



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales

ACATLÁN

FACULTAD DE DERECHO

**DERECHOS MODIFICABLES E INMODIFICABLES
DE LOS ACCIONISTAS**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ROSALINA JIMENEZ RENTERIA

MEXICO, D. F.

1980



M-0018239



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.

·A mis Padres,

Con respeto e infinito agradecimiento
por su tenaz esfuerzo y confianza.

A mis Hermanos,

Con afecto y fé en ellos.

A mis Maestros,

Con agradecimiento por su invaluable ayuda en el camino recorrido.

A todos aquellos que de alguna manera me han --
brindado su confianza y su amistad, me o han
dado su apoyo en momentos difíciles.

Con gratitud y memoria.

A tí.

Que me has dado el motivo de ser en mi vida, al despertar la inquietud de superación en el futuro ejercicio de la profesión.

NOTA PRELIMINAR.

Los tiempos actuales están matizados por una serie de realizaciones que para nuestros antepasados hubieran parecido por completo imposibles. Una de ellas, y tal vez la más asombrosa de todas, han sido las sociedades anónimas, - - instrumento típico de la economía moderna, se encuentran ligadas en su origen con la colonización del Oriente y con la del Nuevo mundo, cuyo descubrimiento los historiadores, precisamente, suelen apuntar como el comienzo de la historia moderna.

En las Compañías Coloniales, ya se deslindaban características fundamentales que hoy son peculiares de la sociedad anónima: Limitación a la responsabilidad de los socios y división del capital en acciones; esto es, posibilidad de que las participaciones de los diversos socios sean incorporadas a títulos fácilmente circulables; de este modo, la persona del socio es indiferente a la individualización jurídica de la sociedad.

Los títulos de las acciones pronto se hicieron objeto de circulación rápida y frecuente, entre las diversas esferas de la población, traídas por la codicia de las riquezas del extremo Oriente y del Nuevo Mundo recién descubierto.

Dentro de lo fundamental de este trabajo encontramos las normas a que se refieren la división del capital en acciones concierne a la organización interna de la sociedad, ya que el socio no puede administrar directa y personal-

mente a la sociedad, de aquí la distinción entre socio y administrador, entre un organismo que preside la gestión normal de la sociedad (administrador). El accionista ni siquiera tiene un poder ilimitado y continuo de control personal y directo; el control general y permanente de la sociedad se confía a un órgano especial (comisario).

Por otra parte es necesario aclarar que el hombre a realizado grandes descubrimientos e inventos trascendentes entre estos encontramos las sociedades mercantiles, el crédito como fuerza creadora de la riqueza, los títulos de crédito etc. sin los cuales no hubiera sido posible realizar descubrimientos posteriores, motivo de la inquietud del presente trabajo impulsado por el deseo de que si bien es cierto que las sociedades por acciones han alcanzado un esplendor, también lo es que no existe un trato igual para todas las acciones, por lo que debe buscarse la forma en que dicho trato sea mas equitativo.

Por último, quede este trabajo como testimonio de admiración a todos los pioneros por el esfuerzo que pusieron al lograr el esplendor de las sociedades por acciones y darle a la humanidad horizontes más amplios.

CAPITULO PRIMERO.

EVOLUCION HISTORICA DE LAS SOCIEDADES.

1.-Razón del Surgimiento de las Sociedades.

¿Dónde y cuándo encontramos los antecedentes de la sociedad mercantil?.

Esta pregunta ha sido planteada en el transcurso de los tiempos, tanto por los propios mercantilistas como por los historiadores del Derecho. Unos y otros han dado opiniones; no siempre coincidentes. No es mi propósito en el presente trabajo dar una opinión más, ni mucho menos pretender haber encontrado la piedra angular; no entraremos a discutir si el origen se remonta al "consorcio erecto non cito" romano, a la comenda Italiana, o a la Gezamtehand Alemana; sino precisar que los caracteres esenciales de nuestras sociedades mercantiles se encuentran en uno de los tipos de sociedad romana, en la *societas vectigalium*.

Siendo las sociedades mercantiles una de las especies del género sociedad, es menester dilucidar primero --- cuál es el origen romano de ella, para ver posteriormente --- dónde y cuándo encontramos los rasgos mercantiles; problema --- por demás difícil, ya que el Derecho Mercantil no se desarrolló en Roma como una rama autónoma y propia siendo el mismo --- Derecho Civil el que se adaptó a las necesidades comerciales.

Sin embargo, tomamos el Derecho Romano como punto de partida para la génesis de la sociedad por ser ese Derecho, debido a su larga vigencia, universalidad y profundidad--- donde mejor podemos encontrar los motivos económicos, políti-

cos y culturales que propiciaron la creación de dicha institución. Sin que se pretenda con esto idealizar al Derecho Romano, si debemos afirmar que por razones dogmáticas, dialécticas, e históricas será el centro de investigación. "El Derecho Romano, como afirmaba W. Roces en una de sus cátedras, es la conciencia histórica del Derecho"

A.-El estado de indivisión de la familia primitiva romana. El consorcio ercto non cito. Primeras manifestaciones de la divisibilidad del consorcio.

El Derecho Privado romano reconoce por base el ordenamiento de la familia, el de la gens y el de las relaciones intergentilicias e interfamiliares.

La familia primitiva romana no ha recibido sus leyes de la ciudad; "no es obra del legislador, por el contrario se ha impuesto al legislador"; (1) es en la familia -- donde ha encontrado su origen.

La familia estaba integrada por las personas sometidas a la patria potestad del pater familias (2). El pater familias tenía no sólo el ius vitae necisque sobre todas las personas a -el sometidas, sino también un poder absoluto sobre todo el patrimonio doméstico, poder, pero no propiedad, como lo prueban algunos testimonios todavía en la época clásica (3) la propiedad era común de los miembros libres de la casa y el poder del padre se reducía al derecho de administración y disposición del mismo: los hijos no tenían derecho de inter

1 COULANGES, FOUSTEL de, La ciudad antigua, Madrid, 170, p. - 109.

2 D. 50,15,195,2.

3 GAYO, 2,15 7; PAULO, D. 28,2,11; RABEL, Z.S.S., 50, pp.326 y ss.

vención en tales actos; sus derechos se patentizaban con la muerte del pater familias, es decir que en el momento en el cual los hijos de familia heredes sui se emancipaban de la potestad paterna adquirían el poder de disposición sobre su parte de patrimonio, eran pues herederos de sí mismos.

Si después de ese instante el caudal familiar -- quedaba indiviso, se originaba una peculiar multiplicación -- del poder doméstico patrimonial, debido a que cada partícipe adquiría para sí el pleno poder de disposición sobre el patrimonio común.(4) Este estado de copropiedad es designado -- con la expresión latina consortium ercto non cito.(5) Forma de división comunitaria de hecho, que derivaba de la estructura de la familia y del derecho sucesorio arcaico, impregnada de ambiente de fraternitas familiar.

Se podría afirmar, no sin ciertas reservas, que este estado de indivisión de la familia romana, de orden natural, fue imitado para administrar ciertos tipos de propiedades, creando así un consorcio artificial.

Hasta 1933, época en que se descubrieron los nuevos fragmentos de las Institutas de Gayo.(6)

Se tenía del antiguo consorcio entre hermanos, -- ercto non cito, una idea muy vaga; a partir de esa fecha son más de uno los autores que toman el consorcio como punto de partida para explicar el origen de la sociedad.

4 GAYO, III-15 i-a 154b.

5 LEVY, Ernest, Z-S.S., 51.276-KARLOWA-Röm. Rechtsgesch, II, p. 651.

6 Este descubrimiento hecho en Egipto por Arangio Ruffi Niebhur en 1816.

¿Que tanto aportó este consorcio, que no se le -- puede considerar sino como una copropiedad pero con caracte-- rísticas diferentes, a la formación del contrato de sociedad?.

Seguire para contestar esta interrogante los li-- neamientos de Arangio Ruíz (7), y de Franz Wieacker (8). El - primero, historiador, parte el consorcio como punto de parti-- da para explicar el origen de la sociedad tomando como base - no sólo los fragmentos por él descubiertos, sino también el - hecho de que aún a fines de la República existió la tendencia viva en los juristas romanos de reconocer una liga entre el - viejo consorcio y el contrato consensual relativamente nuevo, lo que explica dicho autor "no sólo por el tradicionalismo, - sino por una evolución similar que hubiera hecho desembocar - en el contrato consensual con otras corrientes aquel consor-- cio".

GAYO, en el ya tan comentado paso, considera al - "consorcio erecto non cito" como sociedad tanto natural como - legal.

El consorcio se relacionaba con la herencia, era - la consecuencia jurídica de la relación de hermandad, pero no se reducía sólo a los bienes sucesorios sino comprendía los - que en el futuro adquirirían por cualquier índole los inte-- grantes del mismo. No tenemos datos fidedignos para afirmar - si esta copropiedad era administrada por alguno de los herede-- ros en especial, pero de hecho debfo tener un administrador, - posiblemente el hijo mayor; lo que sí podemos deducir de las - fuentes, es que cada uno de los socios indivisos tenía la res

7 ARANGIO RUIZ, La Societá in Diritto Romano, 1949, p. 162.

8 WIEACKER, Franz, Hausgemeinschaft Z.S.S., 49, pp. 342 y S.S. XLIX.

ponsabilidad total y sólo era limitada por la responsabilidad del otro, concursus partes fuint. La participación de cada uno de los socios era la misma, independientemente del monto de la herencia original o de lo que fuera acreciendo con aportaciones futuras (9).

Ya desde la Ley de las XII tablas, siglo V. a.c., se preveía la posibilidad de salir de este estado de indivisión ejerciendo la actio familie erciscundae a través de una de las 5 legis, la iudicis postulatio. (10).

La vieja institución de copropiedad apta a un mundo poco desarrollado, de economía cerrada, agrícola por excelencia, debió perder mucho su popularidad cuando un grupo cada vez mayor de ciudadanos romanos buscó otras vías de ganancias, mucho debió influir en su decadencia, también, aquella normal insuficiencia, que se llevó a cabo a principios del siglo II a.c., de atribución y división de los campos a familias numerosas.

Pero a pesar de estos motivos, la necesidad de permanecer en el fundo paterno se sintió, hubo también la necesidad de unir varios fundos en uno solo, a fin de recabar del conjunto un mayor rédito y, por lo mismo, tanto entre hermanos, como entre extraños, se continuó en la unión de ese consorcio.

Wieacker (11), considera que el consorcio, comunidad doméstica, formado por un acto de fraternidad (segura-

9 FASSER, MAX. Das Romische Privatrecht, I, pp. 85.y ss.

10 GAYO, 417, a D. 1021, pr. XII, T. 5, 10.

11 Opus cit., p. 345.

mente se refiere a la época en la cual ya hay un acto de voluntad), utilizando una de las legis actio, da sin importancia a la sociedad del derecho, clásico, sin desconocer el paso o modulación de una forma, estricta formalista a una consensual.

En el momento en que el consorcio non cito deja de ser tal y es cito, es porque se habla de comunió deseable, lo cual podría lograrse a través del ejercicio de la ya citada acción divisoria, la *familie erciscundae*.

De este modo se ve por primera vez aflorar la voluntad de los asociados; es decir, que la voluntad viene a ser aquí la amalgama a que mantiene la unión, y cuando cesa, mediante la deducción de la acción ya citada, el consorcio se extingue.

Esto se explica, por otra parte, en virtud del proceso de liberalidad que corre simultáneo del derecho arcaico con el derecho de los véteres en la temprana República, -- mismo fenómeno que se encuentra en el matrimonio, en el divorcio, en los herederos ya no necesarios sino voluntarios etc.

Técnicamente esto se puede exponer diciendo que la unión necesaria en el consorcio non cito, le es impuesta a los herederos mediante una norma imperativa, *ius cogens*, y que después se ha convertido en una norma dispositiva.

Aquí se reconoce a la voluntad la posibilidad de crear efectos jurídicos, La voluntad sólo servía para destruir, y por el principio romano de simetría de formas del *contrarius actus*, lógico es pensar que posteriormente se le

dio el efecto de construir, pero no una "nuda voluntad", sino adherida a formas simultáneas, como por ejemplo la entrega o aportación, es decir la voluntad no es la causa civil que perfecciona, el contrato, pero si es la concausa; estaríamos en un momento intermedio, entre el consorcium non cito, consorcio cito, y la societas rei y la societas consensu.

Lo que explica el paso del consorcium cito a las societas rei son tres razones:

a).-Que desde el punto de vista sociológico - - - (sustratum de lo jurídico) la forma comunitaria que encontramos en los dos tipos de consorcio, forma que carece de fin -- común, deviene teológica en la cual la voluntad viene a ser -- causa eficiente; o sea que la forma comunitaria devino en forma asociativa.

b).-El principio de libertad, desde el punto de -- vista psicológico viene a ser la imperante en el Derecho Romano y el consentimiento jurídicamente es reconocido como capaz de generar efectos de creación o conocimiento de derechos y -- obligaciones mientras que en la etapa anterior, en la del consorcio cito, el consentimiento sólo era capaz de extinguir -- los derechos y obligaciones, propios de la situación consor-- cial o de indivisión. Se ha ampliado el poder jurídico del -- consentimiento, aún cuando, como ya se vio anteriormente, no era causa sino concausa, siendo hasta la sociedad consensual -- cuando la voluntad es causa única.

En cuatro etapas se puede dividir dicha evolución:

I.-El consentimiento no tiene ningún efecto jurí-

dico.

2.-El consentimiento puede extinguir una situación jurídica, pero sólo mediante el ejercicio de la acción *familiae erciscundae*.

3.-El consentimiento puede jurídicamente hacer nacer el contrato en unión de ciertas formalidades: la aportación, según la hipótesis, de Arangio Ruffz (12). El formulismo riguroso, según Wieacker, (13).

4.-El consentimiento por si sólo es causa eficiente y causa extintiva.

El espíritu de conservación de los juristas romanos no permitía fácilmente crear instituciones ex novo, solamente acudían a ello cuando dentro de los moldes existentes no encontraban la que encuadrara en los fines que perseguía, de lo contrario utilizaban las formas ya creadas matizándolas en función de las exigencias prácticas.

El contrato de sociedad no nació intempestivamente, sino fue el resultado del proceso formativo a que hecho alusión en líneas anteriores.

2.-Como Surgen en el Derecho Romano las Sociedades.

La sociedad clásica muestra residuos de aquel consorcio (14), a través de dos reproducciones, una en la formación de la sociedad del Derecho Civil (Spruch Formel fórmula estricta rígida), y la otra en la de la sociedad de buena-

12 ARANGIO RUIZ, opus cit., p. 197.

13 WIEACKER, opus cit., p. 357.

14 WIEACKER, opus cit., p. 350.

fé de la época clásica, en la cual encontramos la fraternidad entre los socios, la actio pro socio con carácter infamante y el beneficium competentiae.

Para Arangio (15), hubo también dos fases distintas en el pensamiento jurídico.

En la primera se daría la sociedad consensual -- del derecho de gentes por un lado y otra constituida sólo por un acto solemne, y en una segunda fase de madura reflexión se habría identificado el consentimiento con el acuerdo de voluntades, que en todo caso vinculaba a las partes y la transmisión de los bienes de datio rei habría sido la ejecución de las obligaciones así contraídas.

Es importante hacer notar que mientras Arangio -- reconoce estos antecedentes, sólo a la societas omnium bonorum y no a la alicuis negotiationis, las que hace hacer derivar del comercio internacional, Wiaecker deriva de consorcio la omnium bonorum y de ahí todos los otros tipos de sociedad clásica, exceptuando la societas vectigalium y aquella sociedad penal entre el patrón y libertos. Pero la aportación realmente original de este autor es la diferencia que hace entre el consenso referente a la sociedad, que se representa como -- consenso permanente, por un lado, y por el consenso de los -- demás contratos consensuales locatio conductio, emptio venditio mandato por otro lado, para quien el consenso de contradicir representa a la libertad del formalismo jurídico exterior. El consenso permanente consiste en un permanecer reunidos vo-

15 ARANGIO. Opus cit., p. 128.

luntario de los socios, que no obstante la posibilidad de disolver la sociedad se puede remontar a la convivencia efectiva de la comunidad doméstica. Esta peculiaridad resalta más aún en la acción que se deriva de la sociedad, la actio pro socio, que muestra todas las particularidades de una acción infamante.

Son los compiladores al dar especial importancia al consentimiento de la voluntad los que identifican, consensu con conventio, lo que originó que posteriormente el consensu permanente de la época clásica deviniera en el animus societatis y redujeran el concepto de societates solamente al propio contrato consensual. Los orígenes de la sociedad como negocio contractual no están perfectamente aclarados, su aparición en el ramo de los contratos consensuales es relativamente tardío y fue el resultado del proceso formativo a que se ha hecho alusión en líneas anteriores.

La sociedad como figura contractual ya plasmada e incorporada en el campo del ius civile, tenfa las siguientes características:

- a).-Sinalagmática perfecta,
- b).-De buena fé,
- c).-Intuitae personae,
- d).-Oneroso.

Para su formación se requerfa la reunión de dos o más personas que debían tener un interés común y lícito, -- el aporte recíproco de cada una de ellas, un elemento subjetivo la affectio societates o animus contra hendae o sea la --

intención de constituir una sociedad, que era la esencia misma del contrato (15 bis).

Teniendo en cuenta al fin perseguido por los contratantes, las sociedades se dividían en *societas quaestuarie* si tenían por objeto un lucro y *societas non quaestuarie* si los dos socios perseguían una finalidad exenta de lucro.

Si la aportación consistía en todo el patrimonio se denominaban universales, *omnium bonorum*, y particulares. Esta se subdividía en: *societas universarum ex quaestione* si el aporte eran cosas u objetos determinados, que eran de dos categorías, *unius rei* y *alicuius negotiationes*; entre estos últimos encontramos la sociedad de publicanos (*vectigalium publicanorum*) que debido a su naturaleza jurídica la consideramos como antecedentes de las sociedades mercantiles.

La sociedad romana no era una persona jurídica su eficacia sólo era interna, por lo cual los terceros únicamente se relacionaban con el socio que celebraba con ellos un negocio y los efectos fructuosos o infructuosos de cada negocio repercutían, en primer término, en el patrimonio del socio que lo había llevado a cabo, teniendo éste a su vez el deber de distribuir ganancias o en su caso sacrificar parte proporcional de las pérdidas.

Del contrato de sociedad se deriva una acción especial, la *actio pro socio*, que era el medio idóneo para hacer efectivas las obligaciones recíprocas de los socios

15 SCHULZ, FRITZ. Derecho Romano Clásico, 1960, p. 525.

que tenían carácter infamante, pero el reus sólo podía ser -
condenado in quod facere potest, es decir gozaba del benefi-
cium competentiae. (16).

La división del patrimonio social se hacía por -
la actio communi dividundo.

La sociedad se extinguía ex rebus, ex personis, -
ex voluntate y ex actione.

Este contrato de sociedad del Derecho Romano Clá-
sico, reduce las relaciones de los socios a facultades para
dar y recibir cuentas, renuncia a la creación de un patrimo-
nio, le niega efectos exteriores y se limita a la corrección
del abuso de confianza.

Nos muestra la sociedad clásica la antipatía ab-
soluta del espíritu jurídico, reinante en Derecho Romano, --
contra obligaciones cooperativas.

Pero no podemos negar que la sociedad, pese a su
pobreza estructural, satisfizo las necesidades de la econo-
mía antigua, agrícola, y posteriormente la del capitalismo -
un poco incipiente de la época imperial.

Consideraciones sobre la personalidad jurídica -
en Roma. La personalidad de la sociedad en Dere-
cho Romano.

III. "En todo el ámbito del derecho romano no es posi-
ble hallar un problema tan oscuro y difícil como el conce-
niente a las llamadas personas jurídicas" (17).

16 SCHULZ, Derecho romano clásico, opus cit., p. 400

17 MOMMSEN, T Schr. III, 113, citado por F. SCHULZ, Derecho-
Romano Clásico, p. 85.

Los romanos no entraron en ese campo de especulaciones filosóficas. Como en tantas otras ocasiones, con su gran sentido práctico, crearon la institución cuando les hizo falta, y comenzaron a desarrollarla al ritmo de las necesidades.

La razón de ser de las personas jurídicas está en la necesidad de cooperación de los hombres ya que hay cosas que el individuo aislado no puede alcanzar. La reunión con otros para obtener un fin, da origen a una comunidad de intereses, que llega a ser concebida como independiente de los individuos integrantes del grupo, dando lugar a que se le considere como un ente separado.

En el Derecho arcaico romano no existía la persona jurídica, porque no era necesaria; en una sociedad de economía individual la personalidad jurídica pertenece aún al mundo de lo porvenir, faltaba la razón económica fundamental para la existencia de ellas, las que suponen un patrimonio colectivo. Pero a medida que la vida económica se hizo más compleja y la división del trabajo se intensificó; los individuos comprendieron que tenían intereses comunes entre sí y ese reconocimiento fue el motivo que los llevó a la asociación.

Las primeras asociaciones privadas de que tenemos conocimiento son las sodalitas, los collegio symphoniae y los collegio decuriae sin capacidad patrimonial (18). Es en el concepto de populus romano donde encontramos el concepto de persona jurídica, nace en el campo del Derecho Público como una necesidad técnica, que se traslada al Derecho

18 Nuevo digesto Italiano, T. XII.

Privado hasta la época imperial cuando Roma, al incorporarse algunas ciudades, les deja cierta autonomía. Estas ciudades conquistadas habían adquirido una personalidad similar a la del *populus romano*, la cual, al perder su soberanía, mantuvieron dentro de ciertos límites. La personalidad de esas ciudades o municipios seguía siendo de índole pública por su condición de organismos administrativos y políticos; pero cuando realizaban actos de Derecho Privado, se fueron sometiendo paulatinamente a las mismas reglas vigentes para los particulares, lo que lleva a Gayo al extremo de afirmar "que las ciudades son consideradas como particulares" (19).

"El patrimonio consagrado a fines públicos, el formado por la *res públicae* irrumpe en el comercio jurídico-privado" (20).

El patrimonio del municipio se rige por el Derecho Privado, lo que equivale a consagrar a esta entidad como persona jurídica.

"La creación de la *universitas* para los romanos, persona moral, como dice Cervantes (21), es la más grandiosa del Derecho Romano".

Tiene las siguientes características:

a).-Patrimonio independiente de cada uno de los miembros de la colectividad, así el teatro, coliseo, lo son de la universidad y no del ciudadano individualmente.

19 D. 59, 16, 16

20 SOHM, RODOLFO, Derecho Romano privado, 1928, p. 110

21 CERVANTES, MANUEL, Historia y Naturaleza de la personalidad Jurídica, p. 261.

b).-El patrimonio es término correlativo a corpus asociación de hombres y radica en ello el elemento cierto.

c).-No importa que la colectividad desaparezca y que sólo un miembro subsista, queda la universitas hasta su liquidación.

En el contrato de la sociedad el socio no constituyó, para los jurisconsultos romanos, un problema de personalidad jurídica, debido a que la persona del socio está perfectamente definida y cierta, no hay universalidad de bienes, ni patrimonio social distinto y separado del de los socios, sino un conjunto de bienes pertenecientes a todas ellas proindiviso.

Debido a que la sociedad tenfa sólo existencia legal entre los otorgantes y no respecto a los acreedores o terceros, el problema que se les presentó, y que resolvieron fue el de la simplificación de las obligaciones plurales, lo cual lograron utilizando la sociedad, que no emanaba de la naturaleza, misma de la sociedad, no se presumía, sino que requería pacto expreso entre los asociados.

Casos excepcionales a la premisa anterior, los encontramos sin embargo, en el Digesto (22) La fiducia fue otro de los medios que utilizaron los juristas romanos para resolver las interrogantes que la pluralidad de derechos y obligaciones en las sociedades les planteaban. (23).

La sociedad romana constituida de tal manera, con

22 D. 14, 2, 9.

23 CERVANTES P., Etudes de l'Histoire du Droit Commercial Romain, p. 20.

un gerente o socio administrador que obraba en nombre propio, no ameritaba que se le personificase y considerase como persona moral.

Naturaleza jurídica de las societates vectigalium.
Diferencias entre la sociedad privada y la sociedad vectigal.

IV.-Tito Livio al hablar de las sociedades de publicanos, nos dice que por lo menos desde el tiempo de la segunda guerra púnica, con motivo, de suministrar ropa y víveres para el ejército, se presentaron 3 sociedades de 19 personas ad conducendum tres societates a derant hominum unde viginti (24).

El término societates es utilizado (25), por el historiador, en el sentido de sociedad o compañía; parece ser que no constituyeron "colegios", sino que fue una manera de contratar en forma conjunta. Por la necesidad de invertir cantidades considerables, ya que los ejércitos eran cada vez mayores por la extensión de las guerras, distribuir los riesgos de las inversiones y la voluntad de muchos de los aportadores de permanecer en el anonimato, frecuentemente magistrados y en la mayoría de los casos senadores, los fueron convirtiendo en verdaderas empresas, que adoptaron diversas formas.

El volumen de las adjudicaciones se elevó enormemente no sólo porque los suministros para los ejércitos eran cada vez mayores, por la extensión de las guerras y el inicio

24 TITO LIVIO, XXIII, p. 49.

25 EDUARDO R. ELGUERA "Revista la Sociedad de Derecho Romano", Córdoba, Argentina. 1954.

miento de las obras públicas, sino principalmente porque el vectigal que debían pagar las provincias conquistadas era considerable, consecuentemente el capital de una sola persona era insuficiente para contratar tales adjudicaciones.

Además los senadores, en virtud de la Lex Claudia de nave senatorium año 64 a. C., no podían poseer naves marítimas de mayor capacidad de 300 ánforas, que implicaba para ellos la prohibición de comerciar, por lo que trataban de ocultar su participación en tales negocios, motivo por el cual se ideó la práctica de emitir participaciones pars en virtud de las cuales se podía intervenir en el negocio, aportando una porción determinada de capital, sin tener responsabilidad más allá de lo que se había aportado y sin figurar en su administración, ni intervenir para nada, aparentemente, en sus relaciones con los magistrados. Figuraba como concesionario el manceps, quien era responsable ante el pueblo romano (26), y además el que se presentaba a la pública subasta, para el arrendamiento de los impuestos.

En algunas ocasiones había varios mancipes y también garantes (praedes); pero los "participes" no se relacionaban con el poder público a los terceros.

La situación jurídica de estos miembros de la sociedad no es muy clara no se encuentran elementos suficientes en las fuentes y es sólo a través de Cicerón, que nos habla de 3 clases de miembros de las sociedades de publicanos.

26 CICERON, Verres II, p. 54.

Dice que Verres había dispuesto "que ninguno de los que hubie-
ran sido declarados adjudicatorios desde la censura de L. Mar-
cio y de M. Perpena fuere admitido como "socio" de la empre-
sa, ni se le ceda "partes" (27).

Encontramos pues 3 tipos diferentes de miembros -
en la sociedad vectigal:

- a).-Mancipes que obtenía la concesión (concesiona-
rio).
- b).-"Socios" y praedes que intervenían en el nego-
cio activamente.
- c).-"Partícipes" simples aportadores.

Los "partícipes" no eran propiamente socios, te-
nían su asamblea propia, independiente de la de los mancipes,
y tenían facultades para decidir sobre la contabilidad de la-
empresa; lo que se confirma cuando Cicerón se refiere a los -
libros de sus compañías y sus probanzas (28).

Formaban entre ellos un collegium frente al manceps
o a los mancipes, es decir, que la societas publicanorum te-
nía un doble carácter: de una parte era una organización in-
terna comparable a la de los collegio y de otra la existencia
de una fortuna social que era siempre propiedad privada de --
los asociados; en otros términos se puede afirmar que en la -
constitución de la societas vectigalium hay una combinación -
de dos formas de asociación: el collegium y la societas, como

27 VERRES II, p. 55.

28 VERRES, pp. 74, 75, 76.

lo afirman algunos autores (29).

El collegium era un simple conjunto de "participes" que no tenía relación alguna con los terceros, era el maniceps el que tenía o el que se obligaba con el poder público, él es quien actuaba jurídicamente.

Los dueños de los pars tenían la actio pro socio para exigir su participación en las ganancias, concedida desde los tiempos de Quinto Mucio Scevola, siglo I, a.C., (30).

Cuando obraba el maniceps o el magister no lo hacían en representación de un corpus, sino en nombre propio, respondiendo a los "participes" por la acción pro socio.

Aún cuando los "participes" constituyesen entre sí, o con los manicipes, un colegio, éste no obraba de ninguna manera como un sujeto de derecho, carecía de personalidad jurídica.

A pesar de que Cicerón nos habla de la societates, ésta no era, en su época, más que un conjunto de personas, que no llegaba a constituir un corpus.

Las sociedades de publicanos eran "colegios" desde el punto de vista de su organización, pero carecían de personalidad jurídica, no constituyeron un sujeto de derecho.

La personalidad jurídica de los colegios no tenía, para la concepción romana, nada que ver con su organiza

29 CHIARIO, Le Contrat de Société en Droit Privé Romain, p. 83 citado por BERGER, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, GUZMAN y ARGUELLO, Derecho romano, T, II, p. 335.

30 GERARD, GIFFRARD, Textos, Ed 5, p. 78.

ción. Los colegios como tales existían mucho antes que la noción de personalidad jurídica hubiese sido conocida por los romanos. Y más tarde, en colegios que tenían una organización idéntica, había unos munidos de personalidad jurídica y otros desprovistos de ella. Lo mismo que sociedades con una organización parecida a esos colegios, podían existir sin ser consideradas personas (31).

Por lo que respecta a la época clásica, las *societates vectigalium* no tuvieron la importancia que tenían a fines de la República; este fenómeno es explicable debido a que los grandes arrendamientos de los tributos provinciales dejaron de realizarse, se encargaron de eso funcionarios fiscales o los municipios; lo que trajo como consecuencia la desaparición de aquellas poderosas empresas, como la que cobraba el diezmo en Sicilia.

Los jurisconsultos distinguieron las *societates vectigalium* de aquellas que denominaron sociedades particulares atribuyendo a las primeras cierta subjetividad y autonomía respecto de sus miembros.

Las diferencias entre uno y otro tipo de sociedad son relevantes; responden no sólo al interés de los capitalistas de asociarse para repartir riesgos, en un cierto número de negocios, sino que en las *vectigalium* la administración -- dada la cantidad de las sumas, por las cuales las publicaciones eran responsables hace conveniente contar con muchos y no con uno.

31 ELIACHEVITCH, B., La personnalité Juridique en Droit Privé-Romain, París, 1912, p. 424.

La Lex Julia de Collegiis, siglo I, a. C., o el Senado cuando la aplicó por primera vez, reconocieron la existencia de razones convenientes para que tales asociaciones se sobrepusieran a la prohibición general de constituir collegio.

Resumiendo podríamos apuntar las siguientes diferencias:

a).-La sociedad privada se extingue por la muerte de uno de los socios. La vectigal no se disuelve por el mismo fenómeno.

b).-A diferencia de lo que sucede en los socios de las vectigales, pueden ceder sus partes sociales y hasta renovarse totalmente, lo cual no trae como consecuencia la extinción de la sociedad.

c).-El fondo social de la vectigal no es indiviso como en la privada, los socios vectigales responden hasta el límite de su aportación, lo que determina un verdadero patrimonio social, garantía única de los acreedores.

Nos encontramos sin duda frente a un tipo de sociedad diferente a la común, no sólo un contrato para compartir pérdidas y ganancias, en la que los bienes aportados no dejan de pertenecer a los socios, cuyas obligaciones no son en principios solidarios, en la que cada socio obra por sí frente a los terceros y en la que la muerte del socio extingue la sociedad.

Rasgos del régimen jurídico mexicano que parecen derivarse del Derecho Romano.

Ciertos caracteres de nuestra legislación comercial se derivan del Derecho Romano y que los de las sociedades mercantiles se encuentran en las societates vectigalium.

En el Derecho Positivo Mexicano esos caracteres generales los encontramos en las siguientes normas dispositivas:

Solidaridad. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 90. El endoso en propiedad de una letra de cambio, obliga al endosante solidariamente con los demás responsables del valor de la letra.

Artículo 154. El aceptante, el girador, los endosantes y avalistas responden solidariamente por las prestaciones a las que refieren los dos artículos anteriores.

Artículo 34. El endoso en propiedad no obliga solidariamente al endosante, sino en los casos en que la Ley establezca la solidaridad. Cuando la ley establezca la responsabilidad solidaria de los endosantes, éstos pueden librarse de ella mediante las cláusulas "sin mi responsabilidad" o una equivalente.

Carácter oneroso. Este carácter se deriva del artículo 75 del Código de Comercio a través de su XXIV fracciones. Esto se reafirma aplicando a contrario sensu el artículo 76. No son actos de comercio la compra de artículos, mercancías que para su uso o consumo o los de su familia hagan los comerciantes.

Simplificación en el procedimiento. El Código de

Comercio establece en el artículo 105: El procedimiento mercantil preferente a todos es el convencional. A falta de convenio expreso.

Materialización de las obligaciones. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 5. Son Títulos de crédito los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigne.

Supresión de Formalidades. Código de Comercio, artículo 78. En las convenciones mercantiles, cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Por lo que respecta a las sociedades mercantiles, y las sociedades vectigalium encontramos los siguientes caracteres iguales.

a).-La autonomía del patrimonio social con relación a los socios: Artículo 58 de la Ley de Sociedades Mercantiles.

b).-La gestión del magister obligando a la sociedad, es el germen de la administración de ésta por un socio facultado al efecto, cuyos actos como los del magister obligan a aquélla. Artículo 73, 158, 160, Ley de Sociedades Mercantiles.

c).-Tal como en las sociedades de publicanos que podfan continuar a pesar de la muerte de un socio, si habfan así convenido, en nuestras sociedades igualmente se puede añadir una cláusula que permite la subsistencia de la sociedad -

con los socios sobrevivientes y los herederos del de cujus. -
Artículo 32 de la Ley de Sociedades Mercantiles.

d).-En la época republicana las sociedades se --
constitufan por aportaciones "para." Artículos 58,89,91,95, --
Ley de Sociedades Mercantiles.

e).-La falta de aporte de un socio puede determi-
nar la rescisión del contrato. Artículo 98,229, fracción V.

De lo anterior se desprende que el contrato de -
sociedad de la época clásica no nació intempestivamente, fue-
el resultado de un proceso formativo, teniendo como punto de-
partida el antiguo consorcio entre hermanos ercto non cito.

El contrato de sociedad de la época clásica redu-
ce las relaciones de los socios a facultades para dar y reci-
bir, renuncia a la creación de un patrimonio, niega efectos -
exteriores y se limita a la reglamentación del abuso de con--
fianza. Pese a esta pobreza estructural, satisfizo las necesi-
dades económicas de la época imperial.

Debido a la contribución del pretor creando las-
acciones adiectitiae qualitatis y a su participación en la --
redacción de la fórmula, que satisfacían las necesidades del-
comercio y de los comerciantes, no se tuvo la necesidad de --
someter las relaciones comerciales a un régimen especial.

Las societates vectigalium, constituyeron un tj-
po de sociedad diferente a las particulares, gozaban de cier-
ta subjetividad y autonomía respecto a los socios, con un pa-
trimonio independiente del de éstas, pero que no llegaron a -

ser un corpus con personalidad jurídica.

Encontramos en el Derecho Positivo Mexicano, en nuestra legislación comercial, rasgos que se derivan del Derecho Romano, y en especial las sociedades mercantiles podían ser un desenvolvimiento de aquellas societates vectigalium -- de la época imperial y de las grandes sociedades de publicanos de los últimos años de la República.

3.-Desarrollo de la Sociedad Mercantil en la Edad Media.

Al iniciarse la caída del Imperio Romano por las invasiones de los países bárbaros a Roma, traen consigo el surgimiento de un régimen feudal como medida de protección de los pueblos. Durante esta etapa feudal el comercio se va a basar en la producción agrícola, la cual no se podía comercializar con el exterior; sino que solamente la producción era para el interior del feudo.

Este régimen se basaba exclusivamente sobre la propiedad territorial perteneciente al señor feudal, por lo cual el desarrollo comercial no tiene el progreso que se hubiere deseado, ya que el comercio era interno solamente.

Fue necesario que llegaran las Cruzadas para que se abrieran las antiguas rutas comerciales, es también a causa de las cruzadas; que las villas, ciudades y pueblos, adquieren una independencia política y comercial con beneficio para los integrantes de la comunidad los cuales podían ya de-

sarrollar cualquier actividad comercial.

De los principios emanados del Derecho Romano, - referidos a los principios jurídicos de las sociedades, no - tuvieron ninguna transformación durante este período. Con -- los principios que rigieron la regulación de las sociedades- universales en el Derecho Romano, en el medievo se aplicaron a las sociedades tácitas serviles, las cuales estaban confor- madas por los siervos de la gleba, es importante esta socie- dad ya que de aquí surge el nombre de "Comañia" que se daba a todos los socios porque; comían juntos el pan y convivían- amistosamente.

No era necesario que se empesara la constitución de la sociedad, ya que todos los bienes presentes y futuros- de los socios pasaban a ser parte del patrimonio de la socie- dad. Fueron tacitas ya que para la formación de la sociedad- solo era necesario el paso del tiempo.

La muerte de cualquiera de los integrantes de la sociedad los demás socios podían adquirir los bienes del di- funto, evitando que los bienes entraran a un juicio de suce- ción; todas las sociedades de este tipo fuerón agrícolas.

Surge tiempo después una sociedad particular en- el contrato de Commenda "con personalidad jurídica en su -- forma de "EN COMANDITA" (Sociedad de personas) en su forma - de "COMANDITA DE MAR" (Commenda) una especie de depósito, -- por el cual una persona entregaba al patrón o dueño de una - embarcación, cantidades de dinero, para realizar en común -- la compra de mercancías para revenderlas o explotarlas y pag

participar de las ganancias en proporción a la suma entregada" - (32). Este contrato tuvo gran influencia en el desarrollo del comercio marítimo de la época.

Como se anota anteriormente se funda este contrato, en los convenios del dueño de la mercancía y el capitán del navío, una vez realizada la venta o compra de mercancías, el capitán del navío tenía que presentar al dueño de la mercancía o del dinero en balance para realizar después el Reparto de Utilidades o Pérdidas que hubiesen surgido del negocio realizado.

Dentro de las principales ciudades medievales y con el fin de auxiliarse y defenderse mutuamente, surgen los llamados gremios o corporaciones de comerciantes y artesanos. Esta clase de gremios ayudaron a establecer las comunicaciones, ya que se estableció la implantación de un delegado en cada ciudad y podían auxiliar a los demás socios a trasladarse de un lugar a otro si no tuviera los medios económicos necesarios, este tipo de asociación promovía actividades comerciales como las ferias comerciales que permitieran obtener beneficios al gremio; en que se llevaba a cabo la venta de los productos hechos por los integrantes del gremio.

Estos gremios o corporaciones tuvieron su organización propia y una serie de reglas y normas, inspiradas conforme a las costumbres de la época. Por lo cual puede decirse que estas corporaciones se regulaban por un derecho especial-

32 De Pina Vara Rafael.-Elementos de Derecho Mercantil Mexicano Segunda edición, 1964, Editorial Porrúa, S.A., Págs. -- 50, 51.

"Emanación Directa de la vida práctica, reflejo, de las necesidades de la clase mercantil y por el cual iban quedando superadas las resistencias que oponía el viejo derecho común - contra el libre y espontáneo desenvolvimiento de la actividad comercial" (33). Ya que se regularon a través de sus propios estatutos que eran revisados y redactados por los propios -- comerciantes, también estas agrupaciones nombraron arbitros, jueces o consules, ante los cuales se presentaban sus diferencias surgidas entre los comerciantes del gremio, con el tiempo también participaron en los juicios de comerciantes, aunque no estuvieran agremiados. "Así nació una verdadera -- jurisdicción consular que impulsó notablemente el progreso -- autónomo del derecho mercantil; y no solo sirvieron las resoluciones de los consules para dar forma concreta y certeza a las costumbres, sino que, merced de la interpretación y -- adaptación de varias normas consuetudinarias y legislativas vigentes, contribuyeron con gran eficacia a la formación y -- evolución de las instituciones jurídico mercantiles" (34), -- por lo cual tales estatutos de los gremios o corporaciones -- fueron varias ocasiones aceptadas como leyes de las ciudades que no eran las de su origen, así podemos poner por ejemplo: la colección de normas mercantiles llamadas Consulado de -- Mar que se originaron en Barcelona, y fueron considerados -- como Ley General para todo tipo de operaciones comerciales --

33 Tena Felipe de J. Derecho Mercantil (con exclusión del marítimo). Cuarta Edición; 1964. Editorial Porrúa S.A., pág. 27.

34 Rocco Alfredo.-Principios de Derecho Mercantil. Prólogo a la Edición Española de Joaquín Garrigues. Editorial Nacional; pág. 12.

que se desarrollaran en el mediterráneo, así surgieron también las normas que rigieron en el Golfo de Viscaya, que llevaron el nombre de juicios o roles de oleron que fueron obra de algún escribano que era el encargado de registrar las sentencias sobre materia comercial, en rollos de pergamino, por lo cual llevaron el nombre Roles; esta recopilación tuvo su eficacia de ley. Surgieron también en los países del Norte de Europa una recopilación de normas sobre situaciones comerciales con el nombre de Leyes de Wisby, aunque no tuvo la importancia que las anteriores, es necesaria para llevar a cabo la recopilación de todas estas obras para que de aquí emanen los principios fundamentales que van a regular al Derecho Mercantil.

Así el Derecho Mercantil va a surgir como materia autónoma con preceptos y reglas propias; sin tener que depender supletoriamente del Derecho Civil. Así surgen normas para contratos entre ausentes sobre operaciones, bancarias, la letra de cambio, cartas de crédito, así como las bases para el surgimiento de la sociedad en nombre colectivo en la llamada "Compañía", así como a la sociedad en comandita.

Para el Derecho Mercantil es la época más importante ya que empiezan a surgir los principales lineamientos para ser una materia autónoma y; ya no depender de alguna otra materia puesto que tiene ya un conjunto de preceptos esenciales para su aplicación en cualquier situación comercial.

CAPITULO SEGUNDO.

1.-Determinación del concepto de Sociedad.

La Sociedad supone, esencialmente, varias personas que, para la consecución de una finalidad común mediante aportes de cada una de ellas; han convenido adoptar alguno de los tipos de sociedades previstos en las leyes, sometiéndose o no a las exigencias formales respectivas en los casos, que son los más en que dichas exigencias existen.

No es este el concepto generalizado sobre el punto, pues según dicho concepto, el propósito de obtener ganancias y de aumentar con ellos el patrimonio de los socios es de la esencia de la sociedad.

En el derecho civil Argentino dice que "habra sociedad, cuando dos ó más personas se hubieren mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener una utilidad apreciable en dinero, que dividirían entre si del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado". Art. 1889; En cambio el Código de Comercio decia antes de la reforma de 1889 que: "La Compañía o Sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industria o alguna de estas cosas, con ánimo de repartir el lucro que pueda resultar".

El Código Civil Fránces habia ya, a su vez, definido la Sociedad como un contrato por el cual dos ó más personas convienen en poner algo común con miras a repartir el beneficio que pudiera de ellos resultar.

En Francia la diferenciación ha presentado duran

te largo tiempo especial interés, por que mientras las sociedades en el sentido del Código Civil, que eran también del Código de Comercio, podían constituirse libremente, la libertad de formar asociaciones, o sea Sociedades sin propósito de repartir las ganancias, se conquistó lentamente con dificultades. Aún luego, la Ley del 10. de julio de 1901 no acordó esa libertad completa más que a las asociaciones reconocidas de utilidad pública. Es como dice Ripert, mientras que el citado no desconfía de las agrupaciones que se proponen la obtención de ganancia y contribuyen, con su actividad, a la prosperidad general y cabe agregar, a la del fisco, vigila por el contrario, a los grupos que se proponen un fin desinteresado por que avanzan sobre el campo de acción de la autoridad pública en obstaculizar su acción (1).

Sin embargo, la misma legislación Francesa califica de "asociación" a "sociedades" como las que el Código Argentino llama sociedades accidentales, o en participación y considera "asociaciones" como a las de seguros mutuos.

por otra parte, la Jurisprudencia Francesa, admite que el fin interesado exista en una asociación y en lo que hace radicar la distinción es el propósito de obtener utilidades a repartir (2).

Dentro de esta tendencia, Marcos Satanowsky, llegó a sostener que aunque una asociación en el sentido de ---

1.-Ripert, tratado elemental de Derecho Comercial ed. T.E.A. Buenos Aires 1954 Tl. Pág. 1.

2 V. los fallos que cita Ripert op. cit. T. II, Pág. 13.

agrupación con fines por ejemplo filantrópicos, se constituyese en forma de Sociedad Anónima, seguiría siendo una asociación, criterio que sustentó en el primer congreso Argentino de Derecho Comercial)(3).

Por mi parte entiendo que lo fundamental no es el fin perseguido en la agrupación sino el medio elegido para conseguirlo y que si este medio es la formación de una sociedad de algunos de los tipos previstos en la ley nos hallaremos ante una Sociedad y no ante una asociación.

De lo anteriormente expresado debemos de considerar, en primer lugar, que si varias personas se agrupan para una finalidad común bajo la forma de sociedad anónima, o de sociedad de responsabilidad limitada, se tratará de sociedad y no de asociación y en segundo término, que tampoco cabrá negar el carácter de Sociedad a una agrupación con finalidad común que no tome una de esas formas aunque se de a las utilidades obtenidas otro destino que el de acrecentar el patrimonio de sus integrantes.

Por ende la Sociedad no debe confundirse con la comunidad, para distinguirla no basta decir que la sociedad surge de un contrato mientras que la comunidad resulta más bien de circunstancias ajenas al acuerdo de los interesados por que a veces no es así, ya que la comunidad cabe que tenga por origen, un convenio, como cuando varias personas adquieren, juntas, varios pisos o departamentos bajo los que pueden ser comprados bajo el régimen de condominio o la lla-

3 Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial Actas. T.I. Pág. 173 a 178, trabajo que fué incluido en los estudios de Derecho Comercial Buenos Aires 1950 ed. T.E.A. T.I. pág. 225.

mada propiedad horizontal, caso en el cual el condominio de los locales comunes, escaleras, ascensores, azoteas, sotano-etc. surge evidentemente de un contrato, sin que éste sea de sociedad.

Difícil es también la sociedad, del préstamo con participación en los beneficios.

Al respecto la doctrina dice que: la convención por el cual un prestamista de dinero estipulase participación en las ganancias sin responder por las obligaciones de socio, es ilegal y nula. (4) Es así mismo nula la estipulación de que el prestamista, sin responsabilidad en las pérdidas, tendrá parte en las ganancias, además de los intereses-- podrá, sin embargo, establecerse que con las utilidades líquidas se abone previamente un interés fijo a un capital preferido sobre los demás.

Lo anterior debe interpretarse de la siguiente manera, en virtud de que se sobre entiende que antes de repartir las utilidades se ha de pagar los intereses de las deudas sociales.

De todos modos, la disposición mencionada no nos da base para resolver, en los casos en los que verdaderamente la distinción es difícil, cuando hay sociedad y cuándo hay préstamo.

Se ha querido citar estas y otras análogas dificultades con decir, que para que haya sociedad, se requiere, además de la común obligación de realizar aportes y del propósito de repartirse los beneficios, y contribuir simultáneamente (4) V; La citas de Garo, op. cit. T.I. Vol. I Pág. 102.

mente a las pérdidas si las hubiere, otro elemento esencial - que se califica como *affectio societatis* y que algunos dicen que es la voluntad de colaboración activa, consciente e igualitaria de todos los contratantes hacia la consecución del fin común, elemento cuyo origen se atribuye al derecho Romano.

No falta quien sostiene que los *jurisconsultos* romanos no consideraron ese elemento como requisito de la sociedad y otros que niegan que sea esencial tal elemento.

En la doctrina española, Garrigues adopta una posición semejante. El requisito de la *facctio societatis* conduce fácilmente a una tautología, ya que es demasiado cierto que para constituir una sociedad haya que tener la intención de constituir la y es claro que para buscar esta intención no hay que tener sólo a las declaraciones de las partes que pueden o no existir o que pueden ocultar la verdadera intención. Agrega que la nota de colaboración activa y consistente no se da más que en algunas sociedades.

Por su parte el Argentino, Manuel Aráuz Castex, dijo que nunca había podido creer que la *facctio societatis* sea un elemento del contrato de sociedad. El pensamiento, expresaba de que consiste en la voluntad de formar sociedad haría confundirse la *facctio societatis*, al consentimiento, necesario para celebrar cualquier contrato y concebido como el específico modo de ser de consentimiento de quienes se asocian; tampoco agregaba que difería de los demás contratos, pues el consentimiento es siempre específico en cuanto se refiere en particular a las circunstancias del contrato que se está celebrando y dijo aún si se piensa como un elemento efec

tivo, ajeno a los que habitualmente configuran los contratos, también se descartaría, porque no puede pretenderse que en -- materia de sociedades haga falta siempre que los socios se -- profesen algún particular sentimiento, y en los demás contra-- tos, no porque en algún caso el Juéz se hallará en presencia de una comunidad en que los miembros se recelen o se odien, - y sin embargo la considerará sociedad si advierte que "se --- han obligado cada uno con una prestación con el fin de obte-- ner alguna utilidad apreciable en dinero que dividirán entre-- sí, etc. si la factio societatis fuese un elemento más del - contrato de sociedad, habría que ampliar el concepto e inclu-- ir la confianza en el concepto de mandato, el amor en el ma-- trimonio y así en cada caso en donde se requiera el consenti-- miento (5).

Hay en está argumentación elementos incontrover-- tibles. Por de pronto es evidente que si varias personas con-- ciertan un contrato del que resulta una sociedad, poco impor-- ta que no hayan tenido intención de formarla. Así un conmandi-- tario será tal y no prestamista, aunque en su fuero interio - al asociarse pretendiera ser lo segundo y no lo primero.

También es indudable que puede haber sociedad - entre personas que experimenten las unas respecto de las otras sentimientos inamistosos o entre las que no hay sentimientos de ninguna especie por que en su inmensa mayoría ni siquiera se conocen.

En este sentido es muy cierto que el afecto no -
5 Cámara Civil de Buenos Afres Argentina lo. 10 Abril de 1950
(La Ley T. 58, Pág. 541).

es esencial para que haya sociedad, como no lo es para que -- exista matrimonio.

O como, según el otro sagaz ejemplo de Aráuz --- Castex, no es la confianza imprescindible para el mandato, si bien cabe observar que así como el mandato por regla general no se confiere a quienes se desconfía, y también generalmente no es el odio y la indiferencia sino el afecto y la estima--- ción, lo que llevan al matrimonio, las sociedades, sobre todo los que se forman intuitus personae, tienen como base, en pocas ocasiones, los sentimientos, si no siempre de verdadera - amistad, por lo menos de consideración y compañerismo que --- existe entre los que se asocian, así como la subsistencia de esos mismos sentimientos contribuye a que la sociedad persis- ta y se consiga con ella las finalidades propuestas.

Pero es que en realidad por affectio societatis, no tiene que entenderse ni la intención de los que se asocian ni los sentimientos que puedan o deban albergar los mismos.

Por affectio Societatis, hay que entender algo distinto que surgiría del contesto general del contrato y que permitirá decir en un caso que se trata de una sociedad y en otro que no exista ésta.

Puede, en efecto, haber aporte y puede haber -- participación en las ganancias y hasta contribución en las -- pérdidas sin haber sociedad, precisamente por falta de ese -- elemento sutil e imponderable, pero no menos imprescindible.

2.-La colaboración humana y su obtención con---
tractual.

El vivir humano es necesariamente un convivir; el hombre, como Aristóteles enseña, es un animal sociable. Pero cada hombre precisa vincularse, con otros, de modo más estrecho del que resulta de su mera convivencia; la comunidad, como hecho natural, se añade una serie de vinculaciones voluntarias, que más propiamente merece el hombre de sociedad opuesto a comunidad (Toennies) (6). La comunidad viene a ser como el ambiente espiritual para el desarrollo del hombre, más así como el ambiente espiritual, material, la atmosfera, es necesario, pero no suficiente para la vida corporal, la comunidad, la convivencia con otros seres humanos, los es indispensable, pero no suficiente para realizar todos sus fines; pues a este efecto tiene que establecer los lazos particulares con otros hombres (7).

Las relaciones que pueden establecerse entre los hombres se agotan en dos formas fundamentales: La comunidad, de tipo natural, orgánica, involuntaria; y la asociación o sociedad, en un sentido específico, que es contractual, voluntaria, primero es la comunidad en la evolución histórica, y más tarde se manifiesta la otra forma de vinculación social o sea la asociativa.

La comunidad arranca de la naturaleza, es orgánica, en la que el individuo no entra por su decisión voluntaria; se trata de una organización natural; en la comunidad

6 Fernando Toennies, principios de sociología (México 1942)-
Núm. 4 pág. 30.

7 Luis Recaséns Siches, tratado general de la Sociología (México editorial Roma Cap. IV, No. 2).

no hay individualidad, solamente una solidaridad donde se establece una identidad de voluntades, la voluntad individual se suprime por la voluntad de grupo, ejemplo la familia la nación etc.

La asociación, en cambio es otra forma como los hombres pueden vincularse entre si, está constituida por un conjunto de individuos en interacciones que obedecen a la voluntad propia para la realización de fines determinados. Como ejemplo tenemos cualquier sociedad de tipo contractual, cualquier asociación hermana en que, se agrupan varios individuos por pacto expreso para la persecución de un objetivo, como las sociedades civiles, mercantiles, políticas, internacionales etc.

En la comunidad hay una voluntad general o del grupo; desaparece la voluntad individual, fundida en la voluntad colectiva. En la comunidad los miembros carecen de individualidad. En la asociación sucede lo contrario; los miembros conservan la voluntad individual. Mientras que en la comunidad prevalecen los intereses del grupo, en la asociación o sociedad predominan los intereses individuales. En la Comunidad hay carencias; en la asociación hay opinión pública, doctrina teoría racional.

En cuanto a las relaciones que el hombre establece con sus semejantes están reconocidas y reguladas por el derecho, son propiamente, relaciones jurídicas. Mediante ellas la vida humana obtiene una mayor plenitud, una mayor riqueza de contenido, cada hombre puede realizar mejor sus propios fines.

Por lo que todo negocio jurídico, todo contrato, permite a cada uno de los que en él intervienen, obtener que - la conducta de los otros resulte provechosa para la consecución de sus particulares propositos.

Pero contratos hay en que tiene particular relieve esta circunstancia, en cuanto su contenido típico consiste en establecer una colaboración entre los hombres, una coordinación, de sus actividades, semejantes, aunque más definida, a la que establece por el mero hecho de la convivencia social. - Cuando el hombre para la realización de sus fines particulares necesita de los servicios de otros hombres, lo obtiene mediante diversos contratos: el de mandato y el de trabajo.

En los contratos antes mencionados, los fines de las partes son radicalmente diversos: el mandante, la celebración del acto, o actos jurídicos encomendados al mandatario; - el de éste, obtener la remuneración consiguiente o, si el mandato es gratuito, favorese al mandante. El patrón, al celebrar el contrato tiene como finalidad al disponer de la fuerza humana de trabajo para sus propias empresas; el trabajador predominante y sea cual fuere la devoción con que se ejecuta su tarea, - persigue tener un salario con que proveen a sus propias necesidades y a las de su familia.

Sin embargo hay casos en que para la mejor realización del fin de una de las partes se requiere que lo haga -- suyo, siquiera parcialmente, la otra. En el mismo ejemplo del contrato de trabajo, cabe pactar a favor del trabajador la --- participación de utilidades establecido en el art. 123 consti-

tucional, con este pacto ya no hay absoluta independencia entre los fines del patrón y los del trabajador; También este se propendría que la empresa obtenga beneficios, con lo cual sus fines coincidirán, parcialmente con los del patrón.

En el derecho se estudian las diferentes formas de relaciones entre los hombres; como la denominación de subordinación, con la de la soberanía, autonomía, poderío, gobierno, dirección de los grupos, etc. los cuales se encuentran específicamente en las distintas ramas del Derecho Público, como el Derecho constitucional, el administrativo etc. también se ve que los conflictos entre los grupos a los acuerdos entre dos ó mas pueblos ó estados, han sido estudiados anteriormente por el derecho internacional público. Otras formas de relaciones interhumanas, como las obligaciones contractuales, etc. han sido estudiadas por el Derecho Civil, otras formas mas de relación como la transgresión, la violación de derecho, explotación etc. han sido estudiados por el Derecho Penal; y todo esto desde tiempos atras, el Derecho es antiquísimo; desde antes de los grandes legisladores romanos ya existía, en tradiciones que se pierden en la lejanía de los tiempos.

Las formas sociales, no se mantienen por sí solas; la vida social se integra por la conjugación de energías sociales, de los factores geograficos, racial, demografico; así como factores de orden cultural, como la limitación social, la división del trabajo, el lenguaje, la religión, las costumbres, el derecho, la política etc.

De todo lo anterior se concluye que cualquier in-
dagación histórica aún prehistórica nos conduce al conocimien-
to de que el hombre nunca ha existido aislado. Cualquier in--
vestigación nos demuestra claramente que el hombre ha vivido-
siempre en vinculación con otros seres humanos. No hay ningún
vestigio histórico que nos revele que el hombre aislado, sino
siempre viviendo en sociedad, al menos formando esa mínima so-
ciudad constituida por la pareja humana. Todas las investiga-
ciones de la vida del hombre llevan a la comprobación de que-
éste ha desplegado su existencia combinando su vida con los -
de otros seres.

3.-La cuestión de la personalidad de las socieda- des.

El sujeto del derecho, es decir, aquel cuyo fin-
o interés garantiza a la norma jurídica se llama persona. La-
calidad de personas o sujeto de derecho presupone ciertas con-
diciones que se sintetizan en una fundamental, la capacidad -
de querer y de obrar, es decir, la capacidad de determinarse-
consistentemente en vista de un fin y de traducir en actas la
determinación tomada; esta condición arranca en el hombre de-
su misma constitución psicofísica en la que están los elemen-
tos para que puedan reconocerle la calidad de sujeto jurídico,
aunque hay que advertir que considerando el derecho en su evo-
lución histórica, sólo en el derecho de los modernos pueblos-
civilizados existe una identidad completa entre la calidad --
del hombre y la calidad de sujeto de las relaciones jurídi-
cas. Pero no sólo en el individuo se encuentran los requisiti-
tos necesarios para ser jurídicamente persona. En efecto, el-

NEMEROTECA Y DOCUMENTACION

hombre además de existir como individuo, vive y obra dentro de varias formas de comunidad social, las cuales, organizadas, -- dan lugar al surgimiento de entidades jurídicas distintas de -- los individuos que la integran; por eso, por no poder el hom-- bre individualmente realizar por si todos los fines de la vida y para conseguir los que no podría realizar solo o que no po-- dría realizar así con suficiente eficacia y estabilidad, ha -- debido ocurrir asociarse, a organizarse en colectividad de ahí entidades colectivas que existen en las diversas ramas de la -- colectividad humana; para el fin de la tutela del derecho y de otros fines de la comunidad surge el estado, para fines de --- carácter religioso la iglesia y para promover fines económi--- cos, de beneficencia, científicos artísticos, surgen a su vez instituciones especiales. Todos tienen de común poseer una --- existencia y una individualidad propia, distintas ante el dere-- cho de los individuos que los componen o representan.

El derecho romano no creó respecto de esas enti-- dades un cuerpo de disposiciones. Fué Savigny quien en su sis-- tema de Derecho Romano actual estableció la Teoria que los --- romanos no habian planteado. Al efecto Savigny comenzó por --- dar esas entidades el nombre de personas jurídicas y las divi-- dio en necesarias y posibles. En estas últimas distinguia las-- corporaciones de las fundaciones, esto es la agrupación de --- personas de la agrupación de bienes, estas sobre la base no -- hay de una colectividad de miembros o asociados, como aque--- llos, sino sobre la de una obra, ordinariamente benéfica.

Para Savigny las personas jurídicas son estas -

de ficción, personalidades ficticias, (8) y ése es el principal defecto de su doctrina. Su error se advierte en cuanto se considera que el Estado en la primera de esas personas colectivas, la persona fundamental del derecho público y quien pregunta Freitas (9) osará decir que el estado es una ficción.

Si las leyes crean y regulan una institución, no es seguramente: se ha dicho, por virtud de ficción alguna, si no por que hay una realidad que se impone con toda fuerza de lo que es espontáneo; llamar ficción a todo lo que no encuadre en los cartabones del derecho tradicional, como si éste fuera la suprema, y definitiva sabiduría y como si el derecho en perpetua evolución y no se ajustara a las características de cada lugar y de cada momento (10). A lo que cabría añadir que fundadas las personas jurídicas en necesidades reales, no puede llamarse ficción a lo que en realidad es un ser físico.

El primer Código Civil que contuvo un título sobre las personas jurídicas fue el de Chile, pero sin comprender en sus disposiciones el fisco, las municipalidades y las Sociedades Anónimas, en razón de hallarse regidas por legislaciones especiales o ser personas de derecho público y excluyendo expresamente las Sociedades Industriales.

Un segundo ensayo, más orgánico, fue el de Frei-

8 Savigny Sistema de Derecho Romano actual, T. III, Págs. 353 y sig.

9 Freitas, Esbozo, n. al art. 278 (proyecto de legislación civil Brasileña).

10 A. Colmo, personalidad de las Sociedades de Buenos Aires, 1915.

tas, en su proyecto de legislación civil Brasileña, siempre - sobre la base de la obra Savigny.

Freitas define las que llama personas de existencia ideal como todos los entes susceptibles de adquirir derechos que no son personas de existencia visible, y las clasifica en públicas y privadas, subdividiendo las personas ideales públicas ó personas jurídicas en personas jurídicas de existencia necesaria y personas jurídicas de existencia posible - y desde otro punto de vista en nacionales y extranjeras; Considera personas jurídicas nacionales de existencia necesaria - el pueblo del Imperio.

El Estado, cada una de sus provincias, cada uno de sus municipios, la corona y la Iglesia Católica y personas jurídicas extranjeras de existencia necesaria, cada uno de los Estados extranjeros y cada uno de sus provincias o municipios como personas jurídicas nacionales de existencia posible enumera los establecimientos de la utilidad pública, religiosa o piadosos, científicos o literarios y cualquiera otros existentes en el imperio, que tengan por objeto el bien común como iglesias, hospitales, colegios, con tal de que posean patrimonio y no subsistan sólo con lo que perciben del estado.

A este sistema han podido serle hechas diversas objeciones. Es en efecto, de dudosa oportunidad la clasificación de públicas por Freitas a las personas de existencia ideal que llaman también jurídicas. En segundo lugar, la colocación a parte en la clasificación de las Sociedades Civiles o Comerciales que no tienen su capital dividido en acciones,-

no tiene justificación. A parte de esto, se ha observado que el pueblo del imperio no era en realidad una persona jurídica distinta del Estado. Por lo que no tenía patrimonio distinto de éste. Freitas copia en su nota el artículo 274 de su proyecto, de una frase de Proudhon, para justificar esa inclusión del pueblo entre las personas jurídicas como distinto del estado. Es debido a una inadvertencia, dice Proudhon, que ciertos escritores han confundido el dominio del estado, con lo que constituye el dominio público, a lo anterior puede contestarse que la inadvertencia la cometen los que no consideran el dominio público, dominio del estado y que restringen el concepto de éste al de bienes privados del Estado. El pueblo o mejor la población, tiene, en cierto, el uso de lo bienes públicos, pero esto no es materia de un Código Civil. Finalmente, las herencias yacentes y las representaciones voluntarias o necesarias no pueden decirse que constituyen una persona sino dando a ésta palabra un sentido que no es el preciso.

En la doctrina Argentina, Segovia en sus notas al Código Civil, sostiene que este considera la sociedad como "un ente o una personalidad moral, perfectamente distinta de la persona natural de los socios" (11) y en sus notas al Código de Comercio reconoce también personería, aunque limitada, a las Sociedades Mercantiles no anónimas. (12).

Llerena entiende que así mismo que la persona -

11 Segovia, Código Civil Argentino, N. 68.

12 Segovia, explicación y crítica n. 1006.

de los Socios es distinta de la personalidad de la Sociedad - (13) Obarrio admite también que las sociedades no anónimas -- son entidades de derecho (14). Al primer Congreso Argentino -- de Derecho Comercial de 1940 presentó una ponencia Satanowsky, para que en la reforma del Código de Comercio se refirmara, - a la personalidad de todo ente capaz de adquirir derechos y - contraer obligaciones y especialmente de las Sociedades Comer-- ciales" (15) y Federi o Figueroa propuso que se declarará ex-- presamente que las Sociedades Comerciales son personas jurfdi-- cas.

El reconocimiento de esa personalidad es, empe-- ro, un hecho universal, aunque no hay uniformidad en la doc-- trina acerca del fundamento de dicha personeria, por lo que - debemos considerar que la personalidad jurídica es una crea-- ción del derecho que fué inventada en la Edad Media y se co-- menzó a desarrollar con intensidad en el Comercio a partir -- del renacimiento, como consecuencia de los grandes descubri-- mientos geográficos que ampliarón los horizontes del mundo. - Variadas Teorías se han elaborado en la doctrina moderna pa-- ra explicar la institución de la personalidad jurídica de las Sociedades; debemos analizar las siguientes teorías.

a).-Teoría de la ficción (Savagny) según este - autor, la personalidad jurídica es una persona ficta, creado-- por la Ley con vista a la titularidad de un patrimonio. Esta-- teoría ha sido superada por que el Derecho no finge, crea ---

13 Llerena, Código Civil Argentino 2o. ed. T.V. Pág. 478 y -- 522.

14 Obarrio, curso, C.I. Pág. 249.

15 Satanowsky, la personalidad de las Sociedades C.I. Pág. 140

sus propias estructuras, que tienen una realidad ideal, pero ontológicamente tan existente como las realidades materiales.

b).-Teoría del patrimonio de la afectación ----- (Brinz) se ha pretendido que se trata, no de una persona, si no de un patrimonio que se afecte a un destino específico. - Patrimonio y persona jurídica son dos distinciones diferentes que no tienen porque confundirse.

c).-Teoría del reconocimiento (Gierka) La personalidad, se ha dicho es atributo propio de todo organismo -- social, capaz de una propia voluntad de acción y respecto -- del cual el Estado se limita simplemente a reconocer su existencia. No es admisible esta teoría, oír que las entidades - jurídicas son creaciones del derecho, que derivan siempre de un poder público efectivo. El ordenamiento jurídico no reconoce, sino crea las estructuras jurídicas.

d).-Teoría del sujeto aparente. (Jhering) está -- teoría pretende que la persona jurídica es sólo un sujeto -- aparente, que nace de la voluntad de un hombre o de una colectividad, y que la personalidad real radica sólo en las personas físicas.

Ninguna de las Teorías antes mencionadas explican satisfactoriamente la institución de la personalidad jurdica de las Sociedades, en virtud de que el problema en el fondo es sencillo : el derecho crea sus propias estructuras-ideales, que en ocasiones, incluso no se sustentan en un --- substratum físico, material o biológico. Por ejemplo la personalidad jurídica, en el derecho Romano, se negaba y aún al -

comerciante después de muerto, al esclavo, la misma se reco--
noce ahora al niño antes de nacer. Como cuando se somete al --
procedimiento de quiebra al comerciante difunto.

Motivo por el cual concluimos, que la personali--
dad jurídica fue inventada y creada por el ordenamiento para--
la satisfacción de la histórica necesidad del comerciante de--
no afectar todo su activo patrimonial en la aventura mercan---
til; de militar, ante el riesgo del comercio, las consecuen---
cias económicas, de la responsabilidad patrimonial ilimitada--
establecida por el derecho civil. La historia de la Sociedad--
Comercial, ha dicho Mossa, es la historia de la responsabili--
dad (16).

4.-Que Sociedades son Comerciales.

Las sociedades comerciales pueden revestir varia--
dísimas formas que los estudiosos clasifican de muy diversas -
maneras.

La principal distinción es entre sociedades de -
personas y sociedades de capitales. En las primeras, más im---
portantes, que el capital aportado son los propios socios. Es--
así como, por ejemplo, en ellas los socios no pueden separarse
ni admitir otros nuevos si no es por unanimidad; el falleci---
miento de quien figura en la razón social acarrea la disolu--
ción total de la sociedad, y si no figura, sus herederos -
no pueden en principio reemplazarle; las partes en la so---
ciedad no pueden cederse; los socios tienen una responsabili--
dad solidaria e ilimitada frente a terceros. Sociedades de - -
16 Lorenzo Mossa. Trattato de Nuovo Diritto Commerciale, Tomo -
III Societa Responsabilita Limitata 1953 pág. 1.

personas son la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad de capital e industria.

En cambio, en las sociedades de capital los socios responden sólo con el capital aportado. Esta aportación se hace en forma de cuotas o de acciones. El ejemplo típico es el de la sociedad anónima, y como variante de ella la sociedad de economía mixta. También son sociedades de capital la sociedad encomandita por acciones y la sociedad cooperativa. La sociedad de responsabilidad limitada puede considerarse de tipo mixto, o sea, tanto de personas como de capital, puesto que si bien la responsabilidad está limitada al capital aportado, la composición personal es tenida en cuenta -- fundamentalmente en su constitución, en la administración y -- también en la transferencia de cuotas.

Quando se inicia la explotación de una empresa -- en común con otras personas es de gran importancia elegir -- con acierto el tipo de sociedad que se constituirá. Para ello debe tenerse presente: la clase de negocio de que se trate, -- el volumen del capital necesario -- Tanto el principio como en su posterior desenvolvimiento --, la forma de administración -- la relación concreta que ha de existir entre los socios, --- etc.

Las características esenciales de cada sociedad -- y las ventajas e inconvenientes que ofrece en cada caso;

a) sociedad Colectiva. En ella la razón social -- se compone necesariamente con el nombre de uno o más socios -- y nunca con el de otras personas. Todos los socios pueden -- ser administradores y, aunque no lo sean, responden solida--

ria e ilimitadamente por los negocios de la sociedad. Es el tipo societario más simple y, según parece, también más antiguo, pues se inició como sociedad familiar entre padres e hijos cuyo apellido común o "nombre colectivo" designaba la entidad en la cual todos eran ampliamente responsables.

La sociedad colectiva es la adecuada entre parientes y personas de gran confianza para negocios de pequeña envergadura. La responsabilidad solidaria e ilimitada de todos sus componentes no la aconseja para negocios riesgosos o de mayor volumen.

b).-Sociedad encomandita. En ella hay dos clases de socios: los socios comanditados, que como tales responden solidariamente, con todos sus bienes, y los socios capitalistas o comanditarios que se limitan a aportar su capital para la explotación del negocio, pero no pueden administrarlo, no inmiscuirse en sus operaciones comerciales, ni figuran en razón social. Como se ve, es un tipo intermedio de sociedad, en que la gestión social se confía a quienes son solidaria e ilimitadamente responsables ante terceros y quienes deciden todas las cuestiones propias de la sociedad.

La sociedad encomandita nació para aquellos casos que la sociedad colectiva carecía de capital necesario para negocios de cierta envergadura; pero todavía responde a la idea de quien no es personalmente responsable de la marcha y resultados de una empresa no puede tener a su cargo su administración, sino que ésta corresponde sólo a quien arriesga todo su patrimonio particular.

En la comandita el capital comanditario puede -- dividirse y representarse en acciones. Cuando no se efectúa esa división y sólo hay "partes sociales", existe una "sociedad en comandita simple".

Cuando se emiten acciones que pueden ser de cualquiera de las clases conocidas se tipifica la "sociedad en -- comandita por acciones". Cuando en esta los socios comanditarios son más de diez, y representan mayor capital que el capital colectivo o solidario, se aplican las normas de las sociedades anónimas; pero en la práctica, nunca se hacen aparecer más de nueve socios comanditarios, para evitar la exigencia -- legal de la autorización previa y fiscalización estatal.

La sociedad en comandita de uno u otro tipo presenta dos inconvenientes: a) Los socios que ponen su capital -- no pueden ejercitar ampliamente los derechos sociales puesto que no tienen ingerencia en la administración ni puede impugnar los actos normales de gestión de los socios colectivos; y b) éstos, por su parte, no pueden limitar su responsabilidad, de modo que corren personalmente la suerte de la -- sociedad. A pesar de ello este tipo de sociedad estuvo en -- auge, porque su constitución es rápida y sin autorización previa oficial ni publicaciones de ninguna índole y su funcionamiento está libre de la fiscalización estatal.

c).-Sociedad de capital e industria. Es una sociedad parecida a la sociedad en comandita, pero es ella quien acompaña a los socios colectivos, o sea a las que responden con todo su patrimonio y administran la sociedad, no es un --

socio capitalista sino un socio industrial, es decir, un simple prestador de servicio personal. Este socio industrial no puede administrar la sociedad ni siquiera aportar capital. - Lo único que arriesga es la ganancia que le hubiera correspondido, siempre que no la hubiere percibido.

Este tipo, por su imperfecta regulación legal, - no es utilizado en práctica.

d).-Sociedad de Responsabilidad Limitada: Este tipo de sociedad encuentra sus orígenes en el Derecho Inglés en el que aparece ya completamente perfilada durante el siglo pasado. Es, según parece, una derivación del pacto de limitación de responsabilidad posible a todos los socios. La razón de su relativamente tardía aparición se encuentra en el hecho de que desde el siglo XVII existía ya la anónima, en la que se encuentra ya formulada la limitación de la responsabilidad de los socios al pago de sus acciones. Pero la anónima es una sociedad ideada para grandes empresas; la limitada trata de dar todavía importancia a las calidades personales de los socios. En nuestro país, aparece reglamentada por primera vez una sociedad de este tipo en el Código de 1884, pero su verdadera caracterización corresponde a la actual Ley de Sociedades de 1934.

El maestro Mantilla Molina nos dice que dos notas esenciales caracterizan a la sociedad limitada.

a).-Que todos los socios responden de las obligaciones sociales solo de un modo limitado;

b).-Que el conjunto de derechos de cada socio-

constituye una parte social, y no una acción.

La sociedad de responsabilidad limitada puede actuar bajo una razón social o denominación en su caso, irá --- seguida de las palabras Sociedad de Responsabilidad Limitada- o de sus abreviaturas S. de R.L.S. si se omite tal indicación, los socios quedarán sujetos a la misma responsabilidad que se establece para los socios de la sociedad en nombre colectivo- de conformidad con lo ordenado en el art. 25 de nuestra Ley.

Ninguna sociedad de responsabilidad limitada -- puede constituirse con un capital social menor de cinco mil -- pesos que debe estar íntegramente suscrito y exhibido por lo- menos en un 50%, y el número de socios no podrá exceder de 25, a la vez que está prohibido constituir estas sociedades o au- mentar su capital por el procedimiento de suscripción pública.

El capital se considera integrado por un núme- ro de porciones que la ley denomina "partes sociales", Tienen las siguientes características:

1.-Pueden ser de valor desigual, pero siempre - de \$100.00 ó un múltiple de esta cantidad. Esta disposición - se explica porque se concede un voto por cada \$100.00 de apor- tación, como regla general.

2.-No pueden estar representadas en documentos- negociables a la orden o al portador.

El principio general de transmisión es aquí --- opuesto al de la sociedad anónima. La regla en esta sociedad- es que la transferencia de propiedad de las partes sociales -- esté sujeta a una serie de requisitos, en vez de poderse ope- rar libremente.

En efecto, la Ley establece que sólo podrán cederse o transmitirse con el consentimiento de todos los demás socios, Salvo convenio de estos en contrario permitiendo que la cesión la autorice una mayoría de socios de por lo menos, las tres cuartas partes del capital social. Esto es aplicable por igual a cesiones en favor de los socios o personas extrañas a la sociedad.

La transmisión de partes sociales por herencia no requiere el consentimiento especial de los socios. Pero puede pactarse que la sociedad se disuelva por muerte de uno de ellos y así mismo que se liquide su parte social a los herederos sin que continúe con ellos la sociedad. Esto es una concepción a la idea, de que en la S. de R.L. perdure la estimación del carácter personal de cada socio.

Si la cesión de una parte social se autoriza a favor de un extraño o la sociedad, los socios disfrutan de un derecho de preferencia llamado derecho de tanto. El derecho debe hacerse valer dentro de los 15 días siguientes a la junta de socios que autorizó la cesión, y cuando hay varios socios que deseen ejercerlo, lo harán en proporción a sus aportaciones.

Las partes sociales son indivisibles, esto opera en dos aspectos: a) Las partes sociales deben transmitirse íntegramente; b) Si un socio es dueño de una parte social adquiere otra, las dos deben estimarse fundidas en una de valor equivalente a las dos. Este principio puede modificarse salvo convenio de los socios y en la siguiente forma: autorizando la división de las partes sociales y permitiendo la cesión de

una parte de las mismas; y cuando se han establecido tipos -
diversos de partes sociales, con derechos y obligaciones dis-
tintas.

Ello no obstante, ni la división de partes socia-
les ni su transmisión parcial podrán autorizarse cuando con-
tal división y cesión parcial se excediese el máximo de 25 -
socios o dejaran las partes resultantes de valer \$100 pesos-
o un múltiplo de esa cantidad.

La sociedad de responsabilidad limitada, se mane-
jará por uno o más gerentes que podrán ser socios o extraños.
Serán designados, en los términos señalados para ello en la-
escritura, por los socios.

Los gerentes pueden ser nombrados para fungir --
por cierto tiempo, o por tiempo indeterminado, salvo pacto -
en contrario, sus nombramientos son revocables en cualquier-
tiempo.

Si la escritura no designa gerentes, todos los -
socios concurrirán en la administración.

Se trata pues de una sociedad mixta que trata de
conjuntar el beneficio de la responsabilidad limitada de los
socios con elementos de privación propios de las sociedades-
Intuitu Personae.

e).-Sociedades Cooperativas. Este tipo legal cu-
ya ubicación dentro del cuadro de las sociedades se ha dis-
cutido tiene características muy especiales.

Su fin primario no es tanto la agrupación de ca-

pitales para una explotación común cualquiera, como la mutua lidad entre sus componentes y la eliminación de intermedia rios entre las distintas ramas de la actividad social. El -- lucro no se busca mediante el aumento de los ingresos de los socios, sino en el ahorro de lo que tienen que pagar por los servicios que presta la entidad.

La cooperativa no tiene un capital fijo sino va riable. Cada socio puede suscribir la cantidad de acciones - que desee, pero siempre su voto será personal, ya que el sen tido cooperativista no se dirige al capital sino a los servi cios mutuos. Así mismo, el socio que se retira puede también retirar su capital. La sociedad misma puede disponer que los socios con más acciones vendan parte de ellas a la sociedad.- Las acciones no pueden transferirse sino con acuerdo del di rectorio, lo que le da a la sociedad un carácter cuasiperso nalista. La calidad del socio está, generalmente, limitada - a personas de determinada ocupación (agricultores, proveedo res, etc.), pero el ingreso a la sociedad no puede negarse - a quienes tienen las condiciones estatutarias.

Siendo su principal objeto el ahorro mediante- la eliminación de intermediarios, la cooperativa no puede -- concentrar grandes masas de capital para tareas nuevas o --- grandes impulsos económicos, típicos de la sociedad anónima; Como además solo puede operar con sus asociados por que de - lo contrario se destruiría esa finalidad, carece de la am--- plia función económica propia de la anónima.

De todo lo anterior podemos concluir que las - sociedades son comerciales por su objeto o por su forma, o -

sea que la son las constituidas con el objeto de realizar ac-tos de comercio y la que, a un proponiéndose objeto distinto, adoptan determinado tipo, así sería comercial la sociedad --- formada para dedicarse a la compra y a la venta de mercancías y comercial también la creada para especular e inmuebles si --- revestía la forma de sociedad anónima o de sociedad de respon- sabilidad limitada.

No puede admitirse como regla absoluta la que --- fija el contrato constitutivo de la sociedad, como objeto de realización de los actos de comercio, no puede negarsele a la sociedad, sobre la base de su actividad ulterior, el carácter de sociedad comercial, si en realidad dicha actividad no con-sistió en la realización de los actos que se indicó como los- que iban a ser su objeto, sino en otros de carácter civil, -- caso que difícilmente se presentará en la práctica, pero es --- perfectamente posible, si una sociedad semejante pretendiese--- aprovecharse en convocatoria, cabría demostrado que no desa--- rrolló su actividad en el ámbito de su acto constitutivo o se señaló, negarle los derechos que quisiera hacer valer.

A la inversa, si varias personas constituyen -- una sociedad civil, esto es, le atribuye objeto que no impli- ca la realización de actos de comercio y la dedican luego a --- actos de este carácter, será esa una sociedad comercial irre- gular, a la que le será aplicable la Ley General de Socieda--- des Mercantiles.

Más bien que decir que las sociedades son comer- ciales por su objeto o por su forma hay que afirmar que lo --- son por dedicarse a la realización de actos de comercio, de ---

modo habitual y como el medio o uno de los medios de conseguir las finalidades que sus integrantes se propusieron y que lo son también cuando, aún no siendo ése el caso, adoptaron alguno de los tipos de sociedad que contempla nuestra Ley de Sociedades Mercantiles las cuales se encuentran sujetas a ella, sin distinción basada en los actos que la sociedad vaya a realizar, realice o haya realizado.

La doctrina ha dicho que varios Códigos siguieron a la legislación Francesa; lo cual no es exacto, pues las leyes Francesas no tuvieron hasta el 10. de agosto de 1839, ninguna disposición que indicara un criterio de distinción entre las sociedades civiles y las sociedades comerciales. La Ley de esa fecha, por otra parte, no resolvió la cuestión exactamente en el mismo sentido que los diversos Códigos, puesto que declaró comerciales no sólo las sociedades anónimas, sino también la en comandita por acciones, sistema que se encontraba ya en la legislación alemana desde 1870.

Se planteo entre nosotros el problema al que nos estamos refiriendo y se dijo que, si constituida una sociedad para realizar actos de comercio, durante su existencia sus actos son civiles y no comerciales, no por ello la sociedad pierde su carácter de sociedad comercial, como no lo pierde la compra de cosas inmuebles hecha con la intención de revenderlas, por la circunstancia de que el comprador cambie de resolución después de realizarla y les de otro destino(17). Pe

17 Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Criminal y Correccional ("Fallos", t. I Pág. 139).

ro evidentemente, ni la conclusión era verdadera, ni pertinente la pretendida analogía de situaciones.

Cierto que, constituida una sociedad con el objeto de realizar actos de comercio y formalizada de acuerdo a las exigencias de la Ley Comercial, cabe presumirla comercial, por aplicación analógica, en este caso procedente, de la disposición de los diversos Códigos de Comercio existentes que presumen como comerciante a la persona física que se inscribe en la matrícula de comerciante. Pero esa presunción es *juris tantum*, es decir, puede, como en el caso del matriculado, probarse, por aquel a quien interese dicha prueba, que la sociedad no adquirió la condición de comercial o la perdió por no haber realizado actos de comercio como el medio o uno de los medios de conseguir sus integrantes el fin que se propusieron (18).

Formalizada una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, ninguna discusión es posible sobre su comercialidad en nuestro derecho, dadas las terminantes disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles y Código de Comercio.

5.-Distinción de la Sociedad respecto de Instituciones Afines.

Distinguidas las sociedades mercantiles de las civiles, tiene que precisarse la diferencia entre las sociedades mercantiles y algunos contratos e instituciones jurídicas

18 En este sentido GARO, p. cit., T. I, pág. 150 y 236-37 y los autores que cita en la de la pág. 237.

que tienen de común con aquellas el producir la colaboración entre diversos hombres.

Sociedad y relación de trabajo.-En la sociedad existe igualdad entre las partes; en la relación de trabajo el que presta éste se encuentra subordinado al patrón, quien tiene la facultad de mando. En diversos tipos de sociedad pueden existir socios industriales que aporten meramente su trabajo; pero, si en verdad se trata de una sociedad, tales socios han de estar facultados para intervenir, de una manera seria, en la marcha de la sociedad, sin que pueda imponerseles la voluntad de los socios capitalistas.

Sociedad y aparcería.-Según el Código Civil del Distrito Federal "tiene lugar la aparcería agrícola, cuando una persona da a otra un predio rústico para que lo cultive, a fin de repartirse los frutos en la forma que convengan, o a falta de convenio, conforme a las costumbres del lugar" (art. 2741). Aquí existe una colaboración de personas: el propietario del fundo y la persona que lo cultiva, y esta colaboración parece tener un fin común: obtener los frutos de la tierra y repartirselos en la forma convenida o conforme a las costumbres del lugar.

Sociedad y agencia.-Un agente de comercio no persigue una finalidad común con la persona o la empresa en cuyo beneficio propone el contrato. El primero persigue únicamente la realización de su propia actividad, y obtener la consiguiente remuneración; claro es que parcialmente coinciden las finalidades de la empresa vendedora con las del agente, en cuanto ambos persiguen la realización de más operaciones;

pero en general, su fin es diverso, pues el agente inclusive puede obtener, utilidad en caso de que la empresa, por diversas contingencias, no la obtenga. No puede, pues, hablarse de un fin común, y por ello tampoco de la existencia de un contrato de sociedad.

Sociedad e indivisión.-Existen otras situaciones en las que las semejanzas con el contrato de sociedad hacen de interés el fijar también las diferencias, para evitar que se confundan instituciones jurídicas en realidad diversas; así la copropiedad. En la copropiedad existe un grupo de personas que obtiene en común el provecho de una cosa; parece, pues, que existe la finalidad común característica de las sociedades.

Sin embargo, la copropiedad se distingue radicalmente de la sociedad:

a).-Por el diverso origen de las situaciones: la sociedad es siempre creada por la voluntad de los socios; la copropiedad, normalmente al menos, no deriva de ella normalmente se dijo, porque puede concebirse que se establezca en virtud de contrato; pero ello es excepcional.

b).-Por regla general, los copropietarios tienen la facultad de pedir la división de la cosa común, no están obligados a permanecer en la copropiedad; por lo contrario, los socios, puesto que han convenido libremente en establecer la sociedad, están obligados a permanecer en ella por todo el tiempo que en el acto constitutivo de la sociedad se fije.

c).-Con respecto a otras legislaciones, se señala una diferencia entre la copropiedad y la sociedad, que no es válida en nuestro derecho: generalmente se exige que la administración de la copropiedad se haga por unanimidad de

los condueños; en nuestro derecho no es así, basta una simple mayoría para que pueda tomarse un acuerdo respecto de la administración de la cosa común.

Pero si no existe esta diferencia, se puede señalar alguna otra secundaria entre la copropiedad y la sociedad:

ch).-Los condueños pueden hacer uso de la cosa común, siempre que no resulte en detrimento de los otros dueños; en cambio, los socios no pueden hacer uso para fines particulares de las cosas aportadas a la sociedad, que forman el fondo social.

d).-Los condueños pueden enajenar su derecho de copropiedad, pueden hacerse substituir por otra persona en el uso y goce del derecho de copropiedad de la cosa sin otra restricción que la de respetar el derecho de tanto de los otros condueños; en las sociedades, el derecho de socio, el derecho a participar en la sociedad, no siempre puede transmitirse libremente, no puede substituirse un socio por otro.

Estas diferencias pueden considerarse como un resultado del carácter fundamentalmente distinto entre la copropiedad y la sociedad: el carácter voluntario, buscado, de la sociedad y el carácter forzoso, impuesto, de la copropiedad. Si la sociedad es voluntaria, es lógico que se imponga al socio la renuncia al goce de las cosas comunes; si la copropiedad es forzosa, impuesta por una necesidad, por un estado de indivisión no buscado, es lógico que se pasen los inconvenientes de esta situación permitiendo a cada uno hacer-

uso de las cosas común, de modo que no perjudique a los demás dueños. Es lógico que al copropietario se le permita salir del estado de indivisión, que no ha querido; pero no sería lógico dar pareja libertad al socio, que por su voluntad se ha ligado a otras personas, quienes a su vez han tomado en consideración las cualidades personales de sus consocios para entrar en una relación jurídica, que no hubieran consentido con la persona a quien se pretende ceder la parte social.

Por ello, puede afirmarse que la diferencia fundamental entre la copropiedad y la sociedad consiste en que la primera es un estado impuesto, no derivado de la voluntad de los condueños; y la última es, por esencia, un negocio jurídico, es decir, creado por el libre consentimiento de las personas que en él intervienen.

Sociedad y reaseguro.-Se ha sostenido la similitud esencial entre sociedad y el contrato de reaseguro, porque se considera que el fin regular de las partes de éste, consiste en la formación de una relación económica de sociedad, por la participación en común de reasegurado y reasegurador en uno y el mismo riesgo, y así ha llegado a ser considerado por algunos tribunales Franceses y Belgas.

La semejanza se acentúa porque con frecuencia se pacta en los contratos de reaseguro que el reasegurador abonará al reasegurado una comisión de beneficios (usualmente denominada con la expresión inglesa profit commission), sobre los que obtenga de los negocios cedidos en reaseguro.

En esta concepción se confunde el fin económico

con la configuración jurídica, y no se toma en consideración que la asunción de todo el riesgo por parte del reasegurador es incompatible con la sociedad, y no lo es con el reasegu--
ro.

El pacto de conceder una comisión de beneficios implica un negocio parciario, de indudable semejanza con la asociación en participación.

CAPITULO TERCERO.

1.-Distintas acepciones de la palabra Acción.

a).-La sociedad por acciones, que constituye, sin duda, una de las instituciones más características del moderno Derecho Mercantil y de la fase actual de desarrollo de la economía capitalista, ha sufrido en los últimos tiempos -- una profunda transformación, debida sobre todo a la rápida -- circulación de los títulos-Acciones, que, al permitir un ---- perenne movimiento de flujo y reflujo en la combinación de -- los accionistas, han creado varias categorías económicas de - socios, ligados unos a la empresa por un interés directo, de- sinteresados los otros y extraños a la gestión de la Sociedad.

De la primera sociedad por acciones, que reunía un grupo de comerciantes preparados técnicamente para desarrollar una actividad permanente en favor de la empresa, y que estaban ligados por un interés constante, directo del que todos se sentían igualmente celosos, sobre la base de una estrecha conexión entre responsabilidad y facultades participadas en la administración social, se ha llegado por grados al tipo actual de sociedad por acciones en la que junto a los accio-- nistas directamente interesados en la actividad de la socie-- dad (accionistas empresarios) existen otros accionistas que -- sólo ven en la inversión realizada al adquirir las acciones -- un medio para lograr fines de caracter especulativo (accionis-- tas no empresarios), que son, por ello, extraños a la vida -- y a la organización de la sociedad.

De el estudio de la evolución económico jurídico

ca de la sociedad por acciones resulta que de una organización interna con base democrática según la concepción que de ella tenía la doctrina y las leyes, se ha llegado a una forma de organización oligárquica en la que domina el elemento intelectual y dirigente, que es quien tiene en su mano la efectiva dirección y timón de la cantidad social (1).

Los esquemas legislativos vigentes aún aparecen --
mas anticuados por causa de las cambiadas exigencias de la vida económica y de la nueva concepción corporativa de la empresa (2); que se funda sobre los principios de colaboración y de responsabilidad. Todo esto explica la importancia que asume --
el estudio de los títulos acciones en cuanto a documentos representativos de las participaciones sociales mediante los cuales puede ejercerse una efectiva ingerencia en la dirección de la sociedad.

A tal estudio que ofrece una atracción especial --
por constituir el punto de confluencias del derecho de los títulos de crédito, por un lado, con el derecho de la sociedad, --
por otro estan ligados numerosos y complejos problemas dogmáticos y cuestiones prácticas. Que se refieren a la naturaleza --
jurídica de las acciones y a los derechos y facultades que dichos títulos confieren a los accionistas en el ambito de la vida social.

b).-La investigación histórica ha demostrado que la palabra Acción que se encuentra mencionada ya en antiguos --

1 A. SCIALOSA: Il Voto PLURIMO NELLE SOCIETA PER AZIONI, en --
Foro Ital., 1925; I.

2 Cfr. MOSSA: L'impresa nell'ordine corporativo, Florencia, --
1935, págs. 169.

documentos del siglo XV (3), fue usada por primera vez en Holanda en los albores del siglo XVI, con el significado de "fracción del capital social", por las grandes compañías creadas para la conquista y el aprovechamiento de las colonias de ultramar. Y como muy probablemente aquellas compañías tuvieron su origen en el condominio naval, puede adelantarse la hipótesis de que la Acción se derive históricamente de los caratí, esto es, de las cuotas de aquella comunidad naval. Hoy puede usarse la palabra Acción en diversos significados a los que corresponden tres distintos conceptos.

En efecto, además de asumir el significado correspondiente al origen histórico del que fija el límite de responsabilidad del socio, indica también la palabra Acción el derecho patrimonial correspondiente a tal fracción de capital, y el documento que certifica la participación en la vida de el ente Social con todos los derechos y obligaciones que le van unidos.

c).-Ofrece interés especial sobre todo a los fines de distinción entre Comandita simple y por Acciones, el descubrir el criterio jurídico que sirva para diferenciar la Acción (entendida como porción de capital social) de la cuota. Problema que ha dado lugar a vivas discusiones doctrinales.

Su solución no sólo tiene importancia desde el lado dogmático, sino también desde el práctico, por la diversidad de las normas que regulan la constitución, la administración y el fin de la sociedad comanditaria por acciones y la

3 NICOLA GASPERONI, Las Acciones de las Sociedades Mercantiles Madrid 1950, pág. 6.

comanditaria simple. Motivo por lo que tenemos que hacer una reseña (aunque sin omitir las referencias de las doctrinas -- más anticuadas) de los criterios sugeridos por varios autores para distinguir la cuota de la acción.

Alguno ha creído que podía sostenerse que el criterio adecuado para la diferenciación debe consistir en atribuir el calificativo de cuotas a las participaciones sociales que llevan consigo la responsabilidad ilimitada, y el de ---- Acciones a las que comportan una responsabilidad limitada.

Tal doctrina, aun prescindiendo de otros aspectos, resulta inexacta, y esta ya superada, porque funda el -- criterio diferenciador de los varios tipos de sociedades mercantiles sobre el diverso grado de responsabilidad que pesa -- sobre los socios por razón de las deudas sociales.

Tomando en consideración lo anterior y adecuando lo que la doctrina manifiesta en relación a la responsabilidad podemos decir que nuestro Código de Comercio en su artículo 25 de la Ley de Sociedades Mercantiles nos manifiesta -- que todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, tal responsabilidad no es aplicable a todas las sociedades que se en---cuentran reglamentadas en el artículo 10. de la Ley General -- de Sociedades Mercantiles.

Siguiendo con la doctrina se observa de todos -- modos que la tésis es insostenible en todo caso porque en la sociedad comandita simple la aportación aportada por el socio capitalista también asume la forma de cuota y por otra parte -- también puede considerarse en la anónima una cuota la porción

del socio.

Estas obligaciones no solo mantienen un valor -- frente a las nuevas disposiciones legislativas, sino que en-- encuentran en ellas un mayor fundamento, ya que en el nuevo sis-- tema se ha reconocido la existencia de la sociedad de respon-- sabilidad limitada, en la que la porción del socio recibe el-- nombre de cuota de participación y jamás puede ser representa-- da por títulos acciones.

Otros autores han derivado el criterio diferen-- ciador al manifestar que mediante las acciones existe una --- igualdad y han sostenido que la cuota representa participa--- ciones de valor igual. A esta opinión se le ha objetado justa-- mente en virtud de que se funda en un criterio extrínseco y - sólo parcialmente exacto, porque si las Acciones deben ser -- iguales por disposición legal, nada hay que impida que lo --- sean también las cuotas.

No ha tenido mayor fortuna otra teoría que ha -- puesto como base la distinción de la libre transmisibilidad - de la Acción frente a la intransmisibilidad de la cuota. Aun-- que, por lo general, es cierto que las acciones son cedibles-- mientras que las cuotas no lo son), no puede aceptarse tampo-- co, pues la cuota también puede transmitirse por actos inter-- vivos si existe el consentimiento de los socios. Y por otra - parte puede también establecerse obstáculos bien por la ley,- bien por lo estatutos sociales que dificulten la transmisión-- de las Acciones.

MANARA creyó haber encontrado el criterio dife-- renciador en el hecho de que la Acción es normalmente cedible

en relación con la sociedad, mientras que la cuota solo es en vía excepcional. Y como el criterio de normalidad y excepcionalidad es bastante elástico y necesita ser complementado con otros elementos, el eximio autor añade que: "El Magistrado y el intérprete deberán deducir todas las cláusulas contractuales y de todas las circunstancias de hecho, si las porciones de los socios en la sociedad fuerón consideradas como normalmente transmisibles, o solo excepcionalmente, por actos inter vivos, con efectos sociales; en el primer caso se entenderá que se trata de Acciones y en el segundo, de cuotas" (4).

Parece evidente que el criterio propuesto por MANARA no es un elemento decisivo para captar la diferencia buscada, y además, es demasiado empírico, porque, confiandose a la intuición, toma como instrumento de conocimiento aquellos mismos que quiere conocer y puede conducir por tanto, a círculos viciosos. Las mismas objeciones pueden dirigirse a aquellos que sostienen la necesidad de extender la investigación "a todo el organismo social para determinar si la sociedad comandita es simple o por Acciones" (5); o a quienes proponen la utilización del criterio sintético, esto es: la reunión de las múltiples características expuestas para conocer la verdadera fisonomía de la sociedad.

4 MANARA: Delle società e delle associazioni commerciali, turin, 1909, Vol. I, n. 225.

5 VIVANTE: Trattato di diritto commerciale, Milán, 1929, 5a. ed., Vol. II, n. 301.

La doctrina mas reciente se adhiere, con mejor fundamento a la tesis de SRAFFA (6) y CARNELUTTI (7), que habiendo observado que el criterio seguro diferenciador está en la relación que existe entre la Acción como derecho de participación del socio en la sociedad y el título que lo representa. La esencia de la distinción entre sociedad por cuotas y sociedad por acciones estaría en la incorporación real del derecho del socio en un documento representativo de la participación en el capital social, o al menos en su idoneidad para tal incorporación, por tanto, serían acciones las participaciones sociales aptas para ser representadas en un documento. Como se ve partiendo de la consideración que entre cuota y Acción *tertium Non datur*, la cuota queda caracterizada sólo en forma negativa, esto es: como aquella forma de participación social que no es susceptible de ser incorporada en un documento.

Esta opinión, sustancialmente justa, debe completarse, en mi opinión, sobre la base de las relaciones entre la sociedad y los socios, teniendo en cuenta la diversa manera de acentuarse los dos elementos sociales coexistentes en toda sociedad: el personalístico y el capitalístico. En unas sociedades como es bien sabido, el *intuitus personae* influye sobre su regulación interna y sobre sus relaciones con los terceros, y el valor personal de los socios predomina sobre las aportaciones sociales de tal modo que éstas están ligadas estrecha-

6. Cfr. SRAFFA: La Tassa di circolazione sulle carture delle accomandite semplici, en la Riv. dir. Comm., 1912, I, 1,045.

7. Cfr. CARNELUTTI: Sulla distinzione tra quote ed azione, en la Riv. dir. comm., 1915, II, 318.

mente a las vicisitudes porque pasan los socios. En otras sociedades, por el contrario, el elemento capital (intuitus pecuniae) predomina sobre el elemento personal, y la aportación patrimonial se toma en más consideración que la persona aportante, por lo cual las participaciones sociales, consideradas sobre la base de la fungibilidad de los socios, son por naturaleza transmisibles y negociables.

En conclusión: para distinguir correctamente la Acción de la cuota es necesario conocer y comprobar la relación que la participación social tiene con la persona o con el capital aportado. La participación social deberá llamarse cuota siempre que no pueda representarse por un título y esté atribuida a una persona determinada en consideración a la confianza que inspira y al vínculo que con ella se ha querido contraer. Por el contrario, deberá llamarse acción a la participación social cuando esté considerada exclusivamente en relación a una determinada porción de patrimonio social, la cual, por la indicada fungibilidad económica de los socios, es, en general, transmisible libremente y esta incorporada en un título que representa, con la parte de patrimonio aportado, la cualidad de socio.

La Acción es un documento que expresa el hecho de que su poseedor forma parte de una colectividad ideal subjetivada, esto es: que forma parte de la persona jurídica denominada sociedad. En otras palabras: el título Acción atestigua la posición del socio frente a la sociedad, concebida ésta como término subjetivo ideal a que se refiere las relaciones jurídicas sociales.

Como documento que certifica el derecho de participación social de su titular contiene en sí todos los derechos y obligaciones de diversa naturaleza que van unidos a la condición de socio, y presupone siempre la referencia a aquel complejo ordenamiento jurídico que es la sociedad. En este sentido es costumbre decir, precisamente, que la Acción atribuye a su legítimo poseedor es estado de socio, en proporción a la parte de patrimonio social que ha aportado.

2.-La Acción como Documento Representativo y Título Valor.

Para formarse una idea clara de la acción, conviene ubicarla dentro de las tres siguientes categorías. Pero antes es necesario analizarlo desde el punto de vista personal.

1).-La acción como título valor Naturaleza Jurídica "Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima, estarán representadas por títulos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socios y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza.

La acción puede ser considerada como un título-valor en este la palabra acción designa el documento que la sociedad remite al accionista.

La acción es un título valor (8) que "certifica el derecho de participación societaria del poseedor". (9).

8 BRUNETTI, pág. III "Las acciones han sido reguladas por la Ley como títulos de crédito"; GIERKE, pág. 262.

9 BRUNETTI, pág. III, WIELAND, pág. 57.

Considerada la acción como título valor, no representa un título valor obligacional, ni un título valor real, más bien tiene un carácter complejo en cuanto en él se incorporan en cierto modo derechos de crédito y derechos especiales de tipo asociativo, lo que justifica que haya sido considerada como una categoría especial de títulos valores, - bajo la denominación de títulos de participación (10) o de títulos corporativos.

11).-Características de las acciones como Títulos valores.

a).-En consideración a la persona del emitente, - son títulos privados, ya que las sociedades anónimas, y en su caso, las sociedades en comandita por acciones, son entidades privadas. Puede haber sociedades de carácter público (instituciones nacionales de crédito), pero ello no modifica el carácter de títulos privados de las acciones.

b).-En atención a su individualidad, son títulos de serie llamados también seriales (11), colectivos o de masa, porque cada uno forma parte de una serie de títulos iguales, nacidos de una sola declaración de voluntad, diferenciados sólo por el nombre del titular, si son nominativos, o por el número, si son al portador. Las acciones al portador pueden ser fungibles o infungibles, según que al ser objeto de una operación jurídica hayan sido individualizados o no lo hayan sido con una referencia al número o con cualquiera otra - inconfundible (12).

10.MESSINEO, *Titoli di credito*, Pádua, 1933, I, pág. 128, CAR
NELUHI, *Teoria giuridica della circolazione*, nú. 73 pág.216

11.MESSINEO, I, pág. 58, que cita a GIERKE, O.

12.MESSINEO, loc. cit.

Las acciones nominativas son infungibles. pero -
cabía considerar como fungibles las emitidas en favor de una -
persona (13).

c).-Si se atiende a la posibilidad de que se emi-
ten duplicados, las acciones no permiten su publicación (du---
plicados, copias), y por lo tanto son títulos únicos.

d).-Cada acción es un título unitario. Los certi-
ficados de acción pueden ser títulos múltiples.

e).-Pueden ser nominativos o al portador.

f).-Son títulos nominados, puesto que están pre-
vistas y regulados por la Ley (14).

g).-Desde el punto de vista de la oponibilidad -
a los accionistas de las excepciones derivados del contrato de
sociedad, entendiendo que las acciones son siempre títulos ---
causales, ya que las modalidades e incluso la determinación de
los derechos que conceden, están dados en el contrato social -
(15).

En el derecho italiano la acción es un título -
de crédito (16) y también la califican de título de crédito --
los juristas franceses (17) aunque la doctrina francesa insig-
te siempre en la distinción entre effets de commerce y valeurs

13 MESSINEO, pág. 59.

14 MESSINEO, pág. 77.

15 VIVANTE, II, Núm. 954. y MESSINEO, págs. 196-198.

16 BRUNETTI, Trattato, op. cit., pág. 79 y sig; ASCARELLI, Sg-
ggi di diritto commerciali. Milán, 1955, pág. 588.

17 ESCARRA, Cours, op. cit., págs. 639 y 713; ESCARRA, Cours,-
op. cit., pág. 758 y sig.

mobiliers (18). En otros países, especialmente también se considera la acción como un título de crédito (19). En la terminología alemana en lugar de emplearse la expresión "títulos de crédito" se emplea la de "títulos valores". Wertpapiere -- (20) empleada también en Suiza (21) y recientemente en otros países, en especial por la doctrina española (22).

En el derecho anglo americano la expresión negotiable instrument no corresponde exactamente a la de títulos de crédito o título-valor. Se trata de una noción menos amplia que abarca solamente los documentos que se transfieren por delivery (23), pero que tienen por objeto el pago de una suma de dinero (24), de suerte que no comprende las acciones. Pero una ley uniforme reglamenta la transferencia de acciones (25), admitiendo la transmisión de las acciones mediante entrega del certificado de la acción endosado ya sea en blanco, ya a una persona, pero sin aplicación de la regla de inoponi-

18. RIPERT, *Traité*, op. cit.; págs. 639 y 713; ESCARRA, *Cours*, op. cit., pág. 758 y sig.
19. MALAGARRIGA, *Tratado*, op. cit., I, pág. 136; MIRANDA DE VALERDE, op. cit. I, pág. 80.
20. HUESCH, *Recht der Wertpapiere*. Berlín, 5a. ed. 1949; GIERKE J.V., *Das Recht der Wertpapiere* o Berlín, 1954.
21. MIRANDA DE VALERDE, op. cit., I, pág. 83.
22. GARRIGES. *Los Títulos valores*. *Revista de derecho mercantil*, 1951, n. 36; LANGLE, *Manual*, op. cit., II, 1954, pág. 70 sig.
23. Entrega material del Título con intención de Transmitir la propiedad.
24. Art. 1, *Negotiable instrument law*, de los Estados Unidos, y arts. 3,78,88 de *Bills of Exchange Act*. de Inglaterra.
25. *Uniform Stock Transfert Act*.

bilidad de las excepciones, y por esto se habla de quasi negotiable instruments (26). En Inglaterra, las acciones que en la práctica son siempre nominativas, no son negotiable instruments, aunque lo son en el caso muy raro de que sean al portador (27).

3.- Documentos Probatorios.

Se demuestra en el un derecho, pero no es único-medio de demostrarlo o ejercerlo, de modo que su exhibición no es indispensable. Ejemplo el pedido de un comerciante a su proveedor puede o no revestir forma documental y puede demostrarse al margen de todo pedido escrito, también podríamos decir que existe función probatoria, cuando desempeña simplemente la función procesal de atestiguar la existencia de la relación jurídica; existencia que es autónoma e independiente de la representación gráfica de la misma relación y que se presupone al documento.

La Acción es, ante todo un documento escrito, o sea un medio material de representación gráfica de un hecho. Ya se sabe que cualquier hecho puede fijarse de modo permanente por medio de un escrito; un grupo de hechos bastante importante es el constituido por las declaraciones provenientes del propio autor del escrito; Cuando el escrito contiene sic -

26 DANIEL, A Treatise on the law of negotiable instruments, -- 7a. ed. Nueva York, 1933.

27 GOWER, op. cit., pág. 379; Palmer's Company law, op. cit. -- pág. 120.

et simpliciter una o más declaraciones de su autor cumple un fin y una función manifestativa, de comunicación; si, por el contrario, el autor del escrito se indica así mismo como el autor de las declaraciones en él contenidas, es decir: lo firma, entonces el escrito cumple también una función representativa, de certificación documental (28). Mirada la Acción a la luz de esas consideraciones podemos afirmar que en cuanto está firmada por la sociedad emisora cumple, sin más requisitos, una función documental, y que aquella firma atribuye autenticidad y eficacia vinculadora a las declaraciones contenidas en la Acción.

4.-Documentos Constitutivos.

También demuestra el derecho, pero de modo que este no puede nacer ni se puede ejercer normalmente sin que exista un documento escrito, ya sea en poder del ejercitante del derecho o de otra persona. Así como no existe Sociedad Anónima sin la correspondiente escritura de constitución o matrimonio sin acta. En otras palabras podemos decir que existe función constitutiva, cuando el documento ejerce una función creadora inicial, es decir que es un elemento esencial para el nacimiento de la relación, que existe, sin embargo, desde el momento independiente de la disponibilidad del mismo documento.

La acción es un documento, o sea, una cosa corporal, cuyos requisitos formales están constituidos por las siguientes indicaciones:

28 BETTI: Ob. precit., pág. 357.

a).-Denominación, sede y duración de la sociedad

b).-Fecha del acto constitutivo y de su inscripción.

c).-Valor nominal de la acción y monto del capital social.

d).-Monto de los desembolsos parciales, sobre las acciones no enteramente liberadas.

e).-Derechos y obligaciones particulares inherentes de la acción.

Como se ve, el documento-acción reproduce, en gran parte, el contenido del acto constitutivo. De este modo, el tercero que adquiriera la acción a título derivativo (o sea, después de la emisión de ella), está en situación de conocer suficientemente los datos relativos a la constitución de la sociedad.

Las acciones deben ser suscritas por uno (al menos) de los administradores. Es válida la suscripción mediante reproducción mecánica de la firma; siempre que el original que de depositado en la oficina del registro de las empresas donde está inscrita la sociedad.

5.-DOCUMENTOS DISPOSITIVOS O REPRESENTATIVOS.

Más que demostrar un derecho son portadores del propio derecho. Este puede haber nacido antes, pero una vez otorgado el documento se crea entre uno y otro una unión tal que el ejercicio del derecho pertenecen a quienes poseen el documento. La disposición de este lleva consigo la disposición -

de aquel, y en adelante circulan ambos conjuntamente. Se produce lo que suele llamarse "Incorporación" del derecho al papel.

En esta última categoría de documentos a la cual pertenece la "Acción" la incorporación de derechos implica, a su vez, incorporación de valores, de modo que los documentos tienen mayor o menor valor según lo tengan los derechos a ellas incorporados por Ejemplo, al capital y a los dividendos. Ahora bien; estos documentos por ser negociables es decir cosas vendibles, o transferibles por su entrega, adquieren un valor propio, en cuya fijación influyen, además del valor básico de los derechos patrimoniales a el incorporados otros factores (perspectivas comerciales, proyectos industriales, propósitos monopolísticos e intereses internacionales en conflicto etc). de aquí a que se les denomine "títulos valores" y que según los valores incorporados se clasifiquen así:

A).-Títulos de Crédito: Representan e incorporan un crédito (Letra de cambio, pagaré) su valor real no depende solo de su valor nominal o pecuniario, sino también de la solvencia del deudor, del plazo etc.

La acción tiene una función dispositiva, cuando sirve de instrumento para hacer valer (función de legitimación) o transferir (función traslativa) los derechos y las obligaciones que se derivan de la relación jurídica (29).

29. Cfr. BETTI: ob. precit, pág. 364.-LA LLUMIA: Appunti sulla natura..., ye cit., pág. 2.

La acción no puede menos de ser considerada y--comprendida entre los documentos con función dispositiva, ---puesto que es necesaria para el ejercicio de los derechos so--ciales (30); en efecto, el accionista no puede tomar parte en las Juntas Generales; ni examinar las Actas de las Juntas; ni denunciar a los Síndicos los hechos censurables de los admi--nistradores; ni impugnar las decisiones de las Juntas Genera--les; ni pedir el pago de los dividendos o las cuotas de liqui--dación, si no acreditan ser los legítimos poseedores de los -títulos-Acciones. Y del mismo modo, con la transferencia de -la Acción es como puede obtenerse la transferencia de los de--rechos atribuídos por ella (31). El haber comprobado que la -Acción pertenece a la categoría de documentos que cumplen una función dispositiva tiene una singular importancia. Sin ember--go, esta observación no es suficiente para poder comprender -las Acciones entre los títulos de crédito, aunque también sea esencial en éstos la función dispositiva. Basta pensar que --también aquellos documentos que desarrollan una especial fun--ción de legitimación, esto es, que sirven de instrumento para hacer valer los derechos a que los mismos se refieren (32), -pertenecen a la categoría de los documentos dispositivos, aún sin ser títulos de crédito (33).

30. SOPRANO: Trattato..., ya cit., vol. I, pág. 197.-BRUNETTI Lezioni..., ob. cit., pág. 115,-MOSSA: Diritto commercia--le, ya cit., vol. I, pág. 183.

31. SOPRANO: Ob. precit., pág. 488.-BRUNETTI: Ob "cit. pág. 111

32. MESSINEO: Il Titoli di credito..., ya cit., vol. II, pág.-230.

33. VIVANTE: Trattato...cit., vol. III, N. I. 442.- BOLAFFIO:- En el Archivo giuridico., vol. 57, pág. 274.

Se deduce de la función del documento respecto a la relación jurídica, que puede haber perfectamente una conver-sión de una función en otra, es decir, que puede suceder que un documento pierda su función dispositiva y asuma una función simplemente probatoria (34). Así, en determinadas circunstan-cias, la función dispositiva de los títulos de legitimación -- se debilita hasta cesar por completo, puesto que puede hacerse valer el derecho sin tener la posesión del título de crédito y sin tener que exhibir el documento (35). Y es en esto donde -- puede verse uno de los elementos característicos fundamentales para distinguir el título de crédito del de legitimación.

En el título de crédito, cualquiera que sea su forma, la función dispositiva es permanente, es decir: documen-to y derecho están compenetrados de tal modo que el documento -- siempre es condición necesaria para el ejercicio y la atribu-ción del derecho, que sólo puede disfrutarse por quien se ha--lle en una cierta relación jurídica con el documento. Por tan-to, es característica esencial común a todos los títulos de -- crédito la unión permanente de una relación jurídica con un -- documento: la función de legitimación queda potenciada hasta -- el punto de hacerse caso omiso, en absoluto; de averiguar si -- el derecho pertenece a aquel a quien se le permite ejercerlo, --

34. Cfr. BETTI: Inefficacia del negozio cambiario e reazione -- del rapporto causale, en la Riv. dir. comm., 1927, II, 364 -- Dir. proc. civ. tal., ya cit., vol. I, pág. 8, nota 3.

35. Cfr. MESSINEO: Ob. cit., vol. II, especialmente págs. 199, 201, 214, 230, y todo el capítulo XIII.

y por eso la posibilidad jurídica de ejercitar el derecho contenido en el documento está inseparablemente unida a la posesión del mismo documento (36). Podrá decirse, por tanto, que en los títulos de crédito, mediante la particular eficacia -- concedida a la posesión documental^{mente} justificada, la legitimidad para el ejercicio del derecho coincide con la titularidad del derecho, aunque sólo sea en vía presuntiva y provisional (37).

Ahora ya se ve con mayor evidencia que si logramos demostrar que en la Acción también existe esta unión permanente del documento con la relación jurídica representada -- en él, habremos dado un buen paso para poder incluir las Acciones en la categoría de los títulos de crédito.

La Acción es un documento que atestigua la situación, o mejor, la posición jurídica de su poseedor en relación con el ordenamiento jurídico social que ha emitido el mismo documento. Por las consideraciones que preceden, y por las conclusiones a que en ellas llegamos, la Acción atestigua que su poseedor disfruta del estado de socio, y que es el presupuesto y base del complejo de derechos (de administración y de crédito), de facultades y de obligaciones relativas a la participación social. En este sentido es exacto afirmar que -- la Acción es un título de participación (38), en cuanto que --

36. Cfr. ARCANGELI: Riv. dir. comm., 1910, I, 362. -- FINZI: Possesso dei diritti, Roma, 1915, págs. 201 y sigs.

37. Cfr. VIVANTE: Trattato..., ya cit., vol. III, n. 981 y sigs.

38. CARNELUTTI: Lezioni.. cit., vol. VI, pág. 121, Istituzioni...., Padua, 1941, pág. 596.

certifica sobre la situación jurídica de aquel que participa en una forma especial de colectividad elevada a naturaleza de persona jurídica, y expresa la medida de esa participación -- (39).

Por tanto la Acción es un documento que no se refiere a un derecho de crédito, como por ejemplo, la letra de cambio, ni a un derecho de posesión, como por ejemplo, el recibo de depósito, o la papeleta de préstamo, sino un derecho de participación en la persona jurídica que es la sociedad, derivada de la condición de socio conferida por la misma Acción (40).

La Acción es un título de crédito (41) que incorpora en sí la condición de socio (42): Como tal confiere a su titular el status socii, del que se derivan una serie de derechos y facultades.

B).-Títulos Representativos de Mercancías: ---- transmiten la propiedad de estas Ejemplo Certificados de depósito.

C).-Títulos de Participación: Son las acciones, las cuales no tienen incorporados en sí derechos estáticos -- como el pagaré que siempre lleva la misma suma y ella es la --

39. ASCARELLI: Apunti..., ya cit, vol. II, pág. 249; SOPRANO: Trattato..., ya cit., vol. I, n. 460.

40. Cfr. SALANDRA: Ob. cit, pág. 151,- BARASSI: Istituzioni., pág. 217.

41. ASCARELLI. Riv dir. com., 1932, I, 265 y sigs. MOSSA: - Diritto commerciale, ya cit, parte I, págs. 179 y sigs.

42. El Tribunal de Casación. sentencia C.C. 21-marzo-1939, -- en la peiu. dir. comm, 1939, II, 531.

que se debe sino derechos que pueden aumentar, disminuir y -- dar ganancias a pesar de que corresponden a aportes en bienes de valor determinado; o sea que no representan créditos líquidos en dinero, sino una participación en la gestión económica de una sociedad. Por esto, confiere también derechos sociales no puramente patrimoniales sino de participación del accionista en la gestión y documentación de la sociedad Ejemplo votar en las asambleas, conocer el estado económico de la sociedad etc.

CAPITULO CUARTO.

Organización democrática de la sociedad anónima.

1.-Para determinar cuáles son los derechos de -- los accionistas y su situación en una sociedad anónima, dos cuestiones esenciales deben ser dilucidadas: la de la dirección de la sociedad y la de la propiedad del activo social. La administración de una sociedad anónima constituye una carga pesada, carga mucho más pesada cuando la sociedad es más importante.

La sociedad anónima agrupa capitales, únicamente capitales, abstracción hecha de la persona de sus propietarios. Los accionistas que han proporcionado el capital social, forman así una masa disparatada, que no tiene la competencia volitiva para asegurar esa dirección.

Los accionistas, propietarios de la sociedad, se harán por lo tanto representar para el logro de esa carga, - de dirección y de administración y delegarán sus poderes en un consejo de administración, o en un administrador único, - que ellos mismos nombrarán para tal efecto.

Pero, si es el consejo de administración el que asume la carga efectiva de la dirección, el poder fundamental de dirección pertenece en derecho a la asamblea general de accionistas, órgano representativo de la masa de éstos. - Como dice Ripert, para hacer una comparación con el derecho público, la forma de gobierno de la sociedad anónima, en nuestro derecho, es una fórmula de gobierno directo, porque la asamblea general de accionistas detenta el poder supremo y - nombra simples mandatarios para asegurar la dirección.

A la asamblea de accionistas deberá de rendir cuentas el consejo de administración, ya que la Ley establece que por lo menos anualmente deberá de presentar el balance, acos-tumbrándose que igualmente el consejo de administración rinda un informe sobre la marcha de la sociedad, al término de cada ejercicio social.

Este órgano de dirección general que constituye el consejo de administración, será a su vez controlado por otros representantes de los accionistas, los comisarios designados- también por la asamblea general de accionistas, y cuya misión será la de asegurar que la sociedad esté bien dirigida.

Los accionistas no tienen derechos directos sobre el activo social, pues son simplemente propietarios de sus acciones; es la sociedad, persona moral, la que es propietaria- del activo social. Pero en tanto que la masa de accionistas - es propietaria de la sociedad, esa masa de accionistas es por ella misma, e indirectamente, propietaria de ese activo social.

De ahí resulta que en lo que concierne a los resultados de la actividad social, son los accionistas los que soportarán los riesgos felices o adversos, de esa actividad. Soportarán los riesgos adversos, bajo la forma de una disminu-ción del valor del activo social, en caso de que la explota-ción de la empresa sea deficiente. Inversamente, se beneficiarán de las ganancias hechas por la sociedad, si la explota-ción es beneficiosa.

De igual manera, en caso de disolución de la so-ciedad, una vez que haya sido cubierto el pasivo, el saldo neto del activo restante será repartido entre los accionistas a prorrata, de acuerdo con el número de acciones que posee cada uno de ellos.

Ahora bien, ¿quién juega el papel de empresario en la sociedad anónima? En el caso de las empresas de comerciantes individuales, la fundación de empresarios se encuentra caracterizada claramente. Cualquiera que sea el criterio que se tenga para definir al empresario, es fácil de señalar a la persona, que en tal empresa, desempeña esa función.

En el caso de la sociedad anónima, la diferenciación de funciones que se observa presenta por lo contrario la distinción de esas funciones en forma más delicada. Puesto que los criterios distintivos de la función de empresario varían, la respuesta a la cuestión de saber quién, en la sociedad anónima, tiene a su cargo la función de empresario, podrá variar, según el criterio que se adopte.

Si se juzga bajo el criterio de la función de empresario los elementos activos de esta función, la tarea de dirección sola, en realidad se puede preguntar si el empresario en una sociedad anónima, no lo es el consejo de administración que ejerce de hecho la dirección, y no la masa de accionistas que no hacen sino delegar en él sus poderes.

Sin embargo, si se define la función de empresario a la vez por sus tareas activas y por la naturaleza de su remuneración, se puede también pretender, por una ficción jurídica y al menos en teoría, que en la sociedad anónima el empresario es la masa de accionistas.

Lo anterior, a pesar de que pudiese pensarse en la frecuente pasividad de los accionistas, pasividad que puede ser considerada como ocasional, más que como institucional.

El propietario de la sociedad y de la empresa que la pone en actividad, es en efecto la masa de accionistas que-

tomará la carga de los riesgos de la empresa. Es también la masa de accionistas la que, por intermedio de sus representantes, nombrados por ella misma y que puede ser en cualquier momento revocados por ella, ejerce la función de dirección.

Por lo tanto, podemos concluir que la masa de accionistas siendo propietaria de la sociedad anónima, es por ella misma e indirectamente propietaria del activo social de la sociedad, y de igual manera, la masa de accionistas que es la dueña del activo social ejerce la dirección de la sociedad aún cuando sea indirectamente, por medio del consejo de administración.

Debido a su organización colectivo capitalista, la sociedad anónima está sometida a las normas propias de los organismos sociales plurales, por lo cual es de organización democrática, en cuanto que los acuerdos y decisiones deben tomarse por mayoría de votos y los derechos de los socios se ejercen en el seno de sus asambleas.

¿Quiere esto decir que las "mayorías" son omnímodas para tomar toda clase de resoluciones? De ninguna manera, pues existen límites a la voluntad de la mayoría cuando se vulneran las garantías individuales de los accionistas, al violarse determinados derechos que son "inmodificables". Junto a éstos, existen otros derechos de los accionistas que sí son "Limitables" o "modificables" por las mayorías.

La percepción de dividendos.

II.-En el apartado anterior indiqué que debido a su organización colectivo capitalista, la sociedad anónima está sometida a las normas propias de los organismos sociales plurales, por lo cual es de organización democrática, en cuan

to que los acuerdos y decisiones deben tomarse por mayoría de votos y los derechos de los socios se jercen en el seno de -- sus asambleas.

Agregué, que no obstante lo anterior, las "mayo-
rias" no son omnímodas para tomar toda clase de resoluciones,
pues existen límites a la voluntad de la mayoría cuando se --
vulneran las garantías individuales de los accionistas puesto
que existen derechos que son "inmodificables".

La teoría de los "derechos individuales" de los
accionistas ha surgido como una síntesis de dos tésis contra-
dictorias: la que admitía la libre modificabilidad de los es-
tatutos y la que reclamaba su más rígida inalterabilidad. Den-
tro de estos derechos individuales, consagrados por la garan-
tía, que Joaquín Rodríguez(1) llama "pasiva", porque no supo--
nen la voluntad del socio sino que quedan establecidas en cu-
anto la Ley determina tales exigencias, se encuentran precisa-
mente el derecho de percibir un dividendo, que consagra en --
términos generales el artículo 17 de nuestra Ley General de -
Sociedades Mercantiles que dice: "No producirán ningún efecto-
legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de -
la participación en las ganancias".

El maestro Rodríguez indica que de los diversos
derechos patrimoniales que corresponden al accionista de la -
sociedad anónima, el más importante es el derecho al dividen-
do.(2).

Lo define, en la sociedad anónima, como "el be-
neficio neto pagadero periódicamente a cada acción", de donde-

1 Rodríguez Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles. México
1959, Tomo I, p. 473.

2 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 374.

concluye que el derecho al dividendo es "el que tiene el titular de cada acción de participar en el beneficio periódicamente distribuido".(3)

En el apartado anterior también mencione que quien juega el papel de empresario en la sociedad anónima es la masa de accionistas ya que son ellos quienes soportan los riesgos de la pérdida del capital social y quienes igualmente se benefician de las utilidades de la empresa, es decir, lucran con ella.

El maestro Roberto L. Mantilla Molina no la llama "empresa" sino "negociación mercantil" y la define "como el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener y ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro" (4).

Sin embargo el maestro Jorge Barrera Graf descarta los elementos de "riesgo" y de "lucro", en virtud de que -- las empresas agrícolas no están consideradas como mercantiles en nuestro derecho y define a la empresa como "la organización de una actividad económica que se dirige a la producción o al intercambio de bienes de servicios para el mercado.(5).

No obstante, admite que considerando el "lucro" -- como la mera ganancia o provecho que obtiene el empresario, sí es esencial a la negociación, aunque tampoco sirva como criterio de distinción entre las comerciales y las no comerciales; y cuando habla de "finalidad lucrativa" la entiende como actividad no altruista o de beneficencia. (6).

3 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 374.

4 Mantilla Molina Roberto, Der. Mercantil, 4a. edición p. 95.

5 Barrera Graf. Jorge, Tratado de Derecho Mercantil, México -- 1957 p. 174.

6 Barrera Graf Jorge, ob. cit., p. 183.

Las sociedades anónimas por disposición de nuestra Ley (7) son comerciantes colectivos y al igual que los comerciantes individuales, tienden a la obtención de utilidades, es decir, de dividendos para sus accionistas, por lo cual, es un derecho patrimonial de éstos que nuestra Ley consagra en el precepto antes mencionado.

"Mantilla Molina nos dice que el derecho al cobro de utilidades, se le llama dividendo", (8) compartiendo el nombre genérico que la doctrina en general le ha dado. Indica que el citado artículo 17 contiene la prohibición del "pacto leonino" y agrega que si se establece en la escritura constitutiva que uno o más socios quedan excluidos de la participación de las ganancias, es decir, si existe "pacto leonino", no se invalida la escritura social. Se basa en que el artículo de referencia dice que no producirá ningún efecto, y sería atribuirselo, y muy grande, si se declarara nulo el negocio que lo contiene.(9).

En consecuencia, el reparto de utilidades, se hará como si no existiera el pacto que priva de ellas a alguno de los socios. Agrega Mantilla que la mayoría de la doctrina sostiene que el pacto leonino anula a la sociedad, pues la ley no puede sustituir su voluntad a la de las partes, y cita(10) a Houpin y Bosvieux, Lyon-Caen y Renault, Soprano y Vivante; Joaquín Rodríguez(11) comparte el criterio del maestro Mantilla en el sentido de que el pacto leonino no invalida la escritura social, pero que no produce ningún efecto.

7 Código de Comercio Artículo 3o. Frac. 11.

8 Mantilla Molina ob. cit., p. 355.

9 Mantilla Molina, ob. cit., p. 205.

10 Mantilla Molina, ob. cit., p. 205, nota núm 6.

11 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 49.

El hecho de que haya habido utilidades, para que los accionistas puedan obtener sus dividendos se desprenderá del balance, refleja fielmente la situación económica de la empresa, el accionista que obtuvo su parte en las utilidades no se verá obligado a devolverla, aunque posteriormente los ejercicios sociales se cierren con pérdida y llegue a producirse la insolvencia de la sociedad. Lo anterior, lo sostiene Mantilla (12); interpretando a contrario sensu, los preceptos 19 y 21 de la Ley de referencia.

Joaquín Rodríguez (13) nos dice que el derecho al dividendo, como derecho abstracto, consiste en el que tiene cada accionista de pedir que la asamblea general resuelva sobre la distribución del dividendo; es un derecho que se ejerce ante la asamblea; una vez aprobada por ésta la distribución, surge un derecho de crédito en favor del accionista frente a la sociedad.

Sin embargo, el accionista carece de derecho para pedir que las utilidades sean repartidas en forma de dividendos. El acuerdo de repartir utilidades es de la competencia única y exclusiva de la asamblea general ordinaria de accionistas que, en principio, procede con la más absoluta libertad, ya que puede resolver que se empleen en la formación de un fondo de reserva, o en nuevas inversiones.

Si en la escritura constitutiva se ha establecido la repartición obligatoria de utilidades, entonces estamos frente a un "derecho inmodificable" de los accionistas; pero sino previene nada a este respecto, nos dice Rodríguez-

12 Mantilla Molina, ob. cit., p. 204.

13 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, pp. 375 y 376.

que "la mayoría puede imponer a la minoría la acumulación de utilidades, sin reparto de éstas, año tras año. Los accionistas y la minoría carecen de acción para impugnar tales decisiones ya que no hay en la actual legislación sobre sociedades, ningún precepto que permita impugnar las deliberaciones sociales, con fundamento en la simple alegación de abuso o - desvío de poder" (14).

Sin embargo, este derecho patrimonial al dividendo es "inmodificable", por ejemplo, cuando la asamblea acordase la distribución de dividendos con exclusión de uno o de algunos socios, o cuando acordase hacer participar las acciones en proporción distinta a su valor desembolsado, o en --- cuantía desigual. En el primer caso se violaría el artículo 17, en el segundo se contravendría el artículo 117 y en tercer caso se pasaría sobre lo que dispone el artículo 112. En todos estos casos la resolución de la asamblea sería ilegal - y los accionistas afectados podrían impugnar judicialmente - los acuerdos.

Los intereses constructivos.

III.-El artículo 123 de la Ley General de Sociedades Mercantiles indica que en los estatutos se podrá establecer que las acciones, durante un periodo que no exceda de tres años, contados desde la fecha de la respectiva emisión, tengan derecho a intereses no mayores del nueve por ciento - anual. En tal caso, el monto de estos intereses debe cargarse a gastos generales.

Nuestro legislador ha querido crear un incentivo

14 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 377.

para aquellos inversionistas que desean aportar sus capitales a nuevas sociedades y que podrfan desilusionarse si se tratase de empresas que por determinadas circunstancias no pudiesen obtener utilidades durante los tres primeros años de actividades comerciales o industriales.

En efecto, pongamos por caso que unos empresarios visionarios forman una sociedad para lanzar al mercado un nuevo producto, que es desconocido del público consumidor, o bien que va a competir con otros productos similares que se han estado fabricando desde hace algún tiempo.

En esta circunstancias, es necesario otorgar créditos a plazos medios a los comerciantes mayoristas que lo van a expender, o a los detallistas, para que se interesen en ofrecerlo al público. De igual manera, es necesario lanzar una costosa y vasta campaña publicitaria para convencer a dicho público consumidor de la calidad del producto.

Por lo tanto, no es de esperarse que durante los primeros años de vida de la empresa se obtengan utilidades para que sean repartidas como "dividendos" entre los accionistas, y en virtud de ello, seria poco probable que los inversionistas distrajesen sus capitales que les están produciendo intereses en otras actividades, para invertirlos en la nueva sociedad.

Es así como nuestro legislador ha permitido que se puede establecer en los estatutos de esa nueva sociedad anónima, que las acciones, durante los tres primeros años, tengan derecho a intereses no mayores del nueve por ciento anual, los que deberán cargarse a gastos generales de la empresa.

La ley alemana sobre Sociedades por Acciones en su artículo 54 establece que: "Sólo el beneficio neto resultante del balance anual puede ser repartido entre los accionistas; no es permitido ni prometer ni pagar intereses". En su segunda fracción ordena: "Por el periodo necesario de los trabajos preparatorios de la empresa y solamente hasta el comienzo de su plena actividad, un interés de cantidad determinada puede ser consentido a los accionistas; los estatutos deberán prever la última fecha de la cesión del pago de los intereses".

Roger Duroudier y Robert Kühlewein (15), nos dicen comentando este precepto, que la sociedad anónima alemana no puede prometer ni intereses fijos, ni dividendos fijados de antemano, pero que, sin embargo, se pueden estipular intereses por un periodo anterior a la actividad de la sociedad.

Como se ve, el legislador alemán sólo permite -- que los "intereses constructivos" se causen mientras se organiza la sociedad, a diferencia de nuestro legislador mexicano que si permite que se paguen esos intereses durante los tres primeros años de vida de la sociedad, al tipo arriba -- indicado.

La diferencia entre los "dividendos" y los "intereses constructivos" estriba en que éstos son realmente "intereses" del capital invertido que son cargadas a gastos generales de la empresa, mientras que los dividendos son el resultado de las ganancias que se distribuyen entre los accionistas.

Joaquín Rodríguez, (16) comentando esta materia,

15 Duroudier y Kühlewein, La Loi Allemande sur les Sociétés-por Actions, Editorial, Sirey, París, 1945, p. 61.

16 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 384.

nos dice que la justificación de estos intereses constructivos es clara, cuando se trata de empresas cuyo periodo de --- planteamiento, preparación e inversión es amplio, de modo que conviene ofrecer esta compensación a los inversionistas, que tal vez rehuirían su participación ante la perspectiva de la improductividad de su inversión durante varios años.

Ahora bien, si en los estatutos se conviene en el pago de estos "intereses constructivos" a los accionistas, -- con intereses no mayores del nueve por ciento anual y por un periodo que no exceda de tres años contados desde la fecha de la emisión de las acciones, los accionistas tendrán un "derecho inmodificable". En efecto, en tal caso, no podrá la asamblea general de accionistas, no obstante sus poderes modificadores de los estatutos, suprimir este derecho. Se estará en el caso de un límite a la voluntad de la mayoría, ya que es una de las garantías -- que Joaquín Rodríguez (17) llama "pasivas" --- que no suponen la voluntad del socio, sino que queda establecida en cuanto la Ley determina tales exigencias.

Los bonos de fundador.

Los fundadores de una sociedad anónima realizan trabajos que van a ser aprovechados por la empresa y que pueden tener para ésta un valor efectivo. Es en razón de los servicios que ha aportado a la sociedad, que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles establece que se les podrá conceder una participación en las utilidades anuales que no excederá -- del diez por ciento, ni podrá abarcar un periodo de más de -- diez años a partir de la constitución de la sociedad.

17 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 473.

Esta participación no podrá cubrirse a los fundadores, sino después de haber pagado a los accionistas un dividendo del cinco por ciento sobre el valor exhibido de sus acciones. Tal como lo menciona el Art. 105 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

También establece nuestra Ley que para acreditar la participación indicada, se expedirán títulos especiales -- denominados "bonos de fundador", los cuales podrán ser nomi-
tivos o al portador y en ellos se expresará la participación que corresponda al bono en las utilidades y el tiempo durante el cual deba ser pagado, además de otras características pro-
pias de los títulos de las acciones de la sociedad.

Duroudier y Kühlerein, (18) nos dicen que las partes de fundadores, como se les llama en Francia a lo que noso-
tros conocemos como bonos de fundadores, se realizaron por -- primera vez por la Compañía del Canal de Suez y conferían a -- sus titulares una parte en los beneficios anuales de la socie-
dad.

A diferencia del Derecho Francés, nos dicen estos mismos autores, que la Ley alemana en su artículo diecinueve -- establece unas ventajas particulares que se conceden a los -- fundadores y las cuales deben de definirse en los estatutos, -- traduciéndose en un derecho personal de crédito del beneficia-
rio en contra de la sociedad anónima. Agregan que los casos -- de aplicación más frecuentes del referido artículo diecinueve son constituidos por una participación privilegiada de los be-
neficios, o un contrato de entrega de mercancía, o bien un de-
recho de arrendamiento sobre los inmuebles de la sociedad.

18 Ob. cit., p. 24.

Sin embargo, está prohibido estipular como ventajas para los fundadores el otorgamiento de intereses fijos, así como la --concesión de acciones gratuitas que se emitan como consecuencia de un aumento del capital. (19).

Las remuneraciones que se acuerden para los fundadores deben de mencionarse en los estatutos y el total de dichas remuneraciones debe ser amortizado en el curso del primer ejercicio social; estando prohibido amortizarlas en un periodo mayor. Los mismos autores (20) nos dicen que estas remuneraciones deben de distinguirse de las "partes de fundadores" del Derecho Francés las cuales no están reglamentadas por la Ley alemana de Sociedades Anónimas.

El doctrinista francés, A. Dalsace, (21) nos dice que "Las partes de fundador" o partes beneficiarias, son títulos sin valor nominal que dan derecho ordinariamente, a sus propietarios a una cierta porción de los beneficios sociales y de la liquidación.

Estas partes de fundador no gravan el capital de la sociedad y la Ley francesa del 31 de marzo de 1927 prohibió que fuesen negociadas después de los dos años de su creación, salvo en determinados casos particulares, en la que -- las asimiló a las acciones de "aporte"; esta Ley fue promulgada para poner fin a los excesos especulativos en la Bolsa.

Posteriormente, la Ley del 23 de enero de 1929 vino a reglamentar las partes de fundador en las sociedades ---

19 Duroudier y Kühlewein, ob. cit., p. 24

20 Duroudier y Kühlewein, ob. y loc. cit.

21 Dalsace, A., Manuel des Sociétés Anonymes, Editorial Dalloz, París, 1959, p.p. 38 y 39.

francesas por acciones, con la peculiaridad de que las agru--
pó en masas que deliberan en asambleas y en las cuales las --
decisiones se imponen a la minoría. Por virtud del artículo -
11 de esta última Ley, los representantes de la masa tienen -
el derecho de asistir a las asambleas de accionistas. Los de--
rechos preferenciales de suscripción a los aumentos de capi--
tal que tenían anteriormente, fueron suprimidos por el artícu--
lo 28 de la Ley del 27 de mayo de 1955.

El legislador mexicano siguió la teoría francesa--
de que no participan nuestros "bonos de fundador", semejan--
te a las "partes de fundador" francesas, en el capital, pero sin
embargo les negó la participación en la liquidación de las so--
ciedad que si estableció el legislador francés.

Por lo tanto, los bonos de fundador en nuestro de--
recho no pueden ser considerados como acciones, porque por --
principio las acciones representan una fracción del capital -
social y los bonos de fundador, por naturaleza, sólo atribuy--
en una participación en los beneficios, siendo nulo cualqui--
er pacto que les conceda una participación en el capital, ya--
sea para el presente o para el futuro.

Como nos dice Rodríguez y Rodríguez, (22) las ac--
ciones, además, entrañan el derecho de que se devuelva a sus--
titulares su importe bien en el momento de la liquidación, --
bien antes, en los casos de amortización o en aquellos en los
que es posible el retiro. En cambio, los bonos de fundador --
sólo conceden una participación en las utilidades por un tiem--
po determinado, transcurrido el cual se extingue todo dere--
22 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 248.

cho, sin que haya devolución del capital, porque ello queda--
estricta y terminantemente prohibido por la Ley. Tampoco con--
sidera Rodríguez y Rodríguez (23) a los bonos de fundador co--
mo obligaciones, porque éstas suponen un crédito colectivo --
concedido a la sociedad, es decir una inversión de dinero que
no se incorpora al capital sino que queda como parte del pasi--
vo, y, además, es de la esencia de las obligaciones que sean--
amortizadas dentro de ciertos plazos. En cambio, los bonos --
del fundador no representan una aportación de capital que ha--
yan hecho los fundadores, ni tienen que ser amortizados, ni -
pueden serlo, por lo cual no pueden asimilarse a las obliga--
ciones. Agrega, que no son acciones ni son obligaciones, sino,
sencillamente "títulos de contenido crediticio" que atribuyen
una porción de los beneficios sociales dentro de ciertos máxi--
mos que la ley señale imperativamente. (24).

Para proteger los intereses de los socios, sin --
desconocer tampoco el legítimo interés de los fundadores, ---
nuestra ley ha establecido con carácter imperativo, que los -
beneficios concedidos a los fundadores no han de afectar al -
capital social, sino que se cubrirán únicamente con las utili--
dades, siempre que se pague previamente un dividendo no menor
del ciento sobre el valor exhibido de las acciones.

Por lo tanto, continuando dentro del estudio que--
vengo haciendo sobre los derechos "modificables" e "inmodifi--
cables" de los accionistas, nos encontramos ante un derecho -
"inmodificable" de los accionistas, de que no se abonen divi--
dendos a los fundadores hasta que los propios accionistas no--

23 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 249.

24 Rodríguez, ob. y loc. cits.

hayan recibido un dividendo equivalente al cinco por ciento del valor exhibido de su acción. En tal virtud, cualquier acuerdo que tomase la asamblea de accionistas de abonar dividendos a los fundadores antes de que se les haya cubierto a los accionistas el dividendo indicado, sería violatorio del artículo 105 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y por lo tanto impugnabile por los accionistas que estuviesen conformes con dicho acuerdo de la asamblea. Lo mismo podrá decirse respecto de que no puede exceder la participación concedida a los fundadores en las utilidades anuales del diez por ciento, ni podrá abarcar un periodo de más de diez años a partir de la constitución de la sociedad, por lo que cualquier cláusula que contenga la escritura constitutiva de conceder a los fundadores un porcentaje mayor, o de que abarque un periodo de más de los diez años indicados, sería nula.

Acciones de voto limitado.

V.-El artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece lo que la doctrina ha llamado "acciones de voto limitado" y que también han sido llamadas "acciones preferentes".

En el artículo 182 Fracción III encontramos que las asambleas extraordinarias pueden acordar el aumento del capital social y la emisión de acciones privilegiadas (fracción VIII). Al establecer el 113 que pueden emitirse acciones de "voto limitado", quiere decir que nuestro legislador ha dejado la puerta abierta para modificar los estatutos mediante un aumento del capital y la creación de este tipo de acciones, aún cuando no lo exprese de manera precisa en ninguno de los artículos de la ley.

El legislador español, fue más eficiente que el nuestro, ya que la Ley del 17 de julio de 1951 "Sobre Régimen Jurídico en las Sociedades Anónimas", en su artículo 93, establece:

"Aunque los estatutos no lo hayan previsto, la junta general podrá acordar con los requisitos que expresa el artículo ochenta y cuatro, la creación de acciones preferentes o la transformación de acciones ordinarias en preferentes, con los derechos que el acuerdo determine. Cuando existan acciones preferentes, será menester observar lo dispuesto en el artículo ochenta y cinco para crear otras de las mismas clases que afecten a los derechos de las antiguas".

Joaquín Garrigues nos dice: "Lo normal es que las acciones preferentes se creen con ocasión de un aumento de capital y precisamente para facilitar el éxito de la operación para estimular la influencia de nuevos capitales con el incentivo de un trato económico más favorable que el que reciben las acciones ordinarias. Las acciones preferentes en el Derecho español, pueden ser de contenido diverso, pero fundamentalmente la preferencia versa, o sobre el dividendo (se abona en primer término un dividendo fijo a las acciones preferentes y el resto de los beneficios se divide entre las demás), o sobre la cuota de liquidación (se establece que las acciones preferentes recibirán cuota antes que las antiguas), o sobre ambas cosas a la vez" (25).

Atendiendo a esos dictados de la realidad, nos

25 Garrigues y Uría. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Madrid 2 ed., Tomo II, p. 241.

dice Garrigues (26) que la Nueva Ley Española (la de 1951), -- trata de la creación de acciones preferentes en el capítulo -- sobre el aumento del capital social por no ser frecuente que desde el origen de la sociedad los estatutos establezcan ya -- dos categorías de acciones con distintos derechos. Antes de -- esta Ley del 17 de julio de 1951, existía en España un deba -- te entre los doctrinistas acerca de las facultades de la --- asamblea general para la creación de acciones y derechos --- preferentes, pero el Tribunal Superior por sentencia de 28 - de marzo de 1936, resolvió que el acuerdo de una asamblea -- de convertir acciones comunes en acciones preferentes, no -- atacaba la médula del pacto social o sus bases esenciales, -- o los particularísimos derechos de los accionistas antiguos, inseparables de su cualidad de socios y sustraídos, por tan -- to, al poder deliberante de las juntas generales. La nueva - Ley de 1951 admite expresamente la posibilidad de crear ac -- ciones preferentes en un doble supuesto: el de emisión de -- nuevas acciones de carácter preferente y el de transforma --- ción de acciones ordinarias en preferentes.

Nuestra Ley General de sociedades Mercantiles en su mencionado artículo 113, específicamente establece la --- creación de acciones de "voto limitado", al ordenar que és -- tas tendrán derecho a voto solamente en las asambleas extra -- ordinarias de accionistas que se convoquen para: Prórroga de la duración, disolución anticipada, cambio de objeto, cambio de nacionalidad, transformación y fusión de la sociedad.

Por lo tanto, los tenedores de acciones de "voto limitado" no tendrán voto en las asambleas que se convoquen para conocer el aumento o disminución del capital social; de

amortización de sus propias acciones; de emisión de acciones de goce; de bonos o de acciones privilegiadas; o en fin, para cualquiera otra modificación del contrato social.

Como privilegios especiales, estas acciones de "voto limitado" gozarán del derecho de que no podrán asignarse dividendos a las acciones ordinarias sin que antes se pague a las de voto limitado un dividendo del cinco por ciento. Cuando en algún ejercicio social no haya dividendos o sean inferiores a dicho cinco por ciento, se cubrirá éste en los años siguientes con la prelación indicada. Al hacerse la liquidación de la sociedad, las acciones de "voto limitado" se reembolsarán antes que las ordinarias, pudiendo pactarse que reciban un dividendo superior al de las acciones ordinarias.

Es así, que estas acciones reciben un dividendo fijo, preferente y acumulativo, como trato especial, en compensación a la limitación del voto. Sin embargo, sus tenedores tendrán los derechos que la ley confiere a las minorías para oponerse a las decisiones de las asambleas y para revisar el balance y los libros de la sociedad.

Ahora bien, como se ha hecho referencia, en el Derecho español, en el capítulo relativo al aumento del capital social se incluye el artículo 93 que establece que la Junta General podrá acordar la creación de acciones preferentes o la transformación de acciones ordinarias en preferentes.

En nuestra legislación no existe ningún artículo similar, pero ante el silencio de la Ley mexicana, debemos remitirnos al espíritu del legislador al plasmar el artículo 113 que precisamente establece la creación de estas acciones de "voto limitado", e igualmente al poder modificador de los-

estatutos de que gozan las asambleas extraordinarias, conforme a lo dispuesto por los artículos 178, 182 fracción XI; y por último a la fracción VIII de este mismo precepto que permite la emisión de acciones privilegiadas.

En tal virtud, si en una asamblea general extraordinaria de una sociedad anónima, accionistas que representen más de la mitad del capital social votan en favor de un aumento de capital, con la particularidad de que la resolución adoptada establece la creación, de acciones de "voto limitado" y la obligación de los accionistas de canjear sus acciones comunes anteriores por éstas, a su valor nominal y la creación de nuevas acciones comunes que precisamente deberán ser suscritas en efectivo, ¿ha existido violación de los derechos de las accionistas minoritarios que se opusieron a la adopción de tal resolución?

Mi opinión personal es que no existe violación alguna de sus derechos, porque esos derechos no son "inmodificables", sino que son "modificables", es decir, pueden ser limitados por las mayorías calificadas, dentro de nuestro sistema jurídico de régimen de las sociedades anónimas, que es esencialmente democrático, lo cual demostrare de la siguiente manera.

Modificabilidad de los estatutos.

VI.-Anteriormente, al hablar de las acciones de "voto limitado", mencione como ejemplo el caso de una asamblea extraordinaria de accionistas de una sociedad anónima que toma el acuerdo de aumentar el capital social, con la particularidad de que la resolución adoptada establece la

creación de acciones de "voto limitado" y la obligación de -- los accionistas de canjear sus acciones "comunes" anteriores-- por éstas, a su valor nominal que es el mismo para ambas espe-- cies, y la creación de nuevas acciones ordinarias que precisa-- mente deberán ser suscritas en efectivo. En esta forma las -- acciones anteriores "comunes" han sido transformadas en "pre-- ferentes".

La "preferencia" de las acciones de voto limitado consiste en que éstas gozarán de un dividendo fijo del cinco-- por ciento, que deberá cubrirseles antes de que se asignen di-- videndos a las nuevas ordinarias y el cual es acumulativo; -- así como que las de voto limitado recibirán su cuota de liqui-- dación antes que las nuevas.

Supongamos que en la referida asamblea el acuerdo es tomado por accionistas mayoritarios que representan el 65% del capital social, contra el voto de los minoritarios que re-- presentan solamente el 35% de dicho capital.

¿Ha existido en este caso violación de los dere-- chos de los accionistas minoritarios que se opusieron a la -- adopción de tal resolución?.

Dentro de este estudio en que vengo tratando so-- bre los derechos "inmodificables" y los "modificables" de los accionistas, tratare de demostrar que no ha habido violación-- sino únicamente limitación a los derechos, que sí pueden ser-- modificados.

Para ello, principiaré por referirme al poder mo-- dificador de los estatutos que tiene la asamblea general ex-- traordinaria.

El tratadista francés Albert Bosvieux (27) nos dice que entre los contratos de sociedad, aquel que resulta de la formación de una sociedad por acciones presenta rasgos características que lo diferencian netamente de otros. Es un contrato, pero un contrato existente entre un número de personas limitadas solamente por el número de acciones que han sido creadas, un contrato en el cual las partes se ignoran generalmente, ni siquiera conocen, a menudo, quiénes son los fundadores de la sociedad, los redactores de los estatutos, y pueden dichas partes por la transmisión de sus títulos, romper en cualquier momento los lazos que les unen, ello sin siquiera ser oídos por sus coasociados, más aún, sin siquiera prevenirlos.

Nos continúa diciendo Bosvieux; "bien que presentando una fisonomía que le es propia, la sociedad por acciones no es menos que, como toda sociedad, un contrato, contrato que debe ser ley común de todos aquellos que lo han aceptado. Pero, la sociedad es también una persona moral llamada a transformarse y a desarrollar como todo ser viviente y que si debe su existencia a una convención, no puede ver subordinadas las diversas manifestaciones de su actividad al curso de todo los contratantes. En aquello que la concierne, la regla de la unanimidad es necesariamente excepcional, y en principio, todas las decisiones que se refieran a su funcionamiento deberán ser decisiones colectivas, tomadas por la mayoría. Es esta mayoría que se expresa en las asambleas de accionistas, en las cuales el papel se ejerce, de una parte en la-

27 Bosvieux, Albert De l' Organisation et des Pouvoirs de l' Assemblée Extraordinaire des Actionnaires, Editorial Sirey, París, p. 3

constitución y la administración de la sociedad, y de otra -- parte, en las modificaciones al pacto social colectivo que se han encontrado necesarias hacer por las circunstancias, ya -- sea de orden económico o jurídico" (28).

Para Thaller, (29) la asamblea general, "forma, a la vista de los accionistas tomados separadamente, el poder -- deliberante, de una síntesis de pensamiento convergentes y -- constituye el alma misma de la persona moral, regulando los -- intereses de la colectividad, o, si se quiere, el instrumento de la voluntad superior de la compañía".

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles se ha pronunciado también por la modificabilidad de los estatutos, al establecer el artículo 182, doce casos en los que la asamblea general extraordinaria de accionistas puede modifi-- car las cláusulas estatutarias, siempre que se haga la convo-- catoria conforme a lo dispuesto por los artículos 186 y 187.- Aún más, establece que pueden tomarse resoluciones sin necesi-- dad de previa convocatoria, con tal de que en la Asamblea, en el momento de la votación, haya estado representada la totali-- dad de las acciones. Tal como lo menciona el Art. 188 de la -- Ley General de Sociedades Mercantiles.

Para la modificabilidad de los estatutos, se re-- quiere una mayoría de votos de por lo menos la mitad del capi-- tal social, sea en primer o en segunda convocatoria, al tenor de lo ordenado por el artículo 191, en su parte final; y, el artículo 200 establece que las resoluciones legalmente adopta

28 Bosvieux, ob. cit., pp. 3 y 4

29 Citado por Bosvieux en su obra mencionada, p. 4

das por las asambleas de accionistas son obligatorias aún pa-
ra los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición -
en los términos de la Ley.

Joaquín Rodríguez, nos dice: "Para todas las co--
lectividades es una norma básica la de que la mayoría pueda -
decidir el destino de la colectividad, dentro de ciertos lími-
tes, en virtud de la subordinación de los menos a los más. Es-
te principio democrático es esencial para el funcionamiento -
de las sociedades mercantiles, si bien admite diversas varian-
tes en su estructura Las mayorías pueden ser absolutas -
y relativas. Se habla de mayorías absolutas cuando deben pre-
sentar, por lo menos, la mitad más uno del capital social...;
la mayoría es relativa cuando representa mayor número de adhe-
siones para una proposición, sin alcanzar la mitad más uno.."
(30).

Más adelante, nos dice: "En todo caso, debe tener-
se presente que la mayoría no tiene facultades omnímodas, si-
no que los derechos de los terceros y los derechos especiales
de los socios no pueden ser modificados por un simple acuerdo
de la mayoría. Las decisiones mayoritarias tomadas de acuerdo
con las disposiciones de la Ley y de los estatutos obligan --
a los socios conformes y a los disconformes, a los presentes-
y a los ausentes, ya que son este precepto la sociedad se de-
sintegraría". (31).

Por lo tanto, en el ejemplo que he puesto al prin-
cipio, el acuerdo tomado por el voto favorable del 65% del --

30 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 95.

31 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 96.

capital social, en contra del voto de la minoría que representa el 35% de dicho capital, ha sido una resolución legalmente válida, que obliga aún a los minoritarios que se opusieran al aumento del capital, a la creación de acciones de "voto limitado" y a la transformación de sus anteriores acciones comunes por estas preferentes. Sin embargo, no los obliga a suscribir las nuevas acciones ordinarias del aumento, aunque sí gozan de sus derechos de preferencia para suscribirlas si es que desean hacerlo.

Pero, como al transformar sus antiguas acciones comunes por las nuevas preferentes de "voto limitado" se les excluye de participar en las asambleas ordinarias y sólo pueden ejercer el derecho de voto en las extraordinarias que se convoquen para conocer de la prórroga de la duración, de la disolución anticipada, del cambio de objeto y de nacionalidad, de la transformación y fusión de la sociedad, surge la duda de si se vulneraron sus derechos, que ya tenían adquiridos con anterioridad, para participar en toda clase de asambleas, convocadas para cualquier objeto.

Opino que no pueden llamarse a perjudicados esos accionistas minoritarios, porque los derechos de que gozaban eran modificables por las mayorías, como lo continuaré demostrando en el siguiente apartado.

Transformación de acciones comunes en preferentes.

VII.-En los dos últimos apartados he puesto un caso de una asamblea general extraordinaria que toma el acuerdo, por voto favorable del 65% del capital social, de aumen--

tar dicho capital, con la particularidad de que la resolución adoptada establece la obligación de los accionistas de canjear sus acciones anteriores "comunes" por estas preferentes, a su valor nominal que es el mismo para ambas especies, y la creación de nuevas ordinarias que precisamente deberán ser suscritas en efectivo. En esta forma las acciones anteriores "comunes" han sido transformadas en "preferentes".

La "preferencia" de las acciones de voto limitado consiste en que éstas gozarán de un dividendo fijo del cinco por ciento, que deberá cubrirseles antes de que se asignen, dividendos a las nuevas ordinarias y el cual es acumulativo; así como las de voto limitado recibirán su cuota de liquidación antes que las nuevas.

Supongamos que los accionistas minoritarios que representan el otro 35% del capital social dieron su voto en contra de la resolución adoptada y que haciendo uso de su derecho, han acudido ante la autoridad judicial impugnando ese acuerdo de la asamblea, sobre la base de que hubo un abuso de la mayoría y de que se han violado sus derechos que ya tenían adquiridos, pues en lo sucesivo, a menos que suscriban acciones comunes de las nuevas (lo cual tal vez no les convenga), no podrán participar en las asambleas ordinarias en las que se discuta el balance y en las que se nombren los administradores y comisarios. Además, tampoco podrán participar en adelante, en las asambleas extraordinarias que se convoquen para conocer de aumento o disminución del capital social; de amortización de acciones de la sociedad; de emisión de acciones de goce; de bonos de acciones privilegiadas; o en fin, para cualquier otra modificación del contrato social,

con excepción de aquellas que se refieran a prórroga de la--
duración, disolución anticipada, cambio de objeto y de nacioo
nalidad, transformación y fusión de la sociedad, en las cua--
les si podrán participar como titulares de las nuevas accioo
nes de "voto limitado" que se les deberán canjear por sus ano
tiguas acciones comunes.

No creo que prosperase su acción judicial de im--
pugnación porque como ya he dicho en el apartado anterior, -
la resolución fue adoptada por una mayoría absoluta represeno
tada por voto favorable del 65%, es decir, de más de la mio
tad del capital social.

Además los derechos de que gozaban como titulao
res de acciones "comunes", únicamente han sido "limitados" -
y la asamblea general extraordinaria tiene facultades para -
limitar esos derechos, conforme al principio democrático de-
la subordinación de las menos o los más.

En efecto, conforme a la teoría de las "garano
tías" que el tratadista Joaquín Rodríguez (32) llama "pasio
vas", nos encontramos con dos clases de derechos de los aco
cionistas: los "modificables" que pueden modificarse o limio
tarse por acuerdo mayoritario, y los "inmodificables" que no
pueden modificarse ni alterarse.

Dentro de estos últimos, tenemos en primer térmio
no el derecho a percibir un dividendo que establece el artío
culo 17; de la Ley. Como ya lo expliqué en el apartado III -

32 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 473.

de este estudio, es un derecho "inmodificable", pero la Ley-- ha dejado a la asamblea que decida sobre la cuantía del mis-- mo. En el caso que he puesto como ejemplo, no se ha violado -- este precepto, puesto que se ha asignado a las acciones de -- "voto limitado" un dividendo fijo del 5% que se deberá cu---- brir antes de asignarse dividendos a las acciones comunes, por lo cual es preferente. Cuando en algún ejercicio social no ha ya dividendos o sean inferiores a dicho cinco por ciento, se-- cubrirá éste en los años siguientes con la prelación indica-- da, por lo cual es acumulativo. En tal virtud, no se ha viola do en perjuicio de los accionistas el artículo 17 que estable ce el derecho a percibir un dividendo.

Otro derecho inmodificable es el de que no se pue de renunciar o suprimir el que se tiene a la cuota de liquida ción. En este caso, tampoco se habria violado ese derecho, -- porque el artículo 113 específicamente establece que las ac-- ciones de "voto limitado" se reembolsarán antes que las ordi-- narias al hacerse la liquidación de la sociedad, por lo cual-- han sido llamadas "preferentes".

El derecho de "información" de los accionistas, -- tampoco se vulnera, ya que el mismo artículo 113 establece -- que los tenedores de acciones de "voto limitado" tendrán dere cho para revisar el balance y los libros de la sociedad. ---- Igualmente gozan del derecho de oposición, otorgado a las mi-- norías.

Por lo demás, el derecho a participar en las asam bleas es derecho limitable, ya que el mismo artículo 113 esta blece en cuáles asambleas podrán participar, como ya lo he --

indicado antes.

Lo mismo puede decirse del derecho de ser elegido para cargos y el de elegirlos, que pueden limitarse a determinadas categorías de acciones, según lo previene el mismo precepto.

En tal virtud, en el ejemplo que he venido usando, al acordar la mayoría absoluta del 65% del capital social la creación de las acciones de "voto limitado" y la obligación de transformar las acciones ordinarias de éstas "preferentes", a su valor nominal igual, no se han violado los derechos de los accionistas, sino que únicamente se han limitado.

Más aún, la obligación se ha establecido para todos los accionistas, tanto para los mayoritarios, como para los minoritarios y por lo tanto la Limitación ha sido pareja y general. Si los mayoritarios que representan el 65% acordasen que únicamente existía la obligación de los minoritarios de transformar sus acciones ordinarias anteriores en las preferentes de "voto limitado", entonces si se habrían vulnerado sus derechos, pero como el acuerdo fué para todos obligatorio, tanto para las mayorías como para las minorías, el acuerdo legal y válido y por ende obligatorio para todos.

Quiere decir que la mayoría considero que era -- beneficioso para la sociedad el acuerdo adoptado, por determinadas circunstancias de índole económico o jurídico, al cual deberá someterse la minoría.

Como lo indiqué en el apartado V que dediqué a -

las acciones preferentes de "voto limitado", el Tribunal Superior Español, por sentencia de 28 de marzo de 1936, resolvió que el acuerdo de una asamblea de convertir acciones comunes en acciones preferentes, no atacaba la médula del pacto social o sus bases esenciales, o los particularísimos derechos de los accionistas antiguos, inseparables de su cualidad de socios y sustraídos, por tanto, al poder deliberante de las juntas generales. La nueva Ley española de Sociedades Anónimas del 17 de julio de 1951, siguiendo el criterio del Tribunal, ya plasmó en su artículo 93, la posibilidad de crear acciones preferentes en un doble supuesto: el de emisión de nuevas acciones de carácter preferente y el de transformación de acciones ordinarias en preferentes.

Aún cuando nuestro legislador no lo ordenó expresamente (como lo ha hecho el español) al establecer la creación de acciones de "voto limitado", en el referido artículo 113 de nuestra Ley, tácitamente está admitiendo que puede la asamblea extraordinaria acordar la emisión de tales acciones y la transformación de las anteriores "ordinarias" en estas preferentes.

De todas maneras, para mayor claridad de nuestra Ley, convendría que al revisarse, se incluyeran un artículo similar al 93 de la Ley española, para que de esta manera se sancionase en forma específica esta facultad de la asamblea general extraordinaria. Y no se dejara a la interpretación de la Ley.

Limitaciones a la venta de acciones.

VIII.-En general, existe el derecho de todo ac-

cionista de una sociedad anónima de vender sus acciones a --- otra persona, en forma por completo libre. Este derecho tie-- ne su base en el principio de la libre circulación de las --- acciones.

En efecto, el principio de la libre circulación - de los bienes, constituye uno de los pilares de la estructura económica y jurídica de los pueblos modernos y viene a ser -- una característica del derecho de propiedad, en su concepción clásica o romana, como dice Joaquín Rodríguez, (33) aunque en la actualidad está sujeto a excepciones cada vez numerosas y -- amplias.

La ley mexicana de sociedades mercantiles estable ce que las "acciones" de una sociedad anónima estarán repre-- sentadas por "títulos incompletos" que servirán para accredi-- tar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se re-- girán por las disposiciones relativas a valores "literales", -- en lo que sea compatible con su naturaleza y no esté modifica do por dicha ley.

En tal virtud, cabe aplicar a las acciones las -- disposiciones de la Ley General de Títulos de Crédito, aún -- cuando no sean verdaderos títulos de crédito, pues si bien -- es cierto que confieren a sus tenedores un derecho a cobrar -- dividendos, también es cierto que engendran una obligación -- de responder por las pérdidas de la sociedad, hasta el monto de la acción. Es por ello que los comentaristas de nuestro -- derecho las han llamado más propiamente "títulos valor", que -- títulos de "crédito".

33 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 299.

El mismo Joaquín Rodríguez nos dice: "Si consideramos las acciones como títulos valores, veremos que la li--bre circulación de las mismas está impuesta por dos consideraciones. La una, en cuanto la acción, como "bien" y como --"forma de propiedad", se rige por el principio de propiedad-- que acabamos de formular; la otra, en cuanto que la nota de--circulabilidad es característica de la acción, dada su naturaleza de títulos valor". (34).

Si se trata de acciones "al portador", nuestra -legislación ha adoptado el principio de la libre circulación por lo cual, el propietario de acciones de este tipo puede -venderlas a otra persona con la sola entrega material de los títulos de ellas. Precisamente por el "anonimato" de esta --clase de sociedades, es sumamente difícil saber quiénes son-- los accionistas y sólo se sabe en las asambleas generales, -cuando se presentan sus titulares.

Sin embargo, este derecho de disponer libremente de las acciones, vendiéndolas a quien se desee, encuentra ya limitaciones cuando se trata de acciones "nominativas", es de cir, de aquellas que llevan el nombre y el domicilio del ---accionista.

Nuestra legislación exige que las sociedades lleven un Libro de Registro de Accionistas, cuando el capital -social esté representado por acciones "nominativas" y además, que se inscriban en él todas las transmisiones. Más aún, pa--ra transmitir las, no basta el endoso de los títulos, sino --

34 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 299.

que es necesario que el nuevo titular se apersona ante la so-
cidad y solicite que se haga el cambio respectivo en el li-
bro. Es tan drástica esta disposición, que el artículo 129 -
establece que la sociedad considera como dueño de las accio-
nes nominativas a quien aparezca inscrito como tal en el re-
gistro.

Otra de las limitaciones a la libre circulación-
de las acciones está contenida en el artículo 130 que esta--
blece lo que la doctrina ha llamado "acciones de circulación
restringida".

Este tipo de acciones ofrece grandes ventajas,--
cuando en alguna sociedad anónima se desea limitar la admi--
sión de socios, a sólo aquellas personas que sean gratas. --
Con ello se evita que las acciones caigan en manos de compe-
tidores, o simplemente en manos de un determinado grupo de -
personas. Deben ser siempre "nominativas".

La característica esencial de estas acciones de -
"circulación restringida" estriba en la autorización que de-
be otorgar el Consejo de Administración para que se haga la-
transmisión de esta clase de acciones. El socio que pretenda
vender sus acciones, no tiene obligación de manifestar el --
nombre del comprador, sino solamente solicitar la autORIZA--
ción para venderlas. El Consejo no puede vetar al comprador,
sino sólo sustituirlo. Si el Consejo no otorga su anuencia,-
deberá entonces designar a un comprador quien deberá pagar--
las al precio corriente en el mercado.

Por lo tanto, dentro del estudio que vengo hacien
do sobre los derechos de los socios, que no pueden modifica
re.

se ni alterarse, nos encontramos ahora con un derecho que sí puede limitarse; En efecto, el derecho a vender las acciones tiene limitaciones legales, al establecer nuestro legislador que las nominativas además de transmitirse por endoso, deberá anotarse la transmisión en el Libro de Registro de Accionistas; y limitaciones "convencionales", si los estatutos establecen que serán de "circulación restringida", es decir, - que se necesite la autorización del Consejo de Administración para su venta.

Preferencia en la compra de nuevas acciones.

IX.-A. Antecedentes Históricos.

Dentro del estudio que se ha venido haciendo sobre los derechos "modificables" y los "inmodificables" de los accionistas de una sociedad anónima, voy a tratar ahora sobre uno de estos últimos, que consiste en que los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento del capital social.

Este derecho deberá ejercitarse dentro de los quince días siguientes a la publicación, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la asamblea sobre el aumento del capital, según lo establece el artículo 132 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles.

A este derecho de OPCION o de ADQUISICION PREFERENTE, se le confunde con mucha frecuencia, con el "Derecho del tanto", que consiste en la facultad de adquirir por el mismo precio que un extraño estuviese dispuesto a pagar, las participaciones sociales en otras sociedades distintas a las

"anónima", como son las de "nombre colectivo" y las de "responsabilidad limitada", derechos que establecen los artículos 33 y 66 de dicha Ley.

El derecho de los accionistas de adquirir las nuevas acciones, con preferencia a los extraños, se basa como el "de tanto", en la equidad, de que los socios antiguos conserven su misma posición en el seno de la sociedad, sin que los sucesivos aumentos de capital en la "anónima" impliquen necesariamente una amenaza continua de desplazamiento.

Antiguamente no estaba consagrada como norma imperativa, sino que era el resultado de la jurisprudencia de los tribunales, siendo una de ellas la de la Corte de Massachusetts en el año de 1807.

La primera disposición legal que la consagró fue el artículo 282 del Código de Comercio alemán del año de 1900, pero dejaba la puerta abierta para que la asamblea acordar el aumento del capital social suprimiera ese derecho de opción. La nueva Ley alemana sobre las Sociedades por Acciones, de 1937, recogió el mismo principio en su artículo 153, que en su fracción III establece: "El privilegio de suscripción no puede ser suprimido o restringido sino por la decisión relativa al aumento del capital social. En este caso, la decisión necesita, además de las condiciones legales o estatutarias para el aumento del capital social, una mayoría de cuando menos tres cuartos de capital representado. Los estatutos pueden reemplazar esta mayoría por una mayoría más elevada del capital y pueden imponer aún otras condiciones".

En Italia, el antiguo Código de Comercio, de 1882-

desconocía el derecho de preferencia, pero el nuevo Código Civil de 1942 se inspiró en el precepto alemán antes dicho reconociendo el derecho de opción, pero indicando que puede ser suprimido o limitado cuando las nuevas acciones van a ser pagadas en especie, por acuerdo de la asamblea, o cuando el "interés", de la sociedad lo exige y los aprueba una mayoría "cualificada".

En Francia, aún cuando se estipulaba en los estatutos, no estaba reglamentado porque se estimaba que este derecho de preferencia no era "de la esencia de la acción". Es hasta 1935, por Decreto-Ley del 8 de Agosto, que se "creó para beneficio de los accionistas, un derecho preferente de suscripción en los aumentos de capital", en los once artículos del mencionado decreto. El tratadista francés, A. Dalsace nos dice que los derechos de preferencia otorgados por los estatutos originales o por la asamblea general, a uno o más accionistas individualmente, a una categoría especial de accionistas, a titulares de partes beneficiarias o a tenedores de títulos que representan especialmente el derecho de preferencia, y que habían sido respetados por el Decreto-Ley del 30 de octubre de 1935, fueron suprimidos pura y simplemente por el artículo 28 de la Ley de Finanzas del 27 de mayo de 1955, "supresión que constituye un verdadero despojo". (35).

En España, fue hasta la Ley de 17 de julio de 1951 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas que se consagró el derecho de opción, al establecer el artículo 36 que "la acción confiere a su titular legítimo... el derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones" y

35 Dalsace A., ob. cit., p. 33.

el 92 que regula su ejercicio y establece que podrá ejercitarse "dentro del plazo que a este efecto les conceda la administración de la sociedad y que no será inferior a un mes".

Joaquín Garrigues, indica que la Ley nada dice -- respecto a la forma de dar publicidad a este plazo, y que en la práctica el derecho preferente de suscripción se lleva a -- efecto utilizando los cupones de las acciones que posean los -- antiguos accionistas; agrega: "Los Bancos depositarios de ac-- ciones sirven de mediadores entre la sociedad emisora y los -- accionistas suscriptores". (36).

En México, El Código de Comercio de 1889 no esta-- bleció el derecho de preferencia de los accionistas en la so-- ciedad "anónima" pero si otorgó el "derecho del tanto" a los -- socios de la sociedad "en nombre colectivo" en su artículo -- 107. El de "preferencia" se había adoptado en los estatutos -- de algunas sociedades anónimas, pero no fue sino hasta la pro-- mulgación de la presente Ley General de Sociedades Mercanti-- les, en 1934, que se consagró este derecho de adquisición pre-- ferente de las nuevas acciones en caso de aumento del capital -- social.

B. Su vinculación al "status" de socio.

De lo dicho anteriormente se desprende que existe una tendencia en el derecho extranjero a incorporar en pre--- ceptos legales este derecho de opción de los accionistas. --- Igualmente, existe una tendencia a evitar que la "mayoría" en una asamblea general de accionistas suprima o limite con ca--- rácter general este derecho de preferencia:

36 Garrigues y Uría, ob. cit., Tomo II, p. 235.

En Italia, por ejemplo, es un derecho "modificable" cuando las nuevas acciones van a ser pagadas en "especie" es decir, en bienes distintos del dinero. Igualmente, cuando el "interés" de la sociedad lo exige. A este respecto, Antonio Brunetti, nos dice: "El derecho de opción es un derecho propio del accionista; No quita su carácter individual la limitación establecida en el último párrafo del artículo 2, III, pudiendo ser excluido o limitado sólo con dos condiciones: -- que el interés de la sociedad lo exija y que la limitación -- o la exclusión resulte del mismo acuerdo de aumento del capital, aprobado por un número de socios que representan más de la mitad del capital social, aunque el acuerdo sea de asamblea de segunda convocatoria". (37).

En México, ¿Puede ser suprimido o limitado el derecho de preferencia por acuerdo de las mayorías? Opino que de ninguna manera puede ser modificado, porque el artículo 132 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles que lo establece, es una NORMA IMPERATIVA, al ordenar: "Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento del capital social".

El sistema de la Ley es que cuando un precepto adopta la forma imperativa, pero en el mismo se indica que cabe estipulación. o "Pacto en contrario" se está a la validez de tal pacto o estipulación. Pero si el precepto nada di-

37 Brunetti, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades, - Editorial UTEHA, Argentina, Traducción de Solá Cañozares, - Tomo II, p. 538.

ce del mencionado pacto o de la estipulación en contrario la norma imperativa es de aplicación estricta y rígida. Si se -- contraviene, tiene como sanción la ineficacia del acuerdo --- adoptado.

El derecho de preferencia "insuprimible" que esta blece nuestra legislación, para que el accionista adquiera -- las nuevas acciones, como resultado del aumento del capital - social, está basado en el derecho del propio accionista a que no se altere su status de socio y de impedir que se le prive- parcialmente de su participación en las reservas.

El mismo Brunetti (38) nos dice que la acción no incorpora ni un derecho de crédito ni un derecho real, sino - un "status" al que van unidos derechos de especial naturaleza y especiales obligaciones. Es este "status", concretamente, - el que atribuye la propiedad de la acción. Sin embargo, por - ahora, para explicarlo brevemente, tomaré las palabras de --- Gasperoni, quien nos dice: "El status es una relación, una si- tuación jurídica que constituye, sintéticamente considerada, - el supuesto de un conjunto de derechos, de facultades, de --- obligaciones que de ella derivan. Como el ciudadano (esto es, el individuo que está en relación con un determinado ordena- miento jurídico estatal y posee, por ello, un estado de ciu- dadanía) no es tal porque tenga determinados derechos y de- beres, sino que tiene aquellos derechos y deberes porque es- ciudadano, así también el socio no lo es porque ostenta un - conjunto de derechos frente a la sociedad sino que, por lo - contrario, ostenta una serie de derechos frente a la socie--

38 Ob. cit., Tomo II, p. 525.

dad sino que, por lo contrario, ostenta una serie de derechos frente a la sociedad porque es socio".

Ahora bien, si en una asamblea general de accionistas la mayoría pudiese acordar el suprimir esta facultad de preferencia, se estarían vulnerando los derechos de los accionistas antiguos al aumentarse el capital social, porque sencillamente se les reduciría el número de votos y como consecuencia hasta se les privaría de constituir minorías del 25% o del 33%.

De acuerdo con nuestra Ley, cuando los administradores sean tres o más, la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero, vinculándose también este derecho a nombrar un comisario; Para minorías que representen el treinta y tres por ciento del capital, se les otorgan derechos de impugnar las resoluciones de la asamblea, de solicitar el aplazamiento y suspensión de la votación y de pedir que se hagan las convocatorias.

En tal virtud, si en una asamblea se acordase que los socios antiguos no tuviesen derecho preferente a suscribir las acciones de nueva emisión, por el aumento del capital social, se les estaría alterando su "status" de socio porque con la admisión de nuevos accionistas se reduciría el número de sus acciones y por consiguiente su porcentaje en el total del capital social y si por caso representaba un grupo de ellos o uno sólo, el 33% del capital social, ya no podrían en adelante ejercitar los derechos de las minorías arriba indicados, derechos que ya tenían adquiridos dentro de sus "status"

de socios, que en esta forma habrían sido alterados.

En consecuencia, tal acuerdo de la asamblea estaría sancionado de ineficacia porque iría expresamente en contra de una disposición legal de carácter "imperativo", como lo es el artículo 132 indicado, que no admite estipulación o pacto en contrario.

C. Su vinculación o la participación en las reservas.

Ahora, trataré sobre la otra base en que se finca este derecho de "adquisición preferente" de las nuevas acciones, como resultado del aumento del capital social, que es precisamente el derecho del accionista a que no se altere su posibilidad de ejercer sus derechos individuales, priván-dolo parcialmente de su participación en las reservas".

Si en una asamblea general extraordinaria de accionistas en que se acordase el aumento del capital social, se hubiese igualmente acordado que los antiguos accionistas no tendrían derecho a suscribir las nuevas acciones que se emitiesen, entonces la proporción del número de sus acciones con respecto al capital social, se vería disminuida. Ya no tendrían el mismo porcentaje, porque con la admisión de nuevos socios, su proporcionalidad habría disminuido.

¿Qué efectos tendría esta disminución, en su derecho a la participación en las reservas? Sería sencillamente una "privación parcial", en igual proporción del porcentaje disminuido de sus acciones en relación con el capital social nuevo.

En efecto, los derechos del accionista sobre las "reservas" se hallan embebidos en su derecho a la "cuota de liquidación". Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles establece que cuando se disuelve la sociedad, se deberá liquidar a cada socio su "haber" social, contra la entrega de los títulos de las acciones. Según lo establecido en el Artículo 248 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles. Ahora bien, las "reservas" como parte del patrimonio social, son -- propiedad de la sociedad, es decir, no son propiedad de los socios individualmente considerados. Pero, aún cuando los ac-cionistas no sean "dueños" de las reservas, la doctrina en -- general está de acuerdo en considerar que el derecho del so-cio a su "cuota de liquidación" es un derecho o "expectativa" que no puede ser suprimido por los órganos sociales, pero que adquiere su contenido efectivo y actual cuando la sociedad -- entra en liquidación. Según Joaquín Rodríguez, (39) es "un derecho sujeto a condición suspensiva" que se verifica con la -- disolución y liquidación de la sociedad.

Antonio Brunetti, (40) nos dice que a diferencia del derecho al dividendo, el derecho a la cuota de liquida-ción, está subordinado a la condición suspensiva de que al ce-rrar la liquidación de la sociedad exista un "activo" a repar-tir. El derecho a la cuota nace, pues, al verificarse esta con-dición, futura e incierta, de la existencia, de un activo ne-to susceptible de ser repartido.

El propio Brunetti aborda un punto sumamente inte

39 Rodríguez. Ob. cit., Tomo II, p. 175.

40 Brunetti. Ob. cit., Tomo II, p. 538.

resante al decirnos; "El tema ha sido tratado ampliamente por Vighi, que escribe que se refiere únicamente al punto de si el accionista tiene el derecho individual de pretender que no se varíe por un voto de mayoría, el destino último del residuo activo, una vez terminada la liquidación. La cuestión es ver si del conjunto de las normas jurídicas sobre la materia-- tenga que concluirse que la persona jurídica, libre de disponer de sus bienes mientras viva, esté vinculada, por el contrario, en cuanto se refiere al destino último de los que restará una vez la liquidación concluida. Se trata pues, de un derecho de propiedad y no de un derecho, de legítima "espectativa". Para Vighi la naturaleza individual del derecho de que se trata que deriva legítimamente de aquel objeto de conseguir un beneficio, que constituye un elemento esencial para el concepto de sociedad....El derecho a la cuota de liquidación constituye, por consiguiente, un derecho individual del socio, no sometido a la voluntad de la mayoría". (41).

En tal virtud, ya sea que se trate de un "derecho de propiedad", como lo llama Vighi; o de un derecho de "espectativa", como lo indica Brunetti; o de un derecho sujeto a -- condición suspensiva, como lo califica Rodríguez; a este derecho a la cuota de liquidación se encuentran embebidos, repito, los derechos accionista sobre las "reservas".

Con la admisión de nuevos socios, sin otorgar a los antiguos accionistas su derecho preferente a suscribir las nuevas acciones emitidas, por virtud del aumento del capital social, disminuiría la cuota de los referidos antiguos --

41 Brunetti. Ob. y Loc. cit.

accionistas, que se minuiría la cuota de los referidos antiguos accionistas, que se verían despojados de una parte de su patrimonio.

Es por ello que nuestro legislador, ha plasmado en el artículo 132 de nuestra Ley indicada, este derecho de preferencia en proporción al número de sus acciones, para que los accionistas suscriban las que se emitan en caso de aumento del capital social. Por lo tanto, por tratarse de una "norma imperativa", es un derecho "inmodificable" de que gozan los socios de una sociedad anónima.

Este es el principio general, pero esa "imperatividad" no puede ir más allá de donde es posible lógica y jurídicamente por lo cual existe determinados casos particulares en que no funciona el derecho de opción.

D. Casos especiales en que no funciona.

Uno de los casos especiales en que no funciona el derecho de opción, es cuando una sociedad anónima está constituida como de "capital variable", y se toma el acuerdo de proceder a un aumento de capital, representado por acciones no suscritas. En tal circunstancia, los accionistas antiguos podrán ejercer su derecho de preferencia en la forma ordinaria, pero una vez transcurrido el plazo para hacerlo, todas las que no sean suscritas por ellos, quedarán "en tesorería" para su entrega a futuros compradores.

Igual acontece con las sociedades especiales, que sin ser de capital variable, pueden emitir acciones de tesorería.

Otro caso es el de "fusión" de dos o más socieda-

des anónimas. por el sistema de "absorción". La sociedad que absorbe --de no ser de capital variable -- ha de emitir nuevas acciones para entregarlas a los accionistas de las sociedades absorbidas, en representación de la aportación del patrimonio de aquéllas. En tal caso, no es posible que funcione el derecho de opción porque las nuevas acciones no se crean -- para destinatarios indeterminados, sobre los que han de tener preferencia los socios, sino para destinatarios forzosos, si la fusión ha de llevarse a cabo.

Un tercer caso se da, cuando se acuerda la emisión de acciones para capitalizar obligaciones o deudas de la sociedad. No se excluye el derecho de preferencia porque el importe de las acciones suscritas por los antiguos accionistas servirá para pagar a los obligacionistas o deudores. Joaquín Rodríguez (42) hace notar que esta posibilidad debe ser tenida muy en cuenta al establecer el convenio con los obligacionistas, o acreedores, previo el acuerdo de aumento de capital.

Como cuarto caso tenemos el de emisión de acciones por capitalización de reservas, o beneficios. Aquí se trata de un aumento de capital puramente contable. Las nuevas acciones no son suscritas materialmente por los antiguos accionistas, sino que les son atribuidas necesariamente.

Por último, existe el caso de emisión de acciones de "aportación". Las acciones de aporte son aquellas que deben ser pagadas con bienes distintos del dinero, es decir, --

42 Rodríguez. Ob. cit., Tomo II, p. 182.

"en especie". Al hablar de los antecedentes históricos de este derecho de preferencia, expliqué que en la legislación de Italia el derecho de "opción" puede ser suprimido o limitado cuando las nuevas acciones van a ser pagadas en "especie". -- Supongamos que en una sociedad anónima mexicana se tome el -- acuerdo de aumentar el capital social mediante la emisión de acciones que serán pagadas con bienes de determinadas características. Una vez tomado el acuerdo de emisión, los accionistas antiguos podrán ejercer su derecho preferente, pero solamente que ofrezcan bienes de iguales características a los -- solicitados. Si no pueden hacerlo, entonces quedan libres las nuevas acciones, para que sean suscritas por aquellas personas extrañas a la sociedad que vayan a aportar los bienes en "especie".

Como se indico al principio, estos son casos especiales. La regla general en nuestro derecho es que la facultad de optar por suscribir las nuevas acciones que se emitan, en caso de aumento "ordinario" de capital social, en proporción al número de acciones que representen, es un derecho "inmodificable" de que gozan los accionistas antiguos.

E. Cuándo debe ejercitarse.

He explicado que el derecho de que gozan los accionistas antiguos de una sociedad anónima, para suscribir -- las nuevas acciones que se emitan, como resultado del aumento del capital, en proporción al número de las acciones que tengan, es un derecho PREFERENTE "INMODIFICABLE".

También he hablado de casos especiales en que no funciona o no opera dicha opción, porque no sea factible lógi

ca y jurídicamente.

Ahora bien, ¿cuándo debe de ejercitarse ese derecho? El artículo 132 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles nos dice que "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".

No se cuenta el día de la publicación, pero sí el del vencimiento y se trata de días naturales, por lo cual se concluyen los domingos y días festivos.

Joaquín Rodríguez, (43) opina que el plazo es "mínimo" y que "puede ampliarse, por decisión estatutaria o de la asamblea".

Difiero por completo de la respetable opinión de Rodríguez y sostengo que el plazo no es "mínimo", ni puede ser ampliado por haberse así pactado en los estatutos de la sociedad o por haberse así resuelto en la asamblea que acordó el aumento del capital, pues ni los fundadores de la sociedad, ni su órgano supremo -- la asamblea general de accionistas -- tienen facultades, según mi opinión, de modificar un plazo fijo que estableció nuestro legislador.

Seguramente, Rodríguez se inspiró en la doctrina y legislación extranjeras para hacer tal aseveración. En efecto, la Ley alemana sobre las Sociedades por Acciones nos dice en su artículo 153 fracción 1, parte final: "Se puede fijar un plazo de al menos dos semanas para el ejercicio del privi-

43 Rodríguez Ob. cit., Tomo II, p. 178.

legio de suscripción".

En Francia, el Decreto-Ley del 8 de agosto de --- 1935, en la parte final de su artículo primero dice: "El plazo reservado a los accionistas para suscribir un aumento de capital, realizado por emisión de acciones de numerario, no puede ser jamás inferior a quince días".

Antonio Brunetti, (44) nos dice que en Italia, -- "este plazo que está establecido bajo pena de caducidad, no será inferior a quince días, a partir de la publicación de la oferta (de opción) en la Gaceta Oficial, (45) y agrega: "Po-drá ser también más largo ya que el que se ha indicado es so-lamente un plazo mínimo.

En España, la Ley de 17 de julio de 1951 sobre Ré-gimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, en su artículo 92, dice "En toda elevación de capital con emisión de nuevas acci-ones, los antiguos accionistas podrán ejercitar dentro del -- plazo que a este efecto les concede la administración de la - sociedad, y que no será inferior a un mes, el derecho a sus-- cribir en la nueva emisión un número de acciones proporcional al de las que posean".

Como se ve, tanto en Alemania como en Francia, -- Italia y España, los respectivos legisladores han establecido plazos de quince días en los tres primeros y de un mes en el último, de al menos o que jamás sean "inferiores" a los térmi

44 Brunetti Ob. cit., Tomo II, p. 649.

45 Código Civil Italiano, Artículo 2441.

nos indicados, por lo cual esos legisladores han dejado la -
puerta abierta para que sean ampliados por los estatutos, --
por las asambleas, o aún por la administración misma de la -
sociedad como sucede en España.

En cambio, el legislador mexicano ha plasmado --
en el artículo 132 mencionado, una "norma imperativa" al es-
tablecer que el derecho de preferencia "deberá ejercitarse -
dentro de los quince días siguientes" Si nuestro legis-
lador hubiese querido dejar la facultad a los fundadores, a
la asamblea, o a los administradores, de ampliar este plazo,
habría dicho: "deberá ejercitarse cuando menos dentro de los
quince días...", o bien "deberá ejercitarse en un plazo que-
no podrá ser inferior a quince días"...

Pero, al no haber seguido el ejemplo de las le--
gislaciones extranjeras, quiere decir que el legislador mexi-
cano estableció un término fijo, de quince días y como se --
trata de un plazo ordenado por la Ley, no puede ser ni am---
pliado ni disminuido.

Creo que además de los razonamientos jurídicos -
antes indicados, la Ley mexicana tiende más a proteger el -
interés de las sociedades anónimas, es decir, el interés so-
cial, que siempre debe prevalecer sobre el interés individu-
al de los accionistas. En efecto, existen razones de índole-
económico que apoyan mi tesis de que el plazo de 15 días no
puede ampliarse y una de ellas es que si se ha acordado un -
aumento del capital social, no se puede dejar al arbitrio de
los fundadores o de la asamblea, ni mucho menos de los admi-

nistradores, el que se fije un plazo mayor, porque suponiendo que se fijase el de UN AÑO, podría venirse un desquiciamiento financiero de la sociedad. No sería posible dar tanto tiempo a los antiguos accionistas para que "pensasen" y se "desidie-sen" a suscribir el nuevo capital, cuando pongamos por caso, - la sociedad necesita con urgencia de esa inyección de dinero - para no presentarse en quiebra, o para no disolverse si ha -- disminuido su capital al grado de que sea causa de disolución o en fin, para contar simplemente con mayor capital de traba- jo, etc.

En todos estos casos, el interés social, es decir, el de la propia sociedad anónima, aconseja que los antiguos - accionistas se decidan pronto y suscriban el aumento al capi- tal social, porque si no lo hacen, lo podrán hacer otros in-- versionistas.

Se trata pues, de un derecho "inmodificable" de - que gozan los accionistas antiguos de suscribir las nuevas -- acciones que se emiten como resultado del acuerdo de aumento- del capital social, pero es un derecho que deberá ejercitarse fatalmente, dentro de los quince días siguientes a la publica- ción del acuerdo. La omisión en ejercitarlo, trae como san--- ción la pérdida del derecho.

Por lo tanto, difiero de la respetable opinión del tratadista Joaquín Rodríguez de que se trata de un plazo "mi-- nimo" y de que "puede ampliarse por decisión estatutarias de- la asamblea" y aconsejo a los fundadores de sociedades anóni- mas o a los asambleístas, que no traten de ampliar este pla- zo fatal de quince días que otorga de manera imperativa nues-

tra Ley, porque tal ampliación, según mi opinión, sería nula.

F. Quiénes la ejercitan y publicidad del aviso.

Como resumen de lo expuesto hasta ahora en este apartado, puede decir que en las sociedades anónimas los accionistas gozan de un derecho preferente e "inmodificable" para suscribir, en proporción al número de sus acciones, las nuevas acciones, que se emitan como resultado del acuerdo de aumento del capital social.

En particular, he expuesto mi tesis de que el plazo de quince días que establece nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, para ejercitarlo, no puede ser ampliado, ni mucho menos disminuido.

Ahora bien, ¿quiénes pueden ejercitar ese derecho? En las sociedades anónimas cuyo capital social esté dividido en acciones "al portador", no existe ningún problema, porque como se enajenan estas acciones por la simple tradición del título, se tendrá como legítimo tenedor de ellas a quien las presente.

El problema surge en las sociedades anónimas cuyo capital social esté representado por acciones "nominativas", es decir, a favor de determinada persona, cuyo nombre nacionalidad y domicilio deben aparecer en el título. Nuestra Ley ha establecido que estas acciones se transmitan por medio del "endoso", pero además, ha ordenado en el artículo 129 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que "la sociedad considerará como dueño de las acciones nominativas a quien aparezca inscrito como tal en el registro". Este "registro" debe --

llevarse en un libro especial que se conoce como "Libro de Registro de Accionistas" y al cual se refiere el artículo 128.

Por lo tanto, es muy importante que cuando alguna persona adquiera acciones nominativas de una sociedad anónima, tenga cuidado de que además del "endoso" del título, se haga la transmisión en el registro de la sociedad, pues de otra manera no será considerado como dueño de ellas.

Por lo que, respecta al plazo el ejercicio de ese derecho preferente para suscribir las nuevas acciones que emita la sociedad, en caso de aumento del capital social, el accionista goza un término de quince días siguientes a la publicación del acuerdo de la asamblea sobre el aumento del capital.

Conforme a lo ordenado por el artículo 132 de nuestra Ley, esta publicación deberá hacerse en "el periódico oficial del domicilio de la Sociedad"; Considero que nuestra Ley es deficiente en este punto, porque el "periódico oficial" que publica en cada entidad federativa su respectivo gobierno es de escasa circulación entre el público en general.

La publicidad que se da al acuerdo del aumento del capital, es precisamente para que los accionistas antiguos puedan hacer uso de su derecho preferente de suscripción de las nuevas acciones. Pero no es éste el solo fin, sino, además, que también se enteren los extraños a la sociedad para que acudan a suscribir acciones después del plazo de los 15 días de que gozan los accionistas.

Con la sola publicación en el "periódico oficial"

se corre el riesgo de que ni uno ni otros se den cuenta del acuerdo de aumento de capital y ni los accionistas antiguos hagan uso de su derecho preferente, ni los extraños se presenten a suscribirlas.

Claro que éste es el requisito mínimo, por lo cual, en los estatutos de la sociedad se puede pactar que también se haga la publicación indicada en alguno de los diarios de mayor circulación, Por lo tanto, es aconsejable que los fundadores de una sociedad anónima tengan presente esta circunstancia y siempre estatuyan la doble publicación del acuerdo.

La Ley Española nada dice respecto a la forma de dar publicidad al plazo de opción. Por lo que respecta a Italia, el tratadista, Brunetti nos dice: "A este propósito es necesario recordar que la emisión de nuevas acciones, a pesar de la preferencia para los antiguos accionistas, no es más que una oferta al público (artículo 1,336). Exige, por eso, una comunicación al público. El artículo 2,441 se refiere indirectamente a ello mencionando la Gaceta Oficial, pero en la práctica el aviso es también publicado en los periódicos diarios. (46).

Lo mismo acontece en México, pero el que la práctica haya impuesto la costumbre de publicar el aviso en alguno de los diarios de mayor circulación del domicilio de la sociedad, no quiere decir que siempre sea así, pues con sólo publicarlo en el Periódico Oficial de escasa circulación se cumple con el requisito legal, pero no por ello se le

46 Brunetti; Ob. cit., Tomo II, p. 649 (nota 14).

ha dado la publicidad deseada, tanto para que los accionistas hagan uso de su derecho de preferencia como para que el público suscriba el resto de las acciones, una vez ejercitado ese derecho por los socios antiguos.

Por lo tanto, es de desearse que al reformarse -- nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, en el artículo 132 se diga que la publicación del acuerdo se haga en el periódico oficial del domicilio de la sociedad y en uno de los -- diarios de mayor circulación. Mientras no se haga esta reforma, aconsejo que invariablemente, al redactarse los estatutos de una sociedad anónima, se incluya una cláusula en tal sentido.

El Derecho de voto.

X.-El problema central, en la organización de las sociedades anónimas, afecta a la formación de su voluntad, -- considerando que en el acto colectivo que entraña la declaración de la asamblea de accionistas --- órgano supremo --- se produce la confluencia de las declaraciones individuales de -- las personas físicas que las componen. No basta la convocatoria y la comunicación de las materias a tratar en las asam---bleas; es preciso que la reunión de los accionistas se verifiquen del modo exigido por la Ley, esto es, que intervenga un número mínimo de personas, sin el cual no existe acuerdo eficaz.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles establece que para 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. (47). Si la asamblea no pudiere celebrarse el día señalado para su reunión, se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia y en la junta se resolverá sobre los asuntos indicados en el orden del día, cualquiera que sea el número de acciones representadas. (48).

En las asambleas extraordinarias, si el contrato social no fija una mayoría más elevada, deberán estar representadas, por lo menos, las tres cuartas partes del capital y las resoluciones se tomarán por el VOTO de las acciones que representen la mitad del capital social. (49). En la segunda convocatoria subsiste este "quorum" de votación, por lo cual el "quorum" de presencia deberá ser el mismo cuando menos. (50).

Ahora bien, el derecho a votar es un derecho que corresponde normalmente a cada accionista en tanto es titular de una acción. El principio de la igualdad de los socios en toda sociedad anónima es el que rige en esta materia, al decirnos el artículo 112 de la Ley que "las acciones conferirán iguales derechos".

Por su parte, el artículo 113 establece que "cada acción sólo tendrá derecho a un voto", lo que equivale a decir que cada acción tiene derecho a un voto y únicamente a un sólo voto, eliminando en esta forma nuestro legislador,

47 Artículo 189 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

48 Artículo 191 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

49 Artículo 190 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

50 Artículo 191 Segunda parte de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

el "voto plural" que existe en otras legislaciones.

El derecho de voto deriva de la calidad de socio, rigiendo así el principio fundamental de la sociedad anónima, del voto por acción y no del voto por cabeza. En esta forma, - la influencia, de cada socio en la formación de la voluntad colectiva, está en razón directa del número de acciones que - tenga. Mientras sea titular de más acciones representará ma--yor número de votos.

Como indiqué antes, el derecho que tiene todo --- accionista al dividendo" es un derecho "patrimonial" que con-siste en que cada uno tiene la facultad de pedir a la asam--blea que resuelva sobre la distribución de dividendos y una - vez aprobada, surge un derecho de crédito en favor del accio-nista, que es "inmodificable". Lo mismo sucede si en la escri-tura constitutiva se ha establecido la repartición obligato--ria de utilidades.

En cambio, el derecho de "voto" es uno de "conse-cusión" en cuanto que no tiene contenido patrimonial alguno - y sólo atribuye facultades para garantizar al socio una inter-vención en la sociedad, que en definitiva, se traduzca en la-debida obtención del dividendo.

La doctrina ha insistido en el carácter del dere-cho de voto como función, en el sentido de que no se atribuye, tanto en interés privado del accionista, como en interés co--lectivo de la sociedad. Estamos frente a un derecho del accio-nista que es "insuprimible" pero si limitable.

En efecto, el artículo 113 de nuestra Ley estable

ce que en el contrato social, ya sea al constituirse la so-
ciedad o por reformas posteriores, podrá pactarse que una --
parte de las acciones tenga derecho de voto solamente en las
asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar sobre la
prórroga de la duración, disolución anticipada, cambio de --
objeto y de nacionalidad, transformación y fusión. Por lo --
tanto, en estas asambleas el derecho es "insuprimible", pero
puede limitarse a las asambleas ordinarias y a las extraordi
narias que no sean convocadas para conocer alguno de esos --
asuntos.

Cuando se trata de acciones "al portador", la so-
ciedad reconocerá como su titular a la persona que las pre--
sente, sin que se le pueda exigir más legitimación que la --
simple tenencia de los títulos.

En cambio, si las acciones son "nominativas", es
decir, a favor de una persona determinada, la sociedad reco-
nocerá como dueño a aquel cuyo nombre figure en el libro de-
registro de accionistas de la sociedad.

Un problema surge cuando se trata del "prestanom
bre", es decir, de la persona que no representa un interés -
propio o ajeno y que vota y concurre a los actos sociales --
sólo para cubrir las apariencias en cuanto que el dueño legi
timo es otra persona que utiliza al "prestanombre" para que-
concurra a la asamblea, como si las acciones fueran suyas, -
cuando se trata de acciones al "portador".

Este caso es muy frecuente y como no existe nin-
guna disposición de la Ley que autorice a la sociedad a ha--

cer una investigación acerca de si se trata del auténtico -- dueño de las acciones o de un simple "prestanombre", debo -- estimar, con Joaquín Rodríguez, (51) que en virtud de la fun-- ción legitimadora de la posesión de las acciones al portador, la presencia del "prestanombre" es legal.

El propio Rodríguez (52) hace la salvedad de que si se trata de ocultar la reducción del número de socios a -- menos de cinco, que es el mínimo establecido por nuestra le-- gislación, entonces cualquier interesado podría alegar la -- existencia de esa situación para provocar la disolución de -- la sociedad. Sin embargo, opino que sería muy difícil compro-- bar el hecho, porque aunque se tratase de un "prestanombre"-- indigente, no existe disposición legal alguna que prohíba a -- los accionistas obsequiar sus acciones a quienes les venga -- en gana y como la posesión otorga la titularidad de las ac-- ciones al portador, quien las presentase su legítimo tenedor.

El acreedor prendario no tiene derecho de voto.

Sucede con frecuencia que el dueño de acciones -- de una sociedad anónima las entrega a un acreedor, en garan-- tía de su adeudo, es decir, en "prenda".

En tal caso, cabe preguntar a quién corresponde -- el derecho de voto en las asambleas, si al titular de las -- acciones o al acreedor prendario.

En Italia, nos dice el doctrinista Antonio Bru--

51 Rodríguez, Ob. cit., Tomo I, p. 397.

52 Rodríguez, Ob. cit., y Loc. cits.

netti, (53) que la Ley ha resuelto una gran discrepancia que se producía en la Jurisprudencia respecto del derecho de voto correspondiente a las acciones dadas en prenda, ya que el artículo 2,352 del nuevo Código Civil, dice que, en el caso de pignoración sobre las acciones, el derecho de voto corresponde, salvo convención contraria, al acreedor pignoratíco.

Agrega, Brunetti, que con relación a la prenda parece a primera vista que se opone a lo dispuesto por el artículo 2,792 que establece que el acreedor no puede, sin el consentimiento del constituyente, usar de la cosa, salvo que el uso sea necesario para su conservación. Pero, indica, la dificultad ha sido superada por Lordi, quien observa que "existe una justificación de tipo económico. El accionista, como órgano social, participa indirectamente en la administración de la hacienda; su voto puede autorizar o perdonar malversaciones o depredaciones sufridas por la sociedad. Por eso, el derecho de voto, especialmente si se trata de un paquete de acciones importantes, corresponde al acreedor pignoratíco o al usufructuario; uno y otro tienen un gran interés de la conservación de la cosa: el voto ejercido por el nudo-propietario o por el deudor puede convertir en nada los derechos del usufructuario o del acreedor pignoratíco". (54).

No estoy de acuerdo con el criterio de Lordi expresado por Brunetti, máxime que en México no existe ninguna disposición en la legislación mercantil ni en la civil que -

53 Brunetti, Ob. Cit., Tomo II, p. 187.

54 Brunetti, Ob. cit., y loc. cit.

apoyen dicha tesis.

Por el contrario, nuestro derecho civil nos dice que la prenda es un derecho real constituido sobre un bien -- mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una ---- obligación y su preferencia en el pago. (55) Ahora bien, si - la prenda se constituye para garantizar un acto de comercio o para recaer sobre cosas mercantiles, como son las acciones de una sociedad anónima, se estará en el caso de una prenda mer-- cantil (56).

Los derechos de un acreedor prendario son: de venta, de preferencia en el pago de retención, de persecución y-- de ser indemnizado por los gastos efectuados en la conservación de la cosa. Este contrato igualmente entraña obligaciones, contándose entre ellas la de "conservación", la cual excede notoriamente de la mera conservación material de las -- cosas, ya que si se trata de un título de crédito, el acreedor que lo tuviese en su poder está obligado a hacer todo lo que sea necesario para que no se altere o menoscabe el derecho que dicho documento representa.

"Estos derechos inherentes al "título-valor" que puede y debe ejercitar el acreedor prendario son los que tienen un contenido económico directo, como son los de cobrarlo judicial o extrajudicialmente si se trata de una letra de -- cambio o de un pagaré; pero no comprende el derecho de voto-- y demás similares, si se trata de acciones de sociedades mercantil

55 Artículo 2856 del Código Civil para el Distrito Federal.

56 Artículo 3o. Transitorio de la Ley General de Título y -- Operaciones de Crédito.

cantiles que han sido dadas en garantía". (57).

En efecto, el derecho de voto no es de contenido económico directo, sino indirecto si por su ejercicio se acuerda la distribución de dividendos y la cuantía de los mismos, pero primordialmente es un 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, como lo expliqué en el apartado anterior.

Si se trata de acciones "nominativas", es decir, de aquellas que están emitidas a favor de persona determinada, la garantía prendaria se constituye mediante el endoso de los títulos respectivos, con la cláusula "en garantía", "en prenda", u otra equivalente, debiéndose hacer también la anotación correspondiente en el libro de registro de accionistas de la sociedad. En este caso, no existe dificultad alguna, porque para los efectos de la sociedad, quien aparezca como "dueño" de ellas en el citado registro, es su legítimo propietario, es decir, el socio. Por lo tanto, no siendo "socio" el acreedor prendario, no podrá votar en las asambleas.

El problema se presenta cuando las acciones son al "portador", pues en tal caso la prenda se constituye con la entrega material al acreedor de los títulos respectivos y como quien los tenga en su poder se considera que es el

57 Bauche Garcíaadiogo Mario. Endosos Especiales de documentos de los Bancos "Ford de México" número marzo y abril de 1962, p. 163.

auténtico dueño, no habría manera de impedir al acreedor el derecho de voto en una asamblea, si su legítimo titular no puede demostrar que las ha entregado en prenda.

Por lo tanto, aconsejo que invariablemente, cuando algún accionista sea propietario de acciones al portador y se vea precisado a entregarlas "en prenda" o "en garantía" a su acreedor, tenga la precaución de obtener un recibo en el que se especifique precisamente la pignoración, y se identifiquen los títulos de las acciones, para evitar que el acreedor prendario se presente a una asamblea a ejercitar un derecho de voto que no le corresponde.

No estoy de acuerdo con Lordi en que por el interés del acreedor en la "conservación" de la cosa, se le otorgue el derecho de voto, porque aún cuando el deudor pudiese alterar con su voto los derechos del acreedor prendario, debe prevalecer el interés del dueño frente al interés secundario de un simple acreedor sin perjuicio, como dice Joaquín Rodríguez, (58) de las responsabilidades a que el abuso de su derecho pueda dar lugar.

El fiduciario si tiene derecho de voto.

XII.-En el apartado anterior, indique que el acreedor prendario no goza del derecho de voto en las asambleas generales de las sociedades anónimas, respecto de las acciones que le haya entregado su propietario, en garantía de una deuda.

58 Rodríguez, Ob. cit., Tomo p.p. 417 y 418.

auténtico dueño, no habría manera de impedir al acreedor el derecho de voto en una asamblea, si su legítimo titular no puede demostrar que las ha entregado en prenda.

Por lo tanto, aconsejo que invariablemente, cuando algún accionista sea propietario de acciones al portador y se vea precisado a entregarlas "en prenda" o "en garantía" a su acreedor, tenga la precaución de obtener un recibo en el que se especifique precisamente la pignoración, y se identifiquen los títulos de las acciones, para evitar que el acreedor prendario se presente a una asamblea a ejercitar un derecho de voto que no le corresponde.

No estoy de acuerdo con Lordi en que por el interés del acreedor en la "conservación" de la cosa, se le otorgue el derecho de voto, porque aún cuando el deudor pudiese alterar con su voto los derechos del acreedor prendario, debe prevalecer el interés del dueño frente al interés secundario de un simple acreedor sin perjuicio, como dice Joaquín Rodríguez, (58) de las responsabilidades a que el abuso de su derecho pueda dar lugar.

El fiduciario si tiene derecho de voto.

XII.-En el apartado anterior, indique que el acreedor prendario no goza del derecho de voto en las asambleas generales de las sociedades anónimas, respecto de las acciones que le haya entregado su propietario, en garantía de una deuda.

58 Rodríguez, Ob. cit., Tomo p.p. 417 y 418.

Como el fideicomiso está tomando cada día mayor importancia en México, existen entre otros los llamados "fideicomisos de garantía" y sucede a menudo que el acreedor -- de alguna persona le diga que le garantice el adeudo con las acciones que tiene de determinada sociedad anónima, precisamente mediante un fideicomiso.

Al deudor le parecerá buena la sugestión del --- acreedor, o bien se verá forzado a aceptar, creyendo que como en el contrato por prenda, conservará su derecho de voto en las asambleas de la sociedad de la cual es accionista; Sin embargo, si entrega sus acciones en fideicomiso, perderá su facultad de votar, ya que este derecho le corresponderá, no a su acreedor, pero sí a la Institución de Crédito Fiduciario.

El fideicomiso es un negocio jurídico que se encuentra reglamentado por nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual no lo define, para evitar al casuismo, pero sí establece su naturaleza jurídica y de su análisis Cervantes Ahumada (59) nos lo define como: "un negocio jurídico por medio del cual el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado".

Octavio A. Hernández (60) nos dice que: "Fideicomitente es persona que crea el fideicomiso, para cuyo efecto destina bienes o derechos a un fin lícito cuya realización encomienda a la fiduciaria", y agrega: "Fiduciaria es insti-

59 Cervantes Ahumada Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito - p. 309.

60 Hernández Octavio A. Derecho Bancario Mexicano Tomo II pp. 251 y 254.

tución de crédito legalmente autorizada para practicar operaciones fiduciarias, titular de los derechos sobre el objeto del fideicomiso durante la vigencia de éste^m.

Por virtud del fideicomiso de las acciones, en el caso que he planteado, el banco que sería el fiduciario, tendría la titularidad de dichas acciones. En efecto, mediante el fideicomiso, los bienes fideicometidos pasan a ser patrimoniales de la institución fiduciaria. Es un efecto translativo de dominio que una vez consumada la transmisión, viene a recaer al banco, con exclusión del dueño original, la facultad de disponer de ellos. Es una modalidad especial del cambio de titular de los bienes que en este caso son las acciones de la sociedad.

Precisamente, por salir los bienes (las acciones) del patrimonio del fideicomitente, quedan fuera de la órbita de sus derechos.

Si se trata de acciones "al portador", deberá hacerse al banco fiduciario la entrega material de los títulos representativos de ellas.

En caso de acciones "nominativas", además de la entrega, deberá hacerse el endoso correspondiente y hacer la anotación respectiva en el libro de registro de accionistas de la sociedad anónima que las hubiese emitido.

Ya sea uno u otro el caso, el fideicomiso deberá constar siempre por escrito y en él se establecerá el objeto para que fué realizado.

El artículo 356 de la Ley mencionada establece -- que: "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y - acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al --- efecto, al constituirse el mismo".

Por lo tanto, si se trata de acciones de una so-- ciedad anónima, el banco tendrá todos los derechos derivados de la calidad de socio, y entre ellos, desde luego el derecho de voto.

Ahora bien, cabe preguntar si el fideicomitente - podrá reservarse el derecho de voto de las acciones fideicome tidas, inclinándome por la negativa. Para ello me fundo en la diferente naturaleza entre la prenda y el fideicomiso, pues - en la primera el deudor conserva la titularidad sobre las --- acciones dadas en garantía, es decir, no salen de su patrimo-- nio y solamente están afectadas a garantizar el cumplimiento de una obligación; mientras que en el fideicomiso, las accio-- nes si salen de la esfera patrimonial de su dueño para en--- trar a la del banco, por una ficción de la Ley, como bienes - "fideicometidos", formando un patrimonio autónomo, que es --- distinto del patrimonio de la fiduciaria.

Como se trata de un acto -- en el fideicomiso --- que transmite el dominio, aunque sea a título provisional y - temporal (ya que una vez cumplido el fin del fideicomiso pue-- den volver las acciones al socio dueño de ellas), durante to-- do el tiempo que subsista, pierde el fideicomitente su dere-- cho de voto.

En tal virtud, cuando se le proponga a un deudor--

la constitución de un fideicomiso sobre las acciones que tenga de una sociedad anónima, aunque se le diga que puede reservarse el derecho de voto, debe de tener mucho cuidado y pensarse bien antes de efectuarlo, porque opino que no surtirá efectos legales esa reservación del voto, por ser contraria a la naturaleza de las acciones y a la del fideicomiso.

Cada acción da derecho a un voto.

XII.-La declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano hecha por la Revolución Francesa consagraba la igualdad de los hombres, al establecer que éstos son libres e iguales en derechos. Esta declaración de principios, tuvo trascendencia en la organización de la sociedad anónima.

Sin embargo, frente a la afirmación de trascendencia política, de la igualdad de derechos de los socios, y por consiguiente, del principio de voto en función de los capitales aportados, surge la necesidad de otorgar mayor número de votos a aquellas personas que tengan mayor interés en la sociedad anónima, que a los simples inversionistas que no se preocupan por su administración.

De esta necesidad nació el "voto plural" y se conocen como "acciones" de voto plural" aquellas a las que se atribuyen un número de votos superior a los de las acciones ordinarias.

El Italiano Ravá (61) dice que no es fácil determinar dónde y cuando con exactitud tuvieron origen las accio

61 Citado por Rodríguez, Ob. cit., Tomo I, p. 399, nota 40.

nes de voto plurimo pero ya en 1897 Mori (62) habla de las -- acciones de pluralidad.

Este tipo de acciones tuvo mayor desarrollo y di- fusión en los años siguientes a la Primera Guerra Mundial de- 1914-1918, debido a la devaluación de las divisas en los más- importantes países europeos, como consecuencia de esa guerra. Las empresas alemanas, italianas y francesas, se vieron en -- peligro de caer en manos de intereses extranjeros que fácil-- mente podrían adquirir el predominio de las mismas, incluso - en las que eran de trascendencia nacional, con un desembolso económico pequeño mediante la compra con moneda no depreciada de acciones que se cotizaban en marcos, liras o francos,

Fue por ello, que aún los propios gobiernos reco- mendasen la introducción del "voto plural".

Pero, una vez cumplida esa misión histórica, las- acciones de voto plúrimo o privilegiadas, constituyen hoy en- día el punto débil por el que con cierta facilidad se puede - dominar económicamente a empresas importantes. En efecto, pue- den ser un arma al servicio de las oligarquías financieras - para el control y dominio de las empresas, ya que con un pe-- queño capital se pueden conseguir las mayorías decisivas del- voto, sin preocuparse de las pérdidas provocadas al resto de- los accionistas.

Brunetti (63) nos dice que "el sistema sólo ser--

62 Citado por Rodríguez, Ob. cit., Tomo I, p. 399, nota 40 -- segundo párrafo.

63 Brunetti Ob, cit. Tomo II p. 149.

via para crear peligrosas plutocracias, para favorecer las---
infeudaciones, dando paso a unos pocos privilegiados a procu-
rarse un seguro predominio administrativo. Por eso agrega, --
aunque si de jureconditio se podían aprobar, por razones de -
conveniencia se sugería su abolición”.

Dentro de la reacción en contra de las acciones-
de “voto plural”, vemos que en Francia, por la Ley del 13 de
noviembre de 1933, se reglamenta el derecho de voto en las --
asambleas de accionistas de las sociedades por acciones, y --
en su artículo 10. se establece que “en las asambleas de ac--
cionistas, el derecho de voto adherido a las acciones es obli-
gatoriamente proporcional a la cantidad del capital social --
suscrito que ellas representen...”. Sin embargo, subsiste el-
“voto doble”, conferido a los propietarios de acciones nomina-
tivas liberadas desde su origen y de aquellas cuyo titular es
el mismo desde más de dos años, si los estatutos lo deciden -
así.

En Alemania, la Ley sobre las Sociedades por Ac-
ciones, de 1937, en su artículo 12 fracción II, dice. “El vo-
to plural no está admitido. El ministro de economía, de acuer-
do con el ministro de justicia y con los otros ministros inte-
resados, puede admitir excepciones si el interés de la socie-
dad o de la economía general lo exige”. Por su parte el artí-
culo 114, dice: “Toda acción da el derecho de voto”.

En Italia, el nuevo Código Civil de 1942, en -
su artículo 2,351 establece que “toda acción atribuye el dere-
cho de voto”, en su primer párrafo, y, en el tercero, ordena-
que “no puede emitirse acciones con voto plural”.

Además, Bélgica, Bolivia, Congo Belga, Guatemala, Honduras, El Salvador y Siria, han suprimido el "voto plural". Brasil también lo ha hecho pero admite acciones de propiedad - sin derecho de voto. El Libano, al suprimirlo, admite el "voto doble", como en Francia.

En España, la Ley de 17 de junio de 1951, en su artículo 38, dice: "...En ningún caso será lícita la creación de acciones de voto plural. Los estatutos podrán exigir con carácter general y ejercitar en ella el derecho de voto; e igualmente podrán fijar el número de votos que un mismo accionista puede emitir. Para ejercitar el derecho de voto será lícita la agrupación de acciones".

En México, no existe el voto plural ni el voto doble francés, ni taxativa alguna respecto al número mínimo de títulos. Nuestro antiguo Código de Comercio de 1889 en su artículo 178, decía: "El capital de las sociedades anónimas se divide en acciones de igual valor, y éstas confieren a sus poseedores iguales derechos, a no ser que se haya estipulado lo contrario al constituirse la sociedad".

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, que está en vigor desde 1934 no permite el "voto plural" al establecer el artículo 113 "cada acción sólo tendrá derecho a un voto". Por lo tanto, es ilícita toda concesión de voto múltiple directa o indirecta.

Podría producirse la concesión de "voto plural", indirectamente si se emitiesen acciones de valor desigual con igual voto, por ejemplo, acciones de cinco pesos y de

quinientos pesos, cada una con un voto.

Pero, este supuesto sería ilícito, por contravenir lo dispuesto por el artículo 112 de nuestra Ley, que establece el principio legal de que las acciones serán de igual valor nominal.

Garantías activas neutrales.

XIV.-En los apartados anteriores que he dedicado a analizar los derechos "modificables" e "inmodificables" de los accionistas en una sociedad anónima, he hablado de las garantías pasivas, de los socios, que no suponen la voluntad de ellos, sino que quedan establecidas en cuanto la Ley General de Sociedades Mercantiles determina tales exigencias o prohibiciones, de manera que automáticamente quedan salvaguardados los derechos de los socios.

Al lado de estas garantías pasivas, establece la Ley las que Joaquín Rodríguez (64) llama garantías activas, en las que la voluntad del interesado es decisiva para poner en marcha el mecanismo de protección. Unas veces la garantía activa se concede a un grupo mayoritario, otras veces a un grupo minoritario y en fin, en algunas ocasiones a un solo socio. Según el papel que desempeñe la voluntad mayoritaria individual, el propio tratadista las clasifica en derechos neutrales, derechos ofensivos y derechos defensivos.

La primera garantía activa neutral que establece nuestra Ley es la de exigir la convocatoria de la asamblea -

64 Rodríguez, Ob. cit., Tomo I, p. 474.

ordinaria de accionistas, que le otorga a un solo accionista, al ordenar que cuando por cualquier causa faltare la totalidad de los comisarios, el consejo de administración deberá -- convocar, en el término de tres días, a asamblea general de accionistas para que éste haga la designación correspondiente. Si el consejo de administración no hiciere la convocatoria -- dentro del plazo señalado, cualquier accionista podrá ocurrir a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad para que éste haga la convocatoria.

En el caso de que no se reuniere la asamblea o de que reunida no se hiciere la designación de comisario o comisarios, el Juéz, a solicitud de cualquier accionista, nombrará los comisarios, quienes funcionarán hasta que la asamblea general de accionistas haga el nombramiento definitivo.(65).

Se trata siempre de asambleas generales "ordinarias", porque el artículo 181 en su fracción II establece que es de la competencia de esta clase de asambleas el nombramiento de comisarios.

Nuestra Ley también le otorga el derecho a un solo accionista de pedir por escrito, en cualquier tiempo, al administrador único o consejo de administración o a los comisarios, la convocatoria de una asamblea general de accionistas, para tratar de los asuntos que indique en su petición, cuando no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios sociales consecutivos; cuando las asambleas celebradas

65 Artículo 168 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

durante ese tiempo no se hayan ocupado de discutir, aprobar o modificar el balance y de nombrar el administrador único, o a los consejeros y a los comisarios.

Si el administrador o consejo de administración o los comisarios se rehusaran a hacer la convocatoria, o no la hicieron dentro del término de quince días desde que hayan recibido la solicitud, ésta se formulará ante el Juéz competente para que haga la convocatoria, previo traslado de la petición al administrador o consejo de administración y a los comisarios.

Opino que esta disposición contenida en el artículo 185, es muy infeliz, porque el consejo de administración no tiene personalidad jurídica, como órgano colegiado, y por lo tanto carece de legitimación procesal para comparecer al juicio incidental ordenado por la Ley. El legislador español fue más eficiente, al establecer en caso similar, que el traslado de la petición se les haga a los administradores. En esta forma, ya sea que exista un administrador único, o que los administradores formen un consejo de administración, a todos y cada uno de ellos se les correrá el traslado de la solicitud hecha al Juéz y ellos si tienen capacidad para comparecer al juicio como personas físicas e igualmente tendrán legitimación procesal en su carácter de administradores. (66).

La misma garantía activa neutral se la otorga a nuestra Ley a la minoría que representa por los menos el treinta y tres por ciento del capital social, con la salvedad

66 Bauche Garcíadiego, Mario. Artículo "El Consejo de Administración" no tiene personalidad Jurídica" Diario "El Informador" p, 16 y 24 de enero de 1962, Guadalajara, Jal.

que este derecho podrá ser ejercitado en cualquier tiempo, -- sin las textativas que impone a uno solo accionista consistentes en la falta de asambleas durante dos ejercicios o de falta de discusión del balance y de nombramiento de administrados y comisarios. (67).

De estos dos mismos preceptos legales se desprende de la garantía activa neutral de inclusión de determinados -- asuntos que en el orden del día, como derecho minoritario del 33% en el artículo 184 y de derecho de un solo accionista en el 185.

Por último en este grupo de las "neutrales" se incluye el derecho de información que consiste en la facultad r que tienen los accionistas de examinar los libros y documentos relacionados con los objetos de la asamblea general ordinaria de accionistas, quince días antes de su celebración y -- el de estar debidamente informados de los asuntos a tratar en las asambleas, pues si una minoría del 33% presente no se considera suficientemente informada, puede solicitar por una sola vez que se aplace la votación del asunto para dentro de -- tres días. (68).

Garantías activas defensivas.

XV.-Siguiendo la clasificación que ha hecho el -- tratadista Joaquín Rodríguez, en el apartado anterior hablé -- sobre las garantías activas, en las que la voluntad del interesado es decisiva para poner en marcha el mécanismo de pro--

67 Artículo 184 Ley General de Sociedades Mercantiles.

68 Artículo 199 Ley General de Sociedades Mercantiles.

tección en las sociedades anónimas, y en especial me referiré a las "neutrales".

Ahora voy a tratar sobre las garantías activas defensivas, que existen en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, encontrandonos con el primer derecho que establece el artículo 195 respecto de que para modificar los derechos de una categoría de accionistas se requiere el consentimiento previo de éstos.

El mismo precepto nos habla de asambleas especiales en estos casos y por la remisión que hace a otros artículos, establece que se deberán reunir en el domicilio social bajo pena de nulidad salvo caso fortuito o de fuerza mayor. El que deben celebrarse en el domicilio social no quiere decir que por fuerza se celebren en el domicilio en donde la sociedad anónima mantenga sus oficinas, ya que por domicilio social nuestra Ley entiende únicamente la ciudad o pueblo en donde se haya especificado en los estatutos que tendrá su domicilio. Por lo tanto, puede celebrarse en lugar distinto de aquel en donde están ubicadas sus oficinas y las asambleas serán absolutamente válidas, siempre que se efectúen en la misma ciudad o pueblo.

Además, las convocatorias deberán ser hechas por el administrador único, por el consejo de administración o por los comisarios; (69) Existe la facultad para los accionistas que representen un 33% del capital, de pedir la convocatoria para tratar los asuntos que indiquen en su petición (70).

69 Artículo 183 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

70 Artículo 184 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Serán siempre asambleas extraordinarias, porque-- por su propia naturaleza suponen acuerdos que van a modificar los derechos de una categoría especial de accionistas, y por lo tanto, modificación de los estatutos. (71) En tal virtud, rigen para ellas los quórumes de asistencia y de votación que la Ley establece para las extraordinarias. (72).

Como segunda garantía activa "defensiva" tenemos la que establece el artículo 113 en su último párrafo, respecto de que los tenedores de acciones de "voto limitado" tendrán los mismos derechos de las minorías para oponerse a las decisiones de las asambleas y para revisar el balance y los libros de la sociedad.

La tercera garantía "defensiva" es la que establece el artículo 206 respecto del derecho de separación. Este derecho lo tiene cualquier accionista que haya votado en contra de una resolución de la asamblea por la que se haya cambiado la nacionalidad o el objeto de ella, o bien, se haya acordado su transformación.

En cualquiera de estos tres casos, pero sólo en ellos, nuestra Ley le concede al accionista que haya votado en contra de dichos acuerdos, el 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.

71 Artículo 182 Fracción IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

72 Artículo 190 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por último, la cuarta garantía activa defensiva -- consiste en la facultad de pedir la suspensión de una deci-- sión de la asamblea. (73).

Esta facultad solamente se la otorga nuestra ley a los accionistas que reúnen el treinta y tres por ciento de las acciones representadas en una asamblea. Si consideran -- que no están suficientemente informados de algún asunto suje to a discusión, podrán pedir que se aplace la votación para dentro de tres días, transcurridos los cuales se reanudará -- la asamblea y se tomará la votación. Este derecho no podrá -- ejercitarse sino una sola vez para el mismo asunto.

Considero que esta garantía de "información" y -- de suspensión, únicamente prolonga las asambleas innecesariame nte, cuando los accionistas minoritarios pretextando no -- están suficientemente informados, hacen uso de ella para pe dir el aplazamiento de la votación.

En efecto, supongamos que se trata de aumentar -- el capital social y la minoría del 33% se opone a que se to me ese acuerdo. Pretextando no estar suficientemente informada da sobre el asunto, podrá pedir que se aplace la votación pa ra dentro de tres días, pero una vez reanudada la asamblea, -- quiéralo o no esa minoría, se aumentará el capital si la mayo ría del otro 67% lo aprueba. Supongamos que se incluyen -- tres asuntos en el orden del día y la misma minoría se opo ne; sucederá exactamente lo mismo con la suspensión que so liciten y la asamblea se celebrará en tres fechas distintas, 73 Artículo 199 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

pero el resultado será el mismo, porque dentro de nuestro --- sistema democrático de las sociedades anónimas, invariable--- mente se impondrá la mayoría. Lo único que se logró fue pro--- longar una asamblea con el resultado que ya era de esperarse, de que informada o no la minoría, la mayoría adoptó el acue--- do o los acuerdos que juzgó beneficiosos para la sociedad.

Garantías activas ofensivas.

XVI.-Nuestra Ley General de Sociedades Mercanti--- les establece como derechos "ofensivos" de los accionistas --- de una sociedad anónima, todos los relativos al control en --- su más amplio sentido, que comprenden el de examinar el ba--- lance con sus anexos y el dictamen de los comisarios, duran--- te el plazo de quince días anteriores a la fecha de la cele--- bración de la asamblea general ordinaria de accionistas. (74)

De igual manera, se incluye el derecho de discu--- tir, aprobar o modificar el balance, en la asamblea, después de haber oído el informe de los comisarios.(75).

Tenemos también como garantía activa ofensiva, de cualquier accionista, el de denunciar por escrito a los comi--- sarios los hechos que estime irregulares en la administra--- ción. (76).

La minoría de accionistas que represente un vein--- ticinco por ciento del capital social tendrá la facultad de --- nombrar cuando menos un consejero, siempre que los administra

74 Artículo 173 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

75 Artículo 181 de Fracción I de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

76 Artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

dores sean tres o más, y en el contrato social se podrá determinar que la minoría sea menor del 25%, así como el número de consejeros que pueda nombrar. El artículo 144 agrega que, sólo podrá revocarse el nombramiento del administrador o administradores designados por las minorías cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás administradores.

Otra de las garantías activas ofensivas es la que otorga nuestra Ley a los accionistas que representan el treinta y tres por ciento del capital social, por lo menos, para ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes; y que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados. (77).

Todo lo dicho respecto del nombramiento de administradores y de ejercicio de la acción de responsabilidad contra ellos, es aplicable también al nombramiento de comisarios y a ejercitar la misma acción en contra de éstos, por la minorías indicadas antes. (78).

Por último, nos habla la Ley de la garantía de impugnación de los acuerdos sociales, al establecer que los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resolucio-

77 Artículo 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

78 Artículo 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

nes de las asambleas generales, siempre que se satisfagan----
los siguientes requisitos:

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

2.-Que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o que hayan dado su voto en contra de la resolución.

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

Agrega el artículo 201 que no podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios.

Derechos modificables e inmodificables.

XVII.-Al principio de este trabajo, en el apartado I, indiqué que debido a su organización colectivo capitalista, la sociedad anónima está sometida a las normas propias de los organismos sociales plurales, por lo cual es democrática, en cuanto que los acuerdos y decisiones deben tomarse por mayoría de votos y los derechos de los socios se ejercen en el seno de sus asambleas.

Agregué que esto no quiere decir que las "mayorías" sean omnímodas para tomar toda clase de resoluciones, porque existen límites a la voluntad de la mayoría cuando se vulneran las garantías de los accionistas al violarse determinados derechos que no pueden modificarse ni alterarse y que por lo tanto son "inmodificables".

Al lado de esos derechos, existen otros que sí - pueden modificarse o limitarse por acuerdo mayoritario, y que he llamado derechos "modificables"

En los apartados anteriores que he dedicado a analizar los derechos de los accionistas, nos hemos encontrado con ambas clases de derechos por lo que ahora, al dar fin a este estudio he querido hacer un resumen de cuáles derechos pueden ser modificados por la voluntad de la mayoría y cuáles no pueden ser modificados ni limitados.

El derecho a percibir un dividendo es "inmodificable" en cuanto que la asamblea no puede acordar la distribución de dividendos con exclusión de uno o de algunos de los socios, ni puede hacer participar las acciones en proporción distinta a su valor desembolsado, o en cuantía desigual. (79)

Si en los estatutos se conviene en el pago de "intereses constructivos" a los accionistas, con tipo no mayor del nueve por ciento anual y por un periodo que no exceda de tres años contados desde la fecha de emisión de las acciones, los accionistas tendrán un derecho "inmodificable". (80)

De igual manera, los accionistas gozan de un derecho "inmodificable" de que no se abonen dividendos a los fundadores hasta que los propios accionistas no hayan recibido un dividendo equivalente al cinco por ciento del valor exhibido de su acción. (81).

79 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 473.

80 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 377.

81 Rodríguez, ob. cit., Tomo I, p. 384.

El derecho de voto es "limitable" pero insuprimible para las asambleas extraordinarias en las que se trate sobre la prórroga de la duración de la sociedad, de su disolución anticipada, del cambio de su objeto o de su nacionalidad, así como de su transformación o fusión con otra.

El derecho a vender las acciones de que sea titular un socio, es "limitable" y el de preferencia en la compra de nuevas acciones que emita la sociedad es "inmodificable", aunque existen algunos casos especiales en que no funciona.

El derecho de examinar, discutir, y aprobar el balance, es "limitable", pero los de información, oposición y separación son "inmodificables".

En general, siguiendo la opinión de la doctrina, se puede decir que son.

Derechos inmodificables.

a).-Todos los que concede la Ley a los accionistas, sin más límite que el resultado de las propias disposiciones legales, al establecer normas permisivas.

b).-Todos los que han sido conferidos, a alguno o algunos de los accionistas por un acto convencional, es decir, por un acuerdo de los fundadores o de las asambleas, sin más límite que el que los accionistas afectados por la posible modificación o supresión de un derecho accedan a ello, en la forma prevista en el artículo 195 por lo que se refiere a las diversas categorías de accionistas.

En cambio, se puede decir que son.

Derechos modificables.

a).-Los que según nuestra propia Ley General de -
Sociedades Mercantiles pueden tener diverso alcance, cuando -
asi se dispone en los estatutos.

b).-Los que los estatutos libremente, sin ser un-
simple reflejo de una norma imperativa, conceden a todos los-
accionistas.

CONCLUSIONES.

1.-Antecedentes históricos. Al constituirse México como nación independiente, en 1891, las relaciones comerciales se regían por las ordenanzas de Bilbao, cuya aplicación competía a los consulados existentes en la Ciudad de México, Veracruz, Guadalajara y Puebla. Conservaron su vigencia tales ordenanzas hasta el año de 1884, con una breve interrupción de mayo de 1854 a noviembre de 1855, lapso durante el cual rigió un Código de Comercio especialmente elaborado para la República Mexicana, que se conoce con el nombre del Ministro de Justicia que patrocinó su elaboración, Don Teodosio Lares, ordenamiento que tuvo muy breve vida no por deficiencias técnicas, sino por vicisitudes Políticas. En uso de las atribuciones que al efecto les concedía la constitución de 1857, algunos de los Estados Federales dictaron Códigos de Comercio de aplicación local que, en términos generales, se limitaban a reproducir el Código de Lares. Pero no fué sino hasta el 20 de julio de 1884 cuando perdieron vigencia, de modo definitivo, las Ordenanzas de Bilbao, para ser sustituidas por el Código de Comercio, que no habría de tener sino breve duración, pues fué abrogado por el que entró en vigor el 10 de enero de 1890, el cual sobrevive aún, si bien ha sufrido la derogación de importantes partes que han sido sustituidas por leyes mas modernas, previamente a la promulgación del Código de 1884 se había reformado la constitución, a efecto de conceder atribuciones para legislar en materia de comercio al Congreso de la Unión: desde entonces el derecho mercantil tiene el carácter federal.

Sige siendo regulado por el Código de Comercio: la determinación de la materia mercantil, la enumeración de -- los actos de Comercio, el régimen de los comerciantes, sus deuberes profesionales y la actividad de algunos auxiliares merucantiles: factores, dependientes, corredores, comisionistas. -- También sigue en vigor un conjunto de reglas generales de las obligaciones mercantiles, al igual que el régimen de algunos -- contratos mercantiles, que en materia de una ley de ese nomubre, del 28 de julio de 1934; el derecho cambiario, en un senutido amplio, que se encuentra regulado por la ley de títulos y Operaciones de Crédito, del 26 de agosto de 1932; el derecho -- privado de Seguros Terrestres, esta contenido en la ley sobre el contrato de seguro, de 26 de agosto de 1935; el derecho faulimentario tanto en su aspecto sustantivo como el procesal, se rige por la ley de quiebras y suspensión de pagos, del 31 de -- diciembre de 1942 el libro tercero del Código de Comercio, reulativo al comercio marítimo, fue derogado por la ley de navegaución y comercio marítimo, que se publicó en el diario oficial de 21 de noviembre de 1963.

Diversos aspectos de estas leyes con excepción -- de la de quiebras y suspensión de pagos han sido objeto de moudificaciones en diferentes fechas.

En nuestro Código de Comercio existen influenucias recibidas del Código español e Italiano, al extremo de -- que muchos de sus preceptos están copiados, literalmente, del Código español de 1885 y otros son fiel traducción del Código Italiano de 1882. Así por ejemplo la enumeración de los actos de comercio, contenida en el artículo 75 del Código de Comerudo

cio Mexicano, prácticamente no es sino una traducción de los artículos tercero y cuarto del Código Italiano.

La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito se basa en los proyectos de Leyes Uniformes sobre la letra de cambio y cheque, de Ginebra y en lo excede del contenido de ellos se inspira principalmente, en las leyes Suiza y Francesa y el proyecto de LORENZO DE MOZA.

La Ley de Sociedades Mercantiles es de inspiración preponderantemente italiana; la estructura general de las sociedades es similar al tipo predominante en Europa Continental; pero en algunas ocasiones se ha recibido el influjo de la Corporación del derecho norteamericano. Así sucede particularmente respecto de algunos tipos de acciones, el cual es nuestro tema central en esta tesis.

La Ley de Sociedades Mercantiles menciona en el artículo primero seis tipos de sociedades dicho artículo tiene el caracter de limitativa y no enunciativa, como expresamente lo indica la exposición de motivos de la ley; esto tiene importancia sobre todo para resolver la problemática de los criterios de diferenciación entre las sociedades civiles y las mercantiles, por lo que la circunstancia de imprimir a una sociedad el caracter de mercantil no hace recaer sobre ella cargas u obligaciones exorbitantes, sino únicamente en lo que se refiere a la Ley, el deber de sujetarse integralmente al regimen que se ha estimado adecuado a la garantía de los socios mismos y de los terceros, no se percibió ningún inconveniente para cogger el nombrado criterio formal maxime que el Código Civil de-

1928 lo había sancionado con anterioridad.

Es conservado el principio de que todas las sociedades gozan de personalidad jurídica distinta a la de los sujetos físicos que las integran, si bien se modifica substancialmente el sistema del Código en vigor para el otorgamiento de dicha personalidad.

En efecto, el Código de Comercio acoge a este respecto un sistema normativo, según el cual la personalidad jurídica derivada del cumplimiento de los requisitos que el propio Código fija para la constitución de las sociedades; pero como no se encomienda a nadie sino eventualmente a los Tribunales al conocer de la acción de nulidad, la facultad de comprobar el cumplimiento de todos los requisitos como condición previa a la iniciación de la vida jurídica de la sociedad, se suscita la difícil cuestión, que por otra parte no es propia de México, sino de todos aquellos países que han establecido un sistema similar, de las sociedades que de hecho se han formado e intervenido en el comercio jurídico sin acatar los preceptos del Código.

El ejecutivo a creído que ese difícil problema de las sociedades de hecho o irregulares puede desaparecer acogiendo un sistema similar al inglés, es decir, haciendo derivar del nacimiento de la personalidad jurídica, de un acto de voluntad del estado cuya emisión esté condicionada al cumplimiento de las disposiciones de orden público de la Ley, relativas a la constitución de las sociedades.

Con esto no se abandona el régimen normativo,-

en cuanto que los organos del poder público no van a otorgar - en cada caso una autorización discrecional para que una sociedad mercantil pueda constituirse, sino que su única función -- consistirá en comprobar que se han satisfecho las disposicio-- nes legales taxativas. Atendiendo precisamente a esta circuns-- tancia, la ley encomienda a las autoridades judiciales la fa-- cultad de ordenar el registro de las sociedades y regula un -- procedimiento para llevar a cabo la comprobación de los requi-- sitos a los que hemos hecho referencia.

Consecuencia natural de que en lo sucesivo el na-- cimiento de las sociedades estará precedido de la comproba---- ción ante los organos del poder público de la legalidad de su-- constitución es la de que no serán atacables las inscripciones del registro ni por los terceros ni por los socios por lo que-- no habra lugar a juicios de nulidad, en virtud de que logrado-- el registro solo mediante la disolución y la liquidación lleva-- das a cabo en los términos y con las condiciones que sobre el-- particular se fijan, podra extinguirse la personalidad jurídi-- ca de las mismas sociedades.

Para la constitución de la sociedad anónima se -- han conservado dos procedimientos que la legislación en vigor-- autoriza: la de suscripción pública y la comparecencia en acto único ante notario, dichos procedimientos se encuentran regla-- mentados en los artículos 90 y 92 de la Ley General de Socie-- des Mercantiles.

Entre los requisitos de constitución se ha intro-- ducido el de que el capital social no sea menor de veinticinco

mil pesos. Esto dentro del propósito de que la anónima sea un tipo al que acudan las empresas de capitales.

Ha sido objeto de reglamentación lo relativo a la participación de las utilidades que los fundadores se reservan y que constituía uno de los vacíos de la legislación mercantil; que autorizaba dicha participación, pero sin limitar en ninguna forma su alcance ni fijar sus caracteres.

Por lo que hace las acciones el artículo III se contrae a las que integran el capital social, pudiendo decirse que las acciones representan partes alicuotas del capital social que dividido entre el número de acciones dará el importe nominal de cada acción. La palabra Acción puede tener distintos significados:

1.-Designa el derecho del capital social en una sociedad de capitales.

2.-Es el título o documento representativo de los derechos corporativos que corresponden al suscriptor de capital y le otorgan la calidad de socio de la sociedad emisora.

La doctrina considera que las acciones deben ser consideradas como títulos de crédito y consecuentemente las características de literalidad; incorporación, legitimación y autonomía que son inherentes a todo título de crédito. No obstante lo anterior debe señalarse que tales características no se presentan en las acciones con toda nitidez debido a la relación que siempre guardan con las sociedad que las emite.

Las acciones otorgan a sus legítimos tenedores - respecto a la sociedad que las emite, derechos de carácter patrimonial y derechos de carácter corporativo. Entre los primeros esta el derecho a percibir en forma proporcional las utilidades de la sociedad y a recibir las cuotas de liquidación. Entre los segundos, el derecho a asistir con voz y voto a las -- asambleas generales y especiales que lleve a cabo la sociedad, según la naturaleza de cada acción.

Elemento esencial de estos títulos es que siem-- pre deben representar una parte de capital social. Sin este re-- quisito independiente de que a diversos documentos se les nom-- bra o se les llama por este nombre, tales documentos no serán-- acciones en sentido estricto. Por otra parte los artículos --- 114, y 136 fracción IV y 137 de la Ley General de Sociedades -- Mercantiles se refieren a dos categorías de acciones, las de -- trabajo y las de goce, que no son representativas de proporcio-- nes del capital social, por lo que las acciones de industria o acciones de trabajo no pueden considerarse como representativos de proporciones de capital social, por lo que no pueden ser -- considerados como acciones en sentido estricto. Esto sin em-- bargo no impide que se entreguen a las personas que prestan -- sus servicios a la sociedad, documentos en los que se consig-- nen determinado tipo de derechos. En la actualidad esta mate-- ria esta reglamentada en la Ley Federal del Trabajo, por lo -- que el gobierno federal no ha querido prejuzgar si estas accio-- nes ofrecen el mejor procedimiento para cumplimentar los inci-- sos VI y IX del artículo 123 Constitucional, en cuanto estable

ce que en toda empresa agrícola, comercial, mercantil, fabril o minera, los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades. De todo lo anterior se desprende que la ley se ha limitado por ese motivo a ofrecer esquemáticamente la posibilidad, que era preciso consignar, supuesto que implica una restricción al principio de que toda acción debe de representar una parte de capital, de que actúen como socios personas que no hayan hecho una aportación inicial de cosas, siempre que presten trabajos o servicios a la compañía en el curso de su existencia jurídica.

La ley autoriza la emisión de acciones que no expresen valor nominal. No se creyó indispensable reglamentar esa categoría de acciones, porque su existencia no obligará a las sociedades sino a omitir en los títulos representativos de las acciones la indicación de lo que inicialmente hayan aportado los socios y, como es natural el monto total de las aportaciones iniciales; pero sin que fuera de esa omisión se provoque ninguna otra modificación en cuanto a la organización o al funcionamiento de la sociedad. Por tratarse de una institución nueva, la ley no quiso erigir en obligatorio para todas las sociedades el emitir tales acciones, sin que previamente la experiencia indique los efectos que produzca la adopción de esa especie de títulos.

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

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

A pesar de que en general la ley conserva a las acciones, con excepción de las de trabajo, regidas por normas distintas, el carácter de títulos negociables, acoge el principio de la limitación excepcional de la negociabilidad, ya sancionado por la doctrina, y lo reglamenta de tal manera, que queden equilibrados los derechos de la sociedad, que puede tener interés en impedir que una persona se convierta en socio y los del socio que pretende retirarse, quien, dentro del sistema que se consagra, no sufrirá perjuicios con la negativa del consejo de administración para autorizar un traspaso.

La ley se ocupa detalladamente, llenando así una laguna del Código de Comercio, de los aumentos de capital, que en muchas ocasiones pueden significar un efectivo menoscabo para los derechos de los socios primitivos y un procedimiento para engañar a los terceros.

El capital de una sociedad anónima se considera teóricamente dividido en un número "N" de partes de igual valor que se llaman acciones. Los socios están en libertad de escoger el número y valor de estas partes que resulten más conveniente en vista de la situación específica de constitución de la sociedad. Cada una de estas partes estará representada por un título que ampara su valor, y que da a su poseedor legítimo los derechos y obligaciones de socio respecto de la sociedad que emite o expide tales títulos. Estos títulos se llaman también acciones.

Las acciones ordinarias deben ser de igual valor y conferir iguales derechos. Sin embargo, los socios pueden pactar al constituir la sociedad o después que existan diferentes clases de acciones, pero dentro de cada clase, las acciones conferirán iguales derechos.

Las acciones son indivisibles. Esto significa que no pueden transmitirse parcialmente. Si varias personas adquieren en copropiedad una acción, actuarán a través de un representante común en sus relaciones con la sociedad y esa acción sólo podrá transmitirse completa a otra y otras personas.

Cada acción da derecho a un voto, pero pueden pactarse limitaciones al ejercicio de este derecho.

Los títulos llamados acciones son documentos en los que va incorporado la calidad de socio. Para actuar como tal se requiere el título, y la transmisión del título implica

la calidad de socio.

Los títulos de las acciones están destinados a circular, salvo pequeñas restricciones que pueden imponerse, a este respecto. Lo que interesa en la sociedad anónima es la conservación de su capital, su supervivencia como sociedad, independiente de quienes sean sus socios. Por ello las acciones pueden expedirse como títulos nominativos o al portador, o como nominativos con cupones al portador, o como nominativos con cupones al portador.

La transmisión de las acciones nominativas implica endosar estas y que el acto de transferencia se inscriba en un registro de acciones nominativas y que debe llevar la sociedad y que contendrá los requisitos establecidos en el artículo 128, 129 y 131 de la Ley de Sociedades Mercantiles, para que una persona pueda ser considerada como titular de una acción nominativa es necesario que además de aparecer inscrita en el registro a que se ha hecho referencia también debe de aparecer como endosatario en el título o cesionario del mismo.

Los títulos de las acciones deben tener los datos que señala el artículo 125 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. El tercer párrafo de la fracción IV del precepto antes mencionado permite en nuestro derecho la emisión de acciones sin valor nominal, lo cual fue tomado del derecho de Estados Unidos de Norteamérica en donde reciben el nombre de Non par valve shares o non par valve stock, país en el que tuvieron mucha difusión a pesar de haber dado lu-

gar a ciertos abusos y siendo objeto de criticas.

Estas acciones representan un porcentaje de ca-pital contable y su valor al emitirse lo fijan los administradores.

Fisicamente los títulos de las acciones deben - constar de una parte principal y de una planilla de cupones - que se desprenderán y entregarán a la sociedad contra el pa-go de dividendos, también pueden usarse títulos provisionales y definitivos.

El valor de las acciones puede pagarse en ding-ero o en otra clase de bienes. No hay aportación de industria - permisible para pago de las acciones en nuestro derecho. La - idea de expedir acciones a los empleados o trabajadores de la sociedad anónima para darles derecho a participar en las uti-lidades reglamentada en el artículo 114 de nuestra ley, dicho precepto se refiere a las llamadas acciones de industria o -- acciones de trabajo.

De todo lo anterior concluyo que es necesario - realizar un estudio más profundo en relación a las acciones - en general, pero creo que es necesario terminar con la posibi-lidad estatutaria de restringir la normal circulación de las - acciones nominativas, en virtud de que esta reglamentación -- tiene como resultado una gran versatilidad en la sociedad --- anónima a la cual pueden acudir personas que aprovechando las ventajas de la sociedad Intuitu Capitalis, obtienen la intimi-dad y privacia de la Sociedad Intuitu Personae.

Se discute si las restricciones señaladas en -

el artículo 130 de la Ley son las más drásticas aceptables - legalmente, a este respecto el maestro Mantilla Molina considera que podran ser validas las convenciones que no aumentan las restricciones previstas, en tanto que Rodriguez y Rodriguez afirma que no es posible formular un principio general - a este respecto, sino que habra necesidad de estudiar y resolver caso por caso la válidez de las restricciones impuestas a la circulación de las acciones, motivo por el cual me inclino por la Tesis sustentada por Mantilla Molina.

"B I B L I O G R A F I A"

- ALEGRIA HECTOR. Sociedades Anónimas, Ediciones Forum.
Buenos Aires, 1971.
- ASCARELLI TULLIO. Iniciación al Estudio del Derecho Mer-
cantil, BOSCH, Casa Editorial. Barce-
lona, 1964.
- ASCARELLI TULLIO. Principios y Problemas de las Socieda-
des Anónimas, Imprenta Universitaria.
México, 1951.
- BOLAFFIO-ROCCO--
VIVANTE. Derecho Comercial, MORTARA AZZARITI,-
Acciones Comerciales, EDIAR, Soc.. --
Editores. Buenos Aires, 1959.
- CERVANTES AHUMADA
RAUL. Derecho Mercantil, Editorial Herrero-
S.A. México, 1975.
- DE PINA VARA RAFA
EL. Elementos de Derecho Mercantil Mexica-
no.
- DE SOLA CAÑIZARES
FELIPE. Tratado de Derecho Comercial Compara-
do, Montaner y Simón, S.A. Barcelona,-
1963.
- GARRIGUES, JOAQUIN Curso de Derecho Mercantil, Editorial
Porrúa. México, 1979.

- GASPERONI NICOLA. Las Acciones de las Sociedades Mercantiles, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1950.
- LAS SIETE PARTIDAS, Ediciones Atlas. Madrid, 1972
- MALAGARRIGA CARLOS G. Derecho Comercial, Contratos y Papeles de Comercio, Tipografía Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1963.
- MANTILLA MOLINA -- ROBERTO L. Derecho Mercantil, Editorial Porrúa-México.
- MESSINEO FRANCESCO. Manual de Derecho Civil y Comercial, Ediciones Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires, 1954.
- MOZA LORENZO. Trattato de Nuevo Diritt. Commerciale, Sociedad Responsabilite Limitata, 1953.
- MUÑOZ LUIS. Derecho Mercantil, Primera Edición, - Cardenas Editor y Distribuidor. México, 1973.
- MUÑOZ LUIS. Derecho Mercantil, Primera Edición, - Cardenas Editor y Distribuidor, México 1973.
- PALLARES EDUARDO. Tratado Elemental de Sociedades Mercantiles Editorial Roma 1968.

RIPERT GEORGES. Tratado de Derecho Comercial Edito---
rial Cardenas Editor, Buenos Aires, -
1934.

RECASENS SICHES Tratado de la Sociologia, Editorial -
LUIS. Roma México, 1965.

RODRIGUEZ RODRIU Tratado de Sociedades Mercantiles. --
GUEZ JOAQUIN. Editorial Roma S.A. México 1971.

SENIOR ALBERTO F. Tratado de Sociologia, Editorial Franu
cisco Méndez OTEO México, 1964.

C O N T E N I D O.

Dedicatoria Pág.

Nota preliminar 1

CAPITULO PRIMERO

Evolución Histórica de las Sociedades 3

1.-Razón del Surgimiento de las Sociedades 3

2.-Como surge en el Derecho Romano 11

3.-Desarrollo de la Sociedad Mercantil en la Edad Media 28

CAPITULO SEGUNDO

1.-Determinación del Concepto de Sociedad. 33

2.-La Colaboración Humana y su Obtención Contractual .. 39

3.-La Cuestión de la Personalidad de las Sociedades . . 44

4.-Que Sociedades son Comerciales. 51

5.-Distinción de la Sociedad respecto de Instituciones. 62

Afines.

CAPITULO TERCERO

1.-Distintas Aceptaciones de la palabra Acción 68

2.-La Acción como Documento Representativo y Título . . 76

Valor.

3.-Documentos Probatorios 80

4.-Documentos Constitutivos. 81

5.-Documentos Dispositivos o Representativos 82

a)-Títulos de Crédito. 83

b)-Títulos Representativos de Mercancías 87

c)-Títulos de Participación. 87

M-0018239

CAPITULO CUARTO

1.-Organización Democrática de la Sociedad Anónima	89
2.-La Percepción de Dividendos	92
3.-Los Interéses Constructivos	97
4.-Los Bonos de Fundador	100
5.-Acciones de Voto Limitado	105
6.-Modificabilidad de los Estatutos	109
7.-Transformación de las Acciones Comunes en Preferentes	114
8.-La Limitación a la Venta de Acciones	119
9.-Preferencia en la Compra de Nuevas Acciones	123
10-Derecho de Voto	143
11-El Acreedor Prendario no tiene Derecho de Voto	147
12-El Fiduciario si tiene Derecho de Voto	151
13-Cada Acción da Derecho a un Voto	155
14-Garantías Activas Neutrales	159
15-Garantías Activas Defensivas	162
16-Garantías Activas Ofensivas	166
17-Derechos Modificables e Inmodificables ,	168
Resúmen de Conclusiones	172
Bibliografía	185