



El Pacto Intersocios

Not. Carlos Enrique Zuloaga

Uno de los puntos fundamentales en el fenómeno asociativo es el conocer cuál es la causa que impulsa la voluntad de asociarse, sin embargo considero que no ha resultado interesante para los autores el estudiarlo, muy posiblemente dada la complejidad cualitativa y cuantitativa de esta rama del derecho.

El derecho romano no llegó a elaborar una doctrina general acerca de la personalidad jurídica de los cuerpos místicos, como los llamó el medioevo, por lo que la evolución respecto de ciertos tipos de asociaciones o sociedades no ha quedado descrita con la claridad que quisiéramos, sin embargo, durante su evolución fueron reconociendo entidades de muy distinto orden en que se reconocían algunos rasgos de personalidad jurídica, como la *societas* que era un contrato consensual mediante el cual dos o más personas se obligan recíprocamente a poner bienes o trabajo en común con el propósito de alcanzar una utilidad por medio de un objeto lícito, en ésta, la cualidad fundamental será la existencia del consentimiento, con la salvedad de que este consentimiento tenía que ser constante y durar durante toda la relación, por esto el digesto establece en lenguaje de Justiniano *afectio o animus societatis o contrahendae societatis o de habere tractatum*.¹

De esa manera era indispensable la voluntad expresada en forma de con-

sentimiento, pero no basta, no puede surgir el contrato romano sin una aportación, no hay pues consentimiento sin aportación. “Figuras típicas –y las más difundidas– de sociedad eran la *societas omnium bonorum* y las *societas unius rei*. La primera se caracteriza por la aportación común de todo el patrimonio –de todos los bienes, presentes y futuros de cada socio, y tanto adquiridos *Inter Vivos* como *mortis causa*–; la segunda es hija, según parece, del desarrollo del comercio internacional, y se endereza a una sola operación o a una serie concreta de actividades, v. gr., al comercio de esclavos. La *societas omnium bonorum*² tiene su entronque en el antiguo *consortium* familiar, que hoy conocemos mejor gracias al reciente descubrimiento de fragmentos de las Instituciones de Gayo que faltan en el manuscrito de Verona. El *consortium* es una comunidad doméstica sugerida entre los *filiifamilias* a la muerte del *pater*, y a imagen suya puede constituirse también entre extraños, mediante un acto especial –*certa legis actio*³. Este *genus societatis proprium civium Romanorum* desaparece en la época antigua, entrando en su lugar,

¹ En una muy libre traducción el afecto o ánimo de asociarse se contrae por haberlo así pactado.

² Se trata de la sociedad universal de ganancias provenientes de una actividad profesional o económica de los socios o económica de las partes, excluyendo de ella donaciones, herencias y legados.

³ Nacimiento de sociedades propias del derecho civiles.

por obra de la corriente del *ius gentium*, la *societas*, accesible tanto a romanos como a extranjeros. La sociedad es un contrato de buena fe. Cada socio viene obligado a contribuir al todo común en los términos convenidos y, además, en lo que sea exigible entre personas de leal proceder, según las particulares circunstancias del caso. El que se asocia con otros, ha de poner en los asuntos sociales la diligencia que suele emplear en la administración de las cosas propias —*diligentia quam suis rebus adhibere solet*.⁴ En el Derecho Justiniano el socio responde, en efecto, de la *culpa in concreto*⁵, mientras que en la época clásica solamente le era imputable el dolo. A diferencia de la asociación, dotada de personalidad jurídica, la sociedad no actúa en el mundo del Derecho como sujeto individual y autónomo. Dado que es una simple relación contractual entre los socios, es decir, una <relación interna>, no trasciende para nada al exterior. Faltan normas especiales en orden a la administración de la sociedad, que corresponde, en principio, a todos los socios. Cabe todavía que uno de los socios actué como mandatario o gestor sin mandato, pero los negocios por él realizados sólo producen efectos en su propia cabeza. En todo caso, se hace necesaria una cesión para que alcancen a los demás tales efectos. Cada socio está obligado a incorporar a la caja social todo lo adquirido, debiendo ser indemnizado por los gastos o pérdidas sufridas en interés del negocio común. Los terceros que contrataron con un socio no pueden dirigirse contra los otros socios, a no ser que el socio contratante haya vertido los ingresos en la caja común. La sociedad se cons-

tituye sobre la base de una relación de confianza entre determinadas personas. Y la *fraternitas* en que la sociedad se inspira, explica bien el que ésta acabe como tal por la *renuntiatio* o rescisión unilateral y por la muerte o la *capitis deminutio* de cualquiera de los socios.”⁶ Tal vez la nota más característica que caracterizó la figura romana fue que en ella se concibió la conceptualización de la autonomía del patrimonio.

El sector rural de la organización medieval da nacimiento a lo que ahora podríamos considerar como sociedad civil, en el que el concepto sociedad tiene un contenido puramente obligacional que no llega a tener ni personalidad ni autonomía patrimonial y que ligaba directamente a los socios unos con los otros y los proyectaba hacia el exterior, siempre relacionado a la vida familiar romana y que evidentemente correspondían al mayor individualismo de una economía que empezaba a desarrollarse, de ahí la evolución de este tipo de sociedad, repito íntimamente ligada al derecho de familia y muchas veces sin una voluntad directa pero con cierto sentido de organización política y social. La conservación de este tipo de sociedad se da en los códigos inspirados en el Código Napoleón, que a su vez recoge la idea de Pothier respecto de la sociedad civil, lo que es plasmado en el derecho suizo y el italiano en el *Codice Civile*, en el que vierten la relación de la unión de la sociedad civil con la mercantil (en virtud de que dicho código integra las materias civil y mercantil y crea la figura de la sociedad simple, figura de gran utilidad en mi concepto que provoca desde la simplicidad misma que pueda hacerse tan compleja como lo deseen las partes).

Por su parte, el derecho canónico concibe elementos para la formación de la doctrina societaria concibiéndola

⁴ Poner la diligencia que ponen en sus propias acciones.

⁵ Esto es negligencia.

⁶ Iglesias, Juan. *Derecho Romano*, Ariel Derecho. Barcelona 1999.

como personas jurídicas.

Pero es en el derecho germánico donde se crean colectivos asociativos que muy primitivamente se dividían en *Gemeinderschafte*, cuyo fundamento se daba en las propiedades de mano común, también conocidos como “Bienes de propiedad germánica” y en contrario las *Genossenschaften*, equivalentes a las asociaciones o corporaciones. Ciertamente la aportación teutónica no llegó técnicamente a la actual abstracción teórico-jurídica de conocerlos como entes externos a las personas físicas, la aportación teutona se da en el realismo correspondiente a una vida asociativa real y funcional; la depuración de las ideas fue llevada hasta el siglo XIX en que Gierke realiza las aportaciones originarias depurando los entes de comunidad germánica, que no tenían personalidad en sí y las asociaciones y fundaciones (entre éstas últimas se incluían las corporaciones).

Las asociaciones y sociedades han sido resultado inevitable de la interacción de los seres humanos, no se necesitan grandes conjeturas para saber que desde que el hombre entró en comunicación con otros, se dio cuenta de que tanto él como los demás tenían habilidades muchas veces diferentes, que reunidas producían efectos positivos para ambos y así nace la sociedad.

Desde antiguo se refleja la sociedad como realidad, si no conceptualmente, si de hecho tal y como lo narra el Génesis “Subió, pues, de Egipto Abram con su mujer, toda su hacienda, y con Lot hacia el Negueb. Era Abram muy rico en ganados y en plata y oro, y se volvió desde el Negueb hacia Betel, hasta el lugar donde estuvo antes acampando entre Betel y Hai, al lugar del altar que allí alzara al principio, e invocó allí el nombre de Yahvé. También Lot, que acompañaba a Abram, tenía rebaños, ganados y tiendas, y el país no les bastaba para habitar

juntos por ser mucha su hacienda, y no podían morar juntos.”⁷ Como puede verse se habla sí no exactamente de una sociedad si de una comunidad de bienes en la que poco después se provoca lo que podríamos considerar como la primera escisión documentada.

Habremos de considerar el significado originario de persona jurídica ya que para conocer el significado actual de sociedad, donde será necesario analizar el influjo (dañino según Federico de Castro) entre los conceptos persona jurídica y sociedad, por lo que en concepto del maestro español debemos ser concisos y evadir las discusiones bizantinas acerca de la naturaleza de esta cuestión, en la que coincido ya que buscar la naturaleza de las cosas es una difícil pretensión. Savigny rescató de la confusión conceptos romanos y estableció como personas jurídicas sólo la *universitas* y los *pia corpora* los autores clásicos, (González Telles) establecen como tales la *comunita* para personas eclesiásticas y Gregorio López el del *corpus mysticum* a la ciudad o la república, últimamente se habla de sociedades abiertas y cerradas dependiendo de su accionariado.

Sin embargo a pesar de la dificultad que entraña De Castro intenta penetrar en la cuestión “*El hombre, la persona física, es una realidad con la que ha de contar el Derecho como algo inmediato y de insoslayable consideración. La persona jurídica, por el contrario, ni se le ve, ni se le toca; se nos presenta con los signos de una enteleguía jurídica. Por esto, resulta inesquivable la pregunta ¿Qué significa este extraño término?, ¿Cuál es la naturaleza de esa persona que se contrapone a la persona humana?*”

La persona jurídica, o persona moral, o persona mística, o persona social, que con todos estos nombres se

... la *societas* era un contrato consensual mediante el cual dos o más personas se obligan recíprocamente a poner bienes o trabajo en común con el propósito de alcanzar una utilidad por medio de un objeto lícito.

⁷ Génesis 13, 1-7. Biblia Nácar – Colunga. BAC. Madrid. 1985.

le denomina, constituye hoy uno de los grandes tópicos de la ciencia jurídica. Quizá ninguna otra figura jurídica ha originado tantas teorías y suscitado discusiones de tal entidad, ante tribunales nacionales e internacionales. Esta exacerbación de una cuestión jurídica, se puede explicar por la utilización hecha del término y concepto persona jurídica, para revestir de aparato científico y para disimular ideologías y políticas, o bien ponerla al servicio de poderosos intereses económicos.

La misma dificultad del concepto de persona jurídica, precisamente por ella misma ha llamado la atención de los grandes maestros del Derecho y suscitado su deseo de dilucidarla. Se ha convertido así, en una de las cuestiones claves de la ciencia jurídica. También en la desesperación de más de un jurista, que ante la imposibilidad de un acuerdo entre los autores ha llegado a creer en la inutilidad del mismo concepto. Postura derrotista que, si explicable, no puede seguirse porque las mismas leyes, al emplear el término, muestran su utilidad y exigen su explicación.

La búsqueda de ese esquivo concepto de persona jurídica, pudiera emprenderse examinando las principales corrientes jurídicas hasta ahora seguidas; sin detenerse en la mera crítica negativa ni en el contraste de disquisiciones abstractas, sino procurando observar sus valores positivos, y sus condicionamientos políticos y económicos. Así, será quizá posible ver para qué sirvió y para qué sirve hoy ese concepto de personas jurídicas. A fin de cuentas, es lo que más importa al intérprete de las leyes.⁸

De esa manera podemos valorar la importancia del tema, la trascendencia

y complejidad de la materia que ha devenido a su designación como Derecho de sociedades y más recientemente por el concepto de derecho corporativo, ya que muchos matices y conceptos de su existir no se han estudiado, tal vez tratamos fundados en la normativa positiva extraer sus partes y entender como si se tratase de un rompecabezas, la esencia de cada una de sus partes y de su contexto general, así como del contexto en que se generaron así como su evolución. Los sectores de la estructura político-social y económica que interesan están, más o menos, constantemente implícitos en el tratamiento de la materia por la literatura jurídica sobre <Personas jurídicas> y sobre <Sociedades> - en los Derechos Civil y Mercantil-. Pero hay que aislarlos y perfilarlos y, en eso, puede haber alguna dificultad, aunque despreciable por que no se necesita de una gran precisión.

“Es sabido que el sistema económico capitalista o de Economía de mercado, actual en los países occidentales, es la culminación de un proceso que generaliza —al mismo tiempo que internamente evoluciona— un conjunto de instituciones económicas, de estilo y formas de organización y funcionamiento que tienen su antecedente —con influencia de otras aportaciones históricas— en el tráfico comercial internacional de la Edad Media. Ese conjunto va invadiendo, en esta evolución de siglos, las zonas de organización económica —social agraria feudal y artesana y ha devenido general. Finalmente, asistimos en nuestro tiempo, a la transformación y cambio de ese sistema. Pues bien, a compás de esta evolución y en relación con las tendencias y transformaciones que se dan en los dos sectores contrapuestos y relacionados al mismo tiempo, han evolucionado de un lado la Sociedad civil y, de otro, los diversos tipos —de aportación progresiva— de Sociedades mercantiles. Más difícil es demarcar el sector propio de

⁸ De Castro y Bravo, Federico. La Persona Jurídica. Monografías Civitas. Ed. Civitas. Madrid. 1991.

*las Asociaciones y Fundaciones y Corporaciones e Instituciones -que se suelen decir de finalidad no económica. En realidad, es que, más que en un sector económico-social determinado, se desarrollan en la tensión entre los fines de ordenación y gobierno estatales y la posible realización de los mismos autónomamente por poderes contruidos mediante la Asociación. Se ha dicho que la historia de las personas morales es la de la lucha dirigida contra ellas por el Estado. En esta tensión, independientemente de la materialidad del fin de la entidad, lo que le interesa al Estado es que no se atente a funciones que son suyas. Esto no puede identificar con fines determinados (en entidades de fines económicos puede perseguirse una finalidad general ordenadora de la que no se desinteresa el Estado y en entidades de finalidad no económica pueden perseguirse fines que al Estado le sean indiferentes). Y tampoco conviene confundirse con la tipología: sucede que las entidades asociativas que persiguen fines que al Estado interesa revisten, frecuentemente, la figura de Asociaciones o Corporaciones. De ahí se deduce que sólo éstas interesan al Estado. Pero una completa generalización induciría al error.”*⁹

Es evidente que el desarrollo del sistema capitalista se forja en los siglos del X al XII, y que en la fase medieval se aportan varios tipos conceptuales al sistema societario, como lo son el condominio naval, la sociedad colectiva o la comanditaria. Ese condominio naval, definido por la doctrina germánica como *Partenreederei* o simplemente *Reederei*, que configuraba la sociedad típica naval, fundamental para la expedición marítima (si se me permite una pequeña digresión, no podemos olvidar que el concepto de acción como título que demuestra la propiedad de una sociedad deriva del término *quirate*¹⁰ que como sabemos significa la parte alícuota de propiedad de un buque) y de ese tipo conceptual va a nacer y desarrollarse en

gran parte la sociedad colectiva.

Después podríamos pensar en un proceso de la historia de la economía que podemos considerar como el paso del mercantilismo al capitalismo, y que generará el nacimiento en las compañías coloniales de lo que actualmente denominamos la sociedad anónima que resulta tan importante para esa época y para la codificación posterior a la Revolución Francesa, que podríamos decir que sin las mismas hubiera sido muy difícil el desarrollo del capitalismo.

La mayoría de los autores sostiene que al genio alemán debemos la concepción de la sociedad de responsabilidad limitada generada por la ley de 1892 alemana, aunque, debo decir que nuestro Código de Comercio de 1883 ya contiene en el capítulo X la regulación para una sociedad de responsabilidad limitada, que es regulada por los artículos 593 a 619 y de ser cierta mi afirmación, pues la primera publicación al respecto sería la del Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos de 1883, con vigencia en Jalisco desde 1884; sin embargo, en el Código de 1890, con terribles modificaciones pero aún en vigor, ya no aparece el citado tipo de sociedad.

La complejidad de la sociedad nos lleva históricamente a transformaciones actuales de las sociedades capitalistas y de los tipos empresariales así como las agrupaciones de empresas, sin embargo “*el derecho de sociedades no se corresponde con una sistemática legislativa igualmente unitaria. Las figuras jurídico-societarias se presentan con una cierta dispersión. Están en el derecho de obligaciones en las partes generales –personas jurídicas– de los códigos civiles (aparte de las que presenta el derecho de familia), en los códigos de comercio y en las leyes no codifica-*

... la figura romana concibió la conceptualización de la autonomía del patrimonio.

⁹ Giron Tena. J. *Derecho de Sociedades*, Tomo I. GT. Madrid. 1976.

¹⁰ Ver artículo 73 Ley de Navegación.

das. La codificación atendió a recibir, en cada cuerpo legal, el derecho que, en el pasado, se había formado en el sector correspondiente al mismo, y, en cambio descuidó los problemas técnicos jurídicos de concordancia que la llamada unidad del ordenamiento jurídico había de producir al originar el necesario ensamblaje de los distintos conceptos y tipos societarios. Por esta razón, la unidad o cohesión sistemática, con la que el pensamiento jurídico ordena el conjunto del derecho positivo societario, encuentra en éste resistencias o pone de manifiesto, en el mismo, defectos de técnica legislativa. Se entrecruzan problemas de lógica jurídica, que, naturalmente el legislador no puede desconocer, con otros, de técnica y de política jurídicas. (...). Hay además un problema metodológico y de terminología en esta materia sobre la que conviene hacer una advertencia dada la importancia que ha adquirido, últimamente, entre los juristas alemanes y suizos el investigar, preocupados por los abusos y fraudes con las figuras societarias, los límites de la libertad contractual en este sector del derecho y en particular de la atipicidad.”¹¹

La aportación en las sociedades crea una singular forma de emisión de voluntad, ya que si analizamos el concepto general de voluntad es “1. Facultad de decidir y ordenar su propia conducta. 2. Acto con que la potencia volitiva admite o rebuye una cosa, queriéndola, o aborreciéndola y repugnándola. 3. Libre albedrío o libre determinación. 4. Elección de algo sin precepto o impulso externo que a esto obligue.”¹² Cuando esa voluntad se emite en un acto unilateral, no constituye consentimiento sino lo que aquí ha quedado escrito, en cambio, cuando esa voluntad se expresa en conjunto con otra voluntad respecto del mismo hecho y de las mismas condiciones, existe consentimiento; el Código Civil

federal ha establecido en su artículo 1803: “El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”

Hay una sentencia norteamericana que me parece representativa de la expresión de la voluntad interna, se trata del caso Lucy v. Zehmer que se resolvió en el estado de Virginia en 1954 y que resumo como sigue: el señor W.O. Lucy demandó a los señores A.H. Zehmer y a Ida S. Zehmer requiriéndoles por la vía judicial el cumplimiento de un acuerdo escrito que decía “por el presente nosotros estamos de acuerdo en vender a W.O. Lucy la granja Ferguson completa por \$ 50,000.00, otorgando su escrituración a satisfacción del comprador”. El acuerdo fue fechado y firmado por A.H. Zehmer y su esposa en un restaurante durante una conversación con Lucy. Los Zehmer afirmaban que se había emitido estando ellos bajo los efectos del alcohol y que tan sólo habían realizado el trato en broma. Lucy por su parte mantuvo que él pensó que se trataba de un contrato válido.

En primera instancia el asunto fue fallado a favor de los demandados y el actor apeló.

Correspondió al juez Buchanan el resolver la apelación en tanto la parte apelada insistía en que se trataba de una broma cuyo propósito era hacer declarar a Lucy que no tenía los cincuenta mil dólares, y que en su caso no se trataba más que de un par de borrachos queriendo fingir para ver quién decía más mentiras. Eso contradujo otras evidencias tales como

¹¹ Girón Tena, José. *Derecho de sociedades*, tomo I, parte general, edición del autor, Madrid, 1976

¹² Diccionario de la Lengua Española por la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, 2001.

la condición en que se encontraban ambas partes tales como el testimonio de la esposa en que indica que llevaron en su auto a Lucy, lo que hizo entender que Zehmer no estaba intoxicada pero la evidencia determinante fue que el demandado no hizo un acuerdo sino dos, resulta que en primera instancia estaban en el bar tan sólo Lucy y Zehmer y se redactó un documento por ellos, posteriormente Lucy le dijo que no era válido porque su esposa no había firmado como vendedora para lo cual el demandado llamó a su esposa y redactaron el segundo documento que fue firmado por los tres, el juez resolvió que en el campo de los contratos debemos mirar a las manifestaciones exteriores de la persona que dice estar manifestando su intención, ya que no se pueden adivinar sus más internas intenciones y la ley imputa a una persona la intención cuando corresponde razonablemente al significado de sus palabras y sus actos, además de establecer que cualquier persona en los zapatos de Lucy podría interpretar que era una oferta verdadera y éste la aceptó, por tanto existe realmente un contrato. Lo anterior es un buen ejemplo a mi juicio para distinguir de la voluntad interna y la manifestada.¹³

En el Código Civil de Jalisco, por cierto en uno de sus momentos más afortunados, se estableció que el consentimiento existe cuando las partes convienen en un mismo objeto y unas mismas condiciones; y además, en la conducta de ellas existe un principio de ejecución del negocio, esto último me parece de gran importancia porque es difícil que la voluntad se emita aislada como un deseo sin movimiento, esto es que, que salvo el caso de las obligaciones de no hacer, nadie da su voluntad para que nada suceda, salvo el caso de la obligación exceptuada.

Así pues, los contratos no se integran con una sola voluntad, su primer elemento esencial no es una simple manifestación de voluntad, su integración requiere dos o más voluntades coincidentes y cuya concurrencia es calificada como consentimiento. Cualquier consideración en torno a éste, es en el concepto de esa pluralidad de voluntades. Recordemos al efecto, aquella ilustrativa consideración de Baudry, *La Cantinerie y Barde* con la que ponen de manifiesto la voluntad única en los negocios unipersonales y el consentimiento en los pluripersonales. *“Yo puedo querer solo —señalan los autores citados—, pero —advirten no puedo consentir solo, porque el consentimiento —concluyen— es un concurso de voluntades.” En realidad se puede querer solo pero no se puede consentir solo, para que alguien consienta, se necesita, en un planteamiento lógico, el querer previo del otro.*”¹⁴

De ahí que en lo general la voluntad se emite unilateral o bilateralmente, en el segundo caso se da el acuerdo generador de obligaciones, conocido como el consentimiento que unido al objeto forman el contrato, lo anterior puede entenderse en varios sentidos, por una parte puede conceptuarse desde el punto de vista del acuerdo o de la aceptación, que de ninguna manera significa sometimiento a la voluntad de quien realizó la oferta. El artículo 1796 del Código Civil Federal establece en lo general que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, con lo que podemos evaluar la importancia de la figura, quizá la condición que subyace es que ésta se emita sin vicios del consentimiento, entendiendo por éstos

El hombre, la persona física, es una realidad con la que ha de contar el Derecho como algo inmediato y de insoslayable consideración. La persona jurídica, por el contrario, ni se le ve, ni se le toca; se nos presenta con los signos de una enteología jurídica.

¹³ Lucy v. Zehmer 84S.E. 2d516 (va. 1954). First Nat. Exchange Bank of Roanoke v. Roanoke Oil Co., 192 S.E. 764, 770 (Va. 1937).

¹⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Teoría del Contrato*. Editorial Porrúa. México, 2000.

los que impliquen que éste se dio por error, arrancado con violencia o sorprendido por dolo, si esto aconteció tendríamos que considerar que no sería adecuado referirse a el como acuerdo de voluntades.

En una interpretación del artículo 1812, que en principio no comparto, aunque me parece muy interesante Domínguez Martínez establece “No podemos decir lo mismo respecto en el artículo 1812, cuyo texto enuncia las situaciones consideradas por la ley como vicios del consentimiento, con referencia expresa al error, a la violencia y al dolo (...) supuesto este en que el consentimiento no sería considerado como acuerdo de voluntades, es decir, no procedería leer “el acuerdo de voluntades no es válido...”, pues si bien podría darse el caso de que las dos voluntades contratantes incurrieren en error, fueren violentadas o sorprendidas dolosamente, no es esto lo previsible para los vicios, pues además de poco probable, quedarían sin ese tratamiento de nulidad los casos que la ley supone en la realidad o sean los relativos a la voluntad aceptante en la relación contractual; la ley se refiere en este caso ciertamente al consentimiento como aceptación, o sea, a que la aceptación no es válida si ha sido dada por error, arrancada por violencia o sorprendida por dolo. Así pues, en la última disposición citada por consentimiento debe entenderse aceptación”.¹⁵

Aquí debemos expresar que siendo la libertad absoluta una utopía debemos de considerar lo que denominaremos la libertad razonable como la necesaria para decidir sin presiones definitorias, por ejemplo puede darse el caso de que las cualidades de la cosa no tengan los elementos que se ofrecieron, pero sin afectar el motivo determinante de la misma, se considerará que se actuó libremente, de la misma manera puede

tener temor reverencial u otras formas de violencia siempre excluidas de las taxativamente en el artículo 1819 por tanto “No es indispensable decíamos la perfección en el ensamble de cada voluntad; es suficiente su aproximación a ello, pues no debemos perder de vista, a lo que nos referiremos más adelante, la posible participación de errores cometidos al contratar, pero intrascendentes en la vida de la figura contractual en la cual aparecen, como sucede precisamente con los errores llamados indiferentes; por el contrario con los errores vicio o nulidad o más agresivamente con los errores obstáculo u obstativo si se lesiona la estructura del contrato en el que aparecen. Lo mismo podemos decir de algunos temores irrelevantes y otros verdaderos miedos alteradores de la libertad en la voluntad al contratar.”¹⁶

Ahora bien, esa voluntad carente de vicios no basta que se tenga interiormente, debe exteriorizarse de forma expresa o tácita, pero no ante cualquiera, sino ante la persona a la que se propone o si se trata de la persona a la que se propone la exteriorización deberá ser hecha a quien la propuso. Lo anterior se desprende de la lectura de los artículos 1804 y 1807 que en lo conducente establece “toda persona que propone a otra esto es que salvo el caso de la oferta pública la proposición debe ser hecha específicamente a una persona, la que deberá aceptar formándose el contrato en el momento que el proponente reciba la aceptación”, esto crea una relación interpersonal única y correlativa entre proponente y aceptante, tan personal que si una de las partes no cumple su obligación el otro puede no cumplirla, si cumplió una de las partes podrá demandar de la otra el cumplimiento de la suya o la rescisión, pero siempre la relación es de uno con el otro.

El derecho de asociarse está protegido al establecerse como derecho Constitucional por el artículo 9º que garantiza que no podrá coartarse el

¹⁵ Domínguez Martínez. Op. Cit.

¹⁶ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Op. Cit.

derecho de asociarse con cualquier objeto lícito y siendo lícita será factible la normativa que regule cierto tipo de asociaciones, siempre y cuando no se coarte esa libertad, esto es que no se impida a alguien asociarse o no conceder a quien lo hace enteramente ese derecho. Si el objeto no es lícito le será negada la protección constitucional o visto de otro modo delimita la posible restricción penal sobre las asociaciones, así en términos generales podemos considerar ilícita una asociación, en el sentido en que la norma la estima, cuando el objeto, formal o informal de esta sea cometer un delito o después de constituidas promuevan la comisión de delitos, impide también que las asociaciones que tengan incluso objetos lícitos pero para obtenerlos empleen medios violentos. Esto no significa que haya sociedades prohibidas, en el sentido en que una época se prohibían. La diferencia que podemos establecer entre asociarse y reunirse reside en la temporalidad que exige la primera.

En el caso de las sociedades mercantiles tenemos particularidades que habremos de analizar ya que esa voluntad se genera de tal manera que para entenderla tenemos que estudiarla desde el punto de su origen, Girón Tena considera que esta idea suele pasar desapercibida ya que como veremos resulta fundamental para explicarnos la emisión de la voluntad en la constitución de la sociedad ya que la naturaleza del acuerdo es singular, tendremos para ello que partir de la época en que aparecen las primeras codificaciones, tenemos que estudiar cómo eran entonces las sociedades mercantiles, cómo funcionaba la entonces llamada sociedad general, que posteriormente sería conocida como sociedad colectiva.

“Tanto en la Ordenanza francesa de 1673 (vehículo del Derecho del pasado hacia el Código francés y, a través de éste, hacia los

Códigos europeos) como en los cometarios de los mercantilistas, las sociedades, que habríamos de llamar mercantiles, son lo que, en la Ordenanza, se llaman la Sociedad general, las Sociedades en comandita, de configuración no muy clara y no necesariamente separadas de la primera, y las Sociedades secretas u ocultas. El concepto central es el de Sociedad general. Con ello quiere decirse que es éste el concepto de Sociedad por antonomasia: la Sociedad general o libre o manifiesta, por contraste con las otras figuras que, en realidad, tienden a darse más como modalidades que como tipos acuñados —según luego veremos—. El sentido del término general está claro. No quiera significarse tanto un tipo como indicar que es la forma común de contraer sociedad los comerciantes. Las Ordenanzas de Bilbao (capítulo 10 apartado 3) dicen: “Siendo las Compañías más frecuentes en el Comercio aquellas generales que usan y practican muchos de sus individuos...” De la misma manera se nos presenta la Sociedad general en la Ordenanza francesa del comercio de 1673. Que quiere decir, además, que el objeto de las mismas es todo lo que entra en el Comercio de la época no desvirtúa ni excluye ese otro significado que hemos expuesto. Ese sentido de sociedad común entre comerciantes, más que de configuración de un tipo por sus rasgos, se ve claro cuando se presta atención a la delimitación entre el sector civil y el sector mercantil, que se produce según el llamado sistema subjetivo. Instituciones mercantiles, según este sistema, son las de los Comerciantes en su tráfico. En el Derecho de Sociedades, mercantiles son las sociedades de los Mercaderes. Como consecuencia de esta técnica histórica de separación entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil no se presta atención, en ese momento, a la construcción de un concepto objetivo de Sociedad mercantil, distinto del concepto de Sociedad civil. Por eso llama la atención a algún historiador el que los rasgos no se adviertan

... el desarrollo del sistema capitalista se forja en los siglos del X al XII, y en la fase medieval se aportan varios tipos conceptuales al sistema societario.

con claridad. Pero lo que los textos históricos regulan no es la sociedad mercantil. La sociedad general es la sociedad de mercaderes. Entonces no se necesitan conceptos objetivos. Vale el concepto del Derecho común de la institución jurídica. Lo que sucede es que lo aplican, en su tráfico, los comerciantes y, de momento, sólo añadirán al concepto de Derecho común el rigor mercantil en representación y solidaridad. Luego veremos que se forjarán tipos que no tienen paralelos en Derecho común".¹⁷

Ahora bien, en ese tiempo no había una catalogación sistemática de los sistemas societarios e incluso había una imprecisión en los demás tipos asociativos y no había un conocimiento pleno de que la sociedad por acciones constituía por ello un tipo mercantil ya que repito no se había producido una total delimitación y de alguna forma todas derivaban de la *commenda*, tronco fundamental de éstas. El camino de éstas discurre de una parte en el proceso de separación de éstas del derecho de obligaciones y de la comunidad de riesgos característica de las sociedades, ya que recordemos que los comanditarios respondían en caso de quiebra y por otra parte tendía a manifestar públicamente esa relación iniciando una estabilización que concluyó con la consolidación de la Comanditaria como permanente y la modificación hacia éste tipo de las otras formas asociativas de la época, la codificación culmina ese proceso. Lo anterior sin ignorar que la clasificación en razón de la materia se hacía estableciendo si los socios eran o no comerciantes ya que en esto consistía la determinación de la ley aplicable. Lo anterior podemos deducirlo fácilmente del texto de las Partidas, en la que se menciona que "*Compañía facen los mercaderes e los otros homes entre sí, para*

ganar algo, más de ligero ayuntado su aver en uno." Savary citado por Girón establece "Cuando se habla de la Sociedad en comandita, se especifica: "Esta especie de sociedad es muy útil al Estado y al público, ya que toda suerte de personas, incluso los nobles y los religiosos pueden contraerla para hacer valer su dinero en beneficio del público, y que, aquellos que no tienen fondos para emprender un negocio, encuentran aun los medios de establecerse en el mundo y hacer valer su industria." Y cuando habla de Sociedad "anónima" (cuentas en participación) dice: "Las Sociedades anónimas existen no solamente entre comerciantes y negociantes; hay también nobles, clérigos, militares, que entran en ellas, junto con aquellos, con la intención de hacer valer su dinero." Esas mismas ideas son expresamente recogidas —el autor debió utilizar esa fuente— en Febrero adicionado o Librería de escribanos, de don José Febrero (tomo III, 5ª. reimpresión, Madrid, 1806).

La sociedad anónima aunque se producen primeras aplicaciones de ésta en el siglo XVIII, es hasta la codificación cuando aparece plenamente, sin embargo, hay una presión social y jurídica para que estas sociedades se hagan públicas, principalmente en Europa y cuando desaparecen las clases sociales, se descarta la relevancia de la ocultación de la participación societaria y se integra ésta en el sistema jurídico privado, al definirse como mercantiles las colectivas, las comanditarias y las anónimas.

En los textos antiguos se establece que la sociedad anónima era un medio de asociación entre varios para contratar y así podíamos pensar se trataba de la comunidad de los comerciantes dentro de una comunidad más amplia, y aunque los primeros codificadores trataron de establecer una separación a éstos y una ampliación a todos los demás miembros de la sociedad, y así se refleja en el Código francés y en el artículo 284 del Código español de 1829, se mantiene una confusión entre sociedades genera-

¹⁷ Girón Tena op. cit.

les y sociedades anónimas.

En la actualidad y a partir de la orientación doctrinal alemana, principalmente la realizada por Gierke se conserva la idea contractual tradicional de sociedades personalistas y las derivadas de reuniones de capitales o personas jurídicas corporativas, manteniendo casi siempre una posición anti contractualista lo que debemos conceptuar como derivadas del concepto de propiedad germánica que para ellos la sociedad más que una persona jurídica es una propiedad de mano común, de tal manera *“entendía Gierke que la fundación o constitución se origina en un acto jurídico-social unilateral de fundación o configuración. Este concepto implica varios matices. El carácter unilateral viene de que los intervinientes en la fundación dirigen sus voluntades en el sentido de crear el ente, auto vinculándose según las circunstancias de su posición de miembros del mismo y no entre sí. Por otra parte, el acto unilateral, en cuanto origen de la personalidad del ente que nace, propone, en el orden dogmático, la cuestión de si el nacimiento de aquél se produce por el negocio mismo o por un acto estatal de reconocimiento, y en el político-jurídico e interpretativo, las consecuencias respecto de terceros de la efectiva aparición en el tráfico de la entidad surgida, cualquiera que fuere la validez comercial de las voluntades operantes. El carácter jurídico-social implica detraer del Derecho de Obligaciones a esta figura para considerarla como del Derecho de Personas, en la parte de Personas jurídicas. El fundamento de ello estará en que, sobre la patrimonialidad del contenido de las relaciones, primaría el carácter jurídico-personal que origina una estrecha vinculación entre los miembros, presidida por una idea de mutua fidelidad, más fuerte que la ordinaria del Derecho de Obligaciones. Este extremo lleva, en los autores contemporáneos que la destacan, a una aproximación de las relaciones societarias a las laborales, en el contrato (relación) de trabajo. La función*

*constitutiva y de configuración del ente en las Corporaciones destaca que las normas acordadas con aquel fin y que constituyen su Estatuto no son contrato, sino Reglamento de la vida de aquél: no se da la inalterabilidad del contrato. Y la actividad social, aunque se mantiene en el marco estatuario, se desenvuelve con discrecionalidad incompatible con la idea de mero cumplimiento de prestaciones previstas y especificadas: no hay una voluntad inicial cristalizada, sino una constante moción mayoritaria.”*¹⁸ Más permanecen en la doctrina alemana indefiniciones terminológicas, si bien en la tendencia antes descrita, así Esser los denomina contratos de colaboración en tanto Gierke los designa como de unión jurídico social, aunque la tendencia general opta por denominarlos como de organización.

Los teóricos italianos se debaten todavía entre contractualistas y anti-contractualistas, lo que se desprende de autores como Sena, Miccio, Costi o Ferrara; quien primero acogió la teoría del acto complejo fue Messineo, aunque posteriormente ha evolucionado hacia un contrato que tendría características diferentes a los contratos de cambio, sino con el propósito de unir voluntades e intereses, optando en la relación del Código Italiano por la designación de contrato plurilateral comentado por Ascarelli en el libro del mismo nombre, el término me parece inadecuado por que puede ser visto de dos maneras si es un término que refleja una categoría de contratos o se constituye tan sólo por la cantidad de socios que participan, por lo que a mí me gusta más el término de contratos asociativos. Por ello decía se mantiene esa dualidad, quienes pretenden profundizar en el contrato de sociedad, buscando su esencia o el de la plurilateralidad que sería mas que discutible en

En el Código Civil de Jalisco se estableció que el consentimiento existe cuando las partes convienen en un mismo objeto y unas mismas condiciones; y, además, en la conducta de ellas existe un principio de ejecución del negocio.

¹⁸ Girón Tena, Op. Cit.

nuestras sociedades anónimas de dos socios, más el debate sobre éste último en ese país se centra más en si se trata de un concepto distinto del de sociedad o se subsume en el contrato, tratándose de una terminología desafortunada.

La doctrina mercantil mexicana si bien establece cuáles son las características que debe tener la sociedad anónima y que establece que será aquella que existiendo bajo una denominación y cuyos socios limitan su obligación se limita al pago de sus aportaciones, si bien ha preferido no intentar declaraciones o clasificaciones acerca de la naturaleza de estas, de tal manera que ni las regulaciones societarias que contenía el código de Comercio, ni en la Ley General de Sociedades Mercantiles encontramos una definición de sociedad, si encontramos en esta última bastantes artículos que se refieren al contrato social¹⁹ en tanto que de estatutos hablan muchos menos²⁰. De ahí que el maestro establezca la diferencia entre ambos haciendo considerar que en el contrato tiene existencia el negocio jurídico fundacional y es donde se da la formación de la sociedad estructurando su estructura originaria, en tanto que el estatuto establece cómo será el funcionamiento del colectivo. Existe otra tendencia autoral que considera que se trata de dos facetas del mismo acto ya que no habría sociedad si no se dan ambas sin embargo quienes sostienen la primera teoría afirman que el estatuto puede existir aún antes del pacto.

Habremos de preguntarnos si puede haber contrato sin estatutos, para ello

tenemos que analizar los elementos que como esenciales fija la legislación, el artículo 6 establece trece requisitos, de los cuales siete son indispensables y el resto pueden omitirse, aunque llama la atención que entre los requisitos no consta en ninguna parte que quienes comparecen desean constituir una sociedad específica, en legislaciones como la española uno de los requisitos es “*la voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad anónima*”.²¹ Esto revela claramente lo que los otorgantes desean, sin embargo podíamos pensar que en nuestro entorno se da un consentimiento tácito o cuando menos no claramente expresado.

El artículo seis, en sus siete primeras fracciones constituye un verdadero pacto social al tener claramente resultados de existencia, no de operatividad las que se dan al cumplirse los requisitos que fija el artículo 91 ya que el conocimiento de la parte exhibida del capital social, el número y valor de las acciones, la regulación de cómo deberá cubrirse la aportación pactada, si existen o no beneficios para los fundadores, el nombramiento de comisarios y la forma de materializar la voluntad social y la regulación de las formas de modificación del pacto, lo cual indica la normativa operacional, estatutos en toda forma, por lo que a nuestra forma de ver no es posible el contrato sin el correspondiente instituto, sin embargo notamos una ausencia de regulación en cuanto a las relaciones de los socios con la empresa y entre sí, lo que posteriormente analizaremos.

Como una realidad podemos evaluar la Unión Europea, cuya conformación y funcionamiento rebasa con mucho este estudio, sin embargo, por su propia naturaleza el sistema comunitario tiene una importancia fundamental en materia societaria dada su

¹⁹ Artículos 7, 26, 32, 46, 50, 70, 71, 72, 78 fracción VIII; 82, 83, 84, 85, 103, 112, 113, 114, 124, 130, 182 fracciones XI Y XII, 190 Y 195 de la L.G.S.M. según los describe Rodríguez y Rodríguez op. Cit.

²⁰ Artículos 10, 92, 93, 101, 123, 186, 193 de la Ley en Comento. Citados por Rodríguez y Rodríguez.

²¹ Artículo 8 inciso b Ley de Sociedades Anónimas op. Cit.

particular influencia en las legislaciones de los estados miembros en cuanto que estos están obligados a adaptar éstas a las normativas a sus respectivas leyes, por ello tenemos recordar “1) *Que las directivas comunitarias conservan toda su eficacia incluso después de adaptado un Ordenamiento nacional a ellas, ya en función interpretativa del Ordenamiento interno, ya en una función de control de legitimidad y regularidad de la solución adoptada en cada caso por el Ordenamiento nacional* (Fortunato, S., *il diritto societario in prospettiva europea: principi generali e ricadute comunitarie*, p. 432). 2) *Que el principio pro comunitate está sólidamente establecido por el TJCE (iniciada por la STJCE de 5 de febrero de 1963 asunto Van Genel en Loos y definitivamente confirmada a partir de la de 7 de marzo de 1964 (asunto Costa c. Enel).* 3) *Que el Juez nacional que conoce de un litigio sobre materia comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, tendiente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de los socios y terceros, está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva (STJCE de 13 de noviembre de 1990). La Directiva 68/151/CEE en su artículo 10 (incluido en la Sección III, que gira bajo el título, evocador, de Nulidad de la sociedad) establece que aquellos Estados miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, administrativo o judicial, en el momento de la constitución, la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad, así como las modificaciones de estos documentos deberán constar en la escritura pública. Asimismo, el artículo 11, 2, de aquella Directiva establece que los únicos casos en los que podrá declararse la nulidad son: a) la falta de escritura de constitución o la inobservancia de las formalidades de control preventivo, o bien de la forma pública”.*²²

El Código de Comercio de 1884

no definía la forma de la emisión de voluntad y en su artículo 527 definía la sociedad estableciendo que “*Es sociedad anónima la que no tiene más nombre o razón social que el objeto de su institución, formándose el capital conexiones y encargándose su administración a mandatarios nombrados por los accionistas y movibles a su voluntad. Toda negociación lícita puede ser objeto de sociedades anónimas.*”²³ Debía elevarse a escritura pública, pero de ninguna manera establece quién contrata ni quiénes son quienes realizan el acuerdo, lo cual coincide con las tendencias a que antes nos hemos referido.

El Código de Comercio vigente tan sólo antes de que le fuera cercenada la sección de sociedades de comercio, describe a la misma como aquella que “*carece de razón social y se designa por la denominación particular del objeto de su empresa. En dicha sociedad los socios no son responsables sino por el importe de su acción.*”²⁴ Sin embargo, ya aparecen indicios de la emisión de voluntad en el acto de suscripción, ya que obliga a comparecer a los suscriptores de la sociedad y a suscribir la parte de capital que a cada uno corresponde, con lo que la emisión depende en el acto constitutivo de la suscripción y pago de las acciones, con lo que se crea la forma de emisión de voluntad al ser necesaria la comparecencia manifestando el acuerdo y la ratificación de esa suscripción, ya que ese acto sería inconcebible sin la correspondiente suscripción, de tal manera que no considero factible que una persona ocurra a fundar la sociedad sin que suscriba alguna acción.

Nuestra actual Ley de Sociedades

... salvo el caso de la oferta pública la proposición debe ser hecha específicamente a una persona, la que deberá aceptar formándose el contrato en el momento que el proponente reciba la aceptación.

²² Tapia Hermida Antonio. *De la constitución de la sociedad*. Revista de derecho privado. Madrid 1997

²³ Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos. Guadalajara, Tipografía del Gobierno a cargo de J. Guadalupe Montenegro hijo, 1884.

²⁴ Código de Comercio, México, Herrero Hermanos Editores, 1905.

Mercantiles designa en su artículo 7 al acuerdo societario como contrato social mantiene la antes dicha relación y al establecer el artículo 103 quiénes son los fundadores de una sociedad anónima establecen que lo serán quienes depositan y redactan el programa de constitución por suscripción pública o los otorgantes del contrato constitutivo y si complementamos esta última con la disposición establecida en la fracción II y III, se deberá establecer en el mismo el número de acciones suscritas, su naturaleza y valor, así como la forma y términos en que el suscriptor se obliga a pagar, de tal modo nuestra legislación establece que la voluntad de los socios en la sociedad en el acto asociativo se da al emitir la voluntad fundadora conjuntamente con el acto de suscripción, de tal manera podemos, incluso en un caso extremo, plantear la posibilidad de que la suscripción no se haga efectiva, con lo cual, en mi opinión, el acuerdo societario sería válido, pero si no se emite la voluntad constitutiva y no se hace la suscripción, el contrato no existirá.

Hay en el mundo de lo jurídico figuras que parecen hacer falta, contratos que no han sido planteados y por ello tampoco estudiados adecuadamente, producto de situaciones derivadas de aplicación negocial regional o particular; eso nos sucede con aquel contrato atípico e innominado que, por designarlo de algún modo, lo hemos nombrado como pacto intersocios, denominación por demás arbitraria, pero de utilidad para nosotros que intentamos penetrar en el universo de los contratos atípicos, pues puede servirnos para acreditar la posibilidad fáctica de su existencia, validez y utilidad negocial, Pero este podría designarse como pactos parasociales, como son designados por la doctrina española o pueden ser designados en su caso como

protocolos familiares en el supuesto de sociedades familiares.

Se dice que el descubrimiento del planeta Plutón fue realizado no por un astrónomo sino por un matemático que estudiaba los movimientos astrales; éste concluyó que ahí debería haber un planeta, lo que años después fue confirmado, visualmente, por un astrónomo. De esa misma forma siento un vacío en las normas y acuerdos que regulan las relaciones entre los accionistas de una sociedad mexicana, sobre todo si se trata de una sociedad anónima.

Decíamos que el problema es simplemente elegido para analizar si es posible solucionar situaciones o vacíos legales por la vía contractual. En este caso, lo derivamos del derecho societario, sin que el problema sea consecuencia, propiamente, de la existencia social o de conflictos entre ésta y sus socios, sino de problemas entre ellos mismos lo cual se encuentra formalmente fuera del derecho societario nacional y escasamente es estudiado. Más este es un problema que, como veremos, se da, y muy frecuentemente y este contrato puede ser una solución para resolverlos. Tendremos, por ello, que estudiar sus posibilidades relacionándolo con el mundo societario, si bien en forma muy general, y plantear algunos posibles escenarios donde demostraría su utilidad el contrato, mas como lo hemos analizado es con el acto generador de la sociedad.

Desde luego, no tratamos de una figura de nuestra invención Derechos como el Español regulan una figura similar en la ley de sociedades anónimas que en su artículo 10 establece *"Autonomía de la voluntad . En la escritura se podrán incluir además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios*

*configuradores de la sociedad anónima.*²⁵

Esta normativa establece también que puede haber pactos que se celebren entre los socios, mas estos no tendrán efectos sino entre los socios, no siendo oponibles a la sociedad, lo que me hace suponer en un primer momento que los primeros si pueden ser oponibles en contra de la sociedad. La segunda directiva comunitaria establece que entre las cuestiones que tienen que obligatoriamente que publicar, deberán publicar estos pactos.

Desde luego que los pactos tienen varias limitaciones, en primer término sólo podrán ser consentidos por los socios fundadores, como se deduce del texto, además el hecho de que el texto manifieste que los referidos acuerdos podrán pactarse *“siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima”* una sentencia del Tribunal Supremo que interpretando este artículo menciona que esto ha de ser entendido e interpretado en el sentido de que *“la permisión y consiguiente limite... habrán de tener validez no sólo para el pacto social fundacional que crea en derecho el ente societario, sino para las modificaciones que posteriormente se introduzcan a las modificaciones que posteriormente se introduzcan a los estatutos que rigen la vida de la sociedad, pues lo contrario implicaría la posibilidad de burlar dejando sin efecto el mandato legal.”*

Desde luego que las disposiciones estatutarias acordadas dentro del ámbito de la autonomía privada son vinculantes para los socios y universalmente para las que estén registradas en el registro mercantil español y la dirección de registro nacional de ese país ha establecido que el negocio constitutivo de la sociedad puede contener un convenio arbitral accesorio para la resolución de controversias derivadas de los pactos de carácter estrictamente

contractual, al que tan sólo quedarán sujetos los propios contratantes pero ante el futuro socio éste será ajeno a ese pacto, pero puede el convenio arbitral integrarse en los propios estatutos para la solución de controversias de carácter social en cuyo caso se independiza de la voluntad de los fundadores y pasa a ser una regla orgánica como puede ser las restricciones a la transmisión de acciones o la obligación de hacer prestaciones accesorias. Desde luego que esto implicará el registro de la normativa, más esto debe estar limitado ya que no cualquier pacto es susceptible de ser registrado y por ello tener validez contra terceros.

La descripción y estudio de este contrato tiene varios objetos, hemos analizado como, la voluntad expresada en diferentes formas es el factor fundamental en la creación del contrato, esa voluntad que como ya observamos puede desvanecerse o hacerse incandescente en el contrato y que estudiada bajo el aspecto de un contrato conocido pierde la fuerza reveladora de su poder ante el conocimiento del contrato en sí, es por eso que he elegido una problemática que creo puede ser solucionada por la vía contractual para que desconociendo los elementos del mismo brille más como elemento creador el consentimiento en él otorgado. Desde luego el caso es limitante, por haberse tratado de percibir en su forma más simple, pero posteriores análisis harán que pueda incluso perfeccionarse como operación válida en su tránsito de gestión creadora a contrato regulado.

Por efectos de orden tendremos que distinguir entre varias figuras, comenzando con la sociedad que es por

El derecho de asociarse está protegido al establecerse como derecho Constitucional por el artículo 9º que garantiza que no podrá coartarse el derecho de asociarse con cualquier objeto lícito y siendo lícita será factible la normativa que regule cierto tipo de asociaciones.

²⁵ Ley de Sociedades Anónimas (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Diciembre. Sistema Sociedades La Ley Madrid 2003.

ficción de la ley una persona distinta de quienes la construyen o de quienes tienen intereses con o contra ella, este cuerpo colegiado se obliga vía sus representantes legales designados por los órganos de existencia o de representación o por la propia ley, no constituye por tanto una representación de los socios, en la anónima, el socio es un acreedor de la sociedad, supongamos que alguien es propietario del cincuenta por ciento de las acciones de una sociedad anónima, él no podrá disponer de la mitad de bienes de esta, ni podrán ser embargados bienes de una sociedad por deudas del accionista, no es por ello un tipo de copropiedad, los socios entre sí no tienen relación y la transmisión del título- valor lleva consigo la disponibilidad (el caso de la prenda de acciones en la que no hay reserva de derechos corporativos) e incluso el accionista no puede, salvo en determinados casos, retirar su aportación es mas en ocasiones puede el colectivo poseído limitar la libre transmisión de las acciones del propietario de esta.

En segundo término tenemos el contrato de sociedad que es el cuerpo que por voluntad de terceros que dejan de ser la voluntad del ente que crean, forma a ese nuevo ser, de esta relación se pueden crear activos y pasivos entre las partes constituyentes del colectivo y sus partes constituyentes, pero si por ejemplo por relaciones comerciales diversas el ente llegase a constituirse, llegase a convertirse en acreedora o deudora de la sociedad por virtud de otro acto comercial, no constituye una relación fundacional, la que se daría por ejemplo en el caso de las acciones suscritas y no pagadas. Las anteriores formas se generan necesariamente por la relación contractual

que unos con otros tienen y podríamos denominarlos como relaciones empresa-accionista, así el accionista de la sociedad que no ha pagado completamente es, como decíamos acreedor de la sociedad al mismo tiempo que es deudor de la misma, no de los otros socios, de la sociedad misma, sin que pueda darse la confusión ni la compensaciones en las deudas, resulta tan independiente que es posible que una empresa se fusione por otra cuya característica sea propietaria de acciones de la fusionante.

Existe una tercera forma de relación que no se da entre la sociedad y sus socios sino entre los socios individualmente designados, relacionados tan sólo por la circunstancia de haber pagado aportaciones comunes, ignorando si entre ellos existió un acuerdo de voluntades, ¿tenemos acaso que considerar que con la voluntad expresada de ese modo y con la suscripción de las acciones existe un acuerdo total o varios acuerdos parciales?, cómo podemos entonces entender figuras como la suscripción pública donde los socios probablemente no lleguen a conocerse siquiera, lo que hay en realidad es un acuerdo, si se quiere un acuerdo singular. Lo cierto es que nadie regula las relaciones entre los socios y esa carencia de regulación nos puede llevar a graves crisis interpersonales que indirectamente dañen a la sociedad.

Podríamos, para concluir lo anterior y siguiendo el proyecto franco-italiano de las obligaciones, definir el contrato de sociedad como «...*aquél por el cual dos o mas personas convienen en contribuir, cada una con una propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común*».²⁶ De todas éstas, se ha hecho además la distinción entre sociedades de personas y sociedades de capitales, y su clasificación depende, fundamentalmente, si predomina en ellas el

²⁶ Acedo Mendoza, Manuel y Acedo de Lepervanche, Luisa. *La sociedad anónima*. Ediciones Schnell C. A., Caracas 1985.

elemento personal *afectio societatis*, o el elemento impersonal y pecuario que algunos autores han designado como *afectio pecuniae*. De hecho, ambas formas de afecto aparecen, con mayor o menor énfasis, en ambos tipos, llegando a soluciones mas o menos extremistas pues algunos autores y su opinión no compartimos, niegan que exista en las sociedades anónimas la *afectio societatis*, y uno de ellos, Messineo, hace el siguiente aserto: que «es ajeno a toda sociedad anónima»,²⁷ pero el autor italiano no expone las razones que lo asisten. Ya hemos expuesto las teorías de autores y legislaciones nacionales al respecto.

Más cuestionada o no la división hecha por los diferentes autores entre sociedades personales y de capitales, es una realidad, si no universal, si razonablemente extendida entre estos jurisconsultos, que la mayoría prefieren no definir cada uno de los tipos sociales, que por otro lado, parece que cada vez son menos utilizados y tan solo permanecen en una legislación sin ningún uso practico, tal vez la excepción sea la sociedad de responsabilidad limitada, la que ha renacido gracias a sus posibilidades derivadas fundamentalmente al tratado de doble tributación celebrado por nuestro país con Norteamérica, así se mantiene la sociedad anónima como la opción viva, sin importar que de hecho ya no sea anónima, siendo esta, la más utilizada y como consecuencia de ello la más estudiada, por tanto nos encontramos ante la sociedad capitalista por excelencia y por ello es de las que la doctrina establece que éstas no requieren teóricamente que sus socios tengan interés en quiénes son los otros socios, tan sólo que realice en la forma prevista, cuestión que no comparto en absoluto.

Lo cierto es que no existiendo en materia de emisión de voluntad societaria los actos puros, estos no se dan

en la realidad, no se emite ninguna de las dos posiciones de forma absolutamente aislada, de tal modo que a quien se asocie con *afectio societatis*, no le bastaran las cualidades personales del socio sino también su solvencia, cuando menos en los límites de su aportación, y a quien lo haga por *afectio pecuniae* además de la certeza en la solvencia del aportante le interesarán las cualidades personales del socio; es evidente que a pesar de que ambos pudieran haber hecho adecuadamente su aportación a nadie razonable le dará igual estar asociado con un creso de probada honorabilidad que con un maleante o con un hombre por honorable que sea venido en lo personal a la ruina económica, aunque no debieran trascender estas cuestiones en la vida de la sociedad donde son parte del capital, es claro que tendrán importancia; en relación con las obligaciones que adquiere el accionista con la sociedad y eventualmente con terceros por causa de ésta no tienen necesaria relación con la generación de la voluntad del otro socio, de tal manera que para que pueda considerarse que existe una relación entre dos socios de una sociedad anónima esta deberá darse como un acto de voluntad y no en vía de coincidencia porque ambos efectuaron una inversión común, así que tenemos que admitir que ambas afecciones generadoras de voluntad tendrán total importancia en las sociedades mercantiles.

Ciertamente existen causas que nos hacen considerar la necesidad de la existencia de certidumbre de que los socios mantengan además de sus obligaciones pecuniarias ciertos acuerdos que sobre el manejo de la misma se hagan, ya que, sobre todo en los actos

... en ese tiempo no
había una
catalogación
sistemática de los
sistemas societarios
e incluso había una
imprecisión en los
demás tipos
asociativos... no se
había producido una
total delimitación y de
alguna forma todas
derivaban de la
commenda.

²⁷ Messineo, Francisco. *Manual de derecho civil y comercial*, EJE, Buenos Aires 1979.

de administración en que la confianza es un factor fundamental, tal vez un poco menos en las grandes corporaciones, que no están exentas de desilusión en cuanto a conductas ilícitas de sus administradores, por recordar tan sólo alguno mencionaremos el caso Enron, donde los accionistas fueron villanamente traicionados por los oficiales y por los que tenían la obligación de vigilar y si esto sucede en las grandes corporaciones, qué podemos esperar de las medianas o de las pequeñas en las que la confianza personal y la aportación resultan de total importancia, trataremos por ello de revisar las causas del fenómeno cuyo análisis es necesario ya que de este concluiremos si existe o no necesidad de un contrato que solucione el problema y cómo éste puede darse..

Es de todos conocido que el empresario usual en nuestro entorno carece de educación societaria: las posiciones accionarias se convierten en campos pírricos de batallas de poder, y es que el hispano común no termina de asimilar la naturaleza del accionista, pues es fácil que se confunda con la propiedad absoluta. En esos casos es usual que al accionista mayoritario, aún en términos relativos, sea considerado, o incluso se conciba a sí mismo, como dueño del patrimonio social, y pretenda, con mucha frecuencia, disponer de bienes societarios como propios, de ahí que si se tienen socios, sean estos considerados no como propietarios de acciones de una sociedad, sino como copropietarios de los bienes de la empresa. Salvo en grandes corporaciones, en que el poder y los controles se ejercen de diversa manera y la concepción de la propiedad corporativa es múltiple, en la inmensa mayoría de sociedades anónimas se da que, de hecho, son unimembres —aunque formalmente sean varios accionistas de complacencia, por que

como sabemos nuestra legislación no permite este tipo de sociedades— o son en muchos casos entidades pertenecientes a dos o más accionistas que por lo general tienen una estrecha relación entre ellos, de tal modo que si alguno de éstos falta, por ejemplo, a causa de muerte, sería muy difícil para los antiguos socios aceptar sustituir la relación que tenían con el antiguo accionista —padre o esposo— con sus herederos —esposa o hijos—, y lo que era una buena relación se puede convertir en un conflicto de personas que no conocen pactos preacordados, nuevos socios que desconocen los marcos técnicos de la organización financiera, tales como quiénes serán responsables, en lo sucesivo, de su ingeniería, el proporcionar información técnica, estratégica o corporativa a satisfacción, es decir, prácticamente es volver a pactar la sociedad y es que es muy difícil, a ese nivel, una planeación a largo plazo, los ajustes se van dando al desarrollarse la relación, no podemos desconocer que en ocasiones, muchos procedimientos heterodoxos que sin ser ilegales no podrían ser entendidos pasado un tiempo, no es razonable acaso que ante la posibilidad de obtener una ventaja fiscal los socios hacen parecer situaciones inexistentes con tal de obtener esa ventaja, puede que ante la necesidad de créditos se haya simulado ingresos, independientemente de la corrección o incorrección de dichos actos, estos no afectan a los socios que están de acuerdo con ellos, por lo que visto de este punto de vista particular no se causa un daño. Pero debemos preguntarnos ¿cómo se calificarán esas “operaciones irregulares” al ser observada por un nuevo socio que desconoce los acuerdos? hay que acotar que estos actos no tienen que ser ni ilegales ni simulados, simplemente pensemos en presta-

mos no documentados pero reales, pensemos en los acuerdos muchos acuerdos no documentados acerca de los proyectos comunes o también podemos pensar que el tratar algún negocio con otra persona distinta de la habitual puede resultar embarazoso cambiar esa persona o si analizamos como la sociedad se creó por un acuerdo de voluntades, la substitución del socio sería como imponer una voluntad a otra. Ciertamente son estas algunas de las consideraciones que me hacen pensar la necesidad de un pacto del que tendremos que buscar su forma, si es que puede darse esta legalmente.

Uno de los problemas menos estudiados es cuál es la naturaleza de la relación del socio con la sociedad, con los terceros y con los otros socios y cuáles son los alcances de las decisiones de la asamblea, dado que la ley establece que las decisiones de las asambleas, dentro del límite de sus atribuciones son obligatorias para todos los accionistas aún ausentes y disidentes. Y esto tiene una profunda relación con las facultades que tiene la asamblea general y la validez de sus deliberaciones, lo cual establece que la voluntad de la asamblea no puede ser omnimoda, tal y como se desprende de varios numerales tales como el fijado en el artículo 17 que establece que no producirá ningún efecto legal excluir a un socio de las utilidades; o el 105 que limita la participación de los fundadores, de la misma manera no permite implícitamente que se fijen acciones de la misma clase a acciones iguales diferente valor o que no confieran iguales derechos como tampoco pueden conceder más de un voto por acción. De la misma manera deberán registrarse los propietarios de las acciones como la ley lo indica y no como la asamblea lo desee, tampoco podrá la asamblea conceder términos

más cortos para el ejercicio del derecho de preferencia en los casos de suscripción de acciones para aumento de capital, pero sería abundar demasiado en que la voluntad de la asamblea no es absoluta e incluso no puede anular sus propias determinaciones, tal y como se deriva de la sentencia aparecida bajo la voz *Sociedades Asambleas de las resoluciones tomadas en ellas no son susceptibles de ser anuladas por los propios accionistas, sino judicialmente*. Aceptar que las resoluciones tomadas en una asamblea de accionistas puedan ser anuladas sin mayor trámite, a través de la resolución que los propios accionistas tomen en una asamblea posterior, además de que vulnera la seguridad jurídica de tales actos, especialmente respecto a sus efectos frente a terceros, representa violar el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que prevé, como único medio de impugnar la validez de las resoluciones de las asambleas generales oposición judicial, y esto, siempre y cuando se cubran los requisitos para hacer valer tal oposición, señala el propio numeral de en cita. Amparo directo 6315/76. Valores de Inversión, S.A. 16 de agosto de 1978. 5 votos. Ponente: Salvador Mondragón Guerra. *Semanario Judicial de la Federación, séptima época, volúmenes 115-120. Cuarta parte. Julio-diciembre 1978. Tercera sala. Pág. 161.*

Desde luego que tomando en cuenta esta curiosa tesis jurisprudencial tenemos que preguntarnos si debemos interpretar cómo anular el revocar, ya que por certeza jurídica no deberán ser anuladas las resoluciones de la asamblea, por lo que tendremos que considerar si podrá la asamblea revocar sus propias determinaciones, o si se quiere ver así, modificar el rumbo de los acuerdos, dado que el artículo 178 de la ley de la materia habla de que la asamblea podrá acordar y ratificar

Las Sociedades Anónimas existen no solamente entre comerciantes y negociantes; hay también nobles, clérigos, militares, que entran en ellas, junto con aquellos, con la intención de hacer valer su dinero.

todos los actos y operaciones de ésta y ésta es la sociedad, lo que supone que al acordar o ratificar acuerda de modo indirecto y ratifica los actos realizados por los representantes, de ahí que ésta sea un órgano de expresión de la voluntad correctiva pero estoy conforme con Rodríguez en que ésta no puede caer sobre cualquier acto jurídico, sino precisamente de aquellos que sean competencia de la sociedad, en la exposición de motivos de la ley de la materia se establece con toda claridad queda establecido que la asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad, de tal manera que, dentro de sus facultades está acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la compañía, esto es, que puede expresar la voluntad social en materia de su competencia.

Lo anterior puede significar o que la asamblea es absolutamente soberana, lo que muchísimas personas creen o si por el contrario su validez está sujeta a que la decisión se encuentre circunscrita dentro de los límites que la escritura constitutiva o la ley hayan establecido para ella, que es lo que yo sostengo, pero aún así tiene límites; por ejemplo: si nosotros pensáramos en que una asamblea decreta un aumento de capital, éste tiene dos puntos de vista desde los cuales puede ser estudiada: uno el que establece el capital en la vida de la sociedad y cuya autonomía es plena por tanto, lícito que la asamblea decrete el aumento, lo que no resulta claro es que ese aumento obligue al accionista que no desea hacerlo ya que los derechos propios de los accionistas no se refieren a la naturaleza del título, y nadie puede obligarlo a realizar una aportación cuyo origen no es ni su voluntad ni la ley, únicas fuentes válidas de emisión de voluntad.

Sin embargo lo antes mencionado acerca de que la voluntad de la asamblea no puede sustituir la voluntad de ningún accionista y digo ninguno, una persona o entidad tenedora de una acción. Si bien un principio básico de la regulación interna de las sociedades anónimas lo constituye el de la adopción de acuerdos por conducto de la asamblea y la subsiguiente vinculación de los accionistas a los acuerdos ahí tomados, más la tajante afirmación que establece el artículo 200 acerca de la obligatoriedad de las asambleas, tiene en su mismo texto la excepción de la oposición que puede ser intentada por el 33% de accionistas no conformes con los acuerdos, lo anterior resulta importante para probar mi aserto respecto a las limitación de las capacidades de la asamblea ya que la oposición no se hará por que una minoría no esté conforme con la mayoría, lo que se cuestiona es si el acuerdo de mayoría se tomó de acuerdo al estatuto social, que recordémoslo es ley particular para los socios, o si el precitado acuerdo es contrario a una norma legal aplicable, Macedo comentando este artículo llega al extremo de establecer *“por otra parte, no debe interpretarse lo estipulado en el artículo en forma literal, ya que, independientemente del derecho de oposición que se reglamenta en los artículos siguientes, un solo accionista, representando una acción puede inconformarse con los acuerdos de las mayorías que contravengan preceptos que de manera expresa establecen nulidades; que contravengan disposiciones de orden público; de la Ley de Sociedades Mercantiles o los estatutos”*²⁸ Al respecto hay una tesis aparecida bajo el rubro Sociedades Anónimas legitimación activa de un socio para demandar la nulidad de Actas de Asamblea. *“En el caso en que una persona demande la nulidad de las actas de asamblea de una sociedad anónima por vicios en la convocatoria, ostentándose como socio de*

²⁸ Macedo Hernández José Héctor Ley General de Sociedades Mercantiles Cárdenas editor México 1997.

dicha persona moral por poseer acciones al portador, es necesario que exhiba éstas ante el Juez o bien el correspondiente certificado de depósito, para demostrar, de esa manera, que está legitimado activamente y que tiene interés jurídico en obtener una sentencia, dado que las acciones al portador, de conformidad con lo ordenado por el artículo 70 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito son títulos que se transmiten por simple tradición; por lo tanto, su tenencia material, y por ende su exhibición son necesarias para acreditar el derecho que se afirma tener respecto a la sociedad anónima. Amparo directo 6992/77. Fábrica San Luis, S.A. 25 de agosto de 1978. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.”²⁹

Existe también dentro de nuestra normativa societaria se da el caso de que en ciertos supuestos establecidos en el artículo 206 (cuando se cambie el objeto de la sociedad, cuando se cambie la nacionalidad de la misma y cuando se transforma esta) el socio inconforme que haya votado en contra de alguna de estas resoluciones y solicitarlo dentro de 15 días siguientes a la clausura de la asamblea, si se me disculpa una digresión que considero de interés, ya que este artículo requiere, a mi juicio, de algunos comentarios, el doctor Luis Muñoz al respecto manifiesta “Aunque a tenor de este artículo cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la sociedad, creemos que si la transformación de ésta impone mayores obligaciones a los socios, pueden retirarse no sólo los que votaron en contra, sino también los que no asistieron a la asamblea y, por tanto, no emitieron su voto, pues la voluntad privada de los socios no puede imprimir obligaciones a terceros.

Los socios que se separen tienen derecho al valor real de sus acciones, para obtener dicho valor es preciso dividir el capital contable, que es la diferen-

cia entre el activo y el pasivo, entre el número de acciones con lo que se obtiene el valor de cada acción. La expresión “reembolso de sus acciones, en proporción al activo social” es errónea. Para obtener, pues, el valor real de las acciones no sólo debe tenerse en cuenta el activo, sino también el pasivo.³⁰ No coincido con dicho autor en cuanto que los ausentes tienen también este derecho, lo que contradice la expresa condición de haber votado en contra, aunque coincido en cuanto a que el legislador se refiere al patrimonio social que se forma descontando del activo social el pasivo social de otra, de otra manera se pagaría la acción a un precio muy superior al real y el plazo de quince días para solicitar la separación no resulta claro si deberá hacerse ante la propia sociedad o ante la autoridad judicial y resulta un atípico sistema de reducción de capital que como consecuencia deberá decretarse.

Desde luego no encuentro yo tan claro el aserto de Macedo, acerca de los ausentes pero sin embargo me parece adecuado para probar el punto ya que el criterio de la libertad absoluta de la asamblea es un criterio que admite importantes excepciones o modalidades que obedecen al necesario respeto a las minorías, tienen una significación y un objetivo concreto y específico que hay que entender; ya que el fundamento exclusivo del voto individual radica en la alteración sustancial que el acuerdo conlleva para la posición jurídica del socio.

El problema de la relación de los accionistas consiste en que cuando menos en teoría no existe, que entre ellos no existe una relación obliga-

... de tal manera que
ni las
regulaciones
societarias que
contenía el Código
de Comercio, ni en
la Ley General de
Sociedades
Mercantiles
encontramos una
definición de
sociedad.

²⁹ Semanario judicial de la Federación, séptima época. Volúmenes 115-120, cuarta parte. Julio diciembre 1978. Tercera Sala. Pág. 161.

³⁰ Muñoz Luis Ley General de Sociedades Mercantiles. Editorial Manuel Porrúa. México 1972.

cional, que su relación entre ellos se da tan sólo circunstancialmente, tan sólo en lo que corresponde a la vida de la sociedad por lo que se derivan de las características de la acción y por ello las diferentes normativas no incluyen las relaciones entre los socios al tratarse en la sociedad anónima de una sociedad capitalistas en las que lo representativo se da por las relaciones de los tenedores de las acciones, en cuanto tenedores de acciones, como accionistas, no como personas; Rodríguez y Rodríguez establece que existe un estatus de socio, cuya importancia se refleja por la tenencia, una relación que se rompe si no se mantiene la tenencia-tenedor, ese estatus es definido por Dalmatello como el *“conjunto de deberes y de los derechos de las funciones y de los poderes que el socio tiene frente a un centro idealmente subjetizado”*³¹.

Por su parte Eneccerus, establece *“que la calidad de miembro de una corporación, constituye una situación jurídica, esto es, una posición de derechos y obligaciones”*³² sin que establezca cuáles son los derechos y obligaciones a que se refiere, sin embargo podemos deducirlos mas adelante cuando los estudiemos en particular.

Acorde a dicha situación nos encontraríamos con que los socios tienen derechos y obligaciones que podríamos separar en dos categorías: derechos y obligaciones administrativos que algunos han llamado derechos corporativos y por otra, derechos y obligaciones patrimoniales.

Entre los derechos administrativos se encuentran el derecho a administrar, el derecho de voto, el derecho de información y control, derecho de denuncia, el derecho a colaborar en la liquidación y el veto y como obligacio-

nes de la misma naturaleza: el deber de administrar y el deber genérico de libertad y lealtad, este último relativamente nuevo en nuestro concepto societario, pero que no resulta ser sino el principio de buena fe que deben regir todos los contratos, de tal modo debe entenderse éste como una prohibición de conductas dañinas o competenciales en su sentido reducido, esto es, no podemos concebir la figura del socio infiel, o sea que, realiza la misma actividad en una misma circunstancia, de ese deber derivan los deberes de no apropiarse de bienes o negocios de la asociación o la prohibición de usar fondos comunes para fines particulares.

Entre los derechos y obligaciones patrimoniales están el derecho al beneficio, al de la cuota de liquidación, al reembolso de los gastos y son obligaciones la de aportar y la de contribuir a las pérdidas y rigen la relación fundamentalmente entre el ente y sus accionistas (esto en mayor o menor grado, según la legislación que lo regule), pero no regula de ninguna forma las relaciones entre los socios.

De ahí que podamos concluir que el derecho al beneficio encarnado fundamentalmente en el Derecho al dividendo y a que sea éste repartido periódicamente y el del Derecho al voto constituyen los derechos fundamentales de los accionistas, no es el lugar para entrar a detallar esas clasificaciones en particular pero nos deben servir para conocer el poder del accionista.

La mejor justificación doctrinaria a la teoría de los derechos individuales de los accionistas, la encontramos en Ripert y Roblot, citados por Acedo que al respecto establecen: *“Es necesario dar a los derechos individuales del accionista un carácter político en el sentido amplio de la palabra. La creación de la sociedad anónima es una obra del Estado. Esta creación no puede*

³¹ Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Sociedades Mercantiles. Porrúa. México. 1947.

³² Ennecherus, Kipp y Woolf. Derecho Civil.

*tener por efecto permitir la violación de los derechos del accionista conforme al juego regular de las reglas jurídicas. El accionista que defiende su derecho concurre por esta defensa a la limitación de aquel poder; mantiene la construcción jurídica en su regularidad”.*³³

Sea cuál sea la teoría que adoptemos que sean derechos individuales de los accionistas o de las características de la acción, su tenedor tiene un conjunto de derechos básicos que no le pueden ser afectados por el ente social ni mutilados por deseo de la asamblea, así lo dispone el artículo 646, del Código Federal Suizo de las Obligaciones, que establece *“los accionistas no pueden ser privados sin su consentimiento de los derechos anejos a su cualidad de asociados. Siendo éstos aquellos que no dependen de las decisiones de la asamblea”*.

De tal modo pueden presentarse conflictos entre los socios, conflictos que en cierta forma son ajenos a la vida de la sociedad, pero aún siendo ajenos condenan y pueden determinar a la misma; tenemos que determinar si la problemática que estoy planteando es real y como ejemplo podríamos profundizar en muchos supuestos pero bástenos para entender el problema algunos supuestos, que si bien no son totales si pueden darnos una idea de la factibilidad de ésta como ejercicio. Como ejemplo podemos poner el hecho de que en una sociedad anónima para la cual se requieren en nuestro país de dos socios como mínimo (en España se necesitan tres), y que éstos se encuentren en alguna de éstas u otras posiciones y como efectos de conflicto: la muerte de un socio o del *fáctotum* de un grupo de ellos, un segundo supuesto sería que uno de los socios o los miembros que poseen un sector de las acciones cae en insolvencia o en otro negocio de su propiedad accionaria cae en quiebra, o un tercer supuesto

en que se descubre que el socio ha cometido un delito o pertenece a una organización criminal, así veamos estos tres supuestos que narramos:

a) Dos socios o grupos de socios con intereses permanentemente determinados a favor de cada uno de los grupos que tienen el control de las acciones, qué sucedería me pregunto si en el primer caso, uno de esos socios fallece, la respuesta es sencilla; pues sus herederos adquirirán la posición que tenía el de cujus accionista, hasta ahí no hay diferencia, pero si estos herederos quisieran cambiar el destino de la sociedad contra la opinión del socio superviviente provocarían o un impasse o un conflicto sin resolución, en este caso, los accionistas vivirán temerosos de conocer en manos de quién quedarán las acciones, cuando el socio propietario de éstas fallezca (hemos ya dicho como la voluntad de asociarse se dio en nuestra opinión no nada más por la aportación del otro socio, sino tomando en cuenta sus cualidades personales), por ello el fallecimiento y como consecuencia de éste el cambio de propietario de las acciones va a provocar que se vea frustrada una de las causas que generaron la sociedad. Esto desde luego en sociedades cerradas y cuyas acciones sean poseídas por dos personas o cuando menos dos grupos de accionistas que tengan el poder accionario suficiente que pueda tener como efecto que se pueda producir un impasse, lo cual dañaría la vida de la sociedad. Pero no es exclusivo en interés en las sociedades abiertas, aunque la solución que promovemos

... en mi opinión, si
no se emite la
voluntad
constitutiva y no se
hace la
suscripción, el
contrato no existirá.

³³ Manuel Acedo Mendoza y Luisa Teresa Acedo de Leperbanche. La Sociedad Anónima. Ediciones Schell C.A. 1985.

no serviría para ello, pero para dar un ejemplo podemos considerar si una empresa como Microsoft si no estuviera ahí Bill Gates, sería igualmente atractiva para invertir, no lo creo. Éste hecho es el que con más frecuencia acontece en nuestro país, a y b deciden asociarse y mediante un proceso lo hacen y aunque formalmente es una sociedad de capitales en realidad tiene una gran parte de relación personal, dos socios que tienen mucho tiempo trabajando sin problema llevan sus negocios con mucha facilidad si al morir uno quien herede las acciones pretende tener la misma convivialidad tendrá una dura tarea, ya que deberá empezar a tender puentes de credibilidad con el socio del de cujus, pero como puede desarrollarla, puede no hacerlo y eso produciría una crisis que puede perjudicar la operación de la empresa y desde luego su productividad. Simplemente y sin pensar en fallecimientos las acciones del socio pasan por cualquier medio legal a manos de otra entidad, y me refiero a una transmisión voluntaria en la que se corrieron todas las formalidades necesarias para la venta, el nuevo propietario de las acciones querrá resolver a su manera lo que él considera la problemática de la empresa, sin tomar en cuenta para ello que existen experiencias de la propia empresa, de las cuales no participa e incluso puede no querer participar.

b) Otro caso con los mismos supuestos de tenencia accionaria del punto anterior pero podrá darse en el caso de un accionista que tenga suficiente peso accionario en la sociedad debemos preguntarnos, qué sucedería si uno de los accionistas de importancia en un colectivo de este tipo, también fuese accionista de otra sociedad

que cayera en quiebra o insolvencia sin importar que se tratara otra empresa diversa a aquella en que se comparte posición accionaria. Teóricamente no debería suceder nada, las acciones han sido suscritas y las aportaciones han sido hechas y repito teóricamente en cuanto a las sociedades no vinculadas nada debía suceder, pero considere usted que el accionista de la entidad sana se dirige a solicitar un crédito para la empresa común, considero que inmediatamente los acreedores pensarán que estando una empresa “propiedad” de X persona tiene problemas económicos, todas “sus” empresas tendrán los mismos problemas, esto lo reitero sucederá, sin importar que racionalmente sepamos que aunque las acciones de dos compañías que no estén vinculadas financieramente entre si perteneciesen a las mismas personas los resultados y el valor de las empresas y acciones, lo mismo sucederá si una parte del grupo, aunque éste no exista formalmente o simplemente no exista, se pensará que si una empresa en que alguien tiene un problema las demás empresas donde este participe también estarán en problemas, creo yo que el socio que no tiene problemas o el administrador podrá explicar cuantas veces desee al banco donde solicite un crédito que las empresas no tienen nada que ver, sin embargo tendremos que reconocer que cuando menos la duda afectará las relaciones con proveedores o acreedores de la empresa que no tiene problema pero que indudablemente según mi criterio será afectada injustificadamente.

c) Una tercera situación, con los mismos supuestos accionarios que los puntos anteriores se daría cuando existente la sociedad, uno de los socios,

descubre que su socio se dedica a actividades ilícitas, o es detenido acusado de un delito económico o es un defraudador o cosa semejante, indudablemente que también esto afectará al socio e indirectamente a la empresa y con ello al socio que había elegido en ambos casos basado en la aportación y en las cualidades personales del socio se habrá convertido en un dolor de cabeza del otro socio tomando en cuenta que si hubiera conocido esa faceta no hubiera realizado la sociedad, pero es indudable que estos aspectos metasociales afectan la relación entre los socios.

Podríamos seguir dando casos particulares, pero podrán ser aquellos que cada quien pueda pensar y sobre todo, aquellos en que una relación societaria se modifique subsistiendo una relación entre los socios diversa de la original e indeseada, sin que se haya dado la voluntad del que podríamos llamar parte perjudicada. Si nos hemos convencido del problema tendremos que tratar de darle solución.

La primera solución en la que podríamos pensar para evitar el impasse y con ello el conflicto, sería considerar una separación vía escisión, lo que tendría poco sentido pues, por lo general, los entes comerciales o industriales valen más como unidad que separadamente, a mas de que de una unidad no se dan dos sino dos partes de uno, que para hacerlas funcionar tendrán que replantear todo el negocio y replantearlo desde la situación de cada uno, sumado lo anterior al hecho de, que como ha quedado establecido, el sentimiento de los socios tenderá más a la auto consideración como propietarios que como accionistas y hará que la separación sea cuando menos muy difícil.

Otra vía de solución lo sería la venta que ambas partes hagan del negocio a un tercero o que una de las

partes adquiriera el resto de las acciones, suponiendo idénticas porciones accionarias, para lo cual será necesario que una o ambas tengan la posibilidad económica de comprar la parte del otro y que éste estuviera dispuesto a venderlo, si se tienen los fondos y el deseo de hacerlo, más no es tan sencillo, será mas fácil si hablamos de un negocio con grandes utilidades pero pueden presentarse situaciones diversas, por ejemplo: la sociedad puede tener pérdidas, puede realizar operaciones generadas por la factibilidad fiscal y en general puede haber dificultades adicionales que harán que esa supuesta venta no sea tan sencilla, pero de alguna manera esto no impedirá la relación que idealmente pueda darse sino por que tendrá relación con la valoración de las partes sociales.

Pero aún así, ¿cuál es el valor de una empresa? Para conocerlo deberemos considerar que una compañía implica un cúmulo de recursos materiales, tecnológicos y humanos que, aunque no pertenecen como patrimonio propio a la empresa, sus capacidades le producirán utilidades, por no señalar los intangibles. Como podrá observarse es una labor sumamente compleja, sobre todo si se trata de empresas pequeñas, comunes en nuestro país, esto es, no insertas en el mercado de valores, lo que facilitaría, si no absolutamente, el conocimiento del valor de la sociedad.

Entre los bienes a cuantificar estarán la imagen e historia de la empresa, su administración, su personal, su capacidad potencial, proyectos y expectativas, el tipo de compañía a valorar, pues no será lo mismo someter a ese proceso a un club que a una entidad financiera.

Particular problemática tiene la valuación de una empresa con pérdidas; difícilmente aspirarán por ella, pero incuestionablemente tiene un valor al que habrá de llegarse para cualquier

... puede haber pactos que se celebren entre socios, más éstos no tendrán efectos sino entre los socios, no siendo oponibles a la sociedad.

arreglo intersocios pero aún más difícil si se trata de un comprador externo.

«Muy importante aceptar y reconocer que el acto de valuación de empresas contiene un altísimo grado de subjetividad de los evaluadores y las distintas partes interesadas en la valoración.

«La subjetividad estará implícita por el conjunto de activos y recursos tangibles o intangibles de una empresa.

«Aceptada la subjetividad, lo que se hace al valuarla es la aplicación de un conjunto de principios, premisas, criterios, parámetros, metodologías que permitan seguir un esquema técnico de valuación, el cual genera pautas informativas acerca del valor corporativo de la empresa».³⁴

Aunque no es motivo de este trabajo, debo manifestar que en mi investigación sólo he encontrado dos sistemas de valuación de empresas cerradas (no cotizadas en bolsa), y son uno estadounidense denominado sistema Delaware y el reseñado por el autor citado en el párrafo anterior.

Vista esa situación que se da en nuestro país, y en tanto se desarrolla una educación societaria, tendremos que pensar en vías alternas de un acuerdo entre socios cuyo entorno contractual puede ser modificado por causas ajenas a su voluntad, de casos particulares.

Como es evidente, la necesidad de un contrato que dé solución a ésta problemática es, a mi juicio muy claro, por lo que habremos ahora de considerar la forma en que deberá celebrarse, pues se trata de un contrato atípico, que no presupone consecuencias no pactadas expresamente, y para efectos probatorios sugerimos se haga por escrito y de preferencia crear los elementos para que si se dan los supuestos pueda

ejecutarse con la mayor facilidad posible, por ello si hemos concluido que el contrato es la forma de solucionar el problema tendremos que considerar si, tratándose de un pacto entre socios, la regulación deberá hacerse anexo o dentro del propio pacto social, o deberá constar en contrato diverso.

No entraremos, por no ser el lugar ni la materia a considerar, a la naturaleza jurídica del acto constitutivo de la sociedad. Para ello seguiremos nuestra legislación societaria y la correspondiente española de 1989. De ellas se desprenden dos grandes estadios, la constitución de la misma o celebración del contrato y el nacimiento de ésta con personalidad jurídica, dos momentos en que la creación, de lo que Welling, con cierto humor, ha denominado como «el misterio del nacimiento de una entidad corporativa»³⁵. Así, la sociedad nace en España, y en la forma usual en México, por la constitución ante notario público, pero el nacimiento de su personalidad jurídica se dará con la inscripción en el registro; de ese modo, en estos países, y con la salvedad mexicana de la constitución por suscripción pública que después trataremos, la constitución requiere comparecencia ante fedatario, no pueden ser recogidos en documento privado, como en Francia, cuando no hay aportación de inmuebles ni por documentación mediante sentencia como opera en el derecho teutón.

El caso de las sociedades irregulares es singular, pues esta situación puede darse por dos vías: la primera, que la constitución se haya recogido en documento privado, y la segunda, que no se haya registrado. La primera forma no está regulada en ninguno de los estatutos legales, pero quien así se constituye hace evidente su deseo de optar por la irregularidad; en el segundo caso, al no proceder al registro, se pone en

³⁴ Aguirre Mora, Octavio. *El manual de ingeniería financiera*, edición del autor, México 1997.

³⁵ Welling, B. *Corporate Law in Canada. The governing principles*. Toronto, 1989.

evidencia que se dejó de estar en la fase de formación o de constitución y ha querido estar sujeta al régimen previsto para la irregularidad.

El sistema de constitución por suscripción pública, aunque regulado legalmente, está en desuso y el autor de este trabajo no conoce ningún caso de este tipo. En España ha sido sustituida por la fundación con promoción de la suscripción pública, ambas resultan irrelevantes para nuestro estudio, ya que lo fundamental es cómo van a regularse las relaciones entre los socios en asuntos que no tengan que ver los asuntos societarios sino las normativas a que ya hemos hecho referencia acerca de la autonomía de la voluntad, es importante establecer que la normativa ibérica a diferencia de las nuestras tiene una etapa que la nuestra no contiene, así en tanto en México la sociedad no se considerara como existente ante terceros hasta que ésta se encuentre debidamente registrada, por tanto hasta que ello suceda la norma social será la irregularidad, en España hay un periodo al que la ley designa como sociedad en formación y que regula la existencia de ésta durante el periodo entre que se pacta y que llega a tener plena validez y no como en México en que en tanto no se registre será considerada como sociedad irregular.

Por ello debemos ver cuáles son las menciones absolutamente obligatorias que deben tener las sociedades anónimas, para vislumbrar si los acuerdos que hemos tratado se regulan o pueden ser regulados en los artículos 6 y 91 de la LGSM, y 9 de la LSA española, y los requisitos que deben contener son:

- a) Los nombres de los constituyentes (sólo en México).
- b) La denominación.
- c) El objeto social.
- d) El domicilio social.

e) El capital, sus variables, aportaciones y regulaciones, así como quienes las suscriben (dos en México y tres en España, como mínimo), cómo se pagarán las aportaciones y si en ella se pactaron privilegios para fundadores.

f) Su estructura y capacidades de los órganos de administrador, capacidades, sistemas de elección, las facultades de deliberación y las formas pactadas para el ejercicio del voto y, en su caso, restricciones para la circulación de las acciones, los nombramientos de administradores y comisarios, y los sistemas de aprobación de utilidades, fondos de reserva.

g) Las Bases de liquidación y disolución.

No encuentro dentro de estas normativas ninguna donde podamos poner el contrato del que hablamos, pero en su lugar nos encontramos con problemas ya que no cualquier pacto sería legítimo, ¿entonces cuáles pactos intersocios serán válidos? Tenemos presente la prohibición establecida por el artículo 198 de la LGSM relativo a la penalización con nulidad de los convenios que restrinjan la libertad de voto de los accionistas, pero esta nulidad sólo afecta al contrato donde se acordó, pero no en cuanto el acto que puede celebrarse; de tal modo, que se podrá demandar la nulidad del pacto a que se refiere este párrafo, pero, ¿qué sucederá si existiendo un contrato de ese tipo se ejerció el voto? ¿Será éste válido? No conozco disposición alguna que me lleve a pensar en que el voto fuera nulo, pues si se diera sería válido; probablemente, la nulidad del pacto provoque a favor de la inocente el pago de daños y perjuicios en conjunto con la declaratoria de nulidad, pero lo que es evidente es que el voto ejercido, bajo los términos de dicho pacto, será válido por no

... se ha hecho
además la
distinción entre
sociedades de
personas y
sociedades de
capitales, y su
clasificación depende,
fundamentalmente, si
predomina en ellas el
elemento personal, o
el elemento
impersonal.

haber disposición que así lo prohíba. ¿Podrá pactarse una venta obligatoria sujeta a condición? ¿Cuáles pueden ser estas condiciones?

En cuál de esos capítulos pondría usted un pacto entre socios; tal vez en las restricciones de circulación, pero el acuerdo no es restrictivo sino, por el contrario, de darse las condiciones se operaría la circulación y de no lograrse ésta se llegaría a un impasse entre los grupos de accionistas; además, si se pactara en el contrato social obligaría a todos los accionistas en el momento y en el futuro, sin importar si las causas que lo originaron subsisten o no.

Como se puede advertir, los acuerdos de socios que podrá contenerse en el cuerpo de la escritura constitutiva se refieren, en primer término, a las disposiciones para que el nuevo colectivo tenga vida propia como persona diferente que será; el resto regula las relaciones de esa nueva persona con sus accionistas, pero no cabe en ella la regulación entre los accionistas, salvo las restricciones de circulación que norma el artículo 130 LGSM y que son bastante relativas a mas de que el pacto establece que antes que limitar la circulación, es una forma de garantizar que si los supuestos se dan la transmisión pueda darse constituyendo en sí una autorización

Resulta claro para el suscrito que las regulaciones no deberán quedar incrustadas en la propia escritura, lo que significa que no pueden celebrarse. En España la legislación es más clara, pues el artículo 10 de la LSA establece lo siguiente: *«en la escritura se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios de la sociedad anónima»* (los subrayados son míos); y como se deriva del texto, se podrán poner los pactos y condiciones que no

rompan la configuración de la sociedad anónima, esto es, su estructura de sociedad capitalista, aunque sí podrán acordar situaciones tales como futuros aumentos de capital y ciertas restricciones a la circulación, situaciones en las que estaremos en desventaja en nuestra legislación en que esto no será lícito, así vemos como tanto en México como en España no pueden prevenirse cuestiones que contradigan los principios de la sociedad y es lógico esto porque dicha constitución tiene dos objetos diversos, una será regulatoria de la vida de la sociedad, de su nacimiento, vida y extinción y la otra tiene como objetivos fundamentales el regular conflictos personales de personas que accidentalmente se encuentran imbuidos en una relación, pero que su actuar, puede dañar indirectamente a la sociedad.

Una vez concluida la cuestión, considero más adecuado optar por un contrato separado, fundamentalmente por que los pactos que se celebran entre los socios sin relación con la vida de la sociedad ni de las relaciones de esta con los socios, sino relaciones de los socios y deberemos tener cuidado en verificar que los acuerdos tomados sean lícitos, posibles y exigibles a la contraparte.

Es por ello que debemos analizar otra posibilidad, la de hacerlo en un contrato innominado y atípico, dado que ninguno de los contratos conocidos posee contenidos obligacionales que den completa solución al asunto. Podrá, como parte del acuerdo, usarse uno o varios contratos típicos como partes de una más compleja negociación, recordando que el contrato deberá tener cuidado de no caer en las prohibiciones descritas en la ley, establecer en la forma más clara cuáles son los supuestos que generaran la forma de transmisiones pactada.

Para ejemplificarlo pongamos un sencillo caso a estudio. Recapitulemos.

Dos integrantes de una sociedad anónima tienen, cada uno, con el 50 por ciento de las acciones. Hasta ahora, las relaciones entre ellos han sido buenas, pero temen que se dé alguna de estas situaciones: a) que uno de ellos muera y por ello se haga imposible una relación igual de cordial con los herederos; b) que alguno de ellos o una empresa de la que sean accionistas en cierto porcentaje caiga en estado de concurso o estén colocados en situación de concurso personal, o, c) que caiga uno de ellos en prisión por delito intencional.

Las situaciones ficticias que planteamos pueden poseer el grado de complicación o de sencillez que la interrelación humana o la imaginación del abogado que lo redacte considere necesario, es por eso que el ejemplo que proponemos celebrar debe contener como todo contrato un acuerdo de voluntades que pueda solucionar la problemática planteada, antes de decidir si su temática valdría la pena insertarla en la escritura constitutiva, en otro documento societario o en un contrato sin relación con la vida social; así pues, tratemos de focalizar esas necesidades en cláusulas.

Pongamos un ejemplo que nos permita conocer cuales serían los elementos del mismo, para ello, tomaremos el problema básico que hemos planteado, escogiéndose como solución la venta entre ellos, desde luego debo hacer hincapié en que así como las situaciones son variables, también lo serán los supuestos y soluciones que se darán.

Volvemos al problema básico :

El señor A es propietario de 100 acciones comunes de la sociedad hipotética S.A., equivalentes al 50 por ciento del capital social de dicho colectivo.

El señor B es propietario de 100 acciones comunes de la sociedad hipotética S.A., equivalentes al 50 por ciento del capital social de dicho colectivo,

Ambos han llevado una sociedad ejemplar durante años, pero temen mutuamente que a la muerte de alguno sus herederos tengan ideas diversas a las del otro socio y pueda romperse la armonía, por lo que deciden, si ese hecho acontece ofrecer al otro en venta su parte accionaria en un precio que se fijará cuando se cumpla la condición, aquí nos encontramos el primer problema y es que no podemos hacer un contrato de promesa de venta, entre otras cosas por que no cumpliría lo establecido por el artículo 2246 del Código Civil (1837 del de Jalisco) que establece: *“Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo”* por esta tercera razón tenemos que desechar esta figura ya que es imposible establecer esa fecha con efectividad.

Podríamos pensar en un contrato de opción, atípico en el distrito federal y regulado, inadecuadamente a mi juicio, en Jalisco por el artículo 1839 de esa legislación que dice: *“Por la opción a contratar puede pactarse la celebración del contrato a un tiempo determinado o sobre un acontecimiento futuro e incierto.”* Entonces coincidirán conmigo en que es lícito otorgar una opción para que de acontecer algunos de los supuestos previstos quien tiene el derecho generado por la activación del supuesto, el optante, pueda decidir si ejercita ese derecho que lo haría propietario de las acciones si es que esa fue la opción que se eligió, narrado así tiene el encanto de la sencillez, pero por desgracia el procedimiento no resulta tan simple por varias razones, en primer término que el contrato lo podemos analizar desde el punto de vista de su celebración o de su ejecución.

En el primer caso tendremos que hacer un esfuerzo primigenio por considerar cuáles son los supuestos

**El contrato deberá
contener un capítulo
de antecedentes en
el cuál se
expongan cuales
sean las causas y los
alcances que desean
obtener con el
contrato que se
elabora.**

que generaran el derecho a adquirir las acciones, una de las dificultades que encontraremos será además de la anteriormente narrada el plantearnos que será un contrato que probablemente se ejecute años después de que se pacte, razón por la cual tendremos que crear las condiciones para que ciertas situaciones que pueden acontecer sean flexibles, ejemplo de ello es cuando se da la exigibilidad de la opción, desde luego que estableciendo la ley dos posibilidades para que nazca la posibilidad de ejercer la opción como son el fijar un tiempo determinado o sujetarlo a un acontecimiento futuro e incierto, creo que en nuestro caso tenemos que elegir el segundo supuesto, que simplemente hay que hacer notar que por elemental prudencia tenemos que establecer que aún cuando ese acontecimiento se haga actual y cierto, no sea un plazo fatal para el optante, mas bien el contrato deberá establecer que la llegada de esta situación sea el detonante de la actividad y no una fecha fija ya que de no hacerlo podría operar la caducidad de la que habla el artículo 1840 del Código Jalisciense que establece “*Caduca el derecho por el simple transcurso del tiempo o la verificación del acontecimiento futuro e incierto sin que se haga uso de la opción*” para nuestra fortuna la legislación aplicable en materia de obligaciones y contratos es el Código Civil Federal que como lo dijimos no regula el contrato de opción. Digamos que hay cuando menos dos sistemas de culminación, el norteamericano que establece que la opción podrá ser ejercida en cualquier momento hasta que la opción caduque, o el sistema

británico en que sólo podrá ejercerse al llegar la fecha por que se concedió o en cuanto el acontecimiento futuro e incierto se haga real y adquiera certeza. El Código de Jalisco opta por el sistema norteamericano. Para nuestro efecto elegiremos el segundo sistema, pero tendremos ante la falta de normativa detallarlo así, para poder establecer que cuando el suceso se actualice, deberá iniciarse la ejecución del procedimiento de transmisión de las acciones si es que el optante decide ejercer la opción, más eso lo estableceremos en su momento.

El Blacks law dictionary define la opción como “*el derecho de elección para ejercitar un privilegio. El contrato hecho como contraprestación para mantener una oferta abierta por un periodo determinado de tiempo. El derecho que funciona como una oferta continua dada como contraprestación, para comprar o rentar una propiedad en que han acordado precio y condiciones, dentro de un tiempo determinado... y el contrato de opción es una promesa en la cual se comprenden los elementos de formación del contrato y limita el poder del oferente para revocar la oferta.*”³⁶

Hay un par de sentencias dictadas en las cortes norteamericanas que pueden clarificarnos el concepto de la opción, la primera establece que “*una opción es un acuerdo que otorga al optante el poder de aceptar una oferta por un tiempo limitado*”³⁷ y la segunda “*una opción de compra o de venta no es un contrato de compra o de venta, como optante se tiene el derecho de aceptar o rechazar la oferta de acuerdo con sus términos sin estar ligado*”³⁸

Ossorio lo define como el “*contrato por virtud del cual el propietario de una cosa o derecho concede a otra persona, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad exclusiva de adquirirlo o de transferirlo a un tercero, obligándose a mantener, mientras tanto, lo ofrecido a su disposición en las condiciones pactadas.*”³⁹

De esa definición extraemos los

³⁶ Blacks Law Dictionary West publishing co. St. Paul Mn. 1990.

³⁷ Kelman v Bohi 27 Ariz. App.24,550 P. 2d, 671,675.

³⁸ Catmul v. Jonson, Utah, 541, P2d 793,795.

³⁹ Osorio Angel. *El contrato de opción*. Editorial Uteha. 1965.

siguientes elementos:

a). Es un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades para la celebración del pacto, cuyo objeto por lo general es la creación de consecuencias de derecho.

b). Por medio de éste, el propietario de un derecho o de una cosa concede a otra, en ciertas condiciones, el derecho de adquirirlo o transferirlo a una diferente (la concesión de ese derecho puede ser gratuita y onerosa); en el primer caso, no requiere de explicación, mas en el del contrato oneroso es necesario establecer que el pago no se hace por el bien que no es el objeto de la contratación, sino se realiza para que el propietario no disponga del bien de su propiedad -por esa limitación de su derecho y no por el bien se hace el pago-; ahora bien, este pago no es elemento existencial del contrato, por lo que siendo gratuito será igualmente válido.

Otro aspecto que podría cuestionarse es el siguiente: el hecho de que se pueda adquirir por el optante o por quien éste señale -lo que pudiera considerarse si fuese compraventa o promesa de venta como una práctica indebida, ya que ocultaría una transmisión de propiedad- evadiendo, por ejemplo, la imposición fiscal. Pero en materia de opción no es así: el optante no ha adquirido ningún bien o derecho por adquirir la opción, de tal modo que, en caso de señalar a un tercero, será una cesión de su derecho de opción y no de otro.

c). El tercer elemento será que el propietario deberá mantener las cosas o derechos tal y como se pacte, de tal modo que incluso pueden enajenarse por el propietario y hace conocer al adquirente el gravamen que pesa sobre el bien, pero si no se pacta deberá entenderse que su obligación

será inmovilizar el bien, esto es, mantenerlo en el estado en que se encontraba al otorgar la opción.

Ahora bien tener una opción a largo plazo no da garantías de seguridad jurídica, las acciones pueden para cuando el proceso que genere la posibilidad de ejercer la opción ya no estar disponibles y convertir en ilusoria la opción, por ello considero prudente fideicomitir las acciones, no podemos realizar un sólo fideicomiso por que incurriríamos (de afectarse todas las acciones) en la causal de disolución de la sociedad a mas de que lo único que lograríamos sería cambiar de escenario, de la asamblea al consejo técnico. Por ello, y para asegurar la ejecutividad se deberá además del contrato en que se creen las obligaciones comunes, se deberá crear como parte de la ejecución del mismo el fideicomiso a que nos hemos hecho referencia.

El contrato deberá contener un capítulo de antecedentes en el cual se expongan cuales sean las causas y los alcances que desean obtener con el contrato que se elabora, estableciendo desde luego como una de las obligaciones de este contrato la creación por cada uno de los comparecientes, éste debe de tener las siguientes características: ser un fideicomiso irrevocable, en el cual sean fideicomitidas las acciones, la actuación como accionistas permanecerá intocada pudiendo cada uno de los interesados (que serán fideicomitente y segundo fideicomisario) manejar las acciones con absoluta libertad y sin compromiso alguno.

La única obligación que deberá mantener clara e irrevocable el fideicomiso, será que, en caso de que acontezcan las condiciones fijadas en los supuestos que hemos mencionado y que deberán estar contenidos en los incisos del que podemos designar el contrato princi-

... podremos establecer que los elementos personales del contrato lo serán los propietarios de grupos de acciones.

pal, además deberá establecerse cual es la evidencia que deberá acreditar el primer fideicomitente al fiduciario para acreditar que la condición a la que se sujetó, por ejemplo, si era la muerte la evidencia será el acta de defunción, o la que corresponda según el caso.

Ahora supongamos que la situación planteada como generadora de la procedencia de la opción se da, pues el contrato y el propio fideicomiso deberán contener los tiempos, condiciones y requisitos para la ejecución del contrato; podríamos proponer como ejemplo algo como esto: enterado el optante de que la condición ha acontecido el primer fideicomisario, tendrá si le interesa ejercerla o cualquier interesado que ocurrir ante el fiduciario dándole aviso de que en los términos del contrato y del fideicomiso, se han dado las condiciones que hacen nacer la obligación de venderle, y acreditará en la forma que se señaló en los contratos, aunque bien podía quedar a criterio del fiduciario, que por lo general son bastante renuentes a este tipo de encargos o podría nombrarse un comité ex profeso para ello, consideremos que cuanto mas claro sea el planteamiento mejor será el resultado, en caso de no querer ejercerla o de que transcurra el tiempo sin que se manifieste en ningún sentido operará la caducidad de la opción.

Hemos establecido que la relación de la condición generadora la pactamos como la iniciadora de la opción y no su fecha de caducidad como en las opciones de tipo norteamericano, de ese modo, una vez aceptado por el fiduciario que la condición se dio, se dará al optante el plazo.

El fiduciario ordenará valorar las acciones lo que será conforme a los términos del mismo contrato.

Para los efectos de este contrato ambos otorgantes han tenido una re-

lación de respeto y cooperación como accionistas de la antes mencionada sociedad, y mantiene dicha entidad una posición privilegiada hacia bancos y proveedores, en cuanto a crédito y confianza, pero temen perder esa situación en caso de que se den los supuestos a, b y c antes descritos. Prima facie, podríamos pensar en una promesa de venta sujeta a condición suspensiva o un contrato de opción como ya lo establecimos.

El primer problema que enfrentaremos será la inmovilización de las acciones, dado que de mantener cada parte su tenencia accionaria podría venderla o enajenarla para cubrir otra obligación, lo que produciría que, cuando mucho, en caso de que se diera el supuesto y ya se hubiere traspasado, lo cual generaría el pago de daños y perjuicios.

Podríamos solucionar este problema de diversas maneras: a) creando un fideicomiso en el que ambos sujetos fideicomitan su porción accionaria, lo que nos colocaría en el supuesto de disolución previsto por la fracción IV del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana, pues habría un sólo accionista: el fiduciario; b) para no incurrir en esa situación podríamos hacer un fideicomiso para cada uno de los accionistas en el que afectarían el fideicomiso su porción accionaria con la instrucción de que el propósito del mismo sea garantizar que se cumpla la transmisión de las acciones, conforme un contrato anexo, ya que estos fideicomisos son unilaterales, pero puede darse que se constituyan en cumplimiento de un contrato bilateral, por tanto esta última fue la vía que optamos por el contrato, por lo demás la opción tan sólo inmovilizara la transmisión de las acciones, mas seguirá idéntico el manejo de los derechos económico y corporativos del fideicomitente

Una vez establecido el interés por

ejercer la opción y fijada por los contratos la forma, términos y valorador que deberán regir para llevar a cabo la valuación, el fiduciario procederá a la valuación de las acciones, una vez practicada ésta se hará saber al presunto comprador, cuáles son los plazos en que tendrá que cubrir el pago, mismos que deberán estar fijados en los contratos.

Lo anterior, porque es evidente que aunque se hayan fijado los parámetros de valuación se requerirá tiempo para que esta así como la que el adquiriente tenga los bienes ya que nadie va a tener disponibles de inmediato los dineros necesarios para el pago.

Deberemos ser muy cuidadosos para que, en ningún momento, pueda darse la inamovilidad, en virtud de que no puedan ser votadas las decisiones, pero si nosotros adoptamos este último sistema nos encontraríamos con que los accionistas son diversos de los administradores.

Cada fideicomiso podrá votar en forma autónoma dependiendo tan sólo del comité técnico de los fideicomitentes le dictare, por lo que durante su vigencia no se impedirá a ninguna de las partes ninguno de los derechos que tendría simplemente como accionista.

El precio se haría determinable en el momento de que aconteciera cualquiera de las siguientes hipótesis u otras que estuviesen pactadas:

- a) La muerte de uno de los fideicomitentes, y se tendría que hacer a favor del fideicomisario en un periodo que se fijaría por ambos a la constitución del fideicomiso.
- b) En el caso de que uno de los fideicomitentes fuese accionista en una porción mayor al 10 por ciento del capital social y esta empresa quebrara o se sujetase a suspensión de pagos;
- c) En el caso de que uno de los fideicomitentes sea declarado en estado de interdicción; y

d) Cualquier otro caso en que así lo consideren.

El contrato no podrá ser rescindido, sino previo el pago de la cantidad que, como indemnización, fije una parte de la otra. En la medida en que el fideicomiso se realiza como parte del cumplimiento del pacto intersocios, si por cualquier causa éste desapareciera se entenderá como rescindido el contrato con la obligación de cubrir la indemnización fijada.

Si el supuesto comprador ejercita el proceso de venta y no cumple, deberá cubrir a favor de la otra parte una cantidad que se pactará en el contrato y el fiduciario quedará relevado del cumplimiento de la obligación.

Por tanto podremos establecer que los elementos personales del contrato lo serán los propietarios de grupos de acciones.

El objeto del contrato será que no se transmitan esas acciones en perjuicio del otro socio; el contrato es gratuito, bilateral y condicional.

Como se ve el fideicomiso sólo se constituye en vías de cumplimiento del contrato, sin que este sea parte existencial del otro ya que la obligación principal será la venta condicionada de las acciones en determinados supuestos.

