

LA SOCIEDAD ANÓNIMA: EVOLUCIÓN Y ALGUNOS PROBLEMAS EN DERECHO MEXICANO

1. Es sabido que la sociedad anónima tiene un origen reciente: surge a mediados del siglo xvii en Holanda e Inglaterra con motivo de la organización de empresas para el comercio y la colonización de las Indias Orientales. Se aprovecha, para su creación original, una larga tradición de las sociedades personales, sobre todo, de la "commenda" italiana, así como la limitación de la responsabilidad en el condominio naval y en el transporte marítimo.¹ Este bagaje se adiciona con la introducción de la acción, como parte representativa del capital social² y como prueba de la aportación dineraria de cada socio para integrar un fondo común, afectado a las finalidades de la compañía.³

Me interesa subrayar, respecto a esta primera época, el carácter personalista de la sociedad que nace, fiel a los modelos existentes, así como la naturaleza eminentemente aristocrática, no demócrata, de su administración y de sus relaciones con los socios. Me interesa también poner énfasis en la limitación de la responsabilidad de los socios administradores, y en la ausencia, *todavía*, de una personalidad jurídica propia, de la institución.

La naturaleza aristocrática de la sociedad se manifiesta en la gran amplitud de facultades que se arroga el consejo, así como en la escasez de atribuciones reservadas a los socios, independientemente considerados, y actuando en común, dentro de la asamblea, que posteriormente había de considerarse como órgano supremo. Esta característica no es sino una

1 ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milán, 1959, I, 248. Sobre la "commenda", v. SCIALOJA, A., *La commenda nel diritto comune del mediterraneo dei secoli XI-XIII*, Roma, 1945; BRUNETTI, *Capitalismo e Società Capitalistica nel diritto Sociale*, en "Nuova Rivista", III, p. 200 y s.

2 MOSSA, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, Padua, 1957, iv, 14.

3 ASCARELLI, *Problemas das Sociedades Anonimas e Direito Comparado*, Sao Paulo, 1946, p. 345.

imitación del régimen político prevaleciente en la época, el cual, como casi siempre sucede, influye en la organización y en la estructura de las sociedades anónimas, en todas las épocas y en todos los países. Es innegable, en este sentido, la influencia que siempre ha tenido la constitución del Estado en la estructuración de la institución mercantil que estudiamos, como innegable también es la influencia del sistema económico imperante en el concepto, el desarrollo y la evolución de la sociedad anónima, y del derecho mercantil en general. Esta rama del derecho privado, como el derecho laboral va a la zaga de la evolución económica y de los fenómenos políticos de la época y de cada país.

Por lo que respecta a la limitación de responsabilidad, primitivamente se planteó más como un privilegio concedido a los administradores, que como una limitación de las deudas de los asociados; sin embargo, como régimen de privilegio concedido a la sociedad, en detrimento de los acreedores de los socios,⁴ y como sistema de excepción establecido en contra de la regla del derecho romano de la responsabilidad de la persona con todos sus bienes, los presentes y los futuros, el privilegio fue combatido y sólo se abrió paso y difundió cuando las acciones representativas del capital pudieron circular sin las trabas y formalidades que a la cesión de derechos imponía el sistema romano-canónico.⁵

Es innegable, no obstante, que a pesar de estas trabas originales la sociedad por acciones se ligó desde su origen al incipiente capitalismo y otorgó a éste, junto con los títulos de crédito, el instrumento más adecuado y eficaz para su desarrollo y evolución. Porque, en efecto, la posibilidad que desde entonces ofreció la anónima de formar y agrupar ingentes capitales, destinados de manera exclusiva a la consecución de grandes empresas, no había antes existido con las formas tradicionales de sociedades y asociaciones en que los miembros respondían como garantes solidarios, ni tampoco con los contratos de cambio y de participación, que sólo atendían a la solución de necesidades y negocios concretos, o a la realización de aventuras restringidas.

Posteriormente, cuando las acciones rebasan el círculo de los primitivos suscriptores, y se obtiene para ellas la libertad de circulación, por la aplicación de las reglas y los principios que la doctrina y la práctica alemana e italiana predicaban ya de los títulos de crédito, se consigue, por una parte, despersonalizar a la sociedad, convirtiendo en secundario y

4 ASCARELLI, *ob. ult. cit., loc. cit.*

5 SCIALOJA, *Saggi di vario diritto*, Roma, 1928, p. 240 y BRUNETTI, *ob. cit., loc. cit.*

hasta indiferente el vínculo que pueda haber entre los socios, o el que liga a cada uno de ellos con la compañía, y se logra, por otra parte, otorgar al accionista una garantía de recuperación de su aporte, que la rigidez de las reglas del vínculo social obligatorio y permanente no le concedían.

Muy pronto, la conjunción de estas tres notas, o sea, el poder de los administradores, la responsabilidad limitada de los socios y la representación del capital en documentos negociables, provocó la formación de empresas que al adquirir predominio económico obtuvieron también fuerza política, que amenazaba el rígido sistema de control centralizado y absoluto de los Estados europeos. De ahí, que para someter las nuevas instituciones jurídicas a la autoridad y a la discreción del poder real, se subordinara su organización a la voluntad del soberano, y en muchos casos se exigiera la participación de los fondos públicos —patrimonio del rey o del Estado— en la integración de los capitales de las sociedades. Tal fue el origen de la personalidad jurídica de los nuevos entes: una concesión especial del Estado y un patrimonio de destino cuyos últimos destinatarios eran un grupo de personas con intereses comunes; el concepto de la personalidad de las sociedades privadas se ofreció como una nueva aportación al sistema jurídico, aunque con antecedentes en el derecho canónico.⁶

El vínculo con el Estado fue tan estrecho, y tan fuerte la reacción del poder público contra las sociedades anónimas independientes, que pretendían constituirse libremente y actuar al margen del Estado, que se llegó a considerar como delito la creación de ellas sin la legitimación real y como infame el tráfico de sus acciones.⁷

La revolución de 1789 y, sobre todo, el liberalismo político y el capitalismo económico del siglo XIX, crearon la sociedad por acciones en función del sistema democrático implantado, y con la finalidad de atender las crecientes necesidades del comercio, la industria, las finanzas y obras públicas. La herencia del antiguo régimen no era en lo absoluto despreciable: por el contrario, parecía que muy poco era lo que se aportaba de nuevo a estas compañías, dotadas ya de personalidad y de un capital circulante y con un patrimonio que respondía, él solo, a las deudas y obligaciones contraídas. La novedad consistió en estructurar la sociedad a imagen y semejanza del Estado liberal burgués: la teoría de la voluntad popular se trasplantó a ella para hacer residir la soberanía en la asamblea de socios —órgano supremo en adelante—, gobernada por el principio

6 V. FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp., Madrid, 1929, p. 60 y s.

7 MOSSA, *Trattato cit.*, IV, p. 19.

de la mayoría, o sea del sufragio universal. La teoría de la división de poderes se ensaya en la anónima, que al lado del poder legislativo de la junta de socios, estructura un poder ejecutivo y decisorio representado por la administración, subordinado a la junta, que ha de rendir cuentas a ella, y cuyo nombramiento o remoción dependen de ella. La influencia de la organización del poder público se hace también sentir en las relaciones económicas: los empréstitos del Estado se copian, con la emisión de obligaciones por las sociedades anónimas, y la discusión y aprobación de los balances anuales semejan el presupuesto y la relación y ordenación de los gastos públicos. Inclusive, la tendencia imperialista y agresiva de las grandes potencias, se refleja en la política de concentración y monopolio de las empresas privadas, organizadas dentro de los moldes de la sociedad por acciones.

Esta nueva organización democrática de la sociedad anónima, que por una parte consiguió el debilitamiento del poder del consejo de administración, y por la otra atribuyó una teórica igualdad de derechos a los socios, planteó nuevos problemas a la institución, tan importantes, como el abuso de las mayorías, la protección y defensa de las minorías, el reconocimiento de derechos individuales de los accionistas (correspondientes a las garantías del hombre y del ciudadano),⁸ la delimitación de la esfera de competencia de los dos órganos más importantes, y el sistema de control de la legalidad de los actos de ambos órganos, en protección de los socios individuales o minoritarios y de los terceros contratantes con la sociedad.

La reglamentación jurídica de este tipo de sociedad, tanto en el código de Napoleón como en los ordenamientos que lo copiaron (código español de Sáinz de Andino, códigos de las dos Sicilias y Albertino, códigos de Comercio belga, holandés, alemán, etc.), fue raquítica y notoriamente insuficiente para regular las nuevas necesidades, aunque dicho código francés de 1808 haya sentado las bases generales y señalado con precisión los cauces para el funcionamiento de la sociedad por acciones y para su notable evolución posterior. A suplir las múltiples lagunas de los textos positivos, acudieron las costumbres y prácticas comerciales, que en muchos de los países del continente se reflejaban ya en ordenamientos tan depurados como la Ordenanza Terrestre de Luis XIV, las Partidas y las

8 *Los vested rights*, del derecho americano. V. GIBSON, *How fixed are class shareholder's rights*, en *Law and Contemporary Problems*, vol. XXIII, núm. 2, p. 287. Ciertas "garantías individuales" como el derecho de audiencia, se reconocen en derecho norteamericano, a las sociedades; no así otras propias del ciudadano; v. TIMBERG, *Corporate fictions, Legal, Social and International Implications*, en "Columbia Law Review", 1946, 537.

Ordenanzas de Bilbao, así como el formidable derecho estatutario y corporativo italiano. Los nuevos problemas que a diario se planteaban y multiplicaban eran solucionados con las estipulaciones del pacto constitutivo, o con principios contractuales de equidad y buena fe.

Nada de esto resulta suficiente para una regulación efectiva de las relaciones sociales; ni siquiera la famosa ley francesa de 1867, que marca un avance considerable y un progreso indiscutible en el desarrollo de la sociedad por acciones; ⁹ la institución crece, absorbe grandes capitales, se entrelaza y relaciona y hace surgir constantemente problemas de orden económico, crediticio, político, ocasionando crisis nacionales e internacionales, por lo que la atención del Estado es constante para impedir los abusos contra la seguridad y el crédito públicos, contra los acreedores, e inclusive contra los propios accionistas.

Para atender adecuadamente a la regulación de todos los problemas que el funcionamiento de la sociedad anónima plantea, los juristas se dan cuenta que las reglas y los principios del derecho privado resultan insuficientes, y así como la sociedad anónima se estructura y organiza siguiendo el modelo constitutivo del Estado, también se tiene que acudir a principios e instituciones de derecho público para regular las relaciones internas y externas de la sociedad y para limitar e impugnar las deliberaciones y los acuerdos de los órganos sociales, respecto a los socios y a los terceros. Se proponen, de esta guisa, explicaciones jus-publicistas sobre la personalidad del ente, y la naturaleza de la sociedad como institución, teoría tan cara a la doctrina francesa; se acude al derecho procesal para explicar la naturaleza de los acuerdos de las asambleas (teoría del acto procedimiento) ¹⁰ y al derecho constitucional para fijar la competencia de los órganos sociales, como se fija la de los poderes; ¹¹ al administrativo para determinar la esencia de los órganos sociales y su funcionamiento; al derecho administrativo también, para suplir las deficiencias que el sistema de las nulidades civiles presenta, al aplicarse a deliberaciones y acuerdos de las asambleas de socios, y de las juntas de consejo, por lo que se acude a la teoría de la desviación, del exceso y del abuso de poder. ¹² Y junto con estas proyecciones y tendencias, la ley francesa de 27 de julio de 1867, otorgó el recono-

⁹ BRUNETTI, *ob. cit.*, p. 202; MOSSA, *Trattato cit.*, p. 24; RIPERT, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. esp., Buenos Aires, 1950, p. 31.

¹⁰ CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di Assemblée delle Società per Azioni*, Milán, 1942, p. 33 y s.

¹¹ CANDIAN, *ob. cit.*, pp. 94 y s.

¹² Para una crítica de la aplicación de las nulidades civiles a la materia social, v. ASCARELLI, *Studi in tema di Società*, Milán, 1952, p. 102.

cimiento de la personalidad de las sociedades (sistema normativo), lo que significó una gran conquista del capitalismo, en materia de sociedades, al reconocer el legislador, a los particulares, el derecho más amplio y la libertad más completa para constituir las. ¹³

Esta libertad que se reconoce a las sociedades, pronto acarrea excesos que el Estado combate y trata de evitar. En efecto, el carácter anónimo de la sociedad y su naturaleza eminentemente capitalista se acentúan y exageran con la utilización de acciones al portador, que permiten toda clase de abusos de socios fantasmas, incontrolables y desconocidos, principalmente en detrimento del fisco, en burla de limitaciones de orden público relativamente a la nacionalidad de los socios y en apoyo de oligarquías que dominan a la sociedad en daño de los propios socios; ¹⁴ además, la ausencia de sistemas de comprobación de las aportaciones realizadas por los accionistas, hace surgir sociedades simuladas y partimonios ficticios o inflados que se atribuyen distintas sociedades por el mecanismo ingenioso y secreto de las aportaciones cruzadas y recíprocas; ¹⁵ el privilegio de la responsabilidad limitada de los socios frecuentemente se traduce en la burla de los derechos de sus acreedores, y la falta de una supervisión efectiva de las actividades de administración de los grupos de socios que dominan al ente, provoca el desconocimiento de los derechos de las minorías.

Por último, el reconocimiento amplio y generoso de la personalidad jurídica de las sociedades, ofrece a menudo un medio cómodo de evadir

13 RIPERT, *ob. cit.*, p. 14 y s. y 63. En Inglaterra, la libertad de constitución data de 1844, según ESCARRA, *Manuel de Droit Commercial*, París 1947, I, n. 475, con referencia tanto al derecho inglés como al francés.

14 Las acciones al portador son desconocidas en derecho anglosajón. Permitidas por la ley francesa de 1867 (por el código de comercio), fueron prohibidas por ley de 13 de noviembre de 1933 (BOSVIEUX, *La nouvelle réglementation du droit de vote dans les sociétés par actions*, París 1934, p. 24). En Italia, igualmente tanto en el C. Co. de 1882 (art. 164) como el vigente C. Civ. de 1942 (art. 2355), las permitían, pero por Decreto-Ley de 25 de octubre de 1941 fueron prohibidas. En la doctrina es general su condenación, v. VIVANTE, *La difesa nazionale delle società per azioni*, RDC, 1916, I, pp. 638, y s. ASCARELLI, *Problemi giuridici... cit.*, I, p. 302, y del mismo autor *Studi in tema... cit.*, pp. 227 y s.; RIPERT, *cit.*, pp. 58 y s., con un interesante estudio de la evolución y los antecedentes de las acciones al portador, que desde la Revolución (Decreto de 26-29 Germinal Año II) fueron combatidas para proponer su supresión en 1838 (después de que tanto Locré como Pardessus las condenaron) y en 1846; véanse también, pp. 154 y s. La vigente ley española de sociedades las permite, pero al decir de BROSETA PONT (*Sulla legge spagnola delle società anonime*, Riv. Soc., III, p. 1303) en la práctica están muy restringidas por las formalidades requeridas en varios textos legislativos, para su circulación.

15 Sobre el tema de la simulación de sociedades, v. ABEILLE, *De la simulation dans le droit des Sociétés*, Marsella, 1938, pp. 173 y s.

prohibiciones públicas para ejercicios de determinadas actividades, o limitaciones administrativas y mercantiles, respecto a concesiones y permisos, a monopolios, competencia desleal, pactos de no concurrencia, etc.

2. Frente a estos y a otros vicios, el derecho positivo de la mayor parte de los países reacciona dictando prohibiciones para la emisión de acciones al portador, estableciendo medios más o menos efectivos para comprobar las aportaciones, fijando una responsabilidad solidaria por el pago de los dividendos pasivos respecto a todos los adquirentes de acciones pagadoras; sancionando las prácticas de inversiones cruzadas y recíprocas de acciones; ¹⁶ desconociendo o dejando sin efectos la personalidad de aquellas sociedades constituidas fraudulentamente o simuladamente; ¹⁷ exigiendo amplia publicidad de los actos, los acuerdos, los estados financieros y el nombramiento de representantes de los socios; concediendo a los distintos grupos de socios derechos de representación en la administración, y en fin, elaborando complicados sistemas de oposición contra resoluciones y acuerdos que violen derechos de los accionistas, reputados como indisponibles e inderogables, o contra acuerdos que burles principios de orden público establecidos para el funcionamiento de la sociedad y de sus órganos.

En suma, el derecho contemporáneo sobre sociedades anónimas, frente a la libertad de constitución y funcionamiento de éstas, reacciona cada vez en forma más amplia para formar un sistema de facultades expresas y de sanciones, con el fin de proteger los derechos de la colectividad y de los socios y acreedores.

¿Qué significan estos cambios frecuentes y estas alternativas constantes en la regulación de la anónima, sociedad que pasa del campo de la autorización al de la libertad y rebota de éste al de las autorizaciones expresas, las restricciones y las sanciones? Sólo significan que la sociedad por acciones se adapta al medio económico y a los regímenes políticos en que vive, y que ella refleja los cambios y las alternativas de la política y

16 Sobre el tema de inversiones cruzadas y recíprocas, la bibliografía moderna es abundantísima, v. FANELLI, *Le partecipazioni sociali reciproche*, Milán, 1957 y el proyecto que ASCARELLI preparó para su discusión en el Parlamento Italiano, en Riv. Soc., 1956, pp. 604 y s.

17 Tendencias, estas, muy estudiadas y practicadas en derecho americano y en derecho alemán. En aquél, a través de la *disregard of legal entity* y del *lifting of corporate veil*; en derecho alemán, a través de la desestimación de la forma de la persona jurídica, v. SERICK, *Apariencia y realidad en las Sociedades Anónimas*, trad. esp., Barcelona, 1958, p. 82 y s.; para el derecho inglés, GOWER, *The principles of Modern Company Law*, 2a. ed., Londres, 1957, pp. 183 y s., y para el derecho norteamericano, BALLANTINE, *Corporations*, Chicago, 1946, pp. 292 y s. Sobre el poderío y crecimiento de las sociedades norteamericanas, con los peligros que reporta y las formas de combatirlo, v. *Timberg*, *cit.*, p. 533 y s.

de la economía: sistemas feudal y de despotismo, primero; liberal y abstencionista, después; capitalista y de intervención estatal, en la actualidad.¹⁸

Se adapta a esos sistemas y les ofrece, como decíamos, un instrumento jurídico tan apto y conveniente para su desarrollo, evolución y perfeccionamiento que constantemente comprobamos, en nuestra propia experiencia y en la de otras naciones, que el desarrollo económico sólo se logra en función de tal medio jurídico que el derecho positivo ofrece (como fue en Francia, con la ley de 1867, en Italia con la regulación de la anónima contenida en el código de 1942, en España con la ley sobre sociedades anónimas de 1952, y como ha sucedido en México, evidentemente, con la ley vigente), por lo que compartimos la opinión de algunos insignes juristas que han estudiado la sociedad por acciones (Ripert, Mossa, Ascarelli)¹⁹ de que su adecuada y conveniente regulación puede llevar a la solución de muchos de los problemas sociales y económicos que hoy se debaten y que dividen al mundo en dos corrientes, la del capitalismo y la del socialismo, el régimen de la propiedad privada y el de su abolición progresiva o radical.

3. La sociedad anónima de nuestros días, efectivamente, tiende a configurarse, no ya como negocio o fenómeno de derecho privado, que sólo agrupa y nada más regula los intereses de los socios y de los acreedores y deudores, sino que se constituye como un *organismo social*,²⁰ que además de dar satisfacción a dichos intereses particulares, ofrezca tutela y protección a los trabajadores que presten servicios para ella, y garantice al Estado la conservación y el incremento de sus actividades, en bien de la economía pública y de la colectiva.

MOSSA, el ilustre jurista sardo recientemente desaparecido, ha señalado, cómo la sociedad anónima de la época liberal desemboca y conduce lógica

18 V. GARRIGUES, *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1933, p. 17 y s. Este autor debe consultarse por lo que toca a la correlación de la sociedad anónima con el régimen político y social prevaleciente, problema al que ya nos referimos.

19 RIPERT, *Aspectos*, cit., p. 321; MOSSA, *Trattato*, cit., iv, pp. 1 y s.; ASCARELLI, *Problemas das Sociedades...* cit., pp. 371 y s. Para el derecho norteamericano, v. SHIMM, *Foreword a The New Look in Corporation Law*, en *Law and Contemporary Problems*, vol. XXIII, n. 2, p. 176. La ilusión de resolver los problemas sociales a través de la sociedad anónima y sobre todo, de la participación en las utilidades y en la gestión, data del socialismo utópico de Louis Blanc, v. MAGNIER, *La participation du personnel à la gestion des entreprises*, Paris, 1946, pp. 8 y s.

20 EN los Estados Unidos se le ha considerado como una *political institution*, y como una *quasi governing agency*. V. GIBSON, *ob. cit.*, p. 290.

y necesariamente a la sociedad anónima de nuestra época, que funciona dentro de la empresa en protección de todos los intereses subjetivos que en ella coinciden y de la comunidad donde funciona.²¹ Porque, en efecto, la empresa o negociación agrupa varios intereses personales: en primer lugar, los de su titular, el empresario, que plantean dos clases de derechos, los de administración, gestión y mando, en relación con el personal subordinado, y los derechos de propiedad —en el más amplio sentido del término— respecto a la hacienda o patrimonio de la empresa, constituido por bienes, derechos, deudas y relaciones jurídicas; en segundo lugar, la empresa comprende el personal constituido por los trabajadores, los empleados y funcionarios, ligados a ella por vínculos permanentes laborales y civiles, y por fuertes e innegables intereses económicos, que motivan la íntima vinculación y la participación de dicho personal en la suerte venturosa o adversa de la negociación; en tercer lugar, existen los intereses de los proveedores y los de la clientela, y finalmente, los derechos de la sociedad y del Estado, últimos interesados en que la negociación funcione y trabaje normal y convenientemente, por lo que debe existir una vigilancia constante.^{21 bis}

Todos estos intereses deben encontrar adecuada protección dentro de la empresa y en la sociedad anónima que la dirija: si tradicionalmente ha sido considerado como natural y conveniente el que se reconozca al socio inversionista su derecho de obtener un lucro o ganancia por las actividades de la empresa, relacionado con la aportación de capital que hace, modernamente resulta, no sólo necesario y deseable sino urgente e inaplazable que se otorgue al trabajador una participación adecuada en las utilidades de la empresa, así como beneficios y trabajo permanente, como también resulta justo y saludable que los acreedores (considerando al fisco, quizás, como el principal) vean a la empresa como un organismo sano del que pueden obtener satisfacción de sus justas necesidades.

En el nuevo derecho de la sociedad anónima, caracterizado por el concepto de la función social del derecho de la propiedad, por las limitaciones drásticas que se imponen a ésta y la protección igualitaria que se quiere dar a los trabajadores respecto a los inversionistas, la regulación se aleja de las soluciones propugnadas hasta ahora, y apunta otras en consonancia con las exigencias del tiempo. En primer lugar, reconoce el

21 MOSSA, *Trattato cit.*, IV, p. 61 y del mismo autor *Per la Società Anónima Italiana*, en "Studi in Memoria de B. Scorza", Roma, 1940, p. 647, y *Problemi attuali della società per azioni*, en "Nuova Riv.", vol. IV, pp. 10 y s.

21-bis. V. GARRIGUES, *Nuevos hechos*, cit., passim.

derecho de los socios a las utilidades, lo protege y estimula, pero al mismo tiempo limita tal derecho; en segundo lugar, concede a los trabajadores una participación en dichas utilidades, pero procura subordinarlos a la gestión del empresario; en tercer lugar, busca el fortalecimiento del poder de mando de la empresa, que se traduce en el incremento de las facultades de administración y en la merma de los derechos de las Asambleas; si bien, establece obligaciones y responsabilidades precisas en contra del consejo; ²² en cuarto lugar, por último, el Estado moderno procura intervenir en la vida de las empresas y sociedades, tanto para proteger a sus miembros (socios y trabajadores) como al público consumidor, a los concurrentes y al propio patrimonio del Estado, y todo ello sin privar de incentivos y estímulos al capital privado.

Me referiré brevemente a estas trayectorias, haciendo referencias al derecho mexicano.

4. El derecho de los socios a las utilidades es esencial. ²³ Se considera por la doctrina moderna como un derecho individual de los accionistas ²⁴ que, como tal, no puede desconocerse sin violar la causa o finalidad del negocio constitutivo de la sociedad anónima —que normalmente es de carácter lucrativo— El derecho al dividendo afirma MESSINEO, deriva de la gestión social y no del acuerdo de la Asamblea, que sólo tiene efectos declarativos; ²⁵ como derecho individual resulta indisponible al voto mayoritario de los socios, salvo que los estatutos prevean modificaciones o la constitución de reservas extraordinarias o facultativas que se formen con la reinversión de utilidades. ²⁶ Esta solución fue acogida

22 V. ASCARELLI, *Personalità giuridica e sua portata*, en *Problemi giuridici*, cit., pp. 261 y s. Para el derecho norteamericano, KATZ, *The philosophy of Mid century Corporation Statutes* y EMERSON, *The roles of Management and shareholders in corporate government*, ambos estudios en "Law and Contemporary Problems", cit., pp. 181 el primero y 232 y 238 el de EMERSON.

23 Para el derecho francés, v. ROSSET, *Traité Théorique et Pratique des Sociétés financières*, París, 1933, p. 177; para el derecho inglés, LEVY, *Private Corporations and their control*, Londres, 1950, II, p. 482; para el derecho italiano, TRIMARCHI, *Invalitá delle deliberazioni di assemblea di Società per azioni*, Milán, 1958, pp. 154 y s.; para el derecho norteamericano, LATTIN, *Minority and dissenting right*, en *Law and Contemporary Problems*, cit., pp. 307 y s.

24 Así, DALMARTELLO, *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, Milán, 1937, pp. 86 y s., y EICHLER, *Dividendi e riserve nella società per azioni...* RDC, 1948-I, pp. 182 y s. Entre nosotros, en el sentido del texto, RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, *Asamblea de Accionistas*, JUS, 1942, p. 409.

25 MESSINEO, *Studi di Diritto delle Società*, Milán, 1949, p. 134.

26 TRIMARCHI, *ob. cit.*, pp. 154, 156 y s. y 201 y s.; EICHLER, *ob. cit.*, pp. 19 y 21. En el derecho norteamericano, LATTIN, *ob. cit.*, p. 308; en el derecho italiano, ASCARELLI, *Problemas das Sociedades Anónimas...* cit., p. 360. La opinión del texto se relaciona con el problema de las llamadas reservas ocultas; sobre ellas,

por el proyecto de códigos de comercio mexicano (art. 161, que remite a los artículos 141 y 146).

La opinión que analizamos de la doctrina, que con excepción del derecho germánico no es acogida por los textos positivos (v. gr., ley española de sociedades anónimas de 1952, código civil italiano, código de comercio francés, *Companies Act* inglesa de 1948),²⁷ y que se hace derivar, como decíamos, del concepto mismo de la sociedad, o de una pretendida y muy discutible norma consuetudinaria,²⁸ pretende impedir el arbitrio de las mayorías,²⁹ pero al mismo tiempo, como contrapartida, restringe gravemente las posibilidades de autofinanciamiento de las empresas.³⁰ De ahí, que se haya propuesto, como una solución intermedia, la del reparto de una cuota mínima, no inferior al interés bancario del dinero, ya sea a todos los socios, o cuando menos a algunos de ellos, que serían los rentistas, quienes generalmente actúan en minoría.³¹

5. Por otra parte, un poco paradójicamente, los sistemas jurídicos modernos tienden a limitar el monto de las utilidades que se conceden a los socios, para hacer partícipes de ellas a los trabajadores y al Estado. Las razones teóricas que se aducen, si jurídicas, se basan en el riesgo limitado que corre el inversionista (cuyos intereses, en todo caso, podrían cubrirse antes de la limitación) frente a una “esperanza de beneficio ilimitado”;³² en cambio, si se invocan razones no jurídicas, sino sociales, económicas y políticas, ellas se hacen consistir en la tutela y el amparo de los trabajadores, o en la obtención de mayores impuestos destinados a obras de naturaleza social o pública, e inclusive, se hacen consistir en la imposición de sanciones para casos de abusos contra la economía pública y el Estado, o de restricciones en los casos de calamidades, guerra y revoluciones.

Los procedimientos para limitar las utilidades, que frecuentemente son de carácter fiscal, han llevado en Francia a dictar medidas confisca-

con análisis de derecho comparado, v. ROSSI, *Verità di bilancio e costituzione di reserve occulte*, en RDC, 1957, I, pp. 19 y s.

27 Para el derecho inglés, LEVY, *ob. cit.*, II, p. 487, y el mismo autor (p. 496) hace la afirmación que incluimos del derecho alemán.

28 GRECO y GRAZIANI, cit. por ASCARELLI, *Studi in torno di... cit.*, p. 116.

29 ASCARELLI, *ibidem*, p. 114.

30 Sobre el tema de reinversión de utilidades, v. MALISSEN, *L'Autofinancement des Sociétés en France et aux Etats Unis*, París, 1953, pp. 13 y s. y 181 y s., v. también VIGREUX, *Les droits des actionnaires dans les Sociétés Anonymes, Théorie et réalité*, París, 1953, p. 66.

31 EICHLER, *ob. cit.*, p. 21.

32 RIPERT, *Aspects... cit.*, p. 301.

torias con efectos retroactivos, contra las utilidades consideradas como mal habidas,³³ y en Alemania, durante la época bélica,³⁴ a limitar drásticamente las ganancias al 4% del valor de la inversión; nuestras leyes aún no llegan a estas soluciones (aunque el ejemplo galo resulte tentador, no ya para las sociedades y las ganancias obtenidas durante una guerra y una ocupación extranjera, sino para las fortunas mal habidas durante una revolución que data de cincuenta años y que todavía perdura),³⁵ pero tampoco establecen —nuestros textos— prohibición alguna de limitación, la cual sólo resultaría posible si admitiéramos la opinión que el profesor GARRIGUES, en la época de la República española, sustentaba de una legislación también omisa, o sea, el código de comercio hispano de 1885,³⁶ pero que no acogió la ley franquista de 1951, en cuya redacción dicho jurista intervino.³⁷

6. La participación de los trabajadores en las utilidades y en el gobierno y administración de la sociedad anónima, es un problema que se viene discutiendo desde mediados del siglo pasado, como un tema económico y social y a todo lo largo de este siglo, en el derecho mercantil y en el de las sociedades y las empresas. En rigor, el problema de la participación trasciende los límites y las relaciones de la sociedad anónima, y se plantea y discute dentro del derecho obrero como una conquista de los trabajadores, o bien, como un estímulo y una nueva prestación que el Estado unas veces, y el capital otras, les ofrece. No obstante, tal participación tiene que plasmarse en dichas instituciones de derecho comercial, o sea la empresa, como organización que es de los factores de la producción (capital y trabajo), y en la sociedad por acciones, que frecuentemente actúa como titular de la negociación, que es quien la organiza y explota. La extensión de la participación, en cambio, así como la forma en que ella debe funcionar en las sociedades, son cuestiones que rebasan el campo del derecho mercantil, por ser más propias del derecho del trabajo. Ambas disciplinas, pues, deben actuar en forma

33 Ordenanza del 15 de agosto de 1945, cit., por RIPERT, *Aspectos... cit.*, p. 259.

34 GARRIGUES, *Nuevos hechos, cit.*, p. 40.

35 "Bien podemos repetir de los revolucionarios de hoy cuanto PEGUY decía de los de 1789: juegan a la revolución pero son del antiguo régimen: se llaman anticapitalistas pero tienen el espíritu capitalista", RIPERT, *ob. cit.*, p. 354.

36 GARRIGUES, *ob. ult. cit.*, p. 49.

37 Sobre esta "Ley de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas", de 17 de julio de 1951, véanse el "Comentario" de GARRIGUES y URÍA, Madrid, 1952, dos volúmenes; y antes, de ambos autores y otros miembros todos de la comisión redactora de la Ley de 52, v. *Reforma de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1947.

coordinada y sistemática, para resolver los innumerables problemas que la intervención de los operarios acarrea en la administración de la empresa, y para evitar roces entre capital y trabajo.³⁸

La intervención del personal de la negociación en la gestión de ésta y en las ganancias que arroje el balance anual, se justifica, desde el punto de vista de la empresa misma, por constituir dicho personal (o sea funcionarios, empleados y trabajadores), uno de los elementos básicos que integran el concepto de la negociación, y por contribuir al lado de otros elementos (el capital y el empresario) a crear y mantener esa organización y esa comunidad de actividades en que consiste la empresa mercantil.

Si en la negociación hay comunidad de riesgos³⁹ y de esfuerzos, y si ella consiste en la organización tanto del capital como del trabajo, indudable parece que los beneficios y las utilidades que se obtengan del funcionamiento de la negociación favorezcan a ambos factores económicos. Esta premisa, tanto se predica de la sociedad por acciones y de la empresa en los países socialistas, como de aquellas en las naciones capitalistas en proceso de evolución, en el continente europeo.⁴⁰

Pero también dicha participación se justifica dentro del campo de la sociedad anónima, en el que modernamente se reconoce, por un lado, el mismo criterio de comunidad y colaboración entre socios y trabajadores, así como *un deber de fidelidad*⁴¹ a cargo de unos y otros, con claras manifestaciones jurídicas, aunque ellas sean de carácter negativo, como es el caso de la prohibición de votar, los accionistas, cuando tengan intereses contrapuestos a los del ente, o de concurrir y competir, los trabajadores, con la empresa a la que presten sus servicios; por otro lado,

38 BRUNETTI, *ob. cit.*, p. 212. Sobre la participación de los trabajadores en las utilidades, la bibliografía es amplísima; de la consultada para este trabajo, véanse, principalmente: PERRON, *La participation des salariés aux responsabilités de l'entrepreneur*, París, 1947, *passim* y 174 y s.; RIPERT, *Aspectos... cit.*, n. 140, p. 302, n. 141, p. 309, n. 138, pp. 314 y s., pp. 306 y s.; MAGNIER, *La participation du personnel à la gestion des entreprises*, París, 1946, *passim* y principalmente, 5, 10, 79 y s., y para el derecho comparado pp. 103 y s.; BRUNETTI, *ob. cit.*, pp. 209, y s.; MOSSA, *cit.*, por BRUNETTI, *ibidem*, y *Trattato cit.*, IV, y *Problemi attuali... cit.*, "Nuova Riv.", IV, pp. 36 y 56; CHIDINI, *L'Associazione in partecipazione*, Milán, 1959, pp. 39 y s.; DIETZ, *Comitati di fabbrica e gestione comune in Germania*, "Nuova Riv.", 1952, pp. 153 y s.; MOLITOR, *cit.*, pp. 70 y s.; PIERRE LASSEGUE, *Le attribuzioni dei comitati d'impresa*, en "Nuova Riv.", 1952, pp. 162 y s. En México, v. LANDERRECHE OBREGÓN, *Participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas*, México, 1956.

39 BRUNETTI, *ob. cit.*, p. 112 y RIPERT, *ob. cit.*, p. 309.

40 V. en MAGNIER, *ob. cit.*, pp. 103 y s., las soluciones en los sistemas basados en derecho germano (Alemania, Austria, Luxemburgo, Checoslovaquia, Polonia y Noruega), en el derecho americano e inglés, así como en la URSS, aunque en muchos casos los datos son atrasados.

41 MOSSA, *cit.*, en "Nuova Riv.", IV, pp. 12 y s.

tal participación se justifica, no en función ciertamente del arcaico y anacrónico concepto absoluto del derecho de propiedad, que invocarían los socios, sino en función de nuevos criterios de paz y seguridad social, de conservación e incremento de los centros productivos, de colaboración y equilibrio entre el capital y el trabajo.⁴²

Ahora bien, la participación de los trabajadores se puede plantear principalmente respecto a las utilidades, o sea, con un aspecto primordialmente patrimonial, como lo hace nuestra Constitución (art. 123, fracs. VI y IX), o respecto a la administración y a la gestión, como es el caso de las comisiones y los comités de fábrica, en Francia y Alemania. Aquella forma normalmente conduce a la intervención en la administración (problema de la *cogestión*), pero puede no ser así, cuando, por ejemplo, la participación se plantea a través de medidas de carácter fiscal o de constitución de reservas controladas por la administración pública, como es el caso de las sociedades anónimas en Rusia, en donde más del 10% de las utilidades va a un fondo destinado a mejorar las condiciones de los trabajadores,⁴³ o cuando el control de la participación la verifique un tercero o la autoridad judicial, como lo establece el derecho suizo.⁴⁴

También ha querido ser resuelta la participación en las utilidades, con la emisión de acciones de trabajo que se entregan a los empleados, con carácter intransmisible, y que en algunos sistemas (Francia e Italia) forman parte del capital social.⁴⁵ Estas acciones de trabajo han sido un fracaso en todas partes,⁴⁶ no sólo cuando su emisión se deja al arbitrio de los socios capitalistas, como sucede en Italia (art. 2349 c. civ.), en donde unánimemente se reconoce que la norma que las crea es letra

42 RIPERT, *ob. cit.*, p. 355; MAGNIER, *ob. cit.*, p. 5.

43 MOSSA, *ob. ult. cit.*, p. 9; MAGNIER, *ob. cit.*, pp. 193 y s.; GSOVSKI, *Soviet Civil Law*, Ann Arbor, 1949, II, p. 313, indica que, el 11.25%, se destina a "mejorar las condiciones de vida de los asalariados". He aquí como se distribuyen las ganancias de las empresas rusas según este autor: a) 47.5% para el fisco federal, estatal o local; b) 3.5% para la promoción de la educación secundaria y vocacional; c) 11.25% para los asalariados; d) 25% para constituir una reserva o fondo especial destinado a créditos a largo plazo; e) 12.5% reserva destinada a expansión de la empresa y f) 0.25% una reserva destinada a gratificaciones". En el sistema ruso, sin embargo, no se concede participación alguna a los trabajadores en la gestión y administración de la empresa, que permanece rigidamente en manos del Estado, a través de órganos fiduciarios (GSOVSKI, *ibidem*, pp. 310 y s.).

44 Art. 330 del Código de las Obligaciones. En el mismo sentido disponía el Proyecto francés sobre participación, de 1885, v. MAGNIER, *ob. cit.*, pp. 12 y s.

45 BRUNETTI, *ob. cit.*, p. 215.

46 V. MOSSA, *Tratt.* IV, 36 y sobre todo MAGNIER, *ob. cit.*, p. 47 y s. y 60 y s.; entre nosotros, MANTILLA MOLINA, *Derecho Mercantil*, 4a. ed., México, 1959, n. 519, p. 364.

muerta,⁴⁷ sino también cuando además de ser discrecional su emisión, funcionan al lado de cooperativas de obreros, como sucede en Francia, en donde según RIPERT,⁴⁸ sólo 15 empresas las habían emitido desde que la ley de 26 de abril de 1917 las introdujo.

Cuando la participación se refiere a la administración y a la gestión de la empresa, obviamente también implica intervención económica, aunque ésta es indirecta y a manera de consecuencia. Esta forma de *cogestión* data del siglo pasado, en Alemania, que por un decreto de 1890 concedió a los trabajadores el derecho de "participar en la regulación de las cuestiones comunes" a ambos factores económicos.⁴⁹ Posteriormente, la Constitución de Weimar estipuló que "los trabajadores y los empleados deben ser llamados a participar en igualdad de derechos y en comunidad con los empresarios, en la regulación de las condiciones de salarios y de trabajo, así como en relación al desarrollo económico total de las fuerzas productivas". La ley alemana sobre sociedades por acciones de 30 de julio de 1937, a su vez, estableció que: "es necesario que exista una justa proporción entre la participación de los beneficios, por una parte, y los gastos hechos en favor del conjunto del personal de la empresa y las obras de utilidad pública, por otra parte..."⁵⁰

Antes del advenimiento de Hitler, la participación de los trabajadores se realizó por los llamados *consejos de fábrica*, que fueron sustituidos durante el régimen nacional socialista por *consejos fiduciarios* formados por un representante del patrón y otro de los empleados, y que más sirvieron como instrumentos políticos que como órganos económicos o laborales.⁵¹ Actualmente, las constituciones particulares de la mayor parte de los Estados alemanes, incluyendo los de la Zona Oriental, establecen el mismo principio tradicional de la Constitución de Weimar, y funcionan iguales consejos de fábrica, con atribuciones sobre la reglamentación del trabajo, especialmente la contratación y el despido del personal, así como sobre cuestiones sociales,⁵² pero siempre subordinados al patrón.⁵³

El código suizo de las obligaciones al reglamentar el contrato de trabajo, en el artículo 330, párrafo segundo, establece que "si se ha pactado

47 BRUNETT, *ob. cit.*, p. 212 y s.; MOSSA, *Tratt.*, IV, p. 34; ASCARELLI, *cit.*, en "Rev. Soc.", IV, p. 418.

48 *Aspectos... cit.*, p. 323. V. También MAGNIER, *ob. cit.*, pp. 41 y s.

49 MOLITOR, *ob. cit.*, p. 70.

50 V. RIPERT, *cit.*, pp. 306 y s.

51 MOLITOR, *ob. cit.*, p. 71.

52 MOLITOR, *ob. cit.*, p. 72 y s.

53 DIETZ, *ob. cit.*, "Nuova Riv.", *cit.*, p. 156.

que una parte de los beneficios se deba distribuir a los asalariados, el patrón está obligado a entregar a estos, o a un tercero imparcial designado por los interesados o por el juez, las indicaciones necesarias sobre sus utilidades y pérdidas, así como permitir a los empleados el consultar los libros de contabilidad, en la medida en que éstos lo necesiten.”⁵⁴

En Francia, a partir del decreto de 22 de febrero de 1945 y de la ley de 16 de mayo de 1946, también funcionan, aunque sin gran éxito, los *comités de empresa*,⁵⁵ que tienen funciones económicas, pero sobre todo de carácter técnico contable y social; constituyen órganos de consulta del empresario y contribuyen a la elaboración y a la aplicación de las normas legales o contractuales relativas al personal. Como en el caso del derecho alemán, los comités franceses dejan al patrón amplio margen de libertad.⁵⁶

En Italia, por último, el código civil de 1942 prevé la emisión (voluntaria) de acciones de trabajo, en el artículo 2349, y también regula la atribución de una parte de las utilidades al conjunto de trabajadores, distribuidas como determine la asamblea y sin que nunca el personal participe en las pérdidas (arts. 2102 y 2554);⁵⁷ pero estas reglas no han encontrado aplicación real, por falta de una reglamentación detallada y por su carácter meramente facultativo.⁵⁸

7. Otra tendencia de la sociedad anónima de nuestro tiempo consiste, decíamos, en el debilitamiento del poder real y virtual de la asamblea, y el consiguiente fortalecimiento de la administración⁵⁹. Manifestación importante de esta directriz se tiene en la gestión conjunta de la empresa, antes aludida, por parte del personal y de los administradores, con exclusión de la intervención efectiva de los socios en la reglamentación interna de las condiciones de trabajo.

La característica anotada, es propia tanto de la sociedad anónima de los países democráticos, como de los dictatoriales y totalitarios. En éstos, el control y la intervención del Estado puede llegar a sustituir a los administradores nombrados por los socios o bien, meramente a subordinarlos a la intervención del poder público. Pero aun sin llegar a tales excesos, el

54 V. MAGNIER, *ob. cit.*, p. 12.

55 RIPERT, *cit.*, pp. 314 y s.

56 V. LASSEGUE, *cit.*, en “Nuova Riv.”, *cit.*, 1952, pp. 162 y s.; ESCARRA, *cit.*, I, n. 512. CHARLES GIDE, (citado por MAGNIER, *cit.*, p. 11) hace ver como la intervención de los trabajadores en la gestión, concede a éstos, en rigor, un derecho de veto.

57 BRUNETTI, *cit.*, p. 213.

58 GHIDINI, *cit.*, pp. 38 y s.

59 LEVY, *cit.*, I, p. 254.

principio del poder de mando del órgano de administración, fue propuesto por la ley alemana de 1937, que siguiendo el modelo del régimen nazi entonces imperante, aplicó la teoría del *líder*, a la sociedad por acciones, estableciendo así el carácter unipersonal —no colegiado— de la administración y la subordinación de todos los órganos a este funcionario supremo; el llamado *Fuehrerprinzip* fue copiado por la ley francesa⁶⁰ del Gobierno de Vichy, de 16 de noviembre de 1940, la que, en cambio, estableció una administración plural, aunque sometida a un presidente y director general, no miembro del consejo.⁶¹

Podría pensarse que con el restablecimiento de la democracia en la Europa Occidental, esta doctrina hubiera cambiado; no ha sido así, y ello puede encontrar explicación en el hecho de que los regímenes democráticos modernos del continente europeo (Alemania, Francia, Italia en menor medida, Bélgica), tienden a fortalecer el poder ejecutivo y a debilitar el parlamento, lo que inmediatamente se refleja en la organización de la anónima. Pero, además el derecho corporativo en el sistema de los países anglosajones también se caracteriza por el predominio de la administración sobre los socios y por la atribución a los administradores de múltiples e importantes facultades que se merman a las juntas y asambleas de accionistas.⁶²

Que lo mismo sucede en México, no es de extrañar, por supuesto. HAMEL⁶³ con anterioridad al triunfo de De Gaulle y a la reestructuración del régimen político del Estado francés, se extrañaba de la incongruencia entre el régimen de partidos, en Francia, con la atomización del poder, y el régimen presidencialista imperante en las sociedades anónimas. Entre nosotros, en cambio, la existencia en las sociedades anónimas de oligarquías y plutocracias y la burla y desconocimiento de los derechos de las minorías de accionistas, son fiel reflejo de la situación política que padecemos, y que tan poco ha cambiado desde la famosa ley sobre sociedades mercantiles de la época porfiriana, hasta el proyecto de código de comercio de nuestros días.

¿Cuál es la razón de esta tendencia autocrática? Se anotan varias por la doctrina. La principal estriba en el crecimiento desorbitado de las

60 RIPERT, *cit.*, pp. 121 y s. Sobre el principio del Fuehrer, v. PULCH, *Gli organi delle società per azioni secondo il diritto italiano e tedesco*, "Nuova Riv.", VIII, pp. 126 y 135.

61 RIPERT, *cit.*, p. 120, con la crítica y referencia a la ley posterior de 4 de marzo de 1943.

62 The trend in actual practice is to secure for the directors the dominating role in the company's affairs... LEVY, I, p. 254.

63 Cit. por VIGREUX, *cit.*, p. 108.

sociedades por acciones en los países super capitalistas, lo que provoca, por una parte, el fenómeno del "absentismo" de los socios, de las asambleas,⁶⁴ y el consiguiente predominio de pequeños grupos de accionistas que se enseñorean de la sociedad, fenómeno éste que plantea con mayor gravedad la disociación entre la gestión del ente (*management*) y la propiedad (*ownership*) de los socios, y que acarrea abusos en contra de las minorías. Por otra parte, la proliferación de accionistas, la división entre ellos de socios rentistas e inversionistas (que existe desde los tiempos más antiguos, como lo ha probado GARRIGUES al referirse a la obra del jurista hispano José de la Vega, de 1688), la atribución de poderes por los llamados "accionistas nómadas" a favor de los grupos dominantes y a favor de instituciones financieras y bancarias en general,⁶⁵ trae también como consecuencia el predominio de la administración sobre los demás órganos.

Resulta indudable y hasta natural que de esta realidad se deriven abusos. No queremos referirnos, porque ello rebasaría los límites de esta charla, a los problemas de concentración y monopolio ni a los fraudes y simulaciones en la organización de empresas, a través de sociedades de control o de inversiones cruzadas entre ellas, ni siquiera a las dudas y reservas que plantean, en los países de tradición jurídica continental, las sociedades de inversión manejadas por *trusts* y por los "señores feudales del régimen capitalista" como llama RIPERT⁶⁶ a los banqueros; sólo queremos anotar dos resultados de tal situación: uno, cómo en razón de tal predominio los accionistas ven con frecuencia desaparecer las ganancias, que se convierten en jugosos honorarios y en amplias gratificaciones, que con mayor o menor liberalidad y pudor se atribuyen los consejeros; otro resultado, consiste en la concentración en grupos pequeños, sumamente poderosos y agresivos, del gobierno y de la administración de las empresas: las "200 familias", de que se habla en Francia, "los 400 de

64 VIGREUX, *cit.*, pp. 26 y s., 31 y s. y 38; este autor también señala otra razón, a saber: los poderes dados por los socios a otros socios y a los administradores (supuesto no permitido entre nosotros). V. también ASCARELLI, *Problemas das Sociedades... cit.*, pp. 446 y s.

65 VIVANTE, *La difesa nazionale delle Società per azioni*, RDC, 1916, I, pp. 638 y s. GARRIGUES, *Nuevos hechos*, *cit.*, pp. 67 y s., 77 y 99. RIPERT, *cit.*, pp. 71 y 292.

66 *Aspectos... cit.*, p. 302. Sobre la desconfianza a las sociedades de inversión en Europa, ASCARELLI, *Problemi giuridici*, *cit.*, I, pp. 269 y s. V. también GARRIGUES, *Nuevos hechos*, p. 77 (en que habla del feudalismo financiero — latifundismos financieros lo llamaríamos aquí—) y, sobre todo, pp. 99 y s.

la alta" en Alemania, etc.⁶⁷ Lo que significa por igual, la imposibilidad de una administración y de un control real y efectivo de la sociedad por los consejeros, y la abdicación, por los socios de sus derechos económicos, de administración y vigilancia, que pasan al consejo, de manera semejante, dice VIGREUX,⁶⁸ a como los últimos merovingios vieron pasar el poder real a favor de los mayordomos de palacio.

Frente a estos abusos, el moderno derecho corporativo reacciona en diversas formas. Por una parte, por influencia también del derecho público se fijan al órgano administrativo de la sociedad anónima, frente a los socios, funciones limitadas y se sancionan los excesos invocando la incompetencia del órgano;⁶⁹ es la solución a que en los derechos anglosajones se pretende llegar a través de la llamada teoría de los actos *ultra-vires*, afirmando que la administración sólo puede realizar los actos propios de la finalidad y objeto de la sociedad (actos *intra-vires*), y los ajenos a dicho fin, ejecutados por ellos, son ineficaces y constituyen motivo de responsabilidad para los consejeros. Esta teoría, rechazada por los juristas continentales, por resultar contraria a la naturaleza orgánica de la representación del consejo,⁷⁰ que también está en franca derrota en Inglaterra y los Estados Unidos,⁷¹ más que proteger a los socios frente a los excesos de los administradores, permite abusos del ente en relación a sus acreedores, quienes a menudo se ven burlados en sus derechos, porque cuentan con una responsabilidad que no existe, al desconocer la sociedad los actos celebrados por los administradores, que excedan el fin social.

Por otra parte, la acumulación o concentración de cargos de administración, de diversas sociedades, en pocos individuos, problema que ha preocupado tanto a los escritores anglosajones como a los del sistema

67 RIPERT, *ob. ult. cit.*, p. 303: "Los mismos hombres salen de un consejo para precipitarse en otro... La deducción de fin de ejercicio reviste el carácter de un tributo pagado a la aristocracia del dinero..."

68 *Ob. cit.*, p. 107; v. también RIPERT, *ob. ult. cit.*, p. 303.

69 CANDIAN, *ob. cit.*, pp. 94 y s.

70 FERRARA, *Treatato di Diritto Civile Italiano*, Roma, 1921, p. 678; MOSSA, *La rappresentanza degli amministratori della società per azioni*, "Nuova Riv.", VIII, pp. 205 y s.; GRECO, *L'interpretazione della legge e la personalità giuridica delle Società*, RDC, 1951, II, pp. 9 y s.; ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, 2a. ed., Roma, 1933, p. 171; SANTI ROMANO, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, p. 167; RIPERT, *cit.*, pp. 77 y 83; GARRIGUES-URIA, *Comentario... cit.*, II, pp. 95 y s.

71 Según ESCARRA, *Manuel de Droit Commercial, cit.*, I, n. 475; ASCARELLI, *Problemi giuridici... cit.*, I, 272; v. también COPPENS, *L'abus de la majorité dans les sociétés anonymes*, Lovaina, 1955, pp. 45 y s.

continental, ⁷² ha tratado de ser combatida, ya sea proponiendo u otorgando a las minorías un derecho de representación proporcional en el consejo, como sucede con la ley española de 1952, ⁷³ o más enérgica y eficazmente, prohibiendo, como lo hacen la legislación alemana y la ley francesa de 1940, que una misma persona desempeñe más de 10 cargos de consejo (8 en la ley francesa citada, —que los limitaba a 2 cuando el consejero fuera mayor de 70 años). ⁷⁴

Por lo que respecta a los honorarios y gratificaciones de los consejeros, en todas partes se tiende a limitarlos, a subordinarlos al reparto de dividendos y la constitución de reservas, o a gravarlos fiscalmente en forma acumulada y progresiva. La ley española vigente exige que la retribución se fije en los estatutos y si ella consistiera en una participación en las ganancias, dispone su detracción después de cubiertas las reservas legal y estatutaria y de pagar a los accionistas un dividendo mínimo de 4% (art. 74). La ley francesa de 4 de marzo de 1943, limita al 10% de las utilidades netas el máximo de los emolumentos pagaderos al consejo, ⁷⁵ y una tendencia restrictiva semejante existe en Estados Unidos, Inglaterra, ⁷⁶ y en Italia, países en que se acude a medidas fiscales para impedir la fijación de honorarios crecidos. ⁷⁷

Otra medida que en ocasiones se toma, contra el poder de los administradores, consiste en establecer o agravar su responsabilidad personal; en este sentido, los casos de responsabilidad establecidos en nuestra ley por el pago de utilidades inexistentes (art. 19), por no deducir los porcentajes de la reserva legal (art. 21), por autorizar la adquisición por la sociedad de sus propias acciones (art. 138), por no comprobar la realidad de las aportaciones de los socios, la existencia de los dividendos pagados a ellos, y por no atender al cumplimiento exacto de los acuerdos de las asambleas (art. 158), se adicionan en otros derechos estableciendo una mayor responsabilidad para los accionistas mayoritarios, ⁷⁸ la responsabilidad personal y solidaria por actos delictivos de otros miembros del

⁷² V. LEVY, I, 262 con estadísticas interesantes de la grave concentración en E.U.A. e Inglaterra; RIPERT, *cit.*, p. 304.

⁷³ La crítica del sistema hispano, en GARRIGUES-URIA, *Comentario... cit.*, II, p. 33. La representación proporcional de las minorías en el consejo, es propuesta para el derecho francés, por VIGREUX, *cit.*, pp. 203 y s.

⁷⁴ V. LEVY, *cit.*, I, p. 262 y RIPERT, *Aspectos... cit.*, p. 304.

⁷⁵ VIGREUX, *cit.*, p. 69 RIPERT, *ob. ult. cit. loc. cit.*

⁷⁶ Para estos dos países, v. LEVY, I, p. 259.

⁷⁷ V. ASCARELLI, *Problemi giuridici... cit.*, I, p. 282.

⁷⁸ Así en el derecho austriaco y en el inglés según GARRIGUES, *Nuevos hechos*, p. 94.

consejo, por la quiebra de la sociedad,⁷⁹ por la falta de pago de los salarios de los trabajadores. etc.⁸⁰

Estas limitaciones a los consejeros y esta ampliación de la responsabilidad, si se une a un sistema efectivo de garantías que otorguen los administradores, respecto al desempeño de su gestión, como lo exige nuestro proyecto de código de comercio, o sea una garantía mínima equivalente al 5% del capital social (art. 208), y sí, por otra parte, se adiciona con un sistema de publicidad real y verídico, que exponga la situación económica de la empresa, la amplitud de la representación y las limitaciones estatutarias impuestas a los consejeros, puede llevar al saneamiento de la sociedad anónima, y a evitar muchos abusos y corruptelas.⁸¹

8. Las medidas que el derecho corporativo toma contra el poder omnímodo y arbitrario del consejo, serían parciales e insuficientes si al propio tiempo no se procurara impedir los abusos de las mayorías, y no se otorgara una conveniente protección a los derechos de las minorías.⁸² La pugna entre estos dos grupos, y los esfuerzos de los diferentes sistemas jurídicos para reglamentar adecuadamente los intereses de ellos, sin que con que con esto se impida o estorbe el funcionamiento del ente, son cosas que se conocen y se vienen discutiendo desde hace largo tiempo. Fundamentalmente, la protección de las minorías se otorga en función de los derechos individuales o propios de los accionistas, así como de aquellos otros de naturaleza corporativa, y en función también de un sistema adecuado de impugnación de los acuerdos de las asambleas. Asimismo, la tutela supone el derecho del socio a retirarse de la sociedad, en casos graves (previstos por la ley y en ocasiones por los estatutos) de modificaciones de la escritura constitutiva, en las cuales el socio disiente de la opinión mayoritaria; supone también, la protección a las minorías, el derecho absoluto del accionista a que ningún acuerdo en el que no participe el socio aumente sus obligaciones y la responsabilidad que asumió al ingresar en la sociedad.

Por lo que respecta a los derechos individuales, unánimemente se admite que ellos son indisponibles por parte de la asamblea, y que el acuerdo de

79 Ley francesa de 16 de noviembre de 1940, cit., por RIPERT, *cit.*, p. 303.

80 ASCARELLI, *Problemi giuridici... cit.*, I, p. 276, cita la ley del Estado de Nueva York que impone obligación ilimitada en dichos casos.

81 V. ASCARELLI, *Studi in tema... cit.*, p. 142; RIPERT, *cit.*, pp. 124 y s. y VIGREUX, *cit.*, pp. 42 y s.

82 Sobre protección de minorías en derecho mexicano, v. el estudio reciente de DELINBERCK, *The Sharehol der's suit in Mexican Law*, en "The American Journal of Comparative Law", IX, pp. 78 y s.

ésta que los afectara, sin el voto favorable del socio, resultaría ineficaz; como también se admite por todos que la violación por el voto de la mayoría de los derechos que la ley concede al socio para la constitución de las asambleas, para participar en ellas, para la emisión del voto, la integración de las mayorías requeridas por ley o por la escritura constitutiva, concede también al socio ausente o disidente una acción de nulidad en contra de la sociedad.

Donde los sistemas divergen y las opiniones de los comentaristas se dividen es en la fijación y enumeración de los derechos individuales de los socios. Hay, sin embargo, un mínimo de derechos que en todos los sistemas se reconoce, y a los que aluden por igual tanto los comentaristas angloamericanos como los de nuestro sistema;⁸³ tales son, entre otros, el derecho de concurrir a las asambleas y deliberar o tomar parte en ellas, el derecho a la cuota de liquidación, el de no ser excluido de la sociedad sino en los casos que la ley o el pacto prevean, el derecho de no ser excluido del nombramiento de administrador o comisario, el de separarse de la sociedad en los casos que la ley o la escritura constitutiva señalen. Todos estos derechos deben considerarse como inderogables, y, además, como irrenunciables anticipadamente.

Otros hay que pueden limitarse por los estatutos, por los acuerdos mayoritarios en ciertos casos, o bien, que pueden ser renunciados por sus titulares. Tales son, por ejemplo, el derecho de voto respecto a las acciones que lo concedan en forma limitada; el derecho al dividendo, que sin poder ser desconocido en su totalidad puede limitarse por la emisión de acciones preferentes, o no hacerse efectivo en aquellos casos que los estatutos prevean la reinversión de utilidades y la constitución de reservas especiales.

El derecho de opción para suscribir acciones en los casos de aumentos de capital, en general, es indisponible;⁸⁴ no obstante, en interés de la sociedad puede la asamblea decidir que el nuevo capital esté representado por aportaciones en especie,⁸⁵ caso en el cual dicho derecho de preferencia

83 Véase, por ejemplo, TAYLOR (*Financial Policies and Business enterprises*, Nueva York, 1942) cit., por ALBANELL MAC-COLL, *Protección de las minorías en la Sociedad Anónima*, Montevideo, 1950, p. 20.

84 ASCARELLI, *Studi in tema...* cit., p. 242 y en "Riv. Soc.", iv, p. 498. V. también, FIORENTINO, *Le variazioni del capitale nelle Società per azioni*, Nápoles, 1945, pp. 17 y 29; SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle Società Commerciali*, Turin, 1934, I, pp. 368 y s.; GOLDSCHMIDT, cit., por TRIMARCHI, cit., p. 135. En el derecho español, v. BROSETA PONT, cit., p. 1303, v. RIPERT, *Aspetos...* cit., p. 294.

85 V. en este sentido el art. 2441, C. Civ. it. y ASCARELLI, *Problemi giuridici...* cit., II, p. 529

no funcionaria; o aquél otro caso, que es indiscutible, de una renuncia previa del derecho de opción para darse lugar en una asamblea posterior a la conversión de las obligaciones ya emitidas por la sociedad en acciones que se emitan,⁸⁶ caso éste en el que serían los obligacionistas y no los socios quienes suscribieran estas nuevas acciones.

Renunciables por sus titulares, cuando la ocasión se presente y no previamente o en forma absoluta o general, puede ser el derecho de separación, así como el de opción; aquél, puede también ser ampliado (pero nunca restringido) por los estatutos;⁸⁷ el derecho de opción no admite, a mi juicio, restricciones estatutarias de alcance general.⁸⁸

El derecho de voto y el derecho al dividendo no son renunciables, aunque sí obviamente el voto puede dejar de ejercitarse, absteniéndose el socio de expresar su voluntad en un asunto determinado, y el dividendo puede cederse, donarse, etc. La diferencia entre ambas situaciones es clara: la renuncia es un acto que supone que el derecho no ingresa al patrimonio del titular; la abstención del voto o la cesión del dividendo supone, en cambio, la salida de bienes o derechos que ya ingresaron al patrimonio. (Esta distinción puede ser importante para la procedencia de la acción pauliana.)

Las violaciones, no de derechos individuales o corporativos sino de normas imperativas o de prohibiciones legales, dan lugar a la nulidad absoluta del acuerdo respectivo. Casos de estos en nuestro derecho serían los de las resoluciones que ordenaran el reparto de dividendos antes de reintegrar el capital (art. 18) o de hacer las deducciones para la reserva legal (arts. 20 y 21); la emisión de acciones por una suma menor al valor nominal (art. 115) o antes de que las existentes hayan sido íntegramente pagadas (art. 133); el acuerdo que autorizara la compra por la sociedad de sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial en pago de créditos

86 V. La consideración de esta hipótesis, entre nosotros, en HIDALGO, *Problemas sobre sociedades anónimas en relación a inversiones extranjeras*, tesis, México, 1959, p. 34 y VÁZQUEZ ARMINIO, *La emisión de obligaciones por las Sociedades Anónimas*, tesis, edic. mimeográfica, México, 1959, pp. 177 y s. En el derecho italiano, v. FRE, *Società per azioni*, en el *Commentario del Codice Civile de Scialoja e Branca*, Roma, 1951, pp. 442 y s.

87 Conformes, ASCARELLI, *cit.*, en Riv. Dir. Comm. I, 1948, p. 171 y *Studi in tema... cit.*, p. 101, y DONADIO, *Il recesso del socio per modifichie statutarie*, Milán, 1940, pp. 70 y 83; DONATI, *La invalidità de las deliberaciones de las asambleas*, trad. esp., México, 1939, pp. 171 y s.

88 De acuerdo, sustancialmente, VÁZQUEZ ARMINIO, *tesis cit.*, p. 177. V. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza*, *cit.*, RDC, 1948, I, p. 171 y *Studi in tema... cit.*, p. 106, y *Problemi giuridici... cit.*, II, p. 531: En contra, al parecer, GRASSETTI, *Diritto di vote in pendenza di aumento di capitale*, RDC, 1953, I, p. 51.

a la sociedad (art. 134), o aquel que facultara a la compañía a hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones (art. 139).

Ahora bien, tales derechos individuales y corporativos y semejantes normas imperativas o prohibitivas, dan lugar a acciones de ineficacia, de nulidad o de anulabilidad según sea la gravedad de la infracción, los intereses afectados y, sobre todo, la naturaleza del derecho violado.⁸⁹ La reglamentación detallada de los distintos supuestos, así como la atribución de la legitimación activa al socio individual o a un grupo de socios, se otorga y reglamenta en las leyes más modernas sobre sociedades anónimas. Pero en sistemas como el francés o el mexicano, que adolecen de una reglamentación insuficiente y defectuosa, la integración del sistema de nulidades e ineficacias de las asambleas y de los acuerdos de éstas, sólo se logra acudiendo supletoriamente al sistema de las nulidades civiles, así como a principios de ineficacia propios del derecho administrativo.

La aplicación del sistema civil de las nulidades, sin embargo, presenta múltiples problemas al aplicarse a la materia corporativa, no sólo porque ellas traten fundamentalmente de actos y negocios bilaterales, y no plurilaterales, ni porque busquen la tutela de la parte interesada respecto a su propia declaración,⁹⁰ independientemente de la naturaleza plural de la manifestación de voluntad de la sociedad, sino también porque la nulidad de las asambleas y de los acuerdos tiene que partir de la subsistencia del negocio social y no lleva a la destrucción o al desconocimiento del ente, o del órgano, sino meramente a la protección del socio individual o minoritario.

Por estas razones, los tratadistas de sociedades tanto en los derechos europeos continentales⁹¹ como en la América Latina,⁹² admiten que pueden ampliarse los sistemas y los supuestos objetivos de nulidad específicamente previstos en los códigos de derecho privado, con normas que prohiban el abuso del derecho, y con los principios de desviación, exceso y abuso de poder, o bien, con principios contractuales que exijan la actuación de buena fe de las partes contratantes.

El abuso del derecho (*acto emulativo*, en la doctrina italiana), prohibido expresamente por nosotros en los artículos 840 y 1912 del código civil del Distrito Federal, que declaran ilícito el ejercicio de un derecho

89 Sobre la calificación de las distintas acciones, v. ASCARELLI, *Studi in tema...* cit., pp. 103 a 111 y TRIMARCHI, cit., pp. 159 y 162 y s.

90 ASCARELLI, *Studi in tema...* cit., p. 102.

91 V. ASCARELLI, *Problemi giuridici...* cit., pp. 533 y s. COPPENS, cit., pp. 75, 78 y s., 148 y s.

92 V. ALBANELL MAC-COLL, *ob. cit.*

cuando no se dé otro resultado que causar perjuicio a tercero, sin utilidad para el propietario, podría aplicarse para demandar la ineficacia, por ejemplo, del acuerdo de un aumento de capital que no requiera la sociedad, y que sólo tienda a impedir que uno o varios socios, ante la imposibilidad económica de ejercitar su derecho de opción, resulten perjudicados, en beneficio de terceros; ⁹³ el principio de la buena fe en el cumplimiento de los contratos, establecido por el artículo 176 del mismo código civil, también podría aplicarse supletoriamente, según lo dispone el artículo 1859, para exigir, por ejemplo, a un socio, que se abstenga de competir con la sociedad, o para impugnar un acuerdo de disolución anticipada que se hubiera fundado en un hecho falso o en una circunstancia irrelevante, o para impugnar una resolución de aumento o disminución de capital basada en afirmaciones falsas y dolosas de un administrador o de un socio. Por último, la doctrina del desvío, del exceso y del abuso de poder, que nuestra legislación administrativa acoge en el artículo 202 del código fiscal de la Federación, podría quizás trasplantarse del derecho público al privado, como se acepta en otros sistemas semejantes al nuestro, ⁹⁴ considerando que se trata de principios generales de derecho, para justificar la ineficacia de múltiples acuerdos en que hay discrepancia con la finalidad de la sociedad, abuso del poder discrecional concedido a la asamblea, motivos ilegítimos o irrelevantes para fundar el acuerdo, etc. Estos casos, sin embargo, por constituir y plantear límites subjetivos a los poderes de la mayoría, ⁹⁵ es decir, límites que no se juzgan en función de normas expresas sino del criterio del juzgador, requieren por parte de éste una especial preparación técnica y una "alta jerarquía intelectual y moral". ⁹⁶

Termino así esta exposición esquemática y parcial de problemas concernientes a la sociedad anónima contemporánea. Algunos de ellos, y otros de igual o parecida gravedad e importancia, tendrán que ser considerados detenida y cuidadosamente por quienes realicen la tarea, cada vez más urgente, de revisar y colmar las lagunas de nuestra ley general de sociedades mercantiles; si las omisiones y deficiencias de dicho texto

⁹³ TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di Società per azioni*, Milán, 1959, pp. 173 y 175.

⁹⁴ V. Sobre todo, CANDIAN, *cit.*, p. 118; TRIMARCHI, *cit.*, p. 134; ASCARELLI, *Problemi giuridici...* *cit.*, II, p. 527, con referencia a una ley belga de 1953.

⁹⁵ ALBANELL MAC-COLL, p. 31.

⁹⁶ ALBANELL, MAC-COLL, *loc. cit.*

positivo se justificaron al tiempo de su redacción, por las condiciones económicas de México, y por el deseo ampliamente logrado de difundir, sobre todo, la sociedad anónima, en la actualidad resulta ya injustificable mantener una legislación que da lugar a tantos abusos en contra de las minorías, de los acreedores sin garantía especial, e inclusive de la economía y del crédito público.

Jorge BARRERA GRAF,

Director del Seminario de Derecho Mercantil
de la Facultad de Derecho de México.