasta por treinta días naturales, plazo que no existe en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Asimismo, existe la posibilidad no vista tampoco en la Ley General de Sociedades Mercantiles, de designar sin intervención de asamblea de accionistas, a consejeros provisionales en caso de que se actualicen los supuestos señalados en el párrafo anterior o los del artículo 155 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es decir, los casos de revocación del nombramiento de los administradores.

III.4.3.- COMITÉ AUXILIAR AL CONSEJO DE ADMINISTRACION PARA EL DESEMPEÑO DE ACTIVIDADES RELACIONADAS CON PRACTICAS SOCIETARIAS Y DE AUDITORIA.

Como ya quedó anotado, el artículo 19 fracción III de la nueva Ley del Mercado de Valores, obliga a la sociedad anónima promotora de inversión bursátil, al establecimiento de un comité que auxilie al consejo de administración en el

desempeño de actividades relacionadas con practicas societarias, pudiendo incluso asignarle también las funciones en materia de auditoria. En este sentido, el artículo 25 de la nueva Ley del Mercado de Valores establece:

“Art. 25.- El consejo de administración, para el desempeño de las funciones que esta Ley le asigna, contará con el auxilio de uno o más comités que establezca para tal efecto. El o los comités que desarrollen las actividades en materia de prácticas societarias y de auditoria a que se refiere esta Ley, se integrarán exclusivamente con consejeros independientes y por un mínimo de tres miembros designados por el propio consejo, a propuesta del presidente de dicho órgano social. Tratándose de sociedades anónimas bursátiles que sean controladas por una persona o grupo de personas que tengan el cincuenta por ciento o más del capital social, el comité de prácticas societarias se integrará, cuando menos, por mayoría de consejeros independientes siempre que dicha circunstancia sea revelada al público.

Quando por cualquier causa faltare el número mínimo de miembros del comité que desempeñe las funciones en materia de auditoria y el consejo de administración no haya designado consejeros provisionales conforme a lo establecido en el artículo 24 de esta Ley, cualquier accionista podrá solicitar al presidente del referido consejo convocar en el término de tres días naturales, a asamblea general de accionistas para que ésta haga la designación correspondiente. Si no se hiciera la convocatoria en el plazo señalado, cualquier accionista podrá ocurrir a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, para que ésta haga la convocatoria. En el caso de que no se reuniera la asamblea o de que reunida no se hiciera la designación, la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud y propuesta de cualquier accionista, nombrará a los consejeros que correspondan, quienes funcionarán hasta que la asamblea general de accionistas haga el nombramiento definitivo”.

El presente artículo tiene como idea principal, indicar que esta clase de comité, dará apoyo al consejo de manera imparcial. Es decir, este comité está integrado por miembros del consejo que tienen el carácter de independientes, con la idea de privilegiar la autonomía técnica necesaria para el desempeño de sus atribuciones.

Un aspecto que resulta importante es que con el propósito de no elevar los costos operativos de las empresas, se permite que un mismo comité pueda desempeñar tanto las funciones de auditoría como de prácticas societarias. Adicionalmente, se aprecia que su carácter será consultivo más que ejecutivo, aunque pueden convocar a asambleas de accionistas.

El objetivo del comité de auditoría es vigilar todo el proceso contable de la sociedad, es decir, evaluar el desempeño del auditor externo independiente, elaborar una opinión sobre los estados financieros previa su presentación al consejo, informar al consejo sobre los sistemas de control interno y vigilar que se sigan principios y procedimientos de contabilidad generalmente aceptados.

Por su parte, el objetivo del comité de prácticas societarias será disminuir el riesgo potencial de que se lleven a cabo transacciones en condiciones desventajosas para el patrimonio de la propia sociedad o que privilegien a un grupo determinado de accionistas. De manera general las funciones incluyen: aprobar las políticas para el uso o goce de bienes que integren el patrimonio de la sociedad, autorizar operaciones con partes relacionadas, la remuneración del director general y las políticas para las remuneraciones de los directores relevantes, entre otras.

III.4.4.- DE LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS Y DERECHOS DE LOS SOCIOS.

En el caso de las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil, se da una adición interesante a lo que conocemos comúnmente en la Ley General de Sociedades Mercantiles, relacionado con los asuntos a tratar en las asambleas ordinarias de acuerdo a lo que se señala en el artículo 47 de la nueva Ley del Mercado de Valores:

"Art. 47.- La asamblea general ordinaria de accionistas, en adición a lo previsto en la Ley General de Sociedades Mercantiles, se reunirá para aprobar las operaciones que pretenda llevar a cabo la sociedad o las personas morales que ésta controle, en el lapso de un ejercicio social, cuando representen el veinte por ciento o más de los activos consolidados de la sociedad con base en cifras correspondientes al cierre del trimestre inmediato anterior, con independencia de la forma en que se ejecuten, sea simultanea o sucesiva, pero que por sus características puedan considerarse como una sola operación. En dichas asambleas podrán votar los accionistas titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido".

El artículo anterior, parece acertado si se toma en cuenta que lo que se pretende es la aplicación consolidada de la ley a fin de que la sociedad anónima bursátil y las personas morales que esta controle, se consideren como una misma unidad económica. En este caso, la revelación de información viene a ser muy valiosa debido a que cualquier evento que afecte el valor de alguna de las subsidiarias necesariamente afectará el valor del grupo empresarial, sin embargo al igual que en ocasiones pasadas, insisto en las reformas previas, en este caso del artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el cual se pudiera prever en una de sus fracciones este tipo de asuntos tratándose de nuevos tipos societarios.

Por lo que se refiere a los derechos de los accionistas en estas sociedades, el artículo 49 establece lo siguiente:

"Art. 49.- Los accionistas de las sociedades anónimas bursátiles, sin perjuicio de lo que señalen otras leyes o los estatutos sociales, gozarán de los derechos siguientes:

I.- Tener a su disposición, en las oficinas de la sociedad, la información y los documentos relacionados con cada uno de los puntos contenidos en el orden del día de la asamblea de accionistas que corresponda, de forma gratuita y con al menos quince días naturales de anticipación a la fecha de la asamblea.

II.- Impedir que se traten en la asamblea general de accionistas, asuntos bajo el rubro de generales o equivalentes.

III.- Ser representados en las asambleas de accionistas por personas que acrediten su personalidad mediante formularios de poderes que elabore la sociedad y ponga a su disposición a través de los intermediarios del mercado de valores o en la propia sociedad, con por lo menos quince días naturales de anticipación a la celebración de cada asamblea.

Los formularios mencionados deberán reunir al menos los requisitos siguientes:

- a) Señalar de manera notoria la denominación de la sociedad, así como el respectivo orden del día.
- b) Contener espacio para las instrucciones que señale el otorgante para el ejercicio del poder.

El secretario del consejo estará obligado a cerciorarse de la observancia de lo dispuesto en esta fracción e informar sobre ello a la asamblea, lo que se hará constar en el acta respectiva.

IV.- Celebrar convenios entre ellos, en términos de lo establecido en el artículo 16, fracción VI de esta Ley.

La celebración de los convenios referidos en la fracción IV de este artículo y sus características, deberán notificarlos a la sociedad dentro de los cinco días hábiles siguientes al de su concertación para que sean reveladas al público inversionista a través de las bolsas de valores en donde coticen las acciones o títulos de crédito que las representen, en los términos y condiciones que los mismos establezcan, así como para que se difunda su existencia en el reporte anual a que se refiere el artículo 104, fracción III, inciso a) de esta Ley, quedando a disposición del público para su consulta, en las oficinas de la sociedad. Dichos convenios no serán oponibles a la sociedad y su incumplimiento no afectará la validez del voto en las asambleas de accionistas, pero sólo serán eficaces entre las partes una vez que sean revelados al público inversionista.

Los miembros del consejo de administración, el director general y la persona física designada por la persona moral que proporcione los servicios de auditoría externa, podrá asistir a las asambleas de accionistas de la sociedad”.

El artículo que se transcribió, contiene una serie de derechos que vale la pena mencionar, y es que tratándose de una sociedad que cotiza sus acciones en bolsa, los accionistas que no desean ver afectado su patrimonio por decisiones mal tomadas en el seno de asambleas, deben estar completamente informados y transparentados de los asuntos que se tratarán en éstas, por ello es de trascendental importancia que toda clase de información que tenga que ver con la orden del día a tratar, se les proporcione de forma veraz y oportuna.

Asimismo, el no tratar en las asambleas asuntos generales o sus equivalentes, representa un paso importante en los procesos societarios ya que se les otorga a los accionistas un derecho para impedir tratar asuntos de esta índole y evitar con ello que los accionistas que no estén suficientemente informados sobre el tema voten en forma incorrecta.

Por otra parte, parece que un avance más en los citados procesos societarios, es lo que establece la fracción III de este artículo, al permitir la elaboración de formatos de poderes, que servirán para la acreditación de personas que representarán a los accionistas en las asambleas, lo que permitirá simplificar la labor de los intermediarios en este proceso.

Otra clase de derechos que se consignan a favor de accionistas minoritarios en esta clase de sociedad, son los que se establecen en los artículos 50 y 51 de esta nueva Ley del Mercado de Valores, lo cuales a la letra indican:

“Art. 50.- Los accionistas titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el diez por ciento del capital social de la sociedad tendrán derecho a:

I.- Designar y revocar en asamblea general de accionistas a un miembro del consejo de administración. Tal designación, sólo podrá revocarse por los demás accionistas cuando a su vez se revoque el nombramiento de todos los demás consejeros, en cuyo caso las personas sustituidas no podrán ser nombradas con tal carácter durante los doce meses inmediatos siguientes a la fecha de revocación.

II.- Requerir al presidente del consejo de administración o de los comités que lleven a cabo las funciones en materia de prácticas societarias y de auditoría a que se refiere esta Ley, en cualquier momento, se convoque a una asamblea

general de accionistas, sin que al efecto resulte aplicable el porcentaje señalado en el artículo 184 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

III.- Solicitar que se aplaze por una sola vez, por tres días naturales y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados, sin que resulte aplicable el porcentaje señalado en el artículo 199 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Los accionistas de la parte variable del capital social de una sociedad anónima bursátil no tendrán derecho de retiro a que se refiere el artículo 220 de la Ley General de Sociedades Mercantiles”.

“Art.- 51.- Los titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el veinte por ciento o más del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales respecto de las cuales tengan derecho de voto, sin que resulte aplicable el porcentaje a que se refiere el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles”.

De los dos artículos transcritos puedo decir de manera general que las reducciones en porcentajes se justifican ante el creciente grado de dispersión de la tenencia accionaria en el país, en combinación con el bajo porcentaje del capital de las sociedades anónimas bursátiles que se encuentra colocado entre el público inversionista.

Con independencia de lo señalado, en el capítulo V, hablaré a mayor detalle de las diferencias que existen entre accionistas minoritarios de las sociedades anónimas comunes y accionistas minoritarios de las sociedades del mercado de capitales; por ahora baste nombrar únicamente dichos derechos.

CAPITULO IV

PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES Y PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACION JUDICIAL DE LOS ACTOS SOCIALES PREVISTOS EN AMBAS LEGISLACIONES

IV.- OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES

IV.1.- FRENTE A LA SOCIEDAD, FRENTE A LOS SOCIOS Y FRENTE A TERCEROS CONFORME A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES Y LA NUEVA LEY DEL MERCADO DE VALORES.

De acuerdo con el maestro Rodríguez Rodríguez,⁷⁰ de lo que expresamente disponen los artículos 161 y 163, fracción I, y en su párrafo final, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, puede decirse que la acción de responsabilidad de los administradores, tiende exclusivamente al reintegro del capital social perdido o disminuido por dolo o por culpa de éstos.

Lo anterior, se deduce de la afirmación legal de que la responsabilidad sólo puede ser exigida por acuerdo de la asamblea y de aquella otra de que cuando lo sea por una minoría deberá comprender el monto total de las responsabilidades a favor de la sociedad, debiendo ser percibidos por ésta los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación.

Por otra parte, como lo comenté en el capítulo II de este trabajo, el órgano de administración, cumple con funciones de representación externa y administración interna en la sociedad, factores que vinculan a los terceros que contratan con esta y a los accionistas que aprueban su gestión. Gestión que en principio debe traducirse en una buena administración, cumpliendo con las instrucciones recibidas ya sea por la propia ley, por los estatutos o en su caso por la propia asamblea general.

⁷⁰ Cfr. Rodríguez Rodríguez, ob. cit., pág. 583.

En este sentido, para el maestro Ignacio Galindo Garfias,⁷¹ "la violación de ciertos deberes que la ley impone específicamente a los administradores, deberes que pueden ser ampliados por los estatutos de la sociedad, hace nacer la responsabilidad a cargo del obligado a acatarlos. La obligación de reparar, nace simplemente, por el hecho de la infracción de la norma jurídica".

La aceptación del cargo de administrador, lleva implícita la promesa de cumplimiento de un conjunto de disposiciones legales o estatutarias. La fuente inmediata de la responsabilidad que produce la violación de esos deberes, es la ley misma o los estatutos de la sociedad; pero agrega este autor que es el nombramiento y posteriormente la aceptación del cargo, lo que coloca a los administradores en la situación de obligados a reparar los daños que causen a la sociedad, a los socios y a los terceros, por la inejecución del deber que está establecido en la norma.

Con independencia del conjunto de deberes que le son impuestos a este órgano, puedo entender que la capacidad de la sociedad, se manifiesta a través de un conjunto de poderes que para ser ejercidos de forma clara por ésta, se requiere que sean distribuidos entre los varios órganos que la estructuran, repartiendo a su vez determinada competencia a cada uno. Por ello, para comprender el propósito de este apartado, me interesa poner de relieve que en esa competencia dada al órgano de administración, descansa la responsabilidad de los administradores. En este sentido, será causa de responsabilidad de los administradores la conducta que lleven a cabo en contra de la norma que rija su propia competencia, es decir, si este órgano viola por ejemplo lo dispuesto por el artículo 158 fracción III (obligación de: la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley), se convierte automáticamente en responsable de dicha actuación.

⁷¹ Galindo Garfias Ignacio. Sociedad Anónima, Responsabilidad Civil de los Administradores, Editorial Porrúa, México, 1957, pág. 105.

En el caso que ejemplifico, se trata sólo de comparar la conducta de este órgano con la norma legal o estatutaria o con las instrucciones precisas de las asambleas que delimiten su campo de actuación, para resolver si la conducta llevada a cabo se ajusta o no a las normas que le son conferidas y en su caso delinear o no una responsabilidad a su cargo.

Cabe señalar sin embargo, que la ley a propósito de indicar porque se puede generar, o que puede motivar por parte de los accionistas, el tratar de responsabilizar la actuación de los administradores, no es muy precisa, ya que por ejemplo no exige en el artículo 163 que sea señalada la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación como si señala en el artículo 201 que será materia de estudio más adelante. En este caso, tendremos que remitirnos a las reglas generales que regulan la responsabilidad civil.

En este caso, la demanda deberá contener el monto total de las indemnizaciones, a cargo de los demandados y será forzosamente a favor de la sociedad y no únicamente a favor del interés personal de los demandantes.

Así pues, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, ha resuelto que esta acción es de carácter social, porque el daño no afecta en primer lugar al patrimonio individual de los accionistas, sino al patrimonio de la sociedad. Esta tesis se denomina: *"Administrador. La asamblea general de accionistas es titular de la acción de responsabilidad contra aquel"*. La cual a continuación transcribo en lo conducente:

"De los artículos 161 y 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se desprende que, por regla general, a la asamblea general de accionistas de una sociedad anónima, es a la que corresponde determinar, si finca o no una responsabilidad a un administrador y, por excepción, los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social de la sociedad pueden

ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra dicho administrador, una vez llenados los requisitos señalados en las fracciones del artículo 163 del cuerpo de leyes citado . . .

atento a que su ejercicio tiene como finalidad primordial completar o resarcir el patrimonio de la sociedad, que se vio afectado o mermado por la gestión mala, deficiente o negligente del administrador; además, la acción de mérito es de carácter social, porque el daño no afecta al patrimonio individual de los accionistas de manera directa e inmediata, sino en razón del daño ocasionado al patrimonio de la sociedad. . . . los administradores son responsables, ante todo, frente a la sociedad. Esta juzga de la responsabilidad de los administradores por medio de la asamblea, y es, por tanto, la mayoría de los participantes de ésta, la que determina el ejercicio de la acción de responsabilidad, . . .

Queda así excluido que la acción de responsabilidad contra los administradores pueda seguirla el socio singular, con lo cual se evita también, el ejercicio de la acción con fines vengativos, . . .

De ahí que los esfuerzos del legislador se hayan encausado a evitar las múltiples acciones sociales e individuales, concentrándolos en dos acciones colectivas: a) una para la sociedad, a través de la asamblea general de accionistas; y b) otra para los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, por lo menos, siempre que satisfagan los requisitos señalados por la ley. . . .⁷²

También es conveniente mencionar que en materia de responsabilidad de administradores, los que pudieran resultar responsables, se les inhabilitará para que no puedan ser nombrados nuevamente. Inhabilitación que quedará sin materia, solo en el supuesto de que se declarase infundada la acción ejercida en contra de éstos; sin embargo, la ley no aclara que acciones se pueden hacer valer en contra de los accionistas demandantes de la acción de responsabilidad,

⁷² Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, 1.4 C.14 C IV, Septiembre de 1996, pág. 590.

si el juez de la causa declara infundada la acción. En este sentido, debiera la ley prever que los administradores pudieran tener el derecho de revertir la acción en ese mismo sentido en contra de los accionistas que ejercieran la acción, es decir, exigir la posible responsabilidad de daños y perjuicios por dicha acción intentada y no fundamentada.

Por otra parte, según el maestro Barrera Graf, terceros respecto de la sociedad, también pueden ejercitar acciones en contra del o de los administradores⁷³. La Ley General de Sociedades Mercantiles, no establece expresamente y de manera general dicha responsabilidad frente a terceros; ella se basaría en lo establecido por el Código Civil Federal, es decir el artículo 1910 (obrar ilícito o en contra de las buenas costumbres que causen daño a otro), y también el artículo 1918 que establece que la sociedad será responsable de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

Siguiendo con las ideas de este mismo autor, con base en el artículo 1910, el tercero que sufra el daño puede actuar frente a los administradores, es decir por obrar ilícitamente (en contra de la ley, de pactos estatutarios, o de acuerdos válidos de la asamblea, e incluso, en contra de acuerdos del Consejo de Administración al que pertenezca el administrador incumpliente) o en contra de las buenas costumbres, siempre que les cause daño y que éste sea en consecuencia inmediata y directa del acto ilícito.⁷⁴

Pero también en materia de responsabilidades de los administradores, encuentro que existe otro tipo de responsabilidades, cuando la actuación de éstos aún ejercida dentro del ámbito de su competencia, no se presta con el debido cuidado que ha de ponerse en los negocios sociales, ya sea porque sus poderes se ejerzan indebidamente o bien porque se abstengan de ejercerlos

⁷³ Cfr. Barrera Graf, Jorge. ob. cit. pág. 593.

⁷⁴ Loc. cit. pág. 593.

cuando era necesario hacerlo. En este caso, no se puede encontrar una disposición objetiva y específica la cual pudiera ayudar a encuadrar la conducta con el hecho realizado, por lo tanto, se recurre normalmente al criterio subjetivo del juzgador para determinar si dicha conducta constituye la inexecución de un deber que dicho administrador podría conocer y observar o bien estaría violando una obligación preexistente o en fin constituye un error de conducta que no habría cometido una persona con cierta prudencia, colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño.

Como se puede apreciar, esto viene a repercutir en un serio problema de interpretación, ya que nos lleva al terreno de lo subjetivo, trayendo consigo incertidumbre jurídica, es por ello que en la iniciativa de la nueva Ley del Mercado de Valores, se introduce un régimen innovador de responsabilidades para los consejeros por dos razones fundamentales. Por un lado, como una consecuencia natural de la redefinición de funciones que esta iniciativa propone para este órgano colegiado, resulta indispensable precisar su régimen de responsabilidades. Por otro lado, porque los consejeros en *su calidad de mandatarios* (con la salvedad vista en el capítulo II respecto a clasificarlos como mandatarios), tienen parámetros amplios y poco precisos a los que deben sujetarse para desempeñar sus funciones, ya que la legislación común aplicable consigna que el mandatario hará lo que su prudencia le dicte, cuidando el negocio como propio. Tal encomienda genera incertidumbre jurídica ya que corresponde a la asamblea general de accionistas juzgar sobre el desempeño de los consejeros y directivos con un parámetro de desempeño que pudiera considerarse demasiado amplio.

En virtud de lo anterior, esta iniciativa propone precisar la misión de los administradores de las sociedades anónimas bursátiles, estableciendo como principio rector de su mandato el desempeñar su cargo procurando la creación de valor en beneficio de la sociedad, sin favorecer a un determinado accionista o grupo de accionistas.

Al efecto, se les impone el deber de actuar diligentemente adoptando decisiones razonadas, así como desempeñarse con lealtad a la sociedad.

Para entrar en esta materia, relacionada con los supuestos de responsabilidad a que están sujetos los administradores en la Ley General de Sociedades Mercantiles, he tomado como base la clasificación que maneja el doctrinario Rodríguez Rodríguez⁷⁵, clasificación que iré comparándola con lo establecido en la nueva Ley del Mercado de Valores en lo que sea aplicable y que servirá para hacer notar las diferencias en el nuevo régimen de responsabilidades a que me referí párrafos atrás.

a) *Responsabilidad por actos gratuitos.* Esta aparece porque la sociedad, siendo de carácter meramente mercantil, persigue por ende una finalidad de lucro evidentemente. Cuando los administradores lleven a cabo actos de naturaleza gratuita en perjuicio de la sociedad, serán responsables de dichos actos de manera inmediata.

De acuerdo con el artículo 28, fracción I, de la nueva Ley del Mercado de Valores, esta situación se precisa al quedar establecido que el consejo de administración deberá ocuparse de establecer estrategias generales para la conducción del negocio de la sociedad y personas morales que esta controle, las cuales en mi opinión servirán para determinar el verdadero objeto social de dicha sociedad que en todo caso será de carácter evidentemente lucrativo.

b) *Responsabilidad por actos de disposición.* Este tipo de responsabilidad, se refiere básicamente a que los administradores gozan por principio de un poder general para actos de administración, por lo tanto no podrán llevar a cabo actos de disposición sobre los bienes sociales, a no ser que sean autorizados por la asamblea o los propios estatutos sociales, por lo tanto, toda disposición de los

⁷⁵ Cfr. Rodríguez Rodríguez, ob. cit. pp. 588 y ss.

bienes de la sociedad será considerada una responsabilidad frente a la sociedad si no está autorizada previamente.

Conforme al mismo artículo 28 de la nueva Ley del Mercado de Valores, se establece por su fracción III lo siguiente:

“III.- Aprobar, con la previa opinión del comité que sea competente:

a) Las políticas y lineamientos para el uso o goce de los bienes que integren el patrimonio de la sociedad y de las personas morales que ésta controle, por parte de personas relacionadas.

Con lo anterior, considero se está determinando de forma específica la capacidad que podrán tener los consejeros para llevar a cabo actos de disposición en la sociedad. Habrá que recordar que las nuevas sociedades del mercado de valores, son empresas públicas y que están sujetas a la supervisión y vigilancia de autoridades del sistema financiero mexicano y por lo tanto el uso o goce indebido de los bienes de la sociedad puede afectar no sólo a los accionistas en lo individual sino a todo un mercado de valores en lo general.

c) *Prohibición de competencia ilícita.* Cuando el administrador al intervenir en la deliberación y resolución de aquéllos asuntos en donde tenga un interés opuesto al de la sociedad lo haga, estará frente a una franca violación a lo señalado por el artículo 156 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, siendo responsable de los daños y perjuicios originados a la sociedad.

De igual forma el artículo 197 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, prohíbe a los administradores que voten en las deliberaciones relativas a la aprobación del balance o a su responsabilidad; si lo hiciere, serán responsables de los daños que causen a la sociedad ya que no pueden ser juez y parte en un mismo asunto.

En este sentido, en el artículo 34, segundo párrafo de la nueva Ley del Mercado de Valores, se establece:

"...

Los miembros y, en su caso, el secretario del consejo de administración, que tengan conflicto de interés en algún asunto, deberán abstenerse de participar y estar presentes en la deliberación y votación de dicho asunto, sin que ello afecte el quórum requerido para la instalación del citado consejo".

Por otro lado, en el artículo 35, segundo párrafo fracciones I y II se indica:

"...

Asimismo, los miembros del consejo de administración incurrirán en deslealtad frente a la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, siendo responsables de los daños y perjuicios causados a éstas o aquélla, cuando realicen cualquiera de las conductas siguientes:

I.- Voten en las sesiones del consejo de administración o tomen determinaciones relacionadas con el patrimonio de la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga influencia significativa, con conflicto de interés.

II.- No revelen, en los asuntos que se traten en las sesiones del consejo de administración o comités de los que formen parte, los conflictos de interés que tengan respecto de la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa. Al efecto, los consejeros deberán especificar los detalles del conflicto de interés, a menos que se encuentren

obligados legal o contractualmente a guardar secreto o confidencialidad al respecto.

..."

Considero que las anteriores disposiciones, logran esclarecer los conflictos de interés que los consejeros pudieran llegar a tener al especificar los detalles de los mismos, de manera que en las sesiones de consejo que se lleven a cabo, se podrán tomar determinaciones sobre el particular.

d) *Responsabilidad por obligaciones contraídas en nombre de la sociedad.* En este caso, estamos frente a actos en los cuales los administradores, en el uso de sus facultades, llevan a cabo operaciones incurriendo en dolo o en culpa. La sociedad responde directamente de su cumplimiento y de las consecuencias del dolo o de la culpa de sus representantes; pero a su vez, los administradores responderán frente a ella por los daños que su conducta culposa o dolosa haya ocasionado.

En este punto, me detengo para analizar con un poco más de detalle, la cuestión relacionada con la culpa, y al respecto transcribo el concepto que da el maestro Galindo Garfias, respecto de la culpa:

"La falta de cuidado, la impericia o la inadvertencia, que constituye el error de conducta y que de una manera general determinan la culpa, sólo pueden ser invocados como causa de responsabilidad, en relación con la actividad de los administradores, cuando actuando dentro de la órbita de su competencia ejercen los poderes del órgano sin atender a los fines para los que les han sido conferidos, o simplemente no los ponen en ejercicio, cuando debieran hacerlo".⁷⁶

Esta cuestión, se distingue por dar lugar a reparar daños causados porque en la conducta del administrador falta aquella diligencia requerida en los titulares de este órgano de la sociedad, no es igual que en los otros deberes en los que se

⁷⁶ Galindo Garfias Ignacio. Ob.cit. pág. 112.

viola una ley en específico o un deber estatutario, en este caso, se esta vulnerando el deber de buena gestión, es decir, de una conducta adecuada por parte de los administradores para la realización de sus actos.

Continúa argumentando este autor que, en el juicio que se formule respecto de ella, será necesario examinar con un criterio subjetivo e independientemente del buen éxito de la actividad desarrollada, la idoneidad de esa conducta, estimada en si misma, aunque no haya rendido los frutos apetecidos, de acuerdo con la finalidad propuesta en el contrato social.

Por último, habla el mencionado autor que "la noción de culpa, aplicada a los administradores de la sociedad anónima, debe ponerse en relación, como toda culpa, con la noción de una cierta diligencia, que a su vez comprende el desarrollo de una actividad; pero no se trata aquí de una actividad cualquiera, sino calificada por el concepto de los deberes impuestos a los administradores, por el órgano de administración y dirigida hacia la realización de esos deberes. Por ello se habla de deberes-poderes y no de simples facultades o derechos. No sólo se espera de los titulares del órgano que esa actividad impuesta a ellos ha de ser realizada, sino que los administradores garantizan la ejecución de esa conducta esperada (obligación primaria a su cargo) con su propia responsabilidad patrimonial (obligación secundaria) en el caso de la violación de los deberes que están obligados a cumplir ineludiblemente".⁷⁷

Esta última parte da pie para comenzar con el siguiente punto de este capítulo, y en el cual trataré los aspectos relacionados con el deber de diligencia, de lealtad y de los actos y hechos ilícitos que se ventilan en la nueva Ley del Mercado de Valores, para el órgano de administración en las nuevas sociedades del mercado de valores.

⁷⁷ Ibid. pag. 116.

IV.1.2.- DEBER DE DILIGENCIA, DE LEALTAD Y DE LOS ACTOS O HECHOS ILÍCITOS.

La iniciativa de nueva Ley del Mercado de Valores, recoge principios rectores en el actuar de los administradores, es decir, los deberes de diligencia, de lealtad y de los actos o hechos ilícitos, sin embargo reconoce que definirlos de manera enunciativa da lugar a inseguridad jurídica y de manera exhaustiva es impráctico.

Por ello, toma un enfoque innovador señalando lineamientos a los que deberán ajustarse los administradores de la sociedad ante determinadas situaciones para poder dar cumplimiento al deber que les corresponda observar, o bien se señalan aquellas conductas que habrán de ocasionar la responsabilidad.

Con respecto al deber de diligencia, en el artículo 30 de la nueva Ley del Mercado de Valores se establece lo siguiente:

“Art. 30.- Los miembros del consejo de administración, en el ejercicio diligente de las funciones que esta Ley y los estatutos sociales le confieran a dicho órgano social, deberán actuar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad y personas morales que ésta controle, para lo cual podrán:

I.- Solicitar información de la sociedad y personas morales que ésta controle, que sea razonablemente necesaria para la toma de decisiones.

Al efecto, el consejo de administración de la sociedad podrá establecer, con la previa opinión del comité que desempeñe las funciones en materia de auditoría, lineamientos que establezcan la forma en que se harán dichas solicitudes y, en su caso, el alcance de las propias solicitudes de información por parte de los consejeros.

II.- Requerir la presencia de directivos relevantes y demás personas, incluyendo auditores externos, que puedan contribuir o aportar elementos para la toma de decisiones en las sesiones del consejo.

III.- Aplazar las sesiones del consejo de administración, cuando un consejero no haya sido convocado o ello no hubiere sido en tiempo o, en su caso, por no habersele proporcionado la información entregada a los demás consejeros. Dicho aplazamiento será hasta por tres días naturales, pudiendo sesionar el consejo sin necesidad de nueva convocatoria, siempre que se haya subsanado la diferencia.

IV.- Deliberar y votar, solicitando se encuentren presentes, si así lo desean, exclusivamente los miembros y el secretario del consejo de administración”.

La diligencia como podemos observar, está asociada con el deber de cuidado del comerciante ordenado, que le exige invertir tiempo y esfuerzo para crear valor en la empresa. Es decir, se espera de parte del administrador una conducta específica, determinada y calificada en los negocios sociales que se obliga a dirigir.

Por su parte, en el artículo 32 de esta nueva Ley del Mercado de Valores, se establece lo siguiente:

“Art. 32.- Los miembros del consejo de administración de las sociedades anónimas bursátiles faltarán al deber de diligencia y serán susceptibles de responsabilidad en términos de lo establecido en el artículo 33 de esta Ley, cuando causen un daño patrimonial a la sociedad o a las personas morales que esta controle o en las que tenga una influencia significativa, en virtud de actualizarse alguno de los supuestos siguientes:

I.- Se abstengan de asistir, salvo causa justificada a juicio de la asamblea de accionistas, a las sesiones del consejo y, en su caso, comités de los que formen parte, y que con motivo de su inasistencia no pueda sesionar legalmente el órgano de que se trate.

II.- No revelen al consejo de administración o, en su caso, a los comités de los que forman parte, información relevante que conozcan y que sea necesaria para la adecuada toma de decisiones en dichos órganos sociales, salvo que se encuentren obligados legal o contractualmente a guardar secreto o confidencialidad al respecto.

III.- Incumplan los deberes que les impone esta Ley o los estatutos sociales de la sociedad”.

Por su parte el artículo 33 antes visto (capítulo III), establece la responsabilidad consistente en indemnizar los daños y perjuicios a la sociedad o a la personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, siendo solidaria entre los culpables que hayan ocasionado la falta de diligencia en el consejo de administración, derivada de los actos que ejecuten o las decisiones que adopten o de aquellas que dejen de tomarse en el citado órgano social.

Ahora bien, con respecto al deber de lealtad y de los actos o hechos ilícitos, los numerales 34, 35 y 36 de la ley en estudio indican:

“Art. 34.- Los miembros y secretario del consejo de administración de las sociedades anónimas bursátiles, deberán guardar confidencialidad respecto de la información y los asuntos que tengan conocimiento con motivo de su encargo en la sociedad, cuando dicha información o asuntos no sean de carácter público.

Los miembros y, en su caso, el secretario del consejo de administración, que tengan conflicto de interés en algún asunto, deberán abstenerse de participar y

estar presentes en la deliberación y votación de dicho asunto, sin que ello afecte el quórum requerido para la instalación del citado consejo.

Los consejeros serán solidariamente responsables con los que les hayan precedido en el cargo, por las irregularidades en que éstos hubieran incurrido si, conociéndolas, no las comunicaran por escrito al comité que desempeñe las funciones en materia de auditoría y al auditor externo. Asimismo, dichos consejeros estarán obligados a informar al comité de auditoría y al auditor externo, todas aquellas irregularidades que durante el ejercicio de su cargo, tengan conocimiento y que se relacionen con la sociedad o a las personas morales que esta controle o en las que tenga una influencia significativa”.

El artículo 35 de la nueva Ley del Mercado de Valores indica:

“Art. 35.- Los miembros y secretario del consejo de administración de las sociedades anónimas bursátiles incurrirán en deslealtad frente a la sociedad y, en consecuencia, serán responsables de los daños y perjuicios causados a la misma o a las personas morales que ésta controle o las que tenga una influencia significativa, cuando, sin causa legítima, por virtud de su empleo, cargo o comisión, obtengan beneficios económicos para sí o los procuren a favor de terceros, incluyendo a un determinado accionista o grupo de accionistas.

Los miembros del consejo de administración incurrirán en deslealtad frente a la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, siendo responsables de los daños y perjuicios causados a éstas o aquélla, cuando realicen cualquiera de las conductas siguientes:

I.- Voten en las sesiones del consejo de administración o tomen determinaciones relacionadas con el patrimonio de la sociedad o personas

morales que esta controle o en las que tenga influencia significativa, con conflictos de interés.

II.- No revelen, en los asuntos que se traten en las sesiones del consejo de administración o comités de los que formen parte, los conflictos de interés que tengan respeto de la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tengan una influencia significativa. Al efecto, los consejeros deberán especificar los detalles del conflicto de interés, a menos que se encuentren obligados legal o contractualmente a guardar secreto o confidencialidad al respecto.

III.- Favorezcan, a sabiendas, a un determinado accionista o grupo de accionistas de la sociedad o de las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, en detrimento o perjuicio de los demás accionistas.

IV.- Aprueben las operaciones que celebre la sociedad o las personas morales que ésta controle o en las que tenga influencia significativa, con personas relacionadas, sin ajustarse a dar cumplimiento a los requisitos que esta Ley establece.

V.- Aprovechen para sí o aprueben a favor de terceros, el uso o goce de los bienes que formen parte del patrimonio de la sociedad o personas morales que esta controle, en contravención de las políticas aprobadas por el consejo de administración.

VI.- Hagan uso indebido de información relevante que no sea del conocimiento público, relativa a la sociedad o personas morales que esta controle o en las que tenga influencia significativa.

VII.- Aprovechen o exploten, en beneficio propio o a favor de terceros, sin la dispensa del consejo de administración, oportunidades de negocio que correspondan a la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga influencia significativa.

Al efecto, se considerará, salvo prueba en contrario, que se aprovecha o explota una oportunidad de negocio que corresponde a la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, cuando el consejero, directa o indirectamente, realice actividades que:

- a) Sean del giro ordinario o habitual de la propia sociedad o de las personas morales que esta controle o en las que tenga una influencia significativa.
- b) Impliquen la celebración de una operación o una oportunidad de negocio que originalmente sea dirigida a la sociedad o personas morales citadas en el inciso anterior.
- c) Involucren o pretendan involucrar en proyectos comerciales o de negocios a desarrollar por la sociedad o las personas morales citadas en el inciso a) anterior, siempre que el consejero haya tenido conocimiento previo de ello.

Lo previsto en el primer párrafo de este artículo, así como en las fracciones V a VII del mismo, también será aplicable a las personas que ejerzan poder de mando en la sociedad.

Tratándose de personas morales en las que una sociedad anónima bursátil tenga una influencia significativa, la responsabilidad por deslealtad será exigible a los miembros y secretario del consejo de administración de dicha sociedad que contribuyan en la obtención, sin causa legítima, de los beneficios a que se refiere el primer párrafo de este artículo".

"Art. 36.- Los miembros y secretario del consejo de administración de las sociedades anónimas bursátiles, deberán abstenerse de realizar cualquiera de las conductas que a continuación se establecen:

I.- Generar, difundir, publicar o proporcionar información al público de la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, o bien, sobre los valores de cualquiera de ellas, a sabiendas de que es falsa o induce a error, o bien, ordenar que se lleve a cabo alguna de dichas conductas.

II.- Ordenar u ocasionar que se omita el registro de operaciones efectuadas por la sociedad o las personas morales que ésta controle, así como alterar u ordenar alterar los registros para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones celebradas, afectando cualquier concepto de los estados financieros.

III.- Ocultar, omitir u ocasionar que se oculte u omita revelar información relevante que en términos de este ordenamiento legal deba ser divulgada al público, a los accionistas o a los tenedores de valores, salvo que esta Ley prevea la posibilidad de su diferimiento.

IV.- Ordenar o aceptar que se inscriban datos falsos en la contabilidad de la sociedad o personas morales que ésta controle. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los datos incluidos en la contabilidad son falsos cuando las autoridades, en ejercicio de sus facultades, requieran información relacionada con los registros contables y la sociedad o personas morales que ésta controle no cuenten con ella, y no se pueda acreditar la información que sustente los registros contables.

V.- Destruir, modificar u ordenar que se destruyan o modifiquen, total o parcialmente, los sistemas o registros contables o la documentación que dé

origen a los asientos contables de una sociedad o de las personas morales que ésta controle, con anterioridad al vencimiento de los plazos legales de conservación y con el propósito de ocultar su registro o evidencia.

VI.- Destruir u ordenar destruir, total o parcialmente, información, documentos o archivos, incluso electrónicos, con el propósito de impedir u obstruir los actos de supervisión de la Comisión.

VII.- Destruir u ordenar destruir, total o parcialmente, información, documentos o archivos, incluso electrónicos, con el propósito de manipular u ocultar datos o información relevante de la sociedad a quienes tengan interés jurídico en conocerlos.

VIII.- Presentar a la Comisión documentos o información falsa o alterada, con el objeto de ocultar su verdadero contenido o contexto.

IX.- Alterar las cuentas activas o pasivas o las condiciones de los contratos, hacer u ordenar que se registren operaciones o gastos inexistentes, exagerar los reales o realizar intencionalmente cualquier acto u operación ilícita o prohibida por la ley, generando en cualquiera de dichos supuestos un quebranto o perjuicio en el patrimonio de la sociedad de que se trate o de las personas morales controladas por ésta, en beneficio económico propio, ya sea directamente o a través de un tercero.

Lo previsto en este artículo también será aplicable a las personas que ejerzan poder de mando en la sociedad".

Como se observa, el deber de lealtad demanda de los consejeros anteponer los intereses de los accionistas a los propios, a fin de maximizar el valor de la sociedad. Por lo que corresponde a la falta de lealtad, para efectos de responsabilidad se distingue entre la comisión de actos o hechos derivados de

una torpe gestión por falta de diligencia, de acciones que resulten en un beneficio propio o de terceros como en el caso de una apropiación indebida de los bienes de la empresa, pues las conductas desleales no entrañan un riesgo de error.

A manera de ejemplos, la definición de falta de diligencia para los consejeros comprende lo siguiente: que se abstengan de asistir, salvo causa justificada, a las sesiones de consejo o de los comités de los que formen parte y por ello el órgano no pueda sesionar; no revelen información relevante, o cualquiera otra causa que se establezca en los estatutos de la sociedad. De manera análoga, los miembros del consejo faltarán al deber de lealtad cuando voten o tomen decisiones con conflicto de interés; no revelen que tienen conflicto de interés; favorezcan a sabiendas a un grupo de accionistas; aprueben operaciones con personas relacionadas sin ajustarse a los requisitos que establece la presente iniciativa de ley, y aprovechen oportunidades de negocio, sin consentimiento de la sociedad, o sus bienes, entre otras.

Como se puede ver, queda mayormente precisada la actuación de este órgano en las nuevas sociedades y por principio se delimitan sus responsabilidades para asegurarles una mayor certeza jurídica, además de que en mi opinión se diluye la responsabilidad a través del o los comités que constituya para que lleven a cabo las actividades en materia de prácticas societarias y de auditoría, así como por conducto de la persona moral que realice la auditoría externa de la sociedad, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias, según lo señalado en esta nueva Ley del Mercado de Valores.

e) *Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales y estatutarias.* Por lo que se refiere a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales, se podrían precisar varias incluso las de carácter solidario y subsidiario, pero sería desde mi punto de vista exhaustivo. A manera de ejemplos se cita lo siguiente; el artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles,

establece la responsabilidad solidaria de los administradores en lo relativo a la realidad de las aportaciones hechas por los socios; a la existencia y regularidad de los libros que establece la ley, a la existencia real de los dividendos pagados a los accionistas y al exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas. Los perjuicios que se reclamen a la sociedad por violación de estas, implican por simple lógica, responsabilidad de los administradores.

Por lo que se refiere al incumplimiento que pudiera generarse de las obligaciones estatutarias, es imposible enunciarlas por lo que se refiere a las posibles violaciones que pudieran llegar a generarse ya que varían en cada caso en concreto dependiendo de los poderes que se les otorguen a los consejeros.

f) *Responsabilidad por hechos de apoderados o empleados.* En este caso, son varias las personas a las cuales se les pueden atribuir ciertas responsabilidades. A saber, tenemos:

1.- *Consejeros delegados.* Dentro del artículo 148 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se prevé la posibilidad de que el consejo de administración delegue en alguno de sus miembros la ejecución de actos concretos, al lado de esta figura esta la del consejero delegado, al cual se le delegan un conjunto más amplio de las facultades del consejo, de cualquier forma, esto ha presentado serios problemas de interpretación, los cuales se centran en distinguir si la delegación esta señalada a través de estatutos o bien fue señalada a través de un acuerdo de asamblea. Es decir, declarada la voluntad del órgano administrativo, se requiere la designación de alguno o algunos de los consejeros para la ejecución de los actos que deriven de las resoluciones, en esta hipótesis el delegado, tiene la calidad de simple ejecutor de la resolución adoptada, frente a la sociedad y frente a los terceros.

Surge de esta forma la posibilidad de que el acuerdo del consejo de administración, por sí sólo no sea fuente de daños, en tanto que los solos actos de ejecución sean la causa generadora de la lesión a reparar. En este supuesto, queda a salvo la responsabilidad de aquellos miembros del consejo de administración, que sólo han tomado parte en la deliberación y a quienes no compete la ejecución del acto por sí mismo dañoso, porque la fuente de daño no proviene de la resolución en sí, sino de los actos posteriores derivados de ella, que por defecto a exceso en la realización del acuerdo, causan un daño a la sociedad o a los terceros.

2.- *Apoderados generales y especiales.* Conforme al artículo 149 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el consejo de administración puede conferir poderes de acuerdo con las facultades que posea, en este caso la única responsabilidad que pudiere corresponderle a dicho órgano sería la de haber procedido hacer la elección de dicho apoderado, pero no por los actos que éste lleve a cabo.

3.- *Funcionarios.* Con relación a la responsabilidad consistente en los hechos de los empleados nombrados por el consejo de administración, se establece el principio el cual señala que la solidaridad existe sólo entre administradores culpables por no haberlo previsto con una buena selección de los empleados o con una diligente vigilancia.

4.- *Gerentes.* De acuerdo con el artículo 145 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asamblea o el consejo de administración pueden proceder a nombrar gerentes generales o especiales, sean o no accionistas. Estos gerentes actúan con independencia del consejo de administración ya que gozan de las facultades que se les confieren expresamente, por lo tanto no puede existir responsabilidad del consejo por los actos de aquellos.

En este inciso, relacionado con la responsabilidad de apoderados o empleados, la iniciativa de nueva Ley del Mercado de Valores, introduce una nueva redefinición de funciones en el Director General de las sociedades, dentro de éstas, el Director General se convierte en el responsable de la conducción y administración cotidiana de la sociedad, es decir será responsable de:

- (i) la gestión y conducción de los negocios de manera cotidiana
- (ii) la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control y registro
- (iii) la vigilancia del cumplimiento de los acuerdos del consejo y de la asamblea,
y
- (iv) la revelación de información relevante, siendo esencial que esta última responsabilidad caiga en el ámbito de actuación del Director General puesto que es el primero en conocerla.

Asimismo, responderá de los daños y perjuicios derivados de las funciones que le correspondan ya sea por falta de atención oportuna y diligente de las solicitudes de información y documentación que le sean requeridas por los consejeros de la sociedad y por la presentación o revelación de información a sabiendas de ser falsa o que induzca a error.

g) Responsabilidad por actos ilícitos. De acuerdo con el artículo 3° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las sociedades con objeto ilícito o que realicen habitualmente actos ilícitos, pueden ser declaradas nulas, a petición de cualquier persona o del Ministerio Público.

La acción de nulidad como se puede observar, la puede ejercitar cualquier persona. Ahora bien, de acuerdo con lo que he podido revisar en la nueva Ley del Mercado de Valores, los que llevan a cabo el control en las sociedades del mercado de valores, serán los administradores, por lo que serán responsables de los actos ilícitos de esta, tal y como hemos señalado anteriormente en la

transcripción del artículo 36 de la nueva Ley del Mercado de Valores, siendo responsables por ende de los actos, hechos u omisiones que lleven a cabo en el ejercicio de sus funciones, pero con la variante de que también se atribuye esta responsabilidad a quienes ejerzan el poder de mando en la sociedad.

IV.1.3.- EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad como se ha podido ver, deriva por principio del incumplimiento de la obligación de buena gestión, por consiguiente para ejercitar alguna acción de responsabilidad implica forzosamente haber sufrido algún daño y que este sea imputable al consejo.

La carga de la prueba le corresponderá a quien ejercite la acción, quien obviamente deberá probar el daño causado. A su vez, el consejo para descargarse de la presunta responsabilidad, deberá probar o la inexistencia del daño o su no culpabilidad.

En este sentido, la iniciativa prevé excluyentes de responsabilidad favoreciendo la discrecionalidad técnica, ya que de lo contrario, se generaría una percepción de riesgo por responsabilidades que inhibirían la toma de decisiones, sobre todo, cuando en ocasiones por esa delgada línea puede llegarse a considerar como negligencia transformada en culpa, lo que auténticamente fue un infortunio.

La fórmula planteada por la iniciativa de ley en estudio para prever un régimen de indulgencia derivada de la responsabilidad por falta de diligencia, consiste en establecer que la indemnización por daños y perjuicios derivada de los actos que ejecuten o las decisiones que adopten los administradores, podrá limitarse en los términos y condiciones que se señalen en los estatutos sociales o por acuerdo de la asamblea general de accionistas, siempre que no se trate de actos dolosos, de mala fe o ilícitos. Circunstancia contraria es el caso de la

deslealtad, que no podrá ser objeto del beneficio de limitar la responsabilidad que derive de ella.

Adicionalmente, se establece que los administradores no incurrirán en responsabilidad por los daños o perjuicios que ocasionen a la sociedad, derivados de los actos que ejecuten o las decisiones que adopten, cuando actuando de buena fe hayan seleccionado la alternativa más adecuada o los efectos negativos no hayan sido previsibles con base en la información disponible al momento de la decisión, entre otros.

En este sentido, el artículo 40 de la nueva Ley del Mercado de Valores señala:

"Art. 40.- Los miembros del consejo de administración no incurrirán, individualmente o en su conjunto, en responsabilidad por los daños o perjuicios que ocasionen a la sociedad o a las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, derivados de los actos que ejecuten o las decisiones que adopten, cuando actuando de buena fe, se actualice cualquiera de las excluyentes de responsabilidad siguientes:

I.- Den cumplimiento a los requisitos que esta Ley o los estatutos sociales establezcan para la aprobación de los asuntos que compete conocer al consejo de administración o, en su caso, comités de los que formen parte.

II.- Tomen decisiones o voten en las sesiones del consejo de administración o, en su caso, comités a que pertenezcan, con base en información proporcionada por directivos relevantes, la persona moral que brinde los servicios de auditoría externa o los expertos independientes, cuya capacidad y credibilidad no ofrezcan motivo de duda razonable.

III.- Hayan seleccionado la alternativa más adecuada, a su leal saber y entender, o los efectos patrimoniales negativos no hayan sido previsibles, en ambos casos, con base en la información disponible al momento de la decisión.

IV.- Cumplan los acuerdos de la asamblea de accionistas, siempre y cuando éstos no sean violatorios de la ley”.

IV.1.4.- FORMA DE EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.

Como ya quedó apuntado, en la Ley General de Sociedades Mercantiles, la responsabilidad de los administradores que puede ser exigida por acuerdo de la asamblea, es aquella en que incurren frente a la sociedad, pues en caso de responsabilidad ante terceros (socios o acreedores), la asamblea no tiene competencia alguna. La asamblea, junto con el acuerdo de exigencia de responsabilidad, deberá determinar qué personas han de ejercer la acción correspondiente, excepcionalmente pueden ejercer acción de responsabilidad, los accionistas que representen el 33% del capital social (Art. 161 y 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Es además requisito indispensable, que la acción se haga valer no el interés personal de los promoventes, sino el monto total de las responsabilidades a favor de la sociedad. Aunque esta sea ejercida por una minoría ya que es una acción a favor de la sociedad.

Existe precedente jurisprudencial, que reitera que solo puede exigirse la responsabilidad a los administradores, si el acuerdo respectivo fue tomado en asamblea general de accionistas, cuyo rubro es el siguiente: *“Querrela de una sociedad contra sus administradores solo puede formularla el autorizado expresamente para ello de la asamblea general de accionistas”*, cuyo contenido transcribo en lo conducente:

*"De la interpretación armónica de los artículos 161 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y 15 fracción II del Código de Procedimientos Penales del Estado de Quintana Roo. Se desprende que tratándose de una sociedad, para formular querrela contra sus administradores a fin de exigirles responsabilidad, solo puede hacerlo, mediante acuerdo tomado en asamblea general de accionistas, en que designe la persona que haya de ejercer la acción correspondiente, atendiendo a que es el órgano supremo de la sociedad y es la que designó a los administradores. . . ."*⁷⁸

Ahora bien, con respecto a este tema, el artículo 37 de la nueva Ley del Mercado de Valores, maneja que la responsabilidad consistente en indemnizar los daños y perjuicios ocasionados conforme a los artículos 34, 35 y 36 antes citados, será solidaria entre los culpables que hayan adoptado la decisión y será exigible como consecuencia de los daños o perjuicios ocasionados y como consecuencia se procederá a la remoción del cargo de los culpables.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 38 de esta misma Ley, se establece:

"Art. 38.- La responsabilidad que derive de los actos a que se refiere este Capítulo, será exclusivamente a favor de la sociedad o de la persona moral que ésta controle o en la que tenga una influencia significativa, que sufra el daño patrimonial.

La acción de responsabilidad podrá ser ejercida:

I.- Por la sociedad anónima bursátil.

⁷⁸ Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo II, agosto, 1955, pág. 599.

II.- Por los accionistas de la sociedad anónima bursátil que, en lo individual o en su conjunto, tengan la titularidad de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, o sin derecho a voto, que representen el cinco por ciento o más del capital social de la sociedad anónima bursátil.

El demandante podrá transigir en juicio el monto de la indemnización por daños y perjuicios, siempre que previamente someta a aprobación del consejo de administración de la sociedad, los términos y condiciones del convenio judicial correspondiente. La falta de dicha formalidad será causa de nulidad relativa.

El ejercicio de las acciones a que se refiere este artículo no estará sujeto al cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 161 y 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. En todo caso, dichas acciones deberán comprender el monto total de las responsabilidades a favor de la sociedad o de las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa y no únicamente el interés personal del o de los demandantes.

La acción a que se refiere este artículo que ejerza cualquiera de las personas citadas en las fracciones I y II anteriores, a favor de las personas morales que controle una sociedad anónima bursátil o en las que tenga una influencia significativa, será independiente de las acciones que corresponda ejercer a las propias personas morales o a los accionistas de éstas conforme a lo previsto en los artículos 161 y 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Las acciones que tengan por objeto exigir responsabilidad en términos de este artículo, prescribirán en cinco años contados a partir del día en que se hubiere realizado el acto o hecho que haya causado el daño patrimonial correspondiente.

En todo caso, las personas que a juicio del juez hayan ejercido la acción a que se refiere este artículo, con temeridad o mala fe, serán condenadas al pago de costas en términos de lo establecido en el Código de Comercio”.

Si tomamos en cuenta lo señalado por los artículos 161 y 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tenemos que la acción de responsabilidad tiende a que sea reintegrado el capital social de la sociedad que se haya visto perdido o disminuido por dolo o culpa de los administradores. Según lo que se señaló en el artículo 38, este reintegro se extiende no sólo a favor de la sociedad sino que va más allá en relación con las personas morales que esta controle o en las que tenga una influencia significativa y que sufran daños patrimoniales, por eso ha sido importante resaltar que ahora la labor de los administradores en esta clase de empresas tiene que conducirse con mayor grado de diligencia siendo necesario por ende redefinir y precisar su régimen de responsabilidades.

Es evidente que la nueva Ley del Mercado de Valores, deja a un lado la acción de responsabilidad que pudiera ser efectuada por los socios o terceros acreedores de la sociedad afectados por el actuar de los consejeros, puesto que el artículo 38 sólo habla de aquella responsabilidad en que los administradores incurren frente a la sociedad o de la persona moral que ésta controle o en la que tenga una influencia significativa. Por lo que mi propuesta sería incorporar tal exigencia en un artículo que estructure de manera distinta los daños personales que éstos pudieran sufrir y no sólo disminuir los porcentajes para llevar a cabo la acción de responsabilidad.

IV.2.- ACCION DE IMPUGNACION DE ACUERDOS DE ASAMBLEAS EN AMBAS LEGISLACIONES.

"El artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, regula una acción especial de impugnación, sujeta a caducidad, ejercible por una minoría, basada en la infracción de la ley o de los estatutos"⁷⁹.

De esta forma el artículo antes citado, constituye la base sobre la que se asienta el sistema de impugnación de los acuerdos de las asambleas al establecer lo siguiente:

"Art. 201.- Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las Asambleas Generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

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

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

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

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

La oposición de un acuerdo de asamblea, tiene como propósito el que este no se lleve a cabo, para lograr tal propósito es necesario que la deliberación del acuerdo cuente con vicios que pueden ser combatidos.

⁷⁹ Rodríguez Rodríguez. ob. cit. pág. 529.

Pueden ser impugnados los acuerdos que:

- a) Sean contrarios a la ley
- b) Los que sean contrarios a los estatutos sociales.

Los acuerdos que son contrarios a la ley, son aquellos que se contraponen con algún precepto establecido por ésta y serán contrarios a los estatutos, los acuerdos que se adopten en contra de los que regulen a la sociedad en específico.

Un acuerdo puede ser impugnado por que se considere:

- Inexistente
- Nulo o
- Anulable

De acuerdo con el maestro Vásquez del Mercado, "una deliberación es inexistente cuando el órgano del cual se supone que proviene no existe, es decir, cuando la asamblea no se celebra, ya sea porque la reunión de los socios no haya sido en el lugar preestablecido o bien porque la reunión haya resultado sólo de un encuentro casual, sin que haya mediado la convocatoria o cualquier otra forma idónea para comunicar a los socios acerca de la celebración de la asamblea".⁸⁰

No obstante lo anterior, este mismo tratadista señala: "la norma que ha regido la celebración de las asambleas, en el sentido de que éstas deben tener lugar después de convocarse a lo socios, fue caprichosamente cercenada. La ley se modificó sin sentido jurídico, permitiendo que se tomen resoluciones fuera de

⁸⁰ Vásquez del Mercado Oscar. ob. cit. pág. 242.

asamblea, con la simple indicación de esa posibilidad en los estatutos. Art. 178".⁸¹

Es importante señalar que una asamblea existe, cuando sus accionistas se constituyeron en asamblea.

La nulidad se presenta "cuando lo que en realidad falta es la deliberación misma, o bien existe deliberación, pero esta tiene un objeto ilícito o imposible. En el supuesto de la anulabilidad, la deliberación existe, aún cuando alguno de sus requisitos esté viciado. En este caso, los efectos se producen, pero serán destruidos retroactivamente si se ejercita la acción correspondiente".⁸²

En el caso de que los acuerdos se opongan a los estatutos sociales de la sociedad, su sanción no es la inexistencia ante el derecho sino que en este caso opera la anulabilidad.

Como aclaré en el capítulo I, de este trabajo, el Código Civil en materia federal, es supletorio en la materia mercantil, sin embargo, dicho Código no prevé la anulabilidad, lo que prevé es la nulidad absoluta o la nulidad relativa.

En el caso de la nulidad absoluta, esta se presenta cuando un acto jurídico es contrario:

- 1) a las buenas costumbres
- 2) a las leyes prohibitivas o de orden público
- 3) o por tener un objeto o condición ilícita

En cambio la nulidad relativa se presenta cuando en un acto jurídico:

⁸¹ Loc cit. pág. 242

⁸² Loc. cit. pág. 242

- 1) falta la forma
- 2) o tiene vicios en la voluntad.

Conforme a la legislación común, la nulidad absoluta destruye los efectos del acto mismo y este se retrotrae a la fecha de su realización y puede hacer valer la nulidad cualquier interesado.

En cambio en el acto nulo relativo, sus efectos pueden surtir efectos provisionalmente y es susceptible de valer por prescripción o por confirmación, y sólo podrá intervenir en hacer valer la acción de nulidad, quien intervino en el propio acto.

Ahora bien, con respecto al sujeto activo de la impugnación, la propia ley establece que sólo aquellos que representen el 33% del capital social y que no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución impugnada, serán los sujetos activos que tendrán derecho a la acción de impugnación, lo anterior en virtud de que ninguno podrá obrar en contra de su propia conveniencia por lo que el socio que vota a favor de un acuerdo, no puede impugnarlo más tarde, sin embargo este principio puede quedar derogado cuando la falta sea de orden público, es decir aún cuando el accionista haya aprobado con su voto la deliberación se le podrá permitir impugnar o ejercitar la acción de nulidad cuando esté fundado en una causa de orden público. Considerando causa de orden público de acuerdo con el Dr. Acosta Romera a: "la falta de asistencia, falta de quórum o mayoría, infracción de las prescripciones imperativas de las leyes en vigor, particularmente la proporcionalidad del voto al capital suscrito"⁸³.

Con respecto a la acción de impugnación establecida en la nueva Ley del Mercado de Valores, el artículo 51 establece lo siguiente:

⁸³ Acosta Romero, García Ramos, García Alvarez. Ob. cit. pág. 433.

"Art. 51.- Los titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el veinte por ciento o más del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales respecto de las cuales tengan derecho de voto, sin que resulte aplicable el porcentaje a que se refiere el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles."

Como se puede advertir, el beneficio que se otorga a los accionistas en esta clase de sociedades, es disminuir el porcentaje del 33% al 20% para ejercitar la acción de impugnación frente a resoluciones de asambleas; sin embargo creo que la solución no es simplemente reducir porcentajes sino atender a situaciones que pudieran presentarse en esta clase de sociedades que vendrán a ser públicas, es decir a lo que me refiero es que debido a que existirá mayor diversificación del número de acciones en esta clase de sociedades y por ende mayor circulación de las mismas, me surge la duda de que pasaría si los accionistas que representen dicho porcentaje fueran otros después de que se haya tomado el acuerdo en controversia, estos accionistas que hubieran entrado con posterioridad a formar parte de la sociedad pudieran ser quienes impugnaran los acuerdos.

Es en estos casos donde el artículo en cuestión queda corto en cuanto a que no señala nada al respecto y por ende considero que el juez de la causa debería tomar en cuenta el daño que se causa tanto a la sociedad, al accionista en lo individual o a los terceros afectados al tomar un acuerdo de esta naturaleza para acreditar quien tiene legitimación para ejercer las acciones correspondientes aún sin hablar acerca de reducción en porcentajes, pero creo que esta será labor de interpretación del juzgador propiamente.

CAPITULO V

DIFERENCIAS ENTRE EL ACCIONISTA MINORITARIO DE LA SOCIEDAD ANONIMA Y EL ACCIONISTA MINORITARIO DE LAS SOCIEDADES DEL MERCADO DE VALORES

V.1.- EL PROBLEMA DE LA MINORIA ACCIONARIA EN LA SOCIEDAD ANONIMA

En el capítulo I de este trabajo de tesis profesional, expuse algunos referentes históricos de la sociedad anónima, aludiendo que en las compañías coloniales el derecho de los socios a intervenir en la gestión de los negocios sociales residía en manos de los principales interesados o principales accionistas, abriendo desde esa época una diferencia fundamental, relacionada con la cuestión de las minorías.

Asimismo, comenté que el eje en la organización de las sociedades anónimas de aquellos tiempos, era la *Junta General de Accionistas*, en la cual ejercitaba el accionista sus derechos sociales de soberanía; sin embargo, se mantenía la norma de que para participar en dicha Junta General era requisito indispensable poseer cierto número de acciones; es decir que no se reconocía en las minorías aún la posibilidad del derecho de socio a intervenir en la gestión de la sociedad. Las reglas del derecho de voto y las principales atribuciones seguían concentradas en manos de los socios de mayor cuantía.

Eduardo Albanell Mac-Coll, en su libro titulado "Protección de las Minorías en la Sociedad Anónima"⁸⁴, relata que en un original y antiguo estudio de José de la Vega, publicado en Ámsterdam en 1688, se distinguía la existencia en las sociedades anónimas, recientemente creadas, de diversas categorías de accionistas, caracterizándose sus modalidades por la diversidad de objetivos y formas de actuar. En su análisis, José de la Vega aislaba tres categorías: los

⁸⁴ Albanell Mac-Coll Eduardo. Protección de las Minorías en la Sociedad Anónima, Editorial El Siglo Ilustrado, Montevideo 1950, pág. 7.

principes de la renta, los mercaderes y los jugadores, siendo el criterio distintivo la diversidad en el interés que los llevaba a adquirir acciones y la forma como operaban con las mismas.

Continúa comentando este autor, que “la evolución de la sociedad anónima no ha hecho desaparecer la existencia de diferencias entre los accionistas, y subsistiendo aún elementos de aquella antigua clasificación, otras circunstancias han provocado la formación, en base a otros criterios, de nuevas categorías o grupos. La existencia de grupos diferenciados se ha acentuado a medida que esta modalidad social se desarrollaba y se generalizaba como medio de abordar el comercio, la industria, los servicios públicos y la banca”.⁸⁵

Así pues, la progresiva adecuación de las sociedades de capital a las exigencias de las grandes empresas contemporáneas provoca nuevas situaciones en materia de tutela de las minorías. En este sentido, como he podido distinguir de la iniciativa de nueva Ley del Mercado de Valores, es fundamental desarrollar un mercado de valores a través de la suma de un mayor número de participantes (nuevos subtipos societarios), apareciendo con ello una serie de fenómenos especiales como más adelante explico y por supuesto remarcando las nuevas características que las minorías tendrán precisamente para adecuarse a dichas exigencias.

Ahora bien, como antes señalé, el planteamiento al problema de la minoría accionaria proviene de tiempos muy remotos, así también lo expone el Lic. Juan Martínez del Campo y Herrero en sus “Notas Sobre la Protección de las Minorías en las Sociedades Anónimas en el Derecho Mexicano y Español”, al explicar que:

“El problema de las minorías es relativamente moderno, aunque no en cuanto a su planteamiento que se remonta al origen mismo de la sociedad anónima, sino

⁸⁵ Loc. cit. pág. 7.

en lo que se refiere a sus soluciones. Efectivamente, la necesidad de otorgar garantías y protecciones a los grupos minoritarios nace en el momento en que se otorgó a la asamblea general de accionistas la dirección de la empresa. Era necesario encontrar la fórmula de expresión de la voluntad colectiva de la sociedad y la única manera de hacerlo era en base a la totalidad o a la mayoría de votos de los accionistas, lo que equivale a la implantación del sistema democrático para estructurar la Sociedad Anónima. Fue en ese instante cuando quedó planteado el problema de las minorías".⁸⁶

Hoy en día, la Ley General de Sociedades Mercantiles, concede garantías a las minorías para combatir los poderes de la mayoría, con el objeto de que estos poderes no rebasen en su actuación los límites de sus propias facultades, es decir las que se otorgan de acuerdo con la ley y los estatutos sociales.

En lo particular, considero que el principio mayoritario es el único que permite el funcionamiento de las sociedades anónimas, es decir, es regla común en las sociedades que las decisiones para la vida social de éstas se tomen con el asentamiento de la mayor parte de sus miembros, y hay que evitar que este principio mayoritario se extinga; la misma Ley al hablar de asamblea de accionistas establece el mismo principio al decirnos: "Para que una asamblea ordinaria se considere legalmente reunida, deberá estar representada, por lo menos la mitad del capital social, y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes" (Art. 189). Sin embargo, en la práctica la realidad económica actual se ha impuesto creando una estructura y una distribución de poderes que nada tiene que ver con la democracia del principio mayoritario y para muestra, basta con asomarse a la vida diaria de las sociedades en las que los fuertes intereses del gran accionista se han impuesto por encima de los del pequeño accionista casi eliminándolo y por consiguiente

⁸⁶ Martínez del Campo y Herrero, Juan. Notas sobre la Protección de las Minorías en las Sociedades Anónimas en el Derecho Mexicano y Español. Revista Foro de México, Órgano del Centro de Investigaciones y Trabajos Jurídicos, México, D.F., Director Eduardo Pallares, Octubre de 1955. Num. XXXI, pág. 86.

permitiendo que el poder quede en manos del primero, dando por ello que, la protección jurídica a las minorías deba por siempre existir para lograr un equilibrio entre ambas.

En este sentido, también se expresan los doctrinarios Joaquín Garrigues y Rodrigo Uria,⁸⁷ aludiendo lo siguiente: "Tampoco se puede dejar a los accionistas minoritarios, o por mejor decir a los accionistas que no secunden con su voto los acuerdos sociales, totalmente a merced de la mayoría, cuando ésta con olvido de sus deberes, lesiona los intereses de la sociedad comunes a todos los accionistas o infringe los mandatos de la ley y de sus propios estatutos. El principio mayoritario tolera sin peligro cuantas correcciones sean necesarias para asegurar la justicia de sus decisiones. Ahora bien, la minoría, o si se quiere el accionista aislado, también debe ser constreñido a no salir de sus propios límites, porque si perjudicial sería dejar a la sociedad anónima sometida al poder omnimodo de quienes representen en la junta la mayoría del capital, peligroso sería igualmente el ejercicio caprichoso, abusivo y temerario de las acciones de impugnación por una minoría irresponsable".

A mayor abundamiento, los autores Garrigues y Uria arriba citados señalan: "la protección del pequeño accionista, no está en limitar a su favor los derechos de la mayoría como tal mayoría, sino en impedir que ésta utilice abusivamente su poder en daño de la propia sociedad, por lo que en definitiva la tutela de la minoría no es más que la tutela de la misma sociedad mediante la acción del accionista aislado".⁸⁸

Pero analizando un poco más los inicios de estas cuestiones y tratando de plasmar lo que esta situación conlleva, me encuentro con que las soluciones al problema de las minorías como alude el autor Martínez del Campo, son relativamente modernas, puesto que en materia de sociedades en pleno siglo

⁸⁷ Garrigues Joaquín y Uria Rodrigo. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo I, Madrid. Instituto de Estudios Políticos, pág. 622.

⁸⁸ Loc. cit. pág. 623.

XIX, cuando las ideas liberales e individualistas prevalecían, dejando en la voluntad de cada persona la facultad de obligarse en la forma y términos que quisiera, significó que el contrato constitutivo de una sociedad era la supremacía absoluta dejándole la reglamentación de todas las situaciones que cayeran dentro del ámbito de dominio de la sociedad, aunque éstas en ocasiones le fueran gravemente lesivas, por el sólo hecho de haberlas aceptado. Pero llegó el momento en que fue imposible que el contrato de sociedad pudiera por sí sólo solucionar y proteger todos los casos y situaciones que se presentaban dentro de la anónima, llegando así un movimiento reformador que ha traído como consecuencia que un número importante de legislaciones contengan preceptos protectores de las minorías como es el caso de México⁸⁹.

Ahora bien, al hablar de los conceptos de mayoría y de minoría, se hace necesario constreñirlos a la materia jurídica puesto que este trabajo se enfoca hacia esta ciencia. En este sentido, cuando me refiero a dichos conceptos, los ligo con las personas entendidas éstas como titulares de derechos y de obligaciones, así pues dichas personas tienen una voluntad y una razón que los mueve para el logro de determinados fines, entre ellos, los de agrupación.

En el capítulo II, cuando hablé del concepto de sociedad, expuse que existen vínculos que el hombre crea con otros de su misma especie y que están plenamente reconocidos y regulados por el derecho, estableciéndose de este modo las relaciones jurídicas cuyo fin es paralelo, coordinado y coincidente y de donde precisamente nacen los negocios sociales.

Sin embargo, el problema radica en que siendo más de una las personas físicas que componen la sociedad, existiendo pluralidad de opiniones, razonamientos y sobre todo fines individuales, se logre una unificación en lo que se refiere a la manifestación externa de voluntad del grupo, no obstante que éste se debe apegar a lo que quedó establecido como objeto social. Aún más grave es el

⁸⁹ Cfr. Martínez del Campo y Herrero, Juan. ob. cit. pág. 85

caso, cuando alguno o algunos de los miembros de la agrupación pretenden alejarse de lo que es el fin u objeto de la sociedad para perseguir fines distintos de los pactados originalmente.

De esta forma se hace necesario en esta primera parte del tema, que el concepto de minoría lo ligue necesariamente al de mayoría ya que de acuerdo con el autor Javier Juste Mencía,⁹⁰ en una primera acepción del término, "la minoría se corresponde con el conjunto de accionistas disidentes del parecer mayoritario, a continuación de una votación en la Junta General. Estos socios, como consecuencia del principio mayoritario, quedan vinculados por el conjunto de declaraciones de voluntad de los que constituyen la mayoría".

Es por ello que según este autor, el legislador a la hora de regular las relaciones internas en la sociedad anónima, parece haberse limitado a acoger esta concepción: "La Junta toma los acuerdos por mayoría y vincula a los ausentes y disidentes. Ante tal supuesto, el medio de protección de las minorías así consideradas será el de impugnación de los acuerdos sociales, cuando no hayan sido adoptados de acuerdo con la ley o los estatutos o, más específicamente, cuando benefician a uno o varios socios o terceros en perjuicio del interés social. En relación con este hecho, surge la idea que identifica mayorías y minorías con el resultado de una concreta votación: antes de la Junta no se puede hablar de estos conceptos, ya que faltaría aún el elemento que las define y los hace surgir".⁹¹

De este modo, llego a un primer acercamiento con el término minoría y por lo tanto necesariamente ligado con la celebración de la asamblea, que obviamente no permite que exista este concepto sino hasta que la misma no se celebra; por lo tanto, lo que paso a exponer enseguida es la cuestión relacionada con la

⁹⁰ Juste Mencía Javier. Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima. Editorial Aranzadi. Madrid. 1995. pág. 40.

⁹¹ Loc.cit. pág. 40

exteriorización de la voluntad propia de la sociedad, es decir cual es y como se lleva a cabo ésta.

Como ya quedo apuntado, el sistema que se usa en la sociedad anónima para externar la voluntad de esa agrupación es el de mayoría de votos; sin embargo este sistema no es perfecto ya que para proceder a toda votación se requiere una igualdad de condiciones entre todos los votantes, ya que si esta no existe tampoco existe equidad en la deliberación.

Ahora bien, como únicamente en ciertas ocasiones es posible que todos los accionistas tomen una decisión por unanimidad, éstas deben obtenerse a mayoría de votos, y es aquí donde surge la imperfección, pues toda mayoría supone una minoría cuyos componentes están antes de votar en igualdad de condiciones con respecto a los integrantes de una mayoría pero que en algunos casos después de la votación se encuentran en desequilibrio, ya que sus derechos disminuyen y aumentan sus obligaciones.

Asimismo, cuando hablamos de minorías comenta el doctrinario Eduardo L. Gregorini Clusellas,⁹² "obvio es aclararlo, no nos referimos a quienes numéricamente son los menos, ni tampoco a quienes poseen menos cantidad de acciones, hecho que puede o no identificarse en el grupo social que estamos tratando de reconocer. A nuestro entender con la expresión minoría, estamos haciendo referencia a *una relación cuantitativa de poder* que nada tiene que ver con la cantidad de personas y que puede o no estar unida a la circunstancia de la tenencia de un mayor número de acciones".

Cabe también anotar que no se puede hablar de un grupo mayoritario o minoritario específicamente determinados, ya que tanto mayoría como minoría son conceptos abstractos que solamente cobran vida en un momento dado para

⁹² Gregorini Clusellas Eduardo L. La Protección de las Minorías en las Sociedades Anónimas. Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, pág. 11.

después desaparecer, es decir por ejemplo, no podemos afirmar que un determinado socio sea mayoritario o bien minoritario, sino sólo podemos decir que dicho socio en una determinada votación formó parte de la mayoría o bien se incluyó en la minoría.

Con lo antes establecido, mi intención es que quede claro que lo que se pretende proteger directamente, no es el interés de cada socio en particular, sino el interés de la sociedad, es decir, el interés social, ya que por determinadas circunstancias las mayorías contraponen su propio interés al interés social, o mejor dicho, se debe proteger el interés de la sociedad para garantizar los intereses de las minorías. Mayoría y minoría forman una sola voluntad jurídica y normalmente no puede admitirse la formación de entidades o titulares de derechos en pugna dentro de una sociedad, lo cual sería lógicamente contrario a los intereses de la misma. No existen en realidad, derechos de la minoría respecto de la mayoría ni de ésta respecto de aquélla y sí, sólo en el caso del abuso y en razón del mismo. Es decir, lo que se busca es dar a esos socios en inferioridad de condiciones, medios legales cuyo ejercicio estaría condicionado al eventual mal uso de ese mayor poder por parte de quienes lo detentan y sólo y en la medida necesaria para actuar contra ese abuso, equilibrando así a ambas partes.

Pero las preguntas que surgen después de esto, son: ¿Que es lo que hay que proteger o tutelar? y ¿Contra quien o contra que se busca tal defensa?.

Para resolver la primera interrogante, se debe en primer término saber que cualquier socio cuando ingresa a una sociedad, lo hace con un interés que lo mueve a convertirse en accionista de la misma, este tipo de interés puede ser de una gama muy variada, aunque por lo regular es de carácter económico. En este sentido, por su puesto que es esta clase de interés el que deberá ser protegido o tutelado contra los abusos o arbitrariedades de las mayorías. Pero este interés se le puede clasificar de indirecto ya que existe otro que es el

directo y que se refiere a que cada accionista tiene derecho de disfrutar libre y pacíficamente de su calidad de socio, calidad que le otorga entre otras dos importantes facultades, es decir la de voto y de participación en las ganancias como ya quedó establecido en capítulos anteriores. Son por tanto estos intereses los que hay que tutelar ya que con su ejercicio el accionista consigue el interés indirecto hacia el cual dirige sus actos y su no realización produce una lesión a sus derechos como socio.

Los derechos a que me he referido y por lo tanto los intereses por ellos salvaguardados son susceptibles de ser vulnerados por una decisión mayoritaria, arbitraria o abusiva, y es entonces cuando entra en funciones por así decirlo un sistema tutelar y defensivo de esos derechos lesionados.

Ahora bien, como comenté párrafos arriba, unos de los principales derechos del socio son los de voto y participación en las ganancias. "El derecho de voto consiste en el que tiene cada accionista para expresar en la asamblea general su voluntad, para que conjugada con los demás se integre la llamada voluntad colectiva"⁹³. Pues bien, cuando esta manifestación de voluntad denominada voto concuerde con el interés de la sociedad y por lo tanto con el propio interés del accionista en lo que se refiere a su calidad de socio, se puede entonces decir que esta haciendo uso de su derecho. Pero si el accionista se desentiende del interés social conjuntamente de su interés como socio, para buscar con su voto un objetivo personal totalmente ajeno a estos intereses o bien contrario a ellos; se puede decir que esta abusando de su derecho. Adicionalmente, si este abuso lo comete un accionista poseedor de la mayoría de las acciones o varios accionistas que formen la mayoría y que por tanto den con sus votos validez formal a la deliberación pasando sobre la oposición de uno o varios socios minoritarios, están dando al ejercicio de su derecho el carácter de abusivo, carácter que se refleja en la deliberación o acuerdo de la asamblea y es precisamente en contra de esta circunstancia que se busca una defensa.

⁹³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. ob. cit. pág. 384.

Las anteriores consideraciones, muestran objetivamente los problemas tal como son en la práctica dentro de las sociedades anónimas, lo cual demuestra que existe efectivamente una situación de desigualdad entre mayorías y minorías, misma que debe ser afanosamente cuidada en la ley, tan es así que el legislador de 1934 quiso plasmar esta situación en la Ley General de Sociedades Mercantiles, donde da a conocer su preocupación por estas cuestiones desde esa época al describir lo siguiente:

"... Una de las materias más importantes es sin duda la relativa a la protección que deben de recibir las minorías.

La cuestión es difícil, porque la protección debida a los grupos minoritarios debe ser siempre sin perjuicio de las bases del sistema corporativo y sin olvidar que si es injusto que una minoría se encuentre indefensa dentro de una sociedad anónima, todavía más injusto y sobre todo ilógico, sería que los socios que representan la mayor parte del capital estuviesen supeditados a los deseos o intereses del menor número.

Con este criterio han sido distribuidos en los diversos capítulos de la ley los derechos que al reseñarse en esta exposición cada uno de sus capítulos van a ser mencionados.

En lo general se ha querido conceder la protección a grupos de intereses serios y, en lo posible, organizados, razón por la cual los diversos preceptos que aluden a minorías se refieren precisamente a porcentaje del capital y no a porcentaje de asistentes a las asambleas generales..."⁹⁴

⁹⁴ Exposición de Motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de 4 de agosto de 1934. Fuente, Ediciones Andrade, Legislación Mercantil, Vol I, pág. 358.

Como se puede desprender de lo antes citado, fue la intención del legislador mexicano, buscar un medio de protección equitativo, y por esto da al asunto el interés que se merece al decirnos que sin duda una de las materias más importantes que la Ley trata, es la relativa a la defensa que a las minorías debe otorgarse. Pero hay que aclarar, y esto es de suma importancia, que así como es urgente la solución del problema de las minorías, también lo es el que esta solución sea equitativa, es decir que no por pretender dar medios de defensa a los grupos minoritarios dentro de la sociedad, se lesionen los derechos de las mayorías, es decir, que la protección que se otorgue no sea de tal modo excesiva que pueda llegar a atacar los intereses de los grupos mayoritarios, siendo este punto un ángulo muy peligroso y por ello en la exposición de motivos citada, se prevé el peligro al afirmar el legislador que la cuestión es difícil, pues si es injusto que una minoría se encontrase indefensa en el seno de una sociedad anónima, todavía más injusto sería y sobre todo ilógico, que los socios mayoritarios estuvieran supeditados a los deseos e intereses del menor número.

En base a lo anterior, Albanell Mac Coll advierte: "tan perjudicial es dejar a la sociedad bajo el dominio incontrolado de una mayoría arbitraria como dar entrada a la acción perturbadora de una minoría irresponsable y temeraria integrada por quienes no tienen la responsabilidad de la gestión social y a menudo carecen de suficiente experiencia o competencia o conocimiento cabal de las cuestiones y que puede estar integrada por accidentales adquirentes de ayer de las acciones".⁹⁶

Es sumamente delicado, precisar cuando la voluntad de la minoría merece el apoyo legal para oponerse a la decisión de la mayoría y cuando por el contrario no es acreedora a dicha protección.

⁹⁶ Albanell Mac Coll E. ob. cit. pág. 21.

En este sentido, el autor Gregorini Clusellas⁹⁶ citando a Rene de Sola nos dice que este último autor ensayó unas normas generales en este sentido y que creo son de útil aplicación al caso que estoy exponiendo:

A) Si la decisión de la mayoría es indiferente al interés permanente de la empresa y perjudica directamente los derechos de la minoría, esta merece protección. B) Si perjudica a la empresa y al accionista minoritario, la defensa de la primera que debe ser preocupación fundamental de la ley conlleva la de la minoría. C) Si es perjudicial a la minoría pero conforme al interés permanente de la empresa, los intereses de los accionistas minoritarios no pueden ser considerados legítimos ni dignos de protección.

Las normas generales de Rene de Sola, nos llevan a que haga referencia al medio natural y directo de donde se producen y precisamente donde la mayoría puede tomar las deliberaciones que afecten los legítimos intereses de la minoría o de la propia sociedad, es decir las asambleas de accionistas; de ellas, de los poderes y límites a la voluntad mayoritaria en este terreno, es de lo que me ocuparé a continuación.

V. 1.1.- LIMITES A LA VOLUNTAD MAYORITARIA EN LAS ASAMBLEAS

Por principio, como he señalado, corresponde a la mayoría la determinación de la voluntad de la sociedad, y esta determinación se da o se manifiesta en la asamblea de accionistas.

No obstante lo anterior, he de señalar que tal y como lo afirma el tratadista Manuel de la Cámara,⁹⁷ "la mayoría no es omnipotente, de modo que hay actos que escapan a su competencia y sólo pueden introducirse si media el consentimiento de todos los accionistas, o de los accionistas afectados por la

⁹⁶ Gregorini Clusellas E. ob. cit. pág. 19.

⁹⁷ De la Cámara Manuel. Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima. Editorial Civitas, S.A., Madrid 1995, pág. 166.

medida que pretende adoptarse. La dificultad consiste naturalmente en encontrar el criterio o los criterios que permiten separar las modificaciones que la asamblea puede acordar por mayoría y cuales no”.

A manera de ejercicio, supongamos que en una asamblea se hubieran observado todos los requisitos para su constitución, es decir la convocatoria, su debida publicación, la orden del día, la información financiera y documentos relativos a los asuntos que deba tratar la asamblea a disposición de los accionistas, quórum legal, sea ordinaria o extraordinaria etc., es decir que esté organizada conforme a derecho. En estas condiciones, la mayoría a quien corresponde la manifestación de voluntad de la sociedad toma una resolución manifiestamente contraria a los intereses de ésta y que acarrea perjuicios a los accionistas que no formen parte de este grupo mayoritario, y el cual como consecuencia de esa deliberación obtiene un mejor beneficio del daño que pudiera resultarle como integrante de la sociedad por la afectación de los intereses de ésta. En este sentido, es evidente que la ley no podrá amparar o proteger acciones de esta naturaleza y es por ello que existe en la legislación de la materia los límites a la voluntad mayoritaria.

Sin embargo, se tiene que aclarar que la ley no puede prever todos y cada uno de los casos que se pueden presentar como abusivos en las asambleas, ya que sería tanto como llevar a los límites que la imaginación humana tiene tanto para producir un bien como para producir un mal, por ello es que para determinar los límites a los poderes de la asamblea, creemos acertado seguir el planteamiento que hace Eduardo Albanell Mac – Coll, citando a De Gregorio, el cual consiste en lo siguiente: "La asamblea, para que pueda válidamente expresar su voluntad social, debe mantenerse dentro de ciertos límites. El acto constitutivo dicta la disciplina de organización del ente y las relaciones entre éste y los socios, disciplina de organización que no es libre, pues la condicionan leyes inderogables. En tanto esas leyes sean observadas, dicha disciplina puede ser sucesivamente variada mediante reformas estatutarias, pero a su vez este

principio tiene límites: 1) un límite en la voluntad declarada en el acto constitutivo, si se estableció que las reformas sólo se podrían hacer por la unanimidad de los accionistas y 2) un límite que surge de la necesidad de no afectar, en base a la sola voluntad de la mayoría, algunos presupuestos fundamentales que pueden considerarse como la "causa" por la cual el accionista, considerado en abstracto, ha consentido en tomar tal situación de accionista".⁹⁸

A estos derechos en donde la voluntad del ente no puede modificar o suprimir si no es con la anuencia de sus titulares, este autor les denomina "derechos individuales", que se distinguen de otros derechos que regulan la vida del ente mismo, y que en forma indirecta también regulan a los accionistas.

Respecto de esta clase de derechos, el autor español Manuel de la Cámara, señala lo siguiente:

"En nuestro país, como ha sido puesto de relieve, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido poniendo como límite al poder de la Junta el respeto bien a las bases esenciales de la sociedad (en el sentido de presupuestos del consentimiento prestado por los socios al entrar en la sociedad), bien a los derechos sustanciales de los accionistas; más recientemente se ha referido en forma reiterada a la existencia de unos derechos consustanciales e irrevocables del accionista y la interesante Sentencia de 30 de octubre de 1984 declaró que las Juntas Generales aún siendo soberanas para regir la vida estatutaria de la sociedad no pueden operar una injusta privación de sus derechos a los socios, lo que contravendría las normas legales y constitucionales que protegen la propiedad privada".⁹⁹

⁹⁸ Albanell Mac-Coll E. ob. cit. pág. 23.

⁹⁹ Manuel de la Cámara. Ob. cit, pág. 169.

Es por ello que, volviendo a los criterios de clasificación usados por De Gregorio, para que quede establecido que la asamblea y los accionistas aislados, puedan derogar o renunciar a esas normas (derechos individuales), será necesario distinguir entre los varios grupos de normas, pudiéndose clasificar en términos de este autor en:

- a) normas que la ley impone inderogablemente para la creación y funcionamiento del ente, a las que la asamblea tiene la obligación de someterse y los accionistas el derecho de exigir su observancia. La aceptación por éstos de su incumplimiento sería ineficaz, pues no estarían disponiendo de su interés individual, sino de un interés social;
- b) normas establecidas por la ley, pero que dan libertad al socio en el acto constitutivo de la asamblea para derogarlas, ya sea por mayoría simple o especial;
- c) normas que atribuyen derechos a las llamadas "minorías". Son aquéllas que pueden fácilmente ser confundidas con las normas atributivas de los llamados "derechos individuales", pero que en realidad tienen por función, como en las hipótesis precedentes, la de tutelar el interés del ente. No es exacto que aquí se trate de derechos atribuidos a una minoría frente a una mayoría, ya que todos pueden prevalecerse de ellos, aún cuando hayan integrado la mayoría;
- d) normas que atribuyen a los accionistas disidentes el derecho de receso en las hipótesis de algunas decisiones gravemente innovadoras. Aquí puede hablarse de un derecho individual, pero que no actúa con la eficacia de eliminar un poder deliberatorio de la asamblea;
- e) por último, normas que tutelan una esfera de interés del accionista singular, contra las cuales no pueden tener eficacia una decisión de la asamblea.

Este grupo, que se distingue del anterior en que aquél la decisión de la asamblea es válida y eficaz, comprende los más genuinos "derechos individuales."¹⁰⁰

De lo antes expuesto, puedo advertir que el poder de deliberación de la asamblea reconoce límites que derivan ya sea de la ley, ya del acto constitutivo o estatuto, ya de la obligación de respetar los derechos individuales. La violación de esos límites conlleva la nulidad y la minoría tiene esa acción para hacerla valer como se verá más adelante.

Ahora bien, tomando como base los grupos de normas señaladas, pasaré a exponer el siguiente apartado que constituye la parte medular de mi trabajo, ya que en este especificaré los derechos de los accionistas minoritarios tanto en la Ley General de Sociedades Mercantiles para posteriormente analizar los de la nueva Ley del Mercado de Valores.

V.1.2.- LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS EN LA SOCIEDAD ANONIMA Y ESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE MINORIA EN LAS NUEVAS SOCIEDADES DEL MERCADO DE VALORES.

Una vez expuestos los límites a la voluntad mayoritaria en las asambleas, toca el turno de examinar cada uno de los derechos que los accionistas minoritarios tienen para resolver las controversias que se les plantean tanto en la sociedad anónima común como en las nuevas sociedades del mercado de valores.

Para el logro de tal propósito, a continuación trataré de establecer un orden lógico y congruente con el punto fundamental de esta tesis, es decir los derechos de minoría establecidos en las legislaciones que he venido analizando. Así las cosas seguiré el siguiente orden:

¹⁰⁰ Albanell Mac-Coff E. ob. cit. pág. 24 y 25.

Como primer paso, enumeraré y describiré los derechos de minoría con base en la proporción mínima de capital que se requiere para ejercer el derecho en cuestión, es decir, en la Ley General de Sociedades Mercantiles y de esta forma los equipararé de acuerdo con el nuevo porcentaje establecido en la nueva Ley del Mercado de Valores.

En la Ley General de Sociedades Mercantiles, se encuentran 15 derechos de minoría que para ejercerlos se requiere del siguiente porcentaje: I.- 33% (5), II.- 25% (2), III.- 20% (1), IV.- 10% (1) y V.- Un solo accionista sin importar el monto de capital que represente. (6)

Son cinco los casos que en la Ley General de Sociedades Mercantiles se requiere de por lo menos el 33% para ejercer los derechos de minoría y estos son los siguientes:

I.1. Impugnación de acuerdos de asambleas. A pesar de que en el capítulo IV traté de exponer la acción de impugnación de los acuerdos de asambleas en ambas legislaciones, no puedo dejar de mencionar este derecho en este capítulo, sobre todo por darle un cierto orden al trabajo que vengo desarrollando.

Sin embargo, para no ser repetitivo en el tema, diré que en el caso de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el artículo 201, es la base sobre la que se asienta el sistema de impugnación de los acuerdos de las asambleas. Por su puesto que el porcentaje del que habla el artículo en cita, es criticable ya que priva a los accionistas que sumen el treinta y dos por ciento del capital del derecho de impugnar los acuerdos ilegales.

Una limitación adicional al ejercicio de este derecho, radica en que los accionistas podrán intentar su acción de oposición siempre que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de clausura de la

asamblea, lo que equivale a decir que basta con que transcurran quince días sin que haya impugnación para que una resolución anulable o radicalmente nula adquiera completa validez, a lo cual en mi opinión debiera dársele un mayor espacio en lo que se refiere a la prescripción de la acción.

En este aspecto, existe un precedente jurisprudencial, dictado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que establece que el término de quince días, debe de considerarse como días naturales, el cual transcribo en lo conducente:

"Cuando un accionista estima que por encontrarse en la hipótesis del artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles . . .

dentro de los quince días naturales siguientes que son a los que se refirió el legislador al incluir en el texto de la misma fracción el vocablo "siguientes" y no días hábiles".¹⁰¹

Otra situación más que observo en este precepto es que hace mención de las resoluciones de las asambleas generales, por lo que en una interpretación más detallada se podría decir que las resoluciones de las asambleas especiales quedan fuera de la aplicación de este artículo.

Por último, también creo que es necesario incorporar un procedimiento sumario para la acción de impugnación, el cual se distinguiera por su brevedad ya que los problemas prácticos que se presentan en relación con este tema requieren también de soluciones prontas y expeditas; tal vez una especie de arbitraje no acudiendo a tribunales pudiera ser la solución.

¹⁰¹ Semanario Judicial de la Federación, Novena Época Tomo VI; septiembre 1997, página 712 con el rubro: Oposición Judicial a la Asamblea de Accionistas, acción de cómputo del término de quince días para ejercerlo.

Por lo que se refiere a la nueva Ley del Mercado de Valores, en relación con el tema, se establece en los artículos 16 fracción V y 51 lo siguiente:

"Art. 16.- Los accionistas de las sociedades anónimas promotoras de inversión, tendrán derecho a:

...

V.- Oponerse judicialmente, conforme a lo previsto en el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a las resoluciones de las asambleas generales, siempre que gocen del derecho de voto en el asunto que corresponda, cuando tengan en lo individual o en conjunto el veinte por ciento o más del capital social de la sociedad, sin que resulte aplicable el porcentaje a que hace referencia dicho precepto..."

Y por su parte el artículo 51 ya visto en el capítulo IV indica:

"Art. 51.- Los titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el veinte por ciento o más del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales respecto de las cuales tengan derecho de voto, sin que resulte aplicable el porcentaje a que se refiere el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles."

El panorama que presenta esta nueva ley, básicamente se refiere a la reducción de porcentajes para llevar a cabo la acción de impugnación, lo cual creo es acertado ya que por la trascendencia que tiene una violación a los estatutos sociales, a preceptos de la ley o bien a pactos entre accionistas, la reducción de porcentajes permite por un lado dar mayor certidumbre jurídica a las inversiones que se realicen en estas nuevas sociedades, ampliando la banda de oportunidad de oposición a favor de los propios accionistas.

1.2. Derecho a exigir convocatoria para asamblea. Este derecho consiste en otorgar a aquellos accionistas que representen el 33% de capital, la facultad para exigir se expida convocatoria para una asamblea. En la Ley General de Sociedades Mercantiles, la facultad de convocar a asamblea corresponde al órgano de administración en principio, y sólo de un modo excepcional tienen ese derecho los comisarios; también los accionistas están autorizados para solicitar del consejo de administración que expida una convocatoria siempre que representen como señalé el treinta y tres por ciento del capital social tal como lo dispone el artículo 184 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

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

Si el administrador o consejo de administración, o los comisarios se rehusaren a hacer la convocatoria, o no lo hicieren dentro del término de quince días desde que hayan recibido la solicitud, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de quienes representen el treinta y tres por ciento del capital social, exhibiendo al efecto los títulos de las acciones".

En este segundo párrafo de esta disposición vale la pena señalar que si los órganos sociales citados no llevaran a cabo la convocatoria o no la hicieran dentro del término de los quince días a que se refiere el artículo, (debiendo interpretarse como días hábiles), siguiendo al Código de Comercio aunque refiriéndose a actuaciones judiciales en el artículo 1064 señala: "... *son días hábiles todos los días del año, menos los domingos y aquellos que no laboren los tribunales competentes en materia mercantil...*". Los interesados pueden

acudir ante la autoridad judicial del domicilio social, solicitando al juez respectivo que haga la convocatoria correspondiente.

Así pues, el Poder Judicial en un precedente jurisprudencial resolvió que es precisamente a los órganos sociales, a quien debiera dirigirse la petición judicial respectiva y no al presidente del consejo de administración, en la siguiente tesis bajo el título: "Asamblea General de Accionistas, Convocatoria, Legitimación Pasiva del Órgano de Administración o Vigilancia de la Sociedad", que en lo conducente señala:

"De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 183 y 184 de la Ley General de Sociedades Mercantiles a quien debe demandarse para que se convoque a asamblea general de accionistas de una sociedad es a la propia empresa por conducto de su administrador o administradores o bien a través de sus comisarios, esto es por conducto del órgano de administración o por el de vigilancia. En tal virtud, es inconcuso que la petición judicial para convocar a asamblea general de accionistas de la sociedad demandada no debió formularse en contra del presidente del consejo de administración de la misma, sino en contra de la citada sociedad, por conducto de su administrador, de su consejo de administración o de sus comisarios por ser éstos órganos, quienes están legitimados pasivamente en el juicio especial mercantil que se instaura para que el juez convoque a asamblea general de accionistas, salvo disposición estatutaria diversa".¹⁰²

Por otra parte, en la ley de la materia, existe la facultad de solicitar que se haga la convocatoria por cualquier accionista, aunque sólo posea una sola acción, siempre que no se haya celebrado asamblea en dos ejercicios consecutivos, o bien que las juntas anteriores no se hayan ocupado de aprobar el balance, nombrar administradores o determinar emolumentos correspondientes a éstos y a los comisarios según se dispone en el artículo 185 de esta misma Ley.

¹⁰² Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, tomo III, junio 1996. pág. 788.

Por su parte, el artículo 16 multicitado y 50 fracción II, ambos de la nueva Ley del Mercado de Valores en su fracción III, establecen al respecto lo siguiente:

"Art. 16.- Los accionistas de las sociedades anónimas promotoras de inversión, tendrán derecho a:

...

III.- Solicitar al presidente del consejo de administración o, en su caso, a cualquiera de los comisarios, respecto de los asuntos sobre los cuales tengan derecho de voto, se convoque en cualquier momento a una asamblea general de accionistas, para dentro de tres días naturales y sin necesidad de nueva convocatoria, siempre que en lo individual o conjuntamente tengan el diez por ciento del capital social de la sociedad, sin que resulten aplicables los porcentajes a que hace referencia el artículo 184 de la Ley General de Sociedades Mercantiles".

"Art. 50.- Los accionistas titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el diez por ciento del capital social de la sociedad tendrán derecho a:

...

II.- Requerir al presidente del consejo de administración o de los comités que lleven a cabo las funciones en materia de practicas societarias y de auditoría a que se refiere este ley, en cualquier momento, se convoque a una asamblea general de accionistas, sin que al efecto resulte aplicable el porcentaje señalado en el artículo 184 de la Ley General de Sociedades Mercantiles..."

También en el caso del derecho a exigir convocatoria para asamblea, se ve reducido el porcentaje para ejercitar dicho derecho en estos nuevos artículos descritos, lo cual nos lleva a señalar la protección que esta nueva ley del mercado de valores trata de dar al accionista minoritario contra las prácticas relacionadas con falta de transparencia y responsabilidad de los órganos internos de la sociedad; sin embargo, considero que se deberá cuidar también que no se abuse de dicho derecho ya que pudiera dar lugar a convocar a la celebración de asambleas en cualquier tiempo no importando que ya se hubiese celebrado varias asambleas, o incluso de hubiera celebrado la anual, ya que así se dispone en el multicitado artículo 184.

I.3. Derecho de Aplazamiento de Votación. Este derecho consiste en solicitar por parte de los accionistas, se aplaze la votación de un punto a tratar en la asamblea, es decir otorgar a los accionistas la oportunidad de documentarse perfectamente, para evitar ser víctima de sorpresas por el desconocimiento de hechos propios de la sociedad en su caso.

Este derecho se mezcla con dos disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la primera, el artículo 173 que en específico establece que durante el plazo que media entre convocatoria y asamblea, los libros y documentos relativos a los asuntos que han de ser tratados en ésta, deben quedar a disposición de los accionistas por lo menos quince días, pudiendo con esto conocer los antecedentes que le permitan intervenir en las deliberaciones en la forma que más convenga a sus intereses.

La segunda, el artículo 199, donde a solicitud de los accionistas que reúnan el treinta y tres por ciento de las acciones representadas en una asamblea, se aplazará para dentro de tres días, y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados. Este derecho no podrá ejercitarse sino una sola vez para el mismo asunto.

Este término de "cualquier asunto" es muy amplio, lo que permite interpretar que no solamente da derecho a pedir el aplazamiento de votación de un punto de la orden del día, sino también cualquier resolución que tuviera que tomarse dentro del contenido de cada uno de los puntos de la orden del día, según lo dispone el artículo 199 antes citado.

A mayor abundamiento, cabe señalar que al expresar la ley que puede aplazarse la votación de "cualquier asunto", en el que no se tenga suficiente información, puede validamente preguntarse a juicio de quien, ya que si esto se deja al arbitrio del accionista, no habrá forma de impedir, que uno o más accionistas consideren insuficiente la información, por más que la presidencia o la secretaria de la asamblea, o el mismo órgano de administración, se hayan esmerado en presentarla lo más completa posible.

Este derecho por supuesto se tiene que hacer valer durante el desarrollo de la asamblea, se debe pedir cuando los accionistas no se consideren lo suficientemente informados, de hecho esto será en todo caso lo que de justificación a este derecho, que el accionista al no saber por falta de información en que sentido debe pronunciar su voto, pueda pedir el aplazamiento en la votación. El aplazamiento consiste en, posponer por tres días, la toma de la resolución de un punto a tratar en la asamblea. La ley considera no precisamente tres días exactos, sino que "dentro" de tres días, lo cual trae consigo una serie de problemas prácticos para aplicar este derecho, como por ejemplo cuando se pide el aplazamiento de la votación, en realidad se esta pidiendo el aplazamiento de la propia asamblea, y si se siguiera lo establecido en dicho precepto, dicho diferimiento se haría sin convocatoria, y esto traería como consecuencia, que se tuvieran que resolver, prácticamente sin respuesta, alguna de las siguientes interrogantes: ¿Que pasaría con los asistentes a la asamblea cuya votación quiere suspenderse o aplazarse, y no pudieran asistir dentro de tres días en que se reanudare el punto aplazado? y

otra más ¿En que situación quedarían quienes no habiendo asistido a la asamblea que se comenta, se enteraren por cualquier otro medio, y quisieran asistir a la continuación de la asamblea, que se lleve a cabo el tercer día, para participar en la votación aplazada?

Desde mi punto de vista, cualquier respuesta que se quisiera dar al respecto de las dos interrogantes señaladas, podría traer dificultades serias, porque fácilmente se puede entrar en una serie de conflicto de intereses.

Igualmente, y en virtud de que la asamblea no ha sido clausurada, no podría levantarse el acta respectiva y por tanto, no habría aprobación de la misma, dejando en el aire las resoluciones que si se hubieran adoptado validamente, en virtud de que sería muy difícil aceptar, que el acta respectiva fuera levantada al tercer día, en la continuación de la asamblea, por falta de integración del mismo quórum que hubiera asistido a la primera, y como quedó dicho, sería muy difícil que volvieran a presentarse los mismos que asistieron por llamarlo así, a la primera asamblea.

Ahora bien, por lo que respecta a la nueva Ley del Mercado de Valores, la fracción III, del artículo 16 establece lo siguiente:

"Art. 16.- Los accionistas de las sociedades anónimas promotoras de inversión, tendrán derecho a:

...

III.- Solicitar al presidente del consejo de administración o, en su caso, a cualquiera de los comisarios, respecto de los asuntos sobre los cuales tengan derecho de voto, se aplace por una sola vez la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados, para dentro de tres días naturales y sin necesidad de nueva convocatoria, siempre que en lo

individual o conjuntamente tengan el diez por ciento del capital social de la sociedad, sin que resulte aplicable el porcentaje a que hace referencia el artículo 199 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

...

Por su parte, el artículo 50 fracción III, señala lo siguiente:

“Art. 50.- Los accionistas titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el diez por ciento del capital social de la sociedad tendrán derecho a:

...

III.- Solicitar se aplace por una sola vez, por tres días naturales y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados, sin que resulte aplicable el porcentaje señalado en el artículo 199 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Estas fracciones se dan en el sentido de reducir los porcentajes para ejercer el derecho, lo que hace más riesgoso la aplicación de este derecho por lo antes mencionado, por lo tanto considero que en todo caso sería preferible que se perfeccionara lo relacionado a la información financiera que tienen derecho a pedir los accionistas, en el sentido de que éstos pidieran aclaraciones o información adicional que consideraren pertinentes antes de la celebración de la asamblea, de tal forma que cuando esta se llevará a cabo, el accionista o accionistas llegaran lo suficientemente informados y votaran con pleno conocimiento de causa, evitando con ello aplazamientos que resultasen solamente para entorpecer la marcha de la sociedad.

I.4. y I.5 Acción de responsabilidad en contra de consejeros y comisarios.
La responsabilidad de los administradores ya fue vista también a través del

capítulo IV, tanto a nivel de la Ley General de Sociedades Mercantiles, como lo establecido en la nueva Ley del Mercado de Valores, a mi entender para complementar a este derecho de minoría respecto a la acción de responsabilidad en contra de los administradores, pudiera sugerir que en el artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se fijara un límite de tiempo para ejercer dicho derecho, así como agregar la posibilidad de componendas arbitrales para no tener que acudir ante el órgano jurisdiccional.

Asimismo, faltaría aclarar lo que se estipula en el artículo 16 fracción IV de la nueva Ley del Mercado de Valores ya citado.

“Art. 16.- Los accionistas de las sociedades anónimas promotoras de inversión, tendrán derecho a:

...

IV.- Ejercer la acción de responsabilidad civil contra los administradores en beneficio de la sociedad, en términos de lo previsto en el artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y sin necesidad de resolución de asamblea general de accionistas, cuando en lo individual o en conjunto tengan el quince por ciento o más de las acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido o sin derecho a voto. Dicha acción podrá ejercerse también respecto de los comisarios para los efectos que correspondan de acuerdo con el artículo 171 del citado ordenamiento legal...”

Como se observa, este artículo también es aplicable para la responsabilidad de los comisarios por lo que hace a la nueva Ley del Mercado de Valores, pero por lo que se refiere a la Ley General de Sociedades Mercantiles, baste decir que le son aplicables las disposiciones para el ejercicio de la acción de responsabilidad en contra de los administradores para los comisarios, siendo igualmente aplicables los comentarios vertidos en este sentido en el punto anterior.

Por último es pertinente que recordemos que en el caso de las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil, la figura del comisario no existe y en su caso, se sustituye por los comités de prácticas societarias y de auditoría quienes tendrán a su cargo junto con el consejo de administración, dichas funciones.

Toca el turno de hablar del porcentaje relativo al 25% del capital social y en este caso la Ley General de Sociedades Mercantiles establece dos supuestos para esta tenencia accionaria.

II.1. Nombramiento de consejeros. Otro más de los derechos de la minoría es el relativo a nombrar administradores. Tal como señalé en el punto anterior, pero en este caso para la designación, son aplicables los mismos requisitos para los administradores que los comisarios, es decir, los accionistas que representen un veinticinco por ciento del capital social, tendrán derecho a nombrar un administrador quien gozará de iguales derechos y prerrogativas que los nombrados por la mayoría, y que no podrá revocarse el nombramiento de este administrador o administradores designados por las minorías más que cuando se revoque el nombramiento de todos los demás administradores, así se establece en el artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Este artículo 144 deja ver que el nombramiento de consejeros se vincula a lo establecido en el contrato social ya que se establece que cuando los administradores sean tres o más, la minoría podrá nombrar un consejero, o sea que de alguna manera esta situación forma parte del acuerdo inicial de voluntades. Asimismo, el mencionado artículo 144 acota este derecho de regulación en el propio contrato social, precisamente cuando por una parte dice "pero en todo caso" y más adelante establece "cuando menos", situaciones ellas que indican que es el 25% del capital, quien nombrará a un consejero.

Otra situación que presenta este artículo es cuando menciona que cuando sean tres o más administradores, el 25% del capital social podrá nombrar cuando menos un consejero, a lo cual si se interpretara de forma literal y si el consejo estuviera integrado con sólo tres consejeros, lo que pudiera suceder es que si existieran cuatro minorías del 25% del total del 100% del capital social, sólo tres minorías podrían hacer nombramiento, claro que esto en la práctica sería muy difícil que ocurriera pero puede ser que en un determinado momento pudiera lograrse.

Por otra parte, considero que para el nombramiento de los administradores es insuficiente el aspecto de la representación proporcional ya que cuando las minorías no alcanzan este 25% se quedan sin ninguna representación; y aún suponiendo que lo alcanzaran, su derecho puede resultar casi nulo, pues el número de administradores puede ser muy elevado, quedando entonces la representación minoritaria en un solo administrador que nada puede hacer frente a los designados por la mayoría.

En este sentido, pudiera ser más conveniente que en el derecho de minoría, se atribuyera una proporción respecto del número de consejeros nombrados para integrar el consejo de administración. Así en lugar de establecer un número específico de miembros del consejo de administración a nombrarse por la minoría, éste se estableciera en proporción al número total de consejeros que la mayoría designe, como por ejemplo nombrar a la cuarta parte de los consejeros que integrasen el consejo de administración.

En el caso de las sociedades del mercado de valores, funciona de la siguiente forma:

"Art. 16.- Los accionistas de las sociedades anónimas promotoras de inversión, tendrán derecho a:

I.- Designar y revocar en asamblea general de accionistas a un miembro del consejo de administración, cuando en lo individual o en conjunto tengan el diez por ciento de las acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, sin que resulte aplicable el artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Tal designación, sólo podrá revocarse por los demás accionistas, cuando a su vez se revoque el nombramiento de todos los demás consejeros, en cuyo caso las personas sustituidas no podrán ser nombradas con tal carácter durante los doce meses inmediatos siguientes a la fecha de revocación".

Por su parte, con relación a la sociedad anónima promotora de inversión bursátil, en el artículo 50 establece lo siguiente:

"Art. 50.- Los accionistas titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el diez por ciento del capital social de la sociedad tendrán derecho a:

I.- Designar y revocar en asamblea general de accionistas a un miembro del consejo de administración. Tal designación, sólo podrá revocarse por los demás accionistas cuando a su vez se revoque el nombramiento de todos los demás consejeros, en cuyo caso las personas sustituidas no podrán ser nombradas con tal carácter durante los doce meses inmediatos siguientes a la fecha de revocación.

..."

Como se puede ver, el porcentaje para llevar a cabo la designación se ve disminuido en ambos casos para el nombramiento de consejero, no siendo aplicable el porcentaje del que habla el artículo 144 citado, lo cual en mi opinión pudiera originar una mayor protección a los grupos minoritarios, sin embargo se

reitera el comentario anterior, en relación con una proporción más adecuada al número total de consejeros que la mayoría llegue a designar.

II.2. Nombramiento de Comisarios. Por su puesto que la Ley General de Sociedades Mercantiles, prevé la posibilidad de llevar a cabo la designación de un órgano de vigilancia, según lo vimos en el capítulo II de este trabajo, cuyas funciones son como su nombre lo indica, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad; dar parte a la asamblea de las irregularidades en la administración, acompañadas de sus consideraciones y de las propuestas que estimen pertinentes, tal y como quedó apuntado en el referido capítulo II.

El procedimiento que se sigue en la Ley General de Sociedades Mercantiles para designar comisarios, es exactamente igual que para los administradores, es decir que cuando sean tres o más, el contrato social determinará los derechos que le corresponden a la minoría en la designación, pero que en todo caso la minoría que represente el veinticinco por ciento del capital social, nombrará cuando menos un comisario. Además, se establece que sólo podrá revocarse el nombramiento del comisario nombrado por la minoría cuando se revoquen igualmente los nombramientos de todos los demás comisarios.

Sin embargo, en la práctica es difícil que existan tres o más comisarios en cualquier sociedad anónima, ya que en la mayoría de los casos existe solamente uno, por ello es que la remisión que se hace en el artículo 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles respecto del órgano de vigilancia, con relación al órgano de administración, es decir al artículo 144 de la citada ley, no es posible aplicarla y por lo tanto tendría razón de ser.

A decir de este derecho en la nueva Ley del Mercado de Valores, el artículo 16 fracción II establece lo siguiente:

"Art. 16.- Los accionistas de las sociedades anónimas promotoras de inversión, tendrán derecho a:

...

II.- Nombrar a un comisario cuando en lo individual o en conjunto tengan el diez por ciento de las acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, o sin derecho a voto, sin que resulte aplicable el porcentaje que corresponda conforme al artículo 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (25%).

..."

Tal derecho no podrá ejercerse cuando la sociedad se ubique en el régimen previsto en el artículo 15 de esta Ley, por virtud del cual prescindan de la figura del comisario. Es decir, cuando esta sociedad adopte para su administración y vigilancia, el régimen relativo a la integración, organización y funcionamiento de las sociedades anónimas bursátiles, el requisito de comisario se nulifica pero en todo caso se deberá tener un auditor externo independiente y un comité integrado por consejeros que ejerza las funciones de auditoria en sustitución de la figura del comisario.

Lo anterior, de acuerdo con la exposición de motivos de la nueva Ley del Mercado de Valores, representa una innovación al régimen vigente de la Ley General de Sociedades Mercantiles puesto que desde siempre ha mantenido las funciones de vigilancia en dicho órgano, aunque de antemano se sepa que cuando existen accionistas de control, el consejo de vigilancia se transforma en un órgano del grupo de control y cuando la tenencia del capital social se encuentra dispersa, se ha llegado a observar que el consejo de vigilancia se convierte en un órgano de consulta y asesoramiento, más no de vigilancia.

Incluso en mi opinión, en muchas ocasiones el comisario obra de acuerdo y en razón a los intereses del administrador, desvirtuándose dicho órgano de tal forma que éste carece por lo general, de capacidad técnica así como de independencia necesaria para ejercitar su cargo debidamente. En consecuencia, considero que la eliminación de este órgano no es del todo una pérdida de un derecho a favor de las minorías, sino más bien una nueva forma de organizar las actividades de vigilancia en las modernas sociedades del mercado de valores.

Ahora se verá lo relacionado con el 20% del capital, que en este caso sólo existe un caso consagrado en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

III.1. Oposición a la escisión. Este derecho de minoría existe cuando en una sociedad se ha acordado por unanimidad de votos o por la mayoría de votos necesaria la escisión de la sociedad, esto a través de la celebración de una asamblea extraordinaria de accionistas. En este caso, la Ley General de Sociedades Mercantiles permite que una minoría de socios que representen al menos el 20% del capital social, se puedan oponer, fuera de asamblea a que se lleve a cabo dicha escisión. Por exceder los límites de este trabajo, no explicaré a mayor detalle todo lo que conlleva este procedimiento.

El artículo 228 bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece en sus partes conducentes lo siguiente:

Art. 228 bis.- Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportados en bloque a otra sociedades de nueva creación denominadas escindidas ...

La escisión se registrará por lo siguiente:

I.- Sólo podrá acordarse por resolución de la asamblea de accionistas ... exigida para la modificación del contrato social ...

V.- La resolución de escisión deberá protocolizarse ante notario público ... deberá publicarse en la gaceta oficial ... un extracto de dicha resolución ... indicando claramente que el texto completo se encuentra a disposición de socios y acreedores ... durante un plazo de 45 días ...

VI.- Durante el plazo señalado cualquier socio o grupo de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de capital ... podrá oponerse judicialmente a la escisión ...

Como se expresa en el artículo transcrito, se da este derecho de minoría en el caso de la escisión, cuando una sociedad denominada escidente, decide dividir la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social, en dos o más nuevas sociedades, que se llaman escindidas, a las cuales se les aportará en bloque el mencionado activo, pasivo y capital.

Conforme a lo anterior, para que la escisión surja deberá ser aprobada en asamblea extraordinaria. La oposición a la escisión es un derecho que se ejerce fuera de la asamblea, quiere esto decir que si reunida la asamblea extraordinaria, la mayoría lo aprueba, el proceso podrá seguir avanzando, pero si no se obtiene en ese preciso momento de la asamblea la mayoría de los votos, desde aquí quedaría insubsistente.

En este caso el artículo 228 bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece, que el socio o los socios que representen el 20% del capital social "por lo menos" se pueden oponer a la escisión.

La oposición como el propio artículo 228 bis lo indica, tiene que ser judicial para hacer valer el referido derecho de oposición, esta traerá como consecuencia

que los efectos de la escisión se suspendan; por ello es que se entiende que esta oposición es más que un derecho de minoría, ya que es en realidad un derecho de veto, pero éste, con una característica especial, que consiste en que es ejercido fuera de la asamblea. El efecto de suspensión prevalecerá hasta que se de alguno de los siguientes supuestos de acuerdo con el citado art. 228 bis: a) Que cause ejecutoria la sentencia que declare infundada la oposición, b) Se dicte resolución que de por terminado el procedimiento sin que hubiere procedido la oposición y c) Se llegue algún convenio con los opositores.

Además como requisito para que proceda la suspensión, los promoventes de la misma, deberán otorgar fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudiera causarse a la sociedad por la suspensión.

El plazo para ejercer este derecho, es de 45 días naturales, contados a partir de que se hubiesen efectuado la inscripción en el Registro Público de Comercio, que la ley obliga que se lleve a cabo de la asamblea extraordinaria en donde se apruebe la escisión, la cual primeramente deberá ser protocolizada y posteriormente inscrita, e igualmente el plazo comienza a correr a partir de que se hayan llevado a cabo dos publicaciones de la escisión, una en la gaceta oficial y otra en alguno de los periódicos de mayor circulación, ambos del domicilio de la escidente.

Con independencia de lo anterior, el art. 228 bis, no prevé la posibilidad de que surta efectos la escisión al momento de la inscripción en el Registro Público de Comercio, como en el caso de la fusión si se pacta el pago de todas sus deudas o se constituyera el depósito de su importe en una institución de crédito, o constare el consentimiento de todos sus acreedores, de acuerdo con el artículo 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. En este caso no es así ya que no existe un artículo similar.

Aparte de que tiene que esperarse a la inscripción y a ambas publicaciones, se otorga un plazo de 45 días para que cualquier socio o grupo de socios que representen por lo menos el 20% del capital, o un acreedor puedan oponerse judicialmente a la escisión, lo cual rompe con el principio de que los acuerdos tomados en la asamblea son validos para ausentes y disidentes.

Asimismo, tal y como esta redactado este artículo, permite el ejercicio del derecho de minoría una vez que la asamblea extraordinaria ya aprobó la escisión, y esta no solamente está clausurada, sino que inclusive ya está inscrita en el Registro Público de Comercio, lo cual desde mi punto de vista debiera ser durante la asamblea y no con posterioridad a ella.

Toca el turno del derecho que exige el 10% de capital social para su ejercicio, que al igual que en el caso anterior, sólo existe un caso.

IV.1. Nombramiento de consejeros, en una sociedad pública. Se consagra en el artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y es ejercido por accionistas que representen el 10% del capital social, quienes tendrán derecho a nombrar un consejero. Es necesario señalar que este artículo es una regla que existe para sociedades públicas reguladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles y no en la Ley del Mercado de Valores. En este sentido, considero que esta norma esta mal ubicada, en el sentido de que interfiere en el campo específico de la actual Ley del Mercado de Valores y más concretamente con el artículo 14 bis 3, fracción III que señala:

"III.- Toda minoría de tenedores de acciones de voto restringido distintas a las que prevé el artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles o de voto limitado a que alude dicho precepto, que represente cuando menos un diez por ciento del capital social en una o ambas series accionarias, tendrá el derecho de designar por lo menos a un consejero y su respectivo suplente; a falta de esta designación de minorías, los tenedores de dicha clase de acciones

gozarán el derecho de nombrar a por lo menos dos consejeros y sus suplentes. En el segundo caso, las designaciones, así como las substituciones y revocaciones serán acordadas en asamblea especial.

Los titulares de acciones con o sin derecho a voto que representen cuando menos un diez por ciento del capital social, podrán designar un comisario.

Sólo podrán revocarse los nombramientos de los consejeros o comisarios designados por los accionistas a que se refieren los dos párrafos anteriores, cuando se revoque el de todos los demás”.

La confusión que surge de este precepto es que si este derecho de minoría, sólo se ejerce para la clase especial de acciones a que se refiere el propio precepto, o bien como parece lo indica el artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, para cualquier tipo de accionista, aparte obviamente de abrogar dicho párrafo para que evitar mayores confusiones al respecto.

Ahora expongo los seis casos en los que la Ley General de Sociedades Mercantiles, requiere de la iniciativa de un solo accionista para ejercitar el derecho de minoría.

V.1. Derecho de convocar a asamblea por un solo accionista. Este derecho de acuerdo con el artículo 185 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se puede ejercer por un solo accionista cuando no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos o bien cuando las asambleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de los asuntos que indica el artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (asamblea ordinaria).

Igualmente que en el caso que se prevé para los accionistas minoritarios que representan el 33% del capital social para convocar a asamblea de accionistas,

debe de hacerse valer este derecho ante el administrador, el consejo de administración o ante los comisarios, si éstos se rehusaren a hacerlo o bien no la hicieran dentro de los quince días siguientes a que hubieran recibido la solicitud, podrá hacerse ante el juez competente, mediante la demanda respectiva.

La ley agrega dos requisitos adicionales de los que se exigen al 33% y son los siguientes:

1.- Que se tendrá que enviar traslado de la petición que se formule ante el juez, el administrador, consejo de administración y a los comisarios, aunque es pertinente que señale que no existe una explicación lógica de esto ya que ambos órganos sociales se supone que se les tuvo que requerir la petición de la convocatoria previamente y por causa del mismo rechazo se acude ante el órgano jurisdiccional. Tal vez sea para que aleguen lo que a su derecho convenga y así asegurar la debida garantía de audiencia.

2.- Que el punto se decida siguiendo la tramitación establecida para los incidentes en los juicios mercantiles (este es un requisito procedimental que tendría que también haber sido agregado al caso de la convocatoria del 33% para unificar criterios legislativos).

Desde mi punto de vista, esta última parte del artículo, es decir seguir la tramitación del punto de acuerdo a la forma establecida para los incidentes en los juicios mercantiles, sería mejor establecer que la tramitación fuera a través de un procedimiento arbitral establecido en los propios estatutos y con esto ahorrar incluso los gastos que se generaran por estos conceptos.

V.2. Derecho de un accionista a recibir copia de la información financiera de la sociedad. Se trata básicamente de solicitar el informe que contiene toda una serie de datos numéricos y contables que se denominan estados

financieros, además del dictamen del comisario, que la sociedad pone a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la celebración de una asamblea ordinaria. En este caso, la última parte del artículo 173 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece el derecho de los "accionistas" a que se les entregue una copia del informe correspondiente. Aunque el artículo en cita, no establece que sea un solo accionista, el término genérico "accionistas", deduce que puede ser uno sólo de éstos y no los tenedores de un cierto porcentaje mínimo de capital por lo que creo que se puede catalogar este derecho como uno de esos derechos en los que un solo accionista puede ejercerlo.

En la nueva Ley del Mercado de Valores, no varió el porcentaje de acciones para poder ejercer este derecho, sino que al igual que la Ley General de Sociedades Mercantiles, lo reglamenta como un derecho de minoría que puede ser ejercido por un solo accionista.

El artículo 49 fracción I, visto en el punto III.5.4 de este trabajo, donde abordé el tema de las asambleas de accionistas y los derechos de los socios en las sociedades anónimas bursátiles, se establece lo siguiente:

"Art. 49.- Los accionistas de las sociedades anónimas bursátiles, sin perjuicio de lo que señalen otras leyes o los estatutos sociales, gozarán de los derechos siguientes:

I.- Tener a su disposición, en las oficinas de la sociedad, la información y los documentos relacionados con cada uno de los puntos contenidos en el orden del día de la asamblea de accionistas que corresponda, de forma gratuita y con al menos quince días naturales de anticipación a la fecha de la asamblea".

La única mención que pudiera hacer de este numeral es que el hecho de que la información que deba ser entregada a los accionistas sea en forma gratuita,

rompe con los esquemas modernos que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, ha impulsado en los últimos tiempos, es decir creo que se ahorraría bastante en la sociedad, si se permitiera hacer esta entrega a los accionistas, a través de medios electrónicos y no obligar a tenerla en documentos como se establece actualmente.

V.3. Petición judicial del nombramiento de comisario. El artículo 168 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que cuando por cualquier causa faltare la totalidad de los comisarios, el consejo de administración deberá convocar en el término de tres días a una asamblea general de accionistas para que esta haga la designación correspondiente.

En principio este derecho se debe a que una sociedad anónima común, no puede operar sin la existencia de un comisario, como órgano encargado de revisar el actuar del órgano de administración, en beneficio de los accionistas.

Ahora bien, en el caso de que el órgano de administración, no convocará en el término de tres días, cualquier accionista puede ocurrir a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad para que este haga la convocatoria, sin embargo la ley no aclara si estos tres días son para convocar a asamblea o si la asamblea debiera celebrarse a los tres días que se convocara, para lo cual creo que la interpretación es que se tienen tres días para convocar y la celebración de la asamblea se llevaría a cabo a los quince días de acuerdo con el artículo 186 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por otra parte, en el caso de que hecha la convocatoria, no se reúna la asamblea o reunida ésta no se hiciera la designación correspondiente, el juez también a solicitud de cualquier accionista deberá nombrar a los comisarios, quienes funcionarían hasta que la asamblea general de accionistas hiciera el nombramiento definitivo.

Como se observa, este artículo tiene dos derechos de minoría ejercidos por un solo accionista, el que se refiere a lograr que se convoque la asamblea para el nombramiento de comisario o comisarios y, el que permite al accionista acudir en caso de que no se reúna la asamblea o no haga el nombramiento respectivo en esta, directamente al órgano judicial a solicitarle que éste lleve a cabo el nombramiento, se tratan en un mismo punto ya que uno es consecuencia del otro y los dos se refieren a un solo supuesto, es decir no puede funcionar una sociedad anónima común sin la presencia de comisarios.

Con respecto a la nueva Ley del Mercado de Valores, me remito a los comentarios relacionados con la desaparición de este órgano en las nuevas sociedades anónimas del mercado de valores.

V.4. Denuncia de irregularidades a los comisarios. Como mencione anteriormente, si la ley señala "cualquier accionista" se esta en presencia de un derecho que puede ser ejercido por un solo accionista, bastando que sea propietario de una acción; por lo que los accionistas pueden y deben denunciar por escrito a los comisarios de los hechos que estimen como irregulares, de la administración, así se establece en el artículo 167 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Estas denuncias, deberán estar contenidas en los informes que rindan a la asamblea general de accionistas.

V.5. Nombramiento de liquidadores. A este respecto, el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, señala que las sociedades anónimas se disuelven por cualquiera de las causas que en él se señalan, dentro de estas causas una opera de forma natural y es la primera, es decir por la expiración del término fijado, y las demás son causas de disolución anticipada.

El maestro Rodríguez Rodríguez¹⁰³ considera en este sentido que "si en la escritura se ha fijado un tiempo fijo, el transcurso del mismo determina la disolución automática de la sociedad... y añade, no hay necesidad de acuerdo alguno de los socios. El mismo sólo se requiere para las demás causas de disolución (en los demás casos, comprobada por la sociedad la existencia de causas de disolución".

Asimismo, el jurista Joaquín Garrigues indica: la disolución de la sociedad se realizará por el sólo transcurso del término establecido para su duración.¹⁰⁴

De acuerdo con el artículo 236 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, si no hay una disposición diferente en el contrato social, el nombramiento de los liquidadores se hará por acuerdo de los socios, y deberá hacerse en el mismo acto en que se acuerde o reconozca la disolución.

Otro aspecto del nombramiento de liquidadores es que la ley no señala que clase de asamblea debe convocarse para dichos efectos. El art. 236 señala que dicho acuerdo será tomado en la proporción y forma que esta ley señala, según la naturaleza de la sociedad, para el acuerdo sobre disolución. En mi opinión debe ser que cuando la sociedad caiga en la causa de disolución natural, es decir por la expiración del tiempo, esta se podría tomar en una asamblea ordinaria y en este caso la asamblea para nombrar liquidadores también debiera ser ordinaria, pero si la causa de disolución fuera por cualquier de las otras cuatro fracciones, entonces debiera ser de carácter extraordinaria por ser anticipada y cae en los asuntos del artículo 182 fracción II de la Ley de la materia y por ende la designación de los liquidadores será en asamblea extraordinaria.

¹⁰³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. ob. cit. pág. 436.

¹⁰⁴ Garrigues Joaquín. ob. cit. pág. 312.

El Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, en su tesis cuyo rubro es: *"Sociedades. Previamente a acudir ante la autoridad judicial a solicitar que se declare su disolución, esta debe proponer a la asamblea"*, ha ratificado lo señalado anteriormente en este punto, agregando la necesidad de que la determinación del nombramiento del liquidador, debe ser tomada por la asamblea primera, y luego por el Juez.

"El artículo 232 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que de las causas de disolución de una sociedad, contenidas en las fracciones I a V del diverso numeral 229 del mismo ordenamiento, únicamente la que se refiere a la expiración del término fijado en el contrato, se realizará por el sólo transcurso del tiempo; . . . Por su parte el artículo 182 fracción II de la citada ley mercantil prevé que la disolución anticipada de la sociedad deberá determinarse en asamblea extraordinaria cuya celebración puede ser solicitada por cualquier socio, según lo disponen los artículos 183 y 184 siguientes. . . resulta necesario que la sociedad mercantil de que se trate se pronuncie al respecto, previamente a formular la solicitud correspondiente ante el órgano judicial; de ahí que si tal determinación no ha sido tomada por la asamblea, el juez natural se encuentra imposibilitado para decretarla."¹⁰⁵

Si por cualquier motivo no se hace el nombramiento de los liquidadores, lo hará el juez a petición de cualquier socio, art. 236 segundo párrafo.

V.6. Revocación del nombramiento de liquidadores. La revocación se lleva a cabo en un acuerdo de accionistas, tiene los mismos rasgos de la hecha con relación a su nombramiento en relación a una asamblea ordinaria cuando se trate del acuerdo que determine la disolución y liquidación si es por la causa natural (expiración del tiempo fijado en el contrato social), y asamblea extraordinaria por los otros supuestos de disolución anticipada.

¹⁰⁵ Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo V, junio 1997, pág. 784.

Este derecho se puede ejercer por cualquier socio si justifica la causa grave para llevar a cabo la revocación, según lo establece el artículo 238 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Respecto de la justificación que el socio debe hacer de "causa grave", me parece un poco subjetivo el término ya que no especifica con detalle y eso da pie a la interpretación, que tendrá que ser a juicio del juzgador para que sea él y nadie más que juzgue sobre el particular.

Lo expuesto, permite establecer que en el campo de las sociedades anónimas existe un incuestionable problema con relación a las minorías, el cual se ha desarrollado en los últimos años, teniendo repercusiones de tipo económico y legal.

Por otro lado, es necesario establecer propuestas de protección que a través de la Ley del Mercado de Valores se le den a las minorías, siendo en mi opinión posibles de mejorar si se adecua la ley marco que es la Ley General de Sociedades Mercantiles, sin embargo, quiero mencionar que toda medida que se llegue a tomar en este sentido, no debe afectar la buena marcha de las sociedades, siendo necesario seleccionar cuidadosamente los medios que sean necesarios para lograr dicho propósito, mediante controles en los órganos sociales en las sociedades anónimas.

CONCLUSIONES

1.- La situación del accionista frente a la sociedad está configurada por un complejo formado de derechos y obligaciones, siendo la naturaleza jurídica de este complejo un verdadero status que esta determinado por la Ley y por los estatutos sociales.

2.- Dentro de la clasificación de los derechos patrimoniales del accionista, el más importante es el derecho al dividendo, que se traduce en tener el accionista la posibilidad de participar en las probables ganancias de la sociedad; existe cuando la asamblea así lo determina basándose en un balance aprobado por la misma, que efectivamente arroje utilidades, aún cuando la nueva Ley del Mercado de Valores disponga otra situación.

3.- Dentro de los derechos de consecución, el más importante es el derecho de voto, toda vez que asegura la participación del accionista en la formación y ejecución de la voluntad social, por lo que no puede ser eliminado por la asamblea ni renunciado por sus titulares, aún cuando la nueva Ley del Mercado de Valores disponga otra situación.

4.- Para la marcha de la sociedad, debe privar el principio mayoritario como forma única del normal funcionamiento de la misma, entendiéndose que si bien a la mayoría corresponde la gestión social, quien no participe de ella tampoco debe estar a merced de aquella, ni tampoco debe llegarse a un excesivo celo proteccionista de las minorías, que sería también por otro lado, asfixiante para la sociedad.

5.- Todo derecho o actividad que se ejercite para proteger a la mayoría o a la minoría, debe contener forzosamente como presupuesto básico, la protección del mucho más importante interés social.

6.- El interés social, se encuentra delimitado en el objeto social en sentido concreto, fijado en el acto constitutivo o sucesivamente modificado en donde se señala la actividad de la sociedad, así como la competencia de los órganos que la componen. Es un punto de referencia concreto que, en cada caso, ayudará a determinar si lo actuado tiene o carece de legitimidad.

7.- La existencia de los derechos de los accionistas minoritarios están otorgados en cuanto que moderan el poder dirigente inherente a la mayoría y están legitimados, en tanto estos derechos sean ejercitados en todo momento, con el único propósito de proteger, primordialmente al interés social.

8.- La sociedad anónima promotora de inversión y la bursátil, tienen un régimen que le otorga ciertas excepciones a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles, otorgando de esta forma, mayor protección a los accionistas minoritarios, sin embargo considero que para garantizar plenamente la protección de las minorías, se hace necesario complementar o adecuar la legislación marco (Ley General de Sociedades Mercantiles), en aquellos aspectos que apunte a lo largo de este trabajo.

9.- La evolución necesaria que debe tener la sociedad anónima al aceptar nuevos subtipos societarios y con ello activar un mercado de valores que a su vez permita construir mejores condiciones económicas en el país, a mi parecer pudiera favorecer la supresión de derechos que se estiman fundamentales para los accionistas de acuerdo con la doctrina.

10.- Se debe buscar siempre un equilibrio a través de la ley, entre grupos mayoritarios y grupos minoritarios en la sociedad anónima, sólo así se podrá conseguir que la sociedad marche buscando conseguir sus objetivos.

11.- La supresión de derechos son situaciones todas ellas que me llevan a meditar acerca de la jerarquía entre la Ley General de Sociedades Mercantiles y la nueva Ley del Mercado de Valores ambas leyes especiales y respecto de la primera, estar por encima de la voluntad de los accionistas en acuerdos estatutarios o de asamblea, y por ende la necesidad de adecuar como he dicho la ley marco que sería la Ley General de Sociedades Mercantiles previamente a la imposición de estas nuevas reglas del juego de las sociedades promotoras de inversión.

BIBLIOGRAFIA

- Acosta Romero Miguel, García Ramos Francisco, García Alvarez Paola. Tratado de Sociedades Mercantiles con Énfasis en la Sociedad Anónima, Editorial Porrúa, México, 2004.
- Acosta Romero Miguel, Lara Luna Julieta Areli. Nuevo Derecho Mercantil, Editorial Porrúa. México 2003.
- Albanell Mac-Coll Eduardo. Protección de las minorías en la Sociedad Anónima. Editorial El Siglo Ilustrado, Montevideo 1950.
- Ascarelli Tullio. Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas, traducción de René Cacheaux Sanabria, imprenta universitaria, México 1951.
- Barrera Graf Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, Quinta Reimpresión, México, 2003.
- Barrera Graf Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano (Generalidades, irregularidades, instituciones afines), Primera Edición, México 1983.
- Brunetti Antonio. Tratado del derecho de las sociedades. Traducción Felipe de Sola Cañizarez. II. 3 vols. Buenos Aires, UTEHA. 1960.
- Castañón R Jesús. Breve desarrollo histórico de la legislación mercantil y bancaria. Departamento Administrativo y de Control de Legislación de la Dirección de Estudios Hacendarios.
- Castrillón y Luna Víctor M. Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa. Primera Edición 2003.
- De la Cámara Manuel. Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima. Editorial Civitas, S.A., Madrid 1955.
- De Pina Vara Rafael. Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa. Vigésimo Novena Edición, Editorial Porrúa, México 2003.
- Díaz Bravo Arturo. Derecho Mercantil, Editorial Iure, Primera reimpresión. México, 2004.
- Eugene Petit. Tratado Elemental del Derecho Romano. Editorial Saturnino Callejas, S.A., Madrid 1924.
- Ferrara Francisco, Teoría de las Personas Jurídicas, traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury. Madrid, Editorial Reus, 1929.

Fischer Rodolfo. Las Sociedades Anónimas. Su Régimen Jurídico. Editorial Reus, S.A. Madrid 1934.

Frisch Philipp Walter. La Sociedad Anónima Mexicana, Editorial Harla, Tercera Edición, México 1994.

Galindo Garfias Ignacio. Sociedad Anónima. Responsabilidad Civil de los Administradores. Editorial Porrúa. México 1957.

García Rendón Manuel. Sociedades Mercantiles, Editorial Harla. Primera Edición, México, 1993, pag. 256.

Garrigues Joaquín. Nuevos Hechos, Nuevo Derecho de Sociedades Anónimas, Primera Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1933.

Garriguez Joaquín y Uria Rodrigo. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.

Gregorini Clusellas Eduardo L. La Protección de las Minorías en las Sociedades Anónimas. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina.

Ibarra Hernández Armando. Diccionario Bancario y Bursátil. Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1998.

Juste Mencía Javier. Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima. Editorial Aramouni. Madrid 1995.

Mantilla Molina Roberto L. Derecho Mercantil, Vigésimo Cuarta Edición, México, 1985.

Martínez del campo y Herrero Juan. Notas sobre la protección de las minorías en las sociedades anónimas en el derecho mexicano y español. Revista Foro de México, órgano del Centro de Investigaciones y Trabajos Jurídicos. México. D.F. Director Eduardo Pallares, octubre 1955. Num. XXXI.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Editorial Porrúa, Séptima Edición 2001.

Rojas Luis Manuel. El voto en la Sociedad Anónima. Editorial Porrúa, México, 1945.

Tena Ramírez Felipe.- Leyes Fundamentales de México, Editorial Porrúa Vigésimotercera Edición, México, 2002.

Uria Rodrigo, Menéndez Aurelio y Muñoz José María. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Editorial Civitas. España. 1992.

Vásquez del Mercado Óscar. *Asambleas, Fusión, Liquidación y Escisión de Sociedades Mercantiles*. Editorial Porrúa México, 2003.

Villoro Toranzo Miguel. *La Recepción de la Sociedad Anónima en México*. Revista de la Facultad de Derecho de México, No. 58, Tomo XV, abril-junio de 1965.

Vivante Cesar. *Tratado de Derecho Mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa. Traducida por Ricardo Espejo de Hinojosa, Primera Edición, Madrid, Editorial Reus, S.A., 1932.

LEYES Y CODIGOS CONSULTADOS

Ley General de Sociedades Mercantiles
Ley del Mercado de Valores
Ley Monetaria
Código de Comercio
Código Civil Federal
Código Civil del Estado de Jalisco
Iniciativa de nueva Ley del Mercado de Valores
Semnario Judicial de la Federación

REVISTAS ESPECIALIZADAS

Informe Anual de Labores 2003, Bolsa Mexicana de Valores
Versión estenográfica de las palabras del C. Secretario de Hacienda y Crédito Público, ante los consejos consultivos de Nacional Financiera, S.N.C.