

LOS DERECHOS MODIFICABLES E INMODIFICABLES DE LOS ACCIONISTAS

Por Mario BAUCHE GARCÍADIEGO

Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad Autónoma de Guadaluajara.

1. *Organización democrática de la sociedad anónima*

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

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

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

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

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

Este órgano de dirección general que constituye el consejo de administración, será a su vez controlado por otros representantes de los

accionistas, los *comisarios* designados también por la asamblea general de accionistas, y cuya misión será la de asegurar que la sociedad esté bien dirigida.

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

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

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

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

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

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

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

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

El propietario de la sociedad y de la empresa que la pone en actividad, es en efecto la masa de accionistas que tomará la carga de los riesgos de la empresa. Es también la masa de accionistas la que, por intermedio de sus representantes, nombrados por ella misma y que pueden ser en cualquier momento revocados por ella, ejerce la función de *dirección*.

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

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

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

II. *La percepción de dividendos*

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

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

La teoría de los "derechos individuales" de los accionistas ha surgido como una síntesis de dos tesis contradictorias: la que admitía la libre modificabilidad de los estatutos y la que reclamaba su más rígida inalterabilidad. Dentro de estos derechos individuales, consagrados

por la garantía, que Joaquín Rodríguez¹ llama "pasiva", porque no suponen la voluntad del socio sino que quedan establecidas en cuanto la ley determina tales exigencias, se encuentran precisamente el *derecho de percibir un dividendo*, que consagra en términos generales el artículo 17 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles que dice: "No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias".

Rodríguez indica que de los diversos *derechos patrimoniales* que corresponden al accionista de la sociedad anónima, el más importante es el derecho al *dividendo*.²

Lo define, en la sociedad anónima, como "el beneficio neto pagadero periódicamente a cada acción", de donde concluye que el derecho al dividendo es "el que tiene el titular de cada acción de participar en el beneficio periódicamente distribuido".³

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

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

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

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

Las sociedades anónimas por disposición de nuestra ley⁷ son *comerciantes* colectivos y al igual que los comerciantes individuales, tienden

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

² Rodríguez, *ob. cit.*, tomo I, p. 374.

³ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo I, p. 374.

⁴ Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho Mercantil*, cuarta edición, p. 95.

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

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

⁷ Código de Comercio artículo 3, fracción II.

a la obtención de utilidades, es decir, de *dividendos* para sus accionistas, por lo cual, es un *derecho patrimonial* de éstos que nuestra Ley consagra en su artículo 17 anteriormente transcrito.

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

En consecuencia, el reparto de utilidades, se hará como si no existiera el pacto que priva de ellas a alguno de los socios. Agrega Mantilla, que la mayoría de la doctrina sostiene que el pacto leonino anula a la sociedad, pues la ley no puede sustituir su voluntad a la de las partes, y cita¹⁰ a Houpin y Bosvieux, Lyon-Caen y Renault, Soprano y Vivante; Joaquín Rodríguez¹¹ comparte el criterio de Mantilla en el sentido de que el pacto leonino no invalida la escritura social, pero que no produce ningún efecto.

El hecho de que haya habido utilidades, para que los accionistas puedan obtener sus dividendos se desprenderá del balance que anualmente debe de practicar la sociedad anónima, y si el balance refleja fielmente la situación económica de la empresa, el accionista que obtuvo su parte en las utilidades no se verá obligado a devolverla, aunque posteriormente los ejercicios sociales se cierren con pérdida y llegue a producirse la insolvencia de la sociedad. Lo anterior, lo sostiene Mantilla¹² interpretando a *contrario sensu*, los artículos 19 y 21 de la Ley de Sociedades.

Joaquín Rodríguez¹³ nos dice que el derecho al dividendo, como derecho abstracto, consiste en el que tiene cada accionista de pedir que la asamblea general resuelva sobre la distribución del dividendo; es un derecho que se ejerce ante la asamblea; una vez aprobada por ésta la distribución, surge un derecho de *crédito* en favor del accionista frente a la sociedad.

Sin embargo, el accionista carece de derecho para pedir que las utilidades sean repartidas en forma de dividendos. El acuerdo de re-

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

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

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

¹¹ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo I, p. 49.

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

¹³ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo I, pp. 375 y 376.

partir utilidades es de la competencia única y exclusiva de la asamblea general ordinaria de accionistas que, en principio, procede con la más absoluta libertad, ya que puede resolver que se empleen en la formación de un fondo de reserva, o en nuevas inversiones.

Si en la escritura constitutiva se ha establecido la *repartición obligatoria* de utilidades, entonces estamos frente a un "derecho inmodificable" de los accionistas; pero si no previene nada a este respecto, nos dice Rodríguez que "la mayoría puede imponer a la minoría la acumulación de utilidades, sin reparto de éstas, año tras año. Los accionistas y la minoría carecen de acción para impugnar tales decisiones, ya que no hay en la actual legislación sobre sociedades, ningún precepto que permita impugnar las deliberaciones sociales, con fundamento en la simple alegación de *abuso o desvío de poder*".¹⁴

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

III. Los intereses constructivos

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

Nuestro legislador ha querido crear un incentivo para aquellos inversionistas que desean aportar sus capitales a nuevas sociedades y que podrían desilusionarse si se tratase de empresas que por determinadas circunstancias no pudiesen obtener utilidades durante los tres primeros años de actividades comerciales o industriales.

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

¹⁴ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo 1, p. 377.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵ Duroudier y Kühlewein, *La Loi Allemande sur les Sociétés par Actions*, Editorial Sirey, Paris, 1945, p. 61.

Joaquín Rodríguez,¹⁶ comentando esta materia, nos dice que la justificación de estos intereses constructivos es clara, cuando se trata de empresas cuyo periodo de planteamiento, preparación e inversión es amplio, de modo que conviene ofrecer esta compensación a los inversionistas, que tal vez rehuirían su participación ante la perspectiva de la improductividad de su inversión durante varios años.

Ahora bien, si en los estatutos se conviene en el pago de estos "intereses constructivos" a los accionistas, con intereses no mayores del nueve por ciento anual y por un periodo que no exceda de tres años contados desde la fecha de la emisión de las acciones, los accionistas tendrán un "*derecho inmodificable*". En efecto, en tal caso, no podrá la asamblea general de accionistas, no obstante sus poderes modificadores de los estatutos, suprimir este derecho. Se estará en el caso de un límite a la voluntad de la mayoría, ya que es una de las garantías —que Joaquín Rodríguez¹⁷ llama "pasivas"— que no suponen la voluntad del socio, sino que queda establecida en cuanto la ley determina tales exigencias.

IV. *Los bonos de fundador*

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

Esta participación no podrá cubrirse a los fundadores, sino después de haber pagado a los accionistas un dividendo del cinco por ciento sobre el valor exhibido de sus acciones. (Artículo 105.)

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

Duroudier y Kühlewein,¹⁸ nos dicen que las *partes de fundadores*, como se les llama en Francia a lo que nosotros conocemos como bonos de fundadores, se realizaron por primera vez por la Compañía del

¹⁶ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo I, p. 384.

¹⁷ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo I, p. 473.

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 24.

Canal de Suez y conferirían a sus titulares una parte en los beneficios anuales de la sociedad.

A diferencia del Derecho francés, nos dicen estos mismos autores, que la Ley alemana en su artículo diecinueve establece unas ventajas particulares que se conceden a los fundadores y las cuales deben de definirse en los estatutos, traduciéndose en un derecho personal de crédito del beneficiario en contra de la sociedad anónima. Agregan que los casos de aplicación más frecuentes del referido artículo diecinueve son constituidos por una participación privilegiada de los beneficios, o un contrato de entrega de mercancía, o bien un derecho de arrendamiento sobre los inmuebles de la sociedad. Sin embargo, está prohibido estipular como ventajas para los fundadores el otorgamiento de intereses fijos, así como la concesión de acciones gratuitas que se emitan como consecuencia de un aumento del capital.¹⁹

Las remuneraciones que se acuerden para los fundadores deben de mencionarse en los estatutos y el total de dichas remuneraciones debe ser amortizado en el curso del primer ejercicio social; estando prohibido amortizarlas en un periodo mayor. Los mismos autores²⁰ nos dicen que estas remuneraciones deben de distinguirse de las "partes de fundadores" del Derecho francés las cuales no están reglamentadas por la Ley alemana de Sociedades Anónimas.

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

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

Posteriormente, la Ley del 23 de enero de 1929 vino a reglamentar las partes de fundador en las sociedades francesas por acciones, con la peculiaridad de que las agrupó en masas que deliberan en asambleas y en las cuales las decisiones se imponen a la minoría. Por virtud del artículo 11 de esta última Ley, los representantes de la masa tienen el derecho de asistir a las asambleas de accionistas. Los derechos preferenciales de suscripción a los aumentos de capital que tenían anteriormente, fueron suprimidos por el artículo 28 de la Ley del 27 de mayo de 1955.

El legislador mexicano siguió la teoría francesa de que no participan

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

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

²¹ Dalsace, A., *Manuel des Sociétés Anonymes*, Editorial Dalloz. Paris, 1959, pp. 38 y 39.

nuestros "bonos de fundador", semejantes a las "partes de fundador" francesas, en el capital, pero sin embargo les negó la participación en la liquidación de la sociedad que sí estableció el legislador francés.

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

Como nos dice Joaquín Rodríguez,²² las acciones, además, entrañan el derecho de que se devuelva a sus titulares su importe, bien en el momento de la liquidación, bien antes, en los casos de amortización, o en aquellos en los que es posible el retiro. En cambio, los bonos de fundador sólo conceden una participación en las utilidades por un tiempo determinado, transcurrido el cual se extingue todo derecho, sin que haya devolución del capital, porque ello queda estricta y terminantemente prohibido por la ley. Tampoco considera Rodríguez²³ a los bonos de fundador como obligaciones, porque éstas suponen un crédito colectivo concedido a la sociedad, es decir una inversión de dinero que no se incorpora al capital sino que queda como parte del pasivo, y, además, es de la esencia de las obligaciones que sean amortizadas dentro de ciertos plazos. En cambio, los bonos del fundador no representan una aportación de capital que hayan hecho los fundadores, ni tienen que ser amortizados, ni pueden serlo, por lo cual no pueden asimilarse a las obligaciones. Agrega, que no son acciones ni son obligaciones, sino, sencillamente "títulos de contenido crediticio" que atribuyen una porción de los beneficios sociales dentro de ciertos máximos que la ley señala imperativamente.²⁴

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

Por lo tanto, continuando dentro del estudio que vengo haciendo sobre los derechos "modificables" e "inmodificables" de los accionistas, nos encontramos ante un derecho "inmodificable" de los accionistas, de que no se abonen dividendos a los fundadores hasta que los propios accionistas no hayan recibido un dividendo, equivalente al cinco por ciento

²² Rodríguez, *ob. cit.*, tomo I, p. 248.

²³ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo I, p. 249.

²⁴ Rodríguez, *ob. y loc. cit.*

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

V. Acciones de voto limitado

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

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

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

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

El gran doctrinista español Joaquín Garrigues nos dice: "Lo normal es que las acciones preferentes se creen con ocasión de un aumento de capital y precisamente para facilitar el éxito de la operación para estimular la influencia de nuevos capitales con el incentivo de un trato económico más favorable que el que reciben las acciones ordinarias. Las acciones preferentes en el Derecho español, pueden ser de contenido diverso, pero fundamentalmente la preferencia versa, o sobre el dividendo

(se abona en primer término un dividendo fijo a las acciones preferentes y el resto de los beneficios se divide entre las demás), o sobre la cuota de liquidación (se establece que las acciones preferentes recibirán cuota antes que las antiguas), o sobre ambas cosas a la vez.”²⁵

Atendiendo a esos dictados de la realidad, nos dice Garrigues²⁶ que la Nueva Ley Española (la de 1951), trata de la creación de acciones preferentes en el capítulo sobre el aumento del capital social por no ser frecuente que desde el origen de la sociedad los estatutos establezcan ya dos categorías de acciones con distintos derechos. Antes de esta Ley del 17 de julio de 1951, existía en España un debate entre los doctrinistas acerca de las facultades de la asamblea general para la creación de acciones y derechos preferentes, pero el Tribunal Superior por sentencia de 28 de marzo de 1936, resolvió que el acuerdo de una asamblea de convertir acciones comunes en acciones preferentes, no atacaba la médula del pacto social o sus bases esenciales, o los particularísimos derechos de los accionistas antiguos, inseparables de su cualidad de socios y sustraídos, por tanto, al poder deliberante de las juntas generales. La nueva Ley de 1951 admite expresamente la posibilidad de crear acciones preferentes en un doble supuesto: el de emisión de nuevas acciones de carácter preferente y el de transformación de acciones ordinarias en preferentes.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles en su mencionado artículo 113, específicamente establece la creación de acciones de “voto limitado”, al ordenar que éstas tendrán derecho a voto solamente en las asambleas extraordinarias de accionistas que se convoquen para: Prórroga de la duración, disolución anticipada, cambio de objeto, cambio de nacionalidad, transformación y fusión de la sociedad.

Por lo tanto, los tenedores de acciones de “voto limitado” no tendrán voto en las asambleas que se convoquen para conocer el aumento o disminución del capital social; de amortización de sus propias acciones; de emisión de acciones de goce; de bonos o de acciones privilegiadas; o en fin, para cualquiera otra modificación del contrato social.

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

²⁵ ²⁶ Garrigues y Uría. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid 2ª ed., tomo II, p. 241.

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

Ahora bien, como hemos visto antes, en el Derecho español, en el capítulo relativo al aumento del capital social se incluye el artículo 93 que establece que la junta general podrá acordar la *creación* de acciones preferentes o la *transformación* de acciones ordinarias en preferentes.

En nuestra legislación no existe ningún artículo similar, pero ante el silencio de la Ley mexicana, debemos remitirnos al espíritu del legislador al plasmar el artículo 113 que precisamente establece la *creación* de estas acciones de "voto limitado", e igualmente al poder modificador de los estatutos de que gozan las asambleas extraordinarias, conforme a lo dispuesto por los artículos 178, 182 fracción XI; y por último a la fracción VIII de este mismo precepto que permite la emisión de acciones privilegiadas.

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

Opino que no existe violación alguna de sus derechos, porque esos derechos no son "inmodificables", sino que son "modificables", es decir, pueden ser limitados por las mayorías calificadas, dentro de nuestro sistema jurídico de régimen de las sociedades anónimas, que es esencialmente democrático. Para demostrarlo, dedicaré el siguiente apartado.

VI. *Modificabilidad de los estatutos*

En el apartado anterior, al hablar de las acciones de "voto limitado", presenté el caso de una asamblea extraordinaria de accionistas de una sociedad anónima que toma el acuerdo de aumentar el capital social, con la particularidad de que la resolución adoptada establece la creación de acciones de "voto limitado" y la obligación de los accionistas de canjear sus acciones "comunes" anteriores por éstas, a su valor nominal que es el mismo para ambas especies, y la creación de nuevas acciones ordinarias que precisamente deberán ser suscritas en efectivo. En esta forma

las acciones anteriores “comunes” han sido transformadas en “preferentes”.

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

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

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

Dentro de este estudio en que vengo tratando sobre los derechos “inmodificables” y los “modificables” de los accionistas, demostraré que no ha habido violación sino únicamente limitación a los derechos, que sí pueden ser modificados.

Para ello, principiaré por referirme al poder modificador de los estatutos que tiene la asamblea general *extraordinaria*.

El tratadista francés Albert Bosvieux²⁷ nos dice que entre los contratos de sociedad, aquel que resulta de la formación de una sociedad por acciones presenta rasgos característicos que lo diferencian netamente de otros. Es un contrato, pero un contrato existente entre un número de personas limitadas solamente por el número de acciones que han sido creadas, un contrato en el cual las partes se ignoran generalmente, ni siquiera conocen, a menudo, quiénes son los fundadores de la sociedad, los redactores de los estatutos, y pueden dichas partes por la transmisión de sus títulos, romper en cualquier momento los lazos que les unen, ello sin siquiera ser oídos por sus coasociados, más aún, sin siquiera prevenirlos.

Nos continúa diciendo Bosvieux: “Bien que presentando una fisonomía que le es propia, la sociedad por acciones no es menos que, como toda sociedad, un contrato, contrato que debe ser ley común de todos aquellos que lo han aceptado. Pero, la sociedad es también una persona moral llamada a transformarse y a desarrollarse como todo ser viviente y que si debe su existencia a una convención, no puede ver subordinadas las diversas manifestaciones de su actividad al concurso de *todos* los contratantes. En aquello que la concierne, la regla de la unanimidad es necesariamente excepcional, y en principio, todas las decisiones que se refieran a su funcionamiento deberán ser decisiones colectivas, tomadas por

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

la mayoría. Es esta mayoría que se expresa en las asambleas de accionistas, en las cuales el papel se ejerce, de una parte en la constitución y la administración de la sociedad, y de otra parte, en las modificaciones al pacto social colectivo que se han encontrado necesarias hacer por las circunstancias, ya sea de orden económico o jurídico.”²⁸

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

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles se ha pronunciado también por la modificabilidad de los estatutos, al establecer el artículo 182, doce casos en los que la asamblea general extraordinaria de accionistas puede modificar las cláusulas estatutarias, siempre que se haga la convocatoria conforme a lo dispuesto por los artículos 186 y 187. Aún más, establece que pueden tomarse resoluciones sin necesidad de previa convocatoria, con tal de que en la Asamblea, en el momento de la votación, haya estado representada la totalidad de las acciones. (Artículo 188.)

Para la modificabilidad de los estatutos, se requiere una *mayoría* de votos de por lo menos la mitad del capital social, sea en primera o en segunda convocatoria, al tenor de lo ordenado por el artículo 191, en su parte final; y, el artículo 200 establece que las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias aún para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de la Ley.

El eminente comentarista de nuestro derecho mercantil, Joaquín Rodríguez, nos dice: “Para todas las colectividades es una norma básica la de que la *mayoría* pueda decidir el destino de la colectividad, dentro de ciertos límites, en virtud de la subordinación de los menos a los más. Este principio democrático es esencial para el funcionamiento de las sociedades mercantiles, si bien admite diversas variantes en su estructura. . . Las mayorías pueden ser *absolutas* y *relativas*. Se habla de *mayorías absolutas* cuando deben presentar, por lo menos, la mitad más uno del capital social. . . ; la mayoría es *relativa* cuando representa mayor número de adhesiones para una proposición, sin alcanzar la mitad más uno. . .”³⁰

Más adelante, nos dice: “En todo caso, debe tenerse presente que la mayoría no tiene facultades omnímodas, sino que los derechos de los terceros y los derechos *especiales* de los socios no pueden ser modificados

²⁸ Bosvieux, *ob. cit.*, pp. 3 y 4.

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

³⁰ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo I, p. 95

por un simple acuerdo de la mayoría. Las decisiones mayoritarias tomadas de acuerdo con las disposiciones de la Ley y de los estatutos *obligan* a los socios conformes y a los *disconformes*, a los presentes y a los ausentes, ya que sin este precepto la sociedad se desintegraría.”³¹

Por lo tanto, en el ejemplo que he puesto al principio, el acuerdo tomado por el voto favorable del 65% del capital social, en contra del voto de la minoría que representa el 35% de dicho capital, ha sido una resolución legalmente válida, que obliga aun a los minoritarios que se opusieran al aumento del capital, a la creación de acciones de “voto limitado” y a la transformación de sus anteriores acciones comunes por estas preferentes. Sin embargo, no los obliga a suscribir las nuevas *acciones ordinarias* del aumento, aunque sí gozan de sus derechos de preferencia para suscribirlas si es que desean hacerlo.

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

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

VII. *Transformación de acciones comunes en preferentes*

En los dos últimos apartados he puesto un caso de una asamblea general extraordinaria que toma el acuerdo, por voto favorable del 65% del capital social, de aumentar dicho capital, con la particularidad de que la resolución adoptada establece la obligación de los accionistas de canjear sus acciones anteriores “comunes” por estas preferentes, a su valor nominal que es el mismo para ambas especies, y la creación de nuevas ordinarias que precisamente deberán ser suscritas en efectivo. En esta forma las acciones anteriores “comunes” han sido transformadas en “preferentes”.

La “preferencia” de las acciones de voto limitado consiste en que éstas gozarán de un dividendo fijo del cinco por ciento, que deberá cubrírseles antes de que se asignen dividendos a las nuevas ordinarias y el

³¹ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo I, p. 96.

cual es acumulativo; así como las de voto limitado recibirán su cuota de liquidación antes que las nuevas.

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

No creo que prosperase su acción judicial de impugnación porque como ya he dicho en el apartado anterior, la resolución fue adoptada por una mayoría *aboluta* representada por voto favorable del 65%, es decir, de más de la mitad del capital social.

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

En efecto, conforme a la teoría de las "garantías" que el tratadista Joaquín Rodríguez³² llama "pasivas", nos encontramos con dos clases de derechos de los accionistas: los "*modificables*" que pueden modificarse o limitarse por acuerdo mayoritario, y los "*inmodificables*" que no pueden modificarse ni alterarse.

Dentro de estos últimos, tenemos en primer término el derecho a *peribir un dividendo* que establece el artículo 17 de la Ley. Como ya lo expliqué en el apartado III de este estudio, es un derecho "inmodificable", pero la Ley ha dejado a la asamblea que decida sobre la cuantía del mismo. En el caso que he puesto como ejemplo, no se ha violado este precepto, puesto que se ha asignado a las acciones de "voto limitado" un *dividendo* fijo del 5%, que se deberá cubrir antes de asignarse dividendos a las acciones comunes, por lo cual es *preferente*. Cuando en al-

³² Rodríguez, *ob. cit.*, tomo 1, p. 473.

gún ejercicio social no haya dividendos o sean inferiores a dicho *cinco por ciento*, se cubrirá éste en los años siguientes con la prelación indicada, por lo cual es *acumulativo*. En tal virtud, no se ha violado en perjuicio de los accionistas el artículo 17 que establece el derecho a percibir un dividendo.

Otro derecho inmodificable es el de que no se puede renunciar o suprimir el que se tiene a la *cuota de liquidación*. En este caso, tampoco se habría violado ese derecho, porque el artículo 113 específicamente establece que las acciones de "voto limitado" se reembolsarán antes que las ordinarias al hacerse la liquidación de la sociedad, por lo cual han sido llamadas "preferentes".

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

Por lo demás, el derecho a participar en las asambleas es derecho *limitable*, ya que el mismo artículo 113 establece en cuáles asambleas podrán participar, como ya lo he indicado antes.

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

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

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

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

Como lo indiqué en el apartado V que dediqué a las acciones preferentes de "voto limitado", el Tribunal Superior Español, por sentencia de 28 de marzo de 1936, resolvió que el acuerdo de una asamblea de convertir acciones comunes en acciones preferentes, no atacaba la *médula*

del pacto social o sus bases esenciales, o los particularísimos derechos de los accionistas antiguos, inseparables de su cualidad de socios y sustraídos, por tanto, al poder deliberante de las juntas generales. La nueva Ley española de Sociedades Anónimas del 17 de julio de 1951, siguiendo el criterio del Tribunal, ya plasmó en su artículo 93, la posibilidad de crear acciones preferentes en un doble supuesto: el de emisión de nuevas acciones de carácter preferente y el de transformación de acciones ordinarias en preferentes.

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

De todas maneras, para mayor claridad de nuestra Ley, convendría que al revisarse, se incluyera un artículo similar al 93 de la Ley española, para que de esta manera se sancionase en forma específica esta facultad de la asamblea general extraordinaria.

VIII. *Limitaciones a la venta de acciones*

En general, existe el derecho de todo accionista de una sociedad anónima de vender sus acciones a otra persona, en forma por completo libre. Este derecho tiene su base en el principio de la libre circulación de las acciones.

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

La Ley mexicana de sociedades mercantiles establece que las "acciones" de una sociedad anónima estarán representadas por "títulos" que servirán para acreditar y *transmitir* la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a valores "literales", en lo que sea compatible con su naturaleza y no esté modificado por dicha Ley.

En tal virtud, cabe aplicar a las acciones las disposiciones de la Ley General de Títulos de Crédito, aun cuando no sean verdaderos títulos de crédito, pues si bien es cierto que confieren a sus tenedores un derecho a cobrar dividendos, también es cierto que engendran una obligación

³³ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo I, p. 299.

de responder por las pérdidas de la sociedad, hasta el monto de la acción. Es por ello que los comentaristas de nuestro derecho las han llamado más propiamente "títulos valor", que títulos de "crédito".

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

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

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

Nuestra legislación exige que las sociedades lleven un Libro de Registro de Accionistas, cuando el capital social esté representado por acciones "nominativas" y además, que se inscriban en él todas las transmisiones. Más aún, para transmitir las, no basta el endoso de los títulos, sino que es necesario que el nuevo titular se apersona ante la sociedad y solicite que se haga el cambio respectivo en el libro. Es tan drástica esta disposición, que el artículo 129 establece que la sociedad considera como dueño de las acciones nominativas a quien aparezca inscrito como tal en el registro.

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

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

La característica esencial de estas acciones de "circulación restringida" estriba en la autorización que debe otorgar el Consejo de Administración para que se haga la transmisión de esta clase de acciones. El socio que

³⁴ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo 1, p. 299.

pretenda vender sus acciones, no tiene obligación de manifestar el nombre del comprador, sino solamente solicitar la autorización para venderlas. El Consejo no puede *vetar* al comprador, sino sólo sustituirlo. Si el Consejo no otorga su anuencia, deberá entonces designar a un comprador quien deberá pagarlas al precio corriente en el mercado.

Por lo tanto, dentro del estudio que vengo haciendo sobre los derechos de los socios, que no pueden modificarse ni alterarse, nos encontramos ahora con un derecho que sí puede *limitarse*. En efecto, el derecho a vender las acciones tiene limitaciones *legales*, al establecer nuestro legislador que las nominativas además de transmitirse por endoso, deberá anotarse la transmisión en el Libro de Registro de Accionistas; y limitaciones "convencionales", si los estatutos establecen que serán de "circulación restringida", es decir, que se necesite la autorización del Consejo de Administración para su venta.

IX. *Preferencia en la compra de nuevas acciones*

A. *Antecedentes Históricos*

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

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

A este derecho de OPCIÓN o de ADQUISICIÓN PREFERENTE, se le confunde con mucha frecuencia, con el "derecho del tanto", que consiste en la facultad de adquirir por el mismo precio que un extraño estuviese dispuesto a pagar, las *participaciones sociales* en otras sociedades distintas a la "anónima", como son las de "nombre colectivo" y las de "responsabilidad limitada", derechos que establecen los artículos 33 y 66 de dicha Ley.

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

Antiguamente no estaba consagrada como norma imperativa, sino que

era el resultado de la jurisprudencia de los tribunales, siendo una de ellas la de la Corte de Massachusetts en el año de 1807.

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

En Italia, el antiguo Código de Comercio de 1882 desconocía el derecho de preferencia, pero el nuevo Código Civil de 1942 se inspiró en el precepto alemán antes dicho reconociendo el derecho de opción, pero indicando que puede ser suprimido o limitado cuando las nuevas acciones van a ser pagadas en especie, por acuerdo de la asamblea, o cuando el "interés" de la sociedad lo exige y lo aprueba una mayoría "cualificada".

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

En España, fue hasta la Ley de 17 de julio de 1951 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas que se consagró el derecho de opción, al establecer el artículo 36 que "la acción confiere a su titular legítimo... el derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones" y el 92 que regula su ejercicio y establece que podrá ejercitarse "dentro del plazo que a este efecto les conceda la administración de la sociedad y que no será inferior a un mes".

³⁵ Dalsace A., *ob. cit.*, p. 33.

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

En México, el Código de Comercio de 1889 no estableció el derecho de preferencia de los accionistas en la sociedad "anónima", pero sí otorgó el "derecho del tanto" a los socios de la sociedad "en nombre colectivo", en su artículo 107. El de "preferencia" se había adoptado en los estatutos de algunas sociedades anónimas, pero no fue sino hasta la promulgación de la presente Ley General de Sociedades Mercantiles, en 1934, que se consagró este derecho de adquisición preferente de las nuevas acciones en caso de aumento del capital social.

B. Su vinculación al "status" de socio

De lo dicho arriba se desprende que existe una tendencia en el derecho extranjero a incorporar en preceptos legales este derecho de opción de los accionistas. Igualmente, existe una tendencia a evitar que la "mayoría" en una asamblea general de accionistas suprima o limite con carácter general este derecho de preferencia.

En Italia, por ejemplo, es un derecho "modificable" cuando las nuevas acciones van a ser pagadas en "especie", es decir, en bienes distintos del dinero. Igualmente, cuando el "interés" de la sociedad lo exige. A este respecto, Antonio Brunetti, nos dice: "El derecho de opción es un derecho propio del accionista. No quita su carácter individual la limitación establecida en el último párrafo del artículo 2,441, pudiendo ser *excluido* o *limitado* sólo con dos condiciones: que el interés de la sociedad lo exija y que la limitación o la exclusión resulte del mismo acuerdo de aumento del capital, aprobado por un número de socios que representen más de la mitad del capital social, aunque el acuerdo sea de asamblea de segunda convocatoria." ³⁷

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

³⁶ Garrigues y Uria, *ob. cit.*, tomo II, p. 235.

³⁷ Brunetti, Antonio. *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Editorial UTEHA, Argentina, Traducción de Solá Cañizares, tomo II, p. 538.

El sistema de la Ley es que cuando un precepto adopta la forma imperativa, pero en el mismo se indica que cabe estipulación o "pacto en contrario", se está a la validez de tal pacto o estipulación. Pero si el precepto nada dice del mencionado pacto o de la estipulación en contrario, la norma imperativa es de aplicación estricta y rígida. Si se contraviene, tiene como sanción la ineficacia del acuerdo adoptado.

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

Por ahora, trataré únicamente lo relativo al "status" de socio, dejando para más adelante la privación parcial de su participación en las reservas.

El mismo doctrinista Brunetti³⁸ nos dice que la acción no incorpora ni un derecho de crédito ni un derecho real, sino un "status" al que van unidos derechos de especial naturaleza y especiales obligaciones. Es este "status", concretamente, el que atribuye la propiedad de la acción. Mucho se ha discutido entre los tratadistas sobre esta materia, por lo que en oportunidad futura abordaré más ampliamente el tema; sin embargo, por ahora, para explicarlo brevemente, tomaré las palabras del doctrinista Gasperoni, quien nos dice: "El *status* es una relación, una situación jurídica que constituye, sintéticamente considerada, el supuesto de un conjunto de derechos, de facultades, de obligaciones que de ella derivan. Como el ciudadano (esto es, el individuo que está en relación con un determinado ordenamiento jurídico estatal y posee, por ello, un estado de ciudadanía) no es tal porque tenga determinados derechos y deberes, sino que tiene aquellos derechos y deberes porque es ciudadano, así también el socio no lo es porque ostenta un conjunto de derechos frente a la sociedad sino que, por lo contrario, ostenta una serie de derechos frente a la sociedad porque es socio."

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

De acuerdo con nuestra Ley, cuando los administradores sean tres o más, la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero, vinculándose también este derecho a nombrar un comisario. Para minorías que representen el

³⁸ *Ob. cit.*, tomo II, p. 525.

treinta y tres por ciento del capital, se les otorgan derechos de impugnar las resoluciones de la asamblea, de solicitar el aplazamiento y suspensión de la votación y de pedir que se hagan las convocatorias.

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

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

C. Su vinculación o la participación en las reservas

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

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

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

En efecto, los derechos del accionista sobre las "reservas" se hallan embebidos en su derecho a la "cuota de liquidación". Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles establece que cuando se disuelva la sociedad, se deberá liquidar a cada socio su "haber" social, contra la entrega de los títulos de las acciones (Artículo 248 de la Ley de Sociedades).

Ahora bien, las "reservas" como parte del patrimonio social, son

propiedad de la sociedad, es decir, no son propiedad de los socios individualmente considerados. Pero, aun cuando los accionistas no sean "dueños" de las reservas, la doctrina en general está de acuerdo en considerar que el derecho del socio a su "cuota de liquidación" es un derecho o "expectativa" que no puede ser suprimido por los órganos sociales, pero que adquiere su contenido efectivo y actual cuando la sociedad entra en liquidación. Según Joaquín Rodríguez,³⁹ es "un derecho sujeto a condición suspensiva" que se verifica con la disolución y liquidación de la sociedad.

El doctrinista Antonio Brunetti,⁴⁰ nos dice que a diferencia del derecho al dividendo, *el derecho a la cuota de liquidación*, está subordinado a la condición suspensiva de que al cerrar la liquidación de la sociedad exista un "activo" a repartir. El derecho a la cuota nace, pues, al verificarse esta condición, futura e incierta, de la existencia de un activo neto susceptible de ser repartido.

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

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

Con la admisión de nuevos socios, sin otorgar a los antiguos accionistas su derecho preferente a suscribir las nuevas acciones emitidas, por virtud del aumento del capital social, disminuiría la cuota de los referidos antiguos accionistas, que se verían despojados de una parte de su patrimonio.

³⁹ Rodríguez. *Ob. cit.*, tomo II, p. 175.

⁴⁰ Brunetti. *Ob. cit.*, tomo II, p. 538.

⁴¹ Brunetti. *Ob. y loc. cit.*

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

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

D. Casos especiales en que no funciona

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

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

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

Un tercer caso se da, cuando se acuerda la emisión de acciones para capitalizar obligaciones o deudas de la sociedad. No se excluye el derecho de preferencia porque el importe de las acciones suscritas por los antiguos accionistas servirá para pagar a los obligacionistas o deudores. Joaquín Rodríguez⁴² hace notar que esta posibilidad debe ser tenida muy en cuenta al establecer el convenio con los obligacionistas, o acreedores, previo el acuerdo de aumento de capital.

Como cuarto caso tenemos el de emisión de acciones por capitalización de reservas, o beneficios. Aquí se trata de un aumento de capital

⁴² Rodríguez. *Ob. cit.*, tomo II, p. 182.

puramente *contable*. Las nuevas acciones *no son suscritas materialmente* por los antiguos accionistas, sino que les son *atribuidas* necesariamente.

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

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

E. *Cuándo debe ejercitarse*

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

También he hablado de casos especiales en que no funciona o no opera dicha opción, porque no sea factible lógica y jurídicamente.

Ahora bien, ¿cuándo debe de ejercitarse ese derecho? El artículo 132 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles nos dice que "este derecho *deberá* ejercitarse dentro de los QUINCE días siguientes a la publicación, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la asamblea sobre el aumento del capital".

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

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

⁴³ Rodríguez. *Ob. cit.*, tomo II, p. 178.

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

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

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

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

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

Como se ve, tanto en Alemania, como en Francia, Italia y España, los respectivos legisladores han establecido plazos de quince días en los tres primeros y de un mes en el último, de *al menos* o que jamás sean "inferiores" a los términos indicados, por lo cual esos legisladores han dejado la puerta abierta para que sean ampliados por los estatutos, por las asambleas, o aun por la administración misma de la sociedad como sucede en España.

En cambio, el legislador mexicano ha plasmado en el artículo 132 mencionado, una "norma imperativa" al establecer que el derecho de preferencia "*deberá ejercitarse* dentro de los quince días siguientes..." Si nuestro legislador hubiese querido dejar la facultad a los fundadores, a la asamblea, o a los administradores, de ampliar este plazo, habría

⁴⁴ Brunetti. *Ob. cit.*, tomo II, p. 649.

⁴⁵ Código Civil Italiano, artículo 2441.

dicho: "deberá ejercitarse cuando menos dentro de los quince días...", o bien "deberá ejercitarse en un plazo que no podrá ser inferior a quince días..."

Pero, al no haber seguido el ejemplo de las legislaciones extranjeras, quiere decir que el legislador mexicano estableció un término FIJO de quince días y como se trata de un plazo ordenado por la Ley, no puede ser ni ampliado ni disminuido.

Creo que además de los razonamientos jurídicos antes indicados, la Ley mexicana tiende más a proteger el interés de las sociedades anónimas, es decir, el interés social, que siempre debe prevalecer sobre el interés individual de los accionistas. En efecto, existen razones de índole económica que apoyan mi tesis de que el plazo de 15 días no puede ampliarse y una de ellas es que si se ha acordado un aumento del capital social, no se puede dejar al arbitrio de los fundadores o de la asamblea, ni mucho menos de los administradores, el que se fije un plazo mayor, porque suponiendo que se fijase el de UN AÑO, podría venirse un desquiciamiento financiero de la sociedad. No sería posible dar tanto tiempo a los antiguos accionistas para que "pensasen" y se "decidiesen" a suscribir el nuevo capital, cuando pongamos por caso, la sociedad necesita con urgencia de esa inyección de dinero para no presentarse en quiebra, o para no disolverse si ha disminuido su capital al grado de que sea causa de disolución, o en fin, para contar simplemente con mayor capital de trabajo, etcétera.

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

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

Por lo tanto, difiero de la respetable opinión del tratadista Joaquín Rodríguez de que se trata de un plazo "mínimo" y de que "puede ampliarse por decisión estatutaria o de la asamblea" y aconsejo a los fundadores de sociedades anónimas o a los asambleístas, que no traten de ampliar este plazo fatal de quince días que otorga de manera imperativa nuestra Ley, porque tal ampliación, según mi opinión, sería nula.

F. *Quiénes la ejercitan y publicidad del aviso*

Como resumen de lo expuesto hasta ahora en este apartado, puedo decir que en las sociedades anónimas los accionistas gozan de un derecho

preferente e “inmodificable” para suscribir, en proporción al número de sus acciones, las nuevas acciones, que se emitan como resultado del acuerdo de aumento del capital social.

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

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

El problema surge en las sociedades anónimas cuyo capital social esté representado por acciones “nominativas”, es decir, a favor de determinada persona, cuyo nombre, nacionalidad y domicilio deben aparecer en el título. Nuestra Ley ha establecido que estas acciones se transmitan por medio del “endoso”, pero además, ha ordenado en el artículo 129 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que “la sociedad considerará como dueño de las acciones nominativas a quien aparezca inscrito como tal en el registro”. Este “registro” debe llevarse en un libro especial que se conoce como “Libro de Registro de Accionistas” y al cual se refiere el artículo 128.

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

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

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

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

Con la sola publicación en el “periódico oficial”, se corre el riesgo

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

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

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

Lo mismo acontece en México, pero el que la práctica haya impuesto la costumbre de publicar el aviso en alguno de los diarios de mayor circulación del domicilio de la sociedad, no quiere decir que siempre sea así, pues con sólo publicarlo en el Periódico Oficial —de escasa circulación— se cumple con el requisito legal, pero no por ello se le ha dado la publicidad deseada, tanto para que los accionistas hagan uso de su derecho de preferencia como para que el público suscriba el resto de las acciones, una vez ejercitado ese derecho por los socios antiguos.

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

X. *El Derecho de voto*

El problema central, en la organización de las sociedades anónimas, afecta a la formación de su voluntad, considerando que en el acto colectivo que entraña la declaración de la asamblea de accionistas —órgano supremo— se produce la confluencia de las declaraciones individuales de las personas físicas que las componen. No basta la convocatoria y la

⁴⁶ Brunetti. *Ob. cit.*, tomo II, p. 649 (nota 14).

comunicación de las materias a tratar en las asambleas; es preciso que la reunión de los accionistas se verifique del modo exigido por la Ley, esto es, que intervenga un número mínimo de personas, sin el cual no existe acuerdo eficaz.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles establece que para que una asamblea *ordinaria* se considere legalmente reunida, deberá estar representada, por lo menos, la mitad del capital social, y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por *mayoría* de los votos presentes.⁴⁷ Si la asamblea no pudiese celebrarse el día señalado para su reunión, se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia y en la junta se resolverá sobre los asuntos indicados en el orden del día, cualquiera que sea el número de acciones representadas.⁴⁸

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

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

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

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

Como indiqué antes, el derecho que tiene todo accionista al "dividendo" es un derecho "patrimonial" que consiste en que cada uno tiene la facultad de pedir a la asamblea que resuelva sobre la distribución de dividendos y una vez aprobada, surge un derecho de crédito

⁴⁷ Artículo 189.

⁴⁸ Artículo 191.

⁴⁹ Artículo 190.

⁵⁰ Artículo 191. segunda parte.

en favor del accionista, que es "inmodificable". Lo mismo sucede si en la escritura constitutiva se ha establecido la *repartición obligatoria* de utilidades.

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

La doctrina ha insistido en el carácter del derecho de voto como *función*, en el sentido de que no se atribuye, tanto en interés *privado* del accionista, como en interés *colectivo* de la sociedad. Estamos frente a un derecho del accionista que es "insuprimible" pero sí *limitable*.

En efecto, el artículo 113 de nuestra Ley establece que en el contrato social, ya sea al constituirse la sociedad o por reformas posteriores, podrá pactarse que una parte de las acciones tenga derecho de voto *solamente* en las asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar sobre la prórroga de la duración, disolución anticipada, cambio de objeto y de nacionalidad, transformación y fusión. Por lo tanto, en estas asambleas el derecho es "insuprimible", pero puede limitarse a las asambleas ordinarias y a las extraordinarias que no sean convocadas para conocer alguno de esos asuntos.

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

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

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

Este caso es muy frecuente y como no existe ninguna disposición de la Ley que autorice a la sociedad a hacer una investigación acerca de si se trata del auténtico dueño de las acciones o de un simple "prestanombre", debo estimar, con Joaquín Rodríguez,⁵¹ que en virtud de la función legitimadora de la posesión de las acciones al portador, la presencia del "prestanombre" es legal.

El propio Rodríguez⁵² hace la salvedad de que si se trata de ocultar la reducción del número de socios a menos de cinco, que es el mínimo

⁵¹ Rodríguez. *Ob. cit.*, tomo I, p. 397.

⁵² Rodríguez. *Ob. cit. y loc. cit.*

establecido por nuestra legislación, entonces cualquier interesado podría alegar la existencia de esa situación para provocar la disolución de la sociedad. Sin embargo, opino que sería muy difícil comprobar el hecho, porque aunque se tratase de un "prestanombre" indigente, no existe disposición legal alguna que prohíba a los accionistas obsequiar sus acciones a quienes les venga en gana y como la posesión otorga la titularidad de las acciones al portador, quien las presentase sería su legítimo tenedor.

XI. *El acreedor prendario no tiene derecho de voto*

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

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

En Italia, nos dice el doctrinista Antonio Brunetti,⁵³ que la Ley ha resuelto una gran discrepancia que se producía en la Jurisprudencia respecto del derecho de voto correspondiente a las acciones dadas en prenda, ya que el artículo 2,352 del nuevo Código Civil, dice que, en el caso de pignoración sobre las acciones, el derecho de voto corresponde, salvo convención contraria, al *acreedor pignoraticio*.

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

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

⁵³ Brunetti. *Ob. cit.* Tomo II, p. 187.

⁵⁴ Brunetti. *Ob. cit. y loc. cit.*

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

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

"Estos derechos inherentes al 'título-valor' que puede y debe ejercitar el acreedor prendario son los que tienen un *contenido económico* directo, como son los de cobrarlo judicial o extrajudicialmente si se trata de una letra de cambio o de un pagaré; pero no comprende el derecho de voto y demás similares, si se trata de acciones de sociedades mercantiles que han sido dadas en garantía."⁵⁷

En efecto, el derecho de voto no es de contenido económico *directo*, sino indirecto si por su ejercicio se acuerda la distribución de dividendos y la cuantía de los mismos, pero primordialmente es un derecho de "consecución", en cuanto no tiene contenido patrimonial alguno y sólo atribuye facultades para garantizar al socio una intervención en la sociedad, que, en definitiva, se traduzca en la debida obtención del dividendo, como lo expliqué en el apartado anterior.

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

⁵⁵ Código Civil para el Distrito Federal y Territorios, artículo 2856.

⁵⁶ Código de Comercio. Artículo 605 abrogado por el artículo 3º transitorio de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

⁵⁷ Bauche Garcíadiego, Mario. *Endosos Especiales de Documentos a los Bancos*. "Foro de México". número marzo y abril de 1962, p. 163.

tanto, no siendo "socio" el acreedor prendario, no podrá votar en las asambleas.

El problema se presenta cuando las acciones son al "portador", pues en tal caso la prenda se constituye con la entrega material al acreedor de los títulos respectivos y como quien los tenga en su poder se considera que es el auténtico dueño, no habría manera de impedir al acreedor el derecho de voto en una asamblea, si su legítimo titular no puede demostrar que las ha entregado en prenda.

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

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

XII. *El fiduciario si tiene derecho de voto*

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

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

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

⁵⁸ Rodríguez. *Ob. cit.*, tomo I, pp. 417 y 418.

El fideicomiso es un negocio jurídico que se encuentra reglamentado por nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual no lo define, para evitar al casuismo, pero sí establece su naturaleza jurídica y de su análisis Cervantes Ahumada⁵⁹ nos lo define como: “Un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado.”

Octavio A. Hernández⁶⁰ nos dice que: “Fideicomitente es persona que crea el fideicomiso, para cuyo efecto destina bienes o derechos a un fin lícito cuya realización encomienda a la fiduciaria”, y agrega: “Fiduciaria es institución de crédito legalmente autorizada para practicar operaciones fiduciarias, titular de los derechos sobre el objeto del fideicomiso durante la vigencia de éste.”

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, cabe preguntar si el fideicomitente podrá reservarse el derecho de voto de las acciones fideicometidas, inclinándome por la

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

⁶⁰ Hernández, Octavio A. *Derecho Bancario Mexicano*, tomo II, pp. 251 y 254.

negativa. Para ello me fundo en la diferente naturaleza entre la prenda y el fideicomiso, pues en la primera el deudor conserva la titularidad sobre las acciones dadas en garantía, es decir, no salen de su patrimonio y solamente están afectadas a garantizar el cumplimiento de una obligación; mientras que en el fideicomiso, las acciones sí salen de la esfera patrimonial de su dueño para entrar a la del banco, por una ficción de la Ley, como bienes "fideicometidos", formando un patrimonio autónomo, que es distinto del patrimonio de la fiduciaria.

Como se trata de un acto —en el fideicomiso— que transmite el dominio, aunque sea a título provisional y temporal (ya que una vez cumplido el fin del fideicomiso pueden volver las acciones al socio dueño de ellas), durante todo el tiempo que subsista, pierde el fideicomitente su derecho de voto.

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

XII. *Cada acción da derecho a un voto*

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

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

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

El italiano Ravá⁶¹ dice que no es fácil determinar dónde y cuándo con exactitud tuvieron origen las acciones de voto plúrimo pero ya en 1897 Mori⁶² habla de las acciones de pluralidad.

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

⁶² Citado por Rodríguez. *Ob. cit.*, tomo I, p. 399, nota 40, segundo párrafo.

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

Fue por ello, que aun los propios gobiernos recomendasen la introducción del "voto plural".

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

Brunetti⁶³ nos dice que "el sistema sólo servía para crear peligrosas plutocracias, para favorecer las infeudaciones, dando paso a unos pocos privilegiados a procurarse un seguro predominio administrativo. Por eso —agrega—, aunque si *de jure conditio* se podían aprobar, por razones de conveniencia se sugería su abolición".

Dentro de la reacción en contra de las acciones de "voto plural", vemos que en Francia, por la Ley del 13 de noviembre de 1933, se reglamenta el derecho de voto en las asambleas de accionistas de las sociedades por acciones, y en su artículo 1º se establece que "en las asambleas de accionistas, el derecho de voto adherido a las acciones es obligatoriamente proporcional a la cantidad del capital social suscrito que ellas representen...". Sin embargo, subsiste el "voto doble", conferido a los propietarios de acciones nominativas liberadas desde su origen y de aquellas cuyo titular es el mismo desde más de dos años, si los estatutos lo deciden así.

En Alemania, la Ley Sobre las Sociedades por Acciones, de 1937, en su artículo 12 fracción II, dice: "El voto plural no está admitido. El ministro de economía, de acuerdo con el ministro de justicia y con los otros ministros interesados, puede admitir excepciones si el interés de la sociedad o de la economía general lo exige." Por su parte el artículo 114, dice: "Toda acción da el derecho de voto..."

En Italia, el nuevo Código Civil de 1942, en su artículo 2,351 establece que "toda acción atribuye el derecho de voto", en su primer

⁶³ Brunetti. *Ob. cit.*, tomo II, p. 149.

párrafo; y, en el tercero, ordena que “no pueden emitirse acciones con voto plural”.

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

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

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

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

Podría producirse la concesión de “voto plural”, indirectamente, si se emitiesen acciones de valor desigual con igual voto, por ejemplo, acciones de cinco pesos y de quinientos pesos, cada una con un voto.

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

XIV. *Garantías activas neutrales*

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

Al lado de estas *garantías pasivas*, establece la Ley las que Joaquín Rodríguez⁶⁴ llama *garantías activas*, en las que la voluntad del inte-

⁶⁴ Rodríguez, *ob. cit.*, tomo 1, p. 474.

resado es decisiva para poner en marcha el mecanismo de protección. Unas veces la garantía *activa* se concede a un grupo mayoritario, otras veces a un grupo minoritario y en fin, en algunas ocasiones a un solo socio. Según el papel que desempeña la voluntad mayoritaria individual, el propio tratadista las clasifica en derechos *neutrales*, derechos *ofensivos* y derechos *defensivos*.

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

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

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

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

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

Opino que esta disposición contenida en el artículo 185 es muy infeliz, porque el consejo de administración no tiene personalidad jurídica, como órgano colegiado, y por lo tanto carece de legitimación

⁶⁵ Artículo 168.

procesal para comparecer al juicio incidental ordenado por la Ley. El legislador español fue más eficiente, al establecer en caso similar, que el traslado de la petición se les haga a los *administradores*. En esta forma, ya sea que exista un administrador único, o que los administradores formen un consejo de administración, a todos y cada uno de ellos se les correrá el traslado de la solicitud hecha al Juez y ellos sí tienen capacidad para comparecer al juicio como personas físicas e igualmente tendrán legitimación procesal en su carácter de administradores.⁶⁶

La misma garantía activa neutral se la otorga nuestra Ley a la minoría que represente por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social, con la salvedad que este derecho podrá ser ejercitado *en cualquier tiempo*, sin las taxativas que impone a un solo accionista consistentes en la falta de asambleas durante dos ejercicios o de falta de discusión del balance y de nombramiento de administradores y comisarios.⁶⁷

De estos dos mismos preceptos legales se desprende la garantía activa neutral de inclusión de determinados asuntos que en el orden del día, como derecho minoritario del 33% en el artículo 184 y de derecho de un solo accionista en el 185.

Por último, en este grupo de las "neutrales" se incluye el derecho de *información* que consiste en la facultad que tienen los accionistas de examinar los libros y documentos relacionados con los objetos de la asamblea general ordinaria de accionistas, quince días antes de su celebración y el de estar debidamente informados de los asuntos a tratar en las asambleas, pues si una minoría del 33% presente no se considera suficientemente informada, puede solicitar por una sola vez que se aplaze la votación del asunto para dentro de tres días.⁶⁸

XV. *Garantías activas defensivas*

Siguiendo la clasificación que ha hecho el tratadista Joaquín Rodríguez, en el apartado anterior hablé sobre las *garantías activas*, en las que la voluntad del interesado es decisiva para poner en marcha el mecanismo de protección en las sociedades anónimas, y en especial me referí a las "neutrales".

Ahora voy a tratar sobre las *garantías activas defensivas*, que existen

⁶⁶ Bauche Garcíadiego, Mario. Artículos "El Consejo de Administración no tiene personalidad jurídica", Diario "El Informador", enero 8, 16 y 24 de 1963, Guadalajara, Jal.

⁶⁷ Artículo 184.

⁶⁸ Artículo 199.

en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, encontrándonos con el primer derecho que establece el artículo 195 respecto de que para modificar los derechos de una categoría de accionistas se requiere el consentimiento previo de éstos.

El mismo precepto nos habla de *asambleas especiales* en estos casos y por la remisión que hace a otros artículos, establece que se deberán reunir en el domicilio social bajo pena de nulidad, salvo caso fortuito o de fuerza mayor. El que deben celebrarse en el domicilio social no quiere decir que por fuerza se celebren en el domicilio en donde la sociedad anónima mantenga sus oficinas, ya que por domicilio social nuestra Ley entiende únicamente la ciudad o pueblo en donde se haya especificado en los estatutos que tendrá su domicilio. Por lo tanto, puede celebrarse en lugar distinto de aquel en donde están ubicadas sus oficinas y las asambleas serán absolutamente válidas, siempre que se efectúen en la misma ciudad o pueblo.

Además, las convocatorias deberán ser hechas por el administrador único, por el consejo de administración o por los comisarios.⁶⁹ Existe la facultad para los accionistas que representen un 33% del capital, de pedir la convocatoria para tratar los asuntos que indiquen en su petición.⁷⁰

Serán siempre asambleas extraordinarias, porque por su propia naturaleza suponen acuerdos que van a modificar los derechos de una categoría especial de accionistas, y por lo tanto, modificación de los estatutos.⁷¹ En tal virtud, rigen para ellas los quórumes de asistencia y de votación que la Ley establece para las extraordinarias.⁷²

Como *segunda* garantía activa "defensiva" tenemos la que establece el artículo 113 en su último párrafo, respecto de que los tenedores de acciones de "voto limitado" tendrán los mismos derechos de las minorías para oponerse a las decisiones de las asambleas y para revisar el balance y los libros de la sociedad.

La *tercera* garantía "defensiva" es la que establece el artículo 206 respecto del derecho de separación. Este derecho lo tiene cualquier accionista que haya votado en contra de una resolución de la asamblea por la que se haya cambiado la nacionalidad o el objeto de ella, o bien, se haya acordado su transformación.

En cualquiera de estos tres casos, pero sólo en ellos, nuestra Ley le concede al accionista que haya votado en contra de dichos acuerdos, el derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance apro-

⁶⁹ Artículo 183.

⁷⁰ Artículo 184.

⁷¹ Artículo 182, fracción xi.

⁷² Artículo 190.

bado, siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea.

Por último, la *cuarta* garantía activa defensiva consiste en la facultad de pedir la suspensión de una decisión de la asamblea.⁷³

Esta facultad solamente se la otorga nuestra Ley a los accionistas que reúnan el treinta y tres por ciento de las acciones representadas en una asamblea. Si consideran que no están suficientemente informados de algún asunto sujeto a discusión, podrán pedir que se aplaze la votación para dentro de tres días, transcurridos los cuales se reanudará la asamblea y se tomará la votación. Este derecho no podrá ejercitarse sino una sola vez para el mismo asunto.

Considero que esta garantía de "información" y de suspensión, únicamente prolonga las asambleas innecesariamente, cuando los accionistas minoritarios pretextando no estar suficientemente informados, hacen uso de ella para pedir el aplazamiento de la votación.

En efecto, supongamos que se trata de aumentar el capital social y la minoría del 33% se opone a que se tome ese acuerdo. Pretextando no estar suficientemente informada sobre el asunto, podrá pedir que se aplaze la votación para dentro de tres días, pero una vez reanudada la asamblea, quiéralo o no esa minoría, se aumentará el capital si la mayoría del otro 67% lo aprueba. Supongamos que se incluyen tres asuntos en el orden del día y la misma minoría se opone; sucederá exactamente lo mismo con la suspensión que soliciten y la asamblea se celebrará en tres fechas distintas, pero el resultado será el mismo, porque dentro de nuestro sistema democrático de las sociedades anónimas, invariablemente se impondrá la mayoría. Lo único que se logró fue prolongar una asamblea con el resultado que ya era de esperarse, de que informada o no la minoría, la mayoría adoptó el acuerdo o los acuerdos que juzgó beneficiosos para la sociedad.

XVI. *Garantías activas ofensivas*

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles establece como derechos "ofensivos" de los accionistas de una sociedad anónima, todos los relativos al *control* en su más amplio sentido, que comprenden el de examinar el balance con sus anexos y el dictamen de los comisarios, durante el plazo de quince días anteriores a la fecha de la celebración de la asamblea general ordinaria de accionistas.⁷⁴

De igual manera, se incluye el derecho de discutir, aprobar o modi-

⁷³ Artículo 199.

⁷⁴ Artículo 175.

ficar el balance, en la asamblea, después de haber oído el informe de los comisarios.⁷⁵

Tenemos también como garantía activa ofensiva de cualquier accionista, el de *denunciar* por escrito a los comisarios los hechos que estime irregulares en la administración.⁷⁶

La minoría de accionistas que represente un veinticinco por ciento del capital social tendrá la facultad de nombrar cuando menos un consejero, siempre que los administradores sean tres o más, y en el contrato social se podrá determinar que la minoría sea menor del 25%, así como el número de consejeros que pueda nombrar. El artículo 144 agrega que, sólo podrá revocarse el nombramiento del administrador o administradores designados por las minorías cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás administradores.

Otra de las garantías activas ofensivas es la que otorga nuestra Ley a los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, por lo menos, para ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes; y que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados.⁷⁷

Todo lo dicho respecto del nombramiento de administradores y de ejercicio de la acción de responsabilidad contra ellos, es aplicable también al nombramiento de comisarios y a ejercitar la misma acción en contra de éstos, por las minorías indicadas antes.⁷⁸

Por último, nos habla la Ley de la garantía de impugnación de los acuerdos sociales, al establecer que los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

1. Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de clausura de la asamblea.
2. Que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o que hayan dado su voto en contra de la resolución.
3. Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de la violación.

⁷⁵ Artículo 181, fracción 1.

⁷⁶ Artículo 167.

⁷⁷ Artículo 163.

⁷⁸ Artículo 171.

Agrega el artículo 201 que no podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios.

XVII. *Derechos modificables e inmodificables*

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

Agregué que esto no quiere decir que las "mayorías" sean omnímodas para tomar toda clase de resoluciones, porque existen límites a la voluntad de la mayoría cuando se vulneran las garantías de los accionistas al violarse determinados derechos que no pueden modificarse ni alterarse y que por lo tanto son "*inmodificables*".

Al lado de esos derechos, existen otros que sí pueden modificarse o limitarse por acuerdo mayoritario, y que he llamado derechos "*modificables*".

En los apartados anteriores que he dedicado a analizar los derechos de los accionistas, nos hemos encontrado con ambas clases de derechos por lo que ahora, al dar fin a este estudio he querido hacer un resumen de cuáles derechos pueden ser modificados por la voluntad de la mayoría y cuáles no pueden ser modificados ni limitados.

El derecho a percibir un dividendo es "*inmodificable*" en cuanto que la asamblea no puede acordar la distribución de dividendos con exclusión de uno o de algunos de los socios, ni puede hacer participar las acciones en proporción distinta a su valor desembolsado, o en cuantía desigual.⁷⁹

Si en los estatutos se conviene en el pago de "intereses constructivos" a los accionistas, con tipo no mayor del nueve por ciento anual y por un periodo que no exceda de tres años contados desde la fecha de emisión de las acciones, los accionistas tendrán un derecho "*inmodificable*".⁸⁰

De igual manera, los accionistas gozan de un derecho "*inmodificable*" de que no se abonen dividendos a los fundadores hasta que los propios accionistas no hayan recibido un dividendo equivalente al cinco por ciento del valor exhibido de su acción.⁸¹

⁷⁹ Apartado II de este trabajo.

⁸⁰ Apartado III de este trabajo.

⁸¹ Apartado IV de este trabajo.

El derecho de voto es "limitable",⁸² pero insuprimible para las asambleas extraordinarias en las que se trate sobre la prórroga de la duración de la sociedad, de su disolución anticipada, del cambio de su objeto o de su nacionalidad, así como de su transformación o fusión con otra.

El derecho a vender las acciones de que sea titular un socio, es "limitable"⁸³ y el de preferencia en la compra de nuevas acciones que emita la sociedad es "inmodificable",⁸⁴ aunque existen algunos casos especiales en que no funciona.⁸⁵

El derecho de examinar, discutir, y aprobar el balance, es "limitable", pero los de información, oposición y separación son "inmodificables".

En general, siguiendo la opinión de la doctrina, se puede decir que son

Derechos inmodificables

a) Todos los que concede la Ley a los accionistas, sin más límite que el que resulta de las propias disposiciones legales, al establecer normas permisivas.

b) Todos los que han sido conferidos a alguno o algunos de los accionistas por un acto convencional, es decir, por un acuerdo de los fundadores o de las asambleas, sin más límite que el que los accionistas afectados por la posible modificación o supresión de un derecho accedan a ello, en la forma prevista en el artículo 195 por lo que se refiere a las diversas categorías de accionistas.

En cambio, se puede decir que son

Derechos modificables

a) Los que según nuestra propia Ley General de Sociedades Mercantiles pueden tener diverso alcance, cuando así se dispone en los estatutos.

b) Los que los estatutos libremente, sin ser un simple reflejo de una norma imperativa, conceden a todos los accionistas.

⁸² Apartados v, vi y vii de este trabajo.

⁸³ Apartado viii de este trabajo.

⁸⁴ Apartado ix, A, B y C de este trabajo.

⁸⁵ Apartado ix, D de este trabajo.