

LA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO INSTRUMENTO DE TENDENCIAS ECONÓMICAS Y POLÍTICAS

WALTER FRISCH PHILIPP

SUMARIO: I. Las interrelaciones entre los hechos y las normas legales, en lo general. II. La sociedad anónima como posible factor económico y político. III. Las características económicas con sus expresiones en el cuerpo legal, en relación con la sociedad anónima.

1. LAS INTERRELACIONES ENTRE LOS HECHOS Y LAS NORMAS LEGALES, EN LO GENERAL

El contenido de las leyes es la conducta humana (Kelsen, *Teoría pura*, 2ª ed., p. 32). Hechos y omisiones sucedidos con referencia a la misma motivan, por lo tanto, la creación de nuevos preceptos.

Un ejemplo muy expresivo y directo para esto, es el incendio del llamado *Ringtheater* en Viena, sucedido el día 8 de diciembre de 1881 en ocasión de una función de la ópera *Los cuentos de Hoffmann*, de Offenbach, que fue una de las más grandes catástrofes de este tipo, si no es que ha sido el máximo mismo en la historia de teatros.

Las causas técnicas de su extensión fueron la falta de una cortina de fierro que hubiera existido en forma adicional a la de la tela, para separar los espacios del auditorio y de la escena, para que en los casos de incendio originado en la escena, como lo fue en el siniestro de Viena a través de una vela encendida y caída, no se extienda el incendio al auditorio.

La segunda causa técnica consistió en el hecho que las puertas del teatro hacia la calle pública *no* se abrieron a la misma, sino solamente al interior del teatro, de modo que el público no pudo salir para haberse salvado, las personas traseras empujaron en tal grado a las delanteras que éstas cayeron ante las puertas cerradas al piso y se amontonaron los cuerpos así yacidos al piso

hasta el grado de que sus grandes masas impidieron la apertura de tales puertas y el público quedó condenado a su muerte en las flamas encerrado en éstas.

Es informativo para el lector mexicano que en Europa no solamente se crearon obras inmortales de la cultura sino además sucedieron aberraciones, como muestran los *Libros Diarios de Cosima Wagner*, tomo II, prólogo, p. 23, en la edición efectuada y comentada por Martin Gregor-Dellin y Dietrich Mack según lo cual Richard Wagner no sintió misericordia alguna en relación con el siniestro mencionado y, según él, *todos los muertos debían haber sido judíos*.

Estos hechos motivaron las siguientes leyes: La del 16.2.1883 sobre el procedimiento de la declaración de muerte y de la prueba de muerte, *Diario Oficial* núm. 20, leyes técnicas protectoras contra incendios en teatros de 15.12.1882, *Diario Oficial* núm. 68/1882, Austria Inferior al Río Enns, para Bohemia la Ley de 17.3.1887, *Diario Oficial* núm. 27, la Ley para Trieste de 13.3.1889, *Diario Oficial* núm. 10/1890, y para Laibach el Reglamento de 26.11.1892, *Diario Oficial* núm. 20.

Ofrecimos el ejemplo anterior para mostrar el caso de una *motivación* que se causa por los hechos para la creación de nuevas leyes.

Pero, por la otra parte, del *ser no se puede deducir un deber, es decir, de los hechos normas algunas* (Kelsen, *El problema de la justicia, La doctrina del Derecho natural*, p. 409, en la 2ª ed. de su *Teoría Pura*).

Con esto entramos en el concepto del fundamento de la *obligatoriedad de normas legales* que es *distinto de la motivación* anterior. Dicho *fundamento solamente puede ser la vigencia de otra norma, que figurativamente se denomina como norma superior en relación con una norma inferior* (Kelsen, *Teoría Pura*, p. 196).

El problema de la justicia del contenido de normas legales y su nivel y calidad jurídicos, no pertenecen a una *Teoría General y Pura* que se limita al Derecho positivo como realidad del Derecho, por una parte, pero por la otra tiene dicha justicia *importancia decisiva para la política del Derecho* que se aplique en la creación del contenido de leyes, es decir, sus fines expresados en el mismo, como dice Kelsen en el Prólogo de la 2ª ed. mencionada.

Con lo anterior nos distinguimos de aquéllos quienes buscan en los hechos *una fuerza normativa*, que para nosotros es una *motivación* para actividades legislativas futuras, según el ejemplo referido.

Por último, con las atribuciones *económicas y políticas* de las tendencias del legislador, se dirige en la primera al carácter de la sociedad anónima como *sociedad mercantil* (Art. 1º, parte inicial, LSM) y con la segunda a la inmanente actividad del legislador, de hacer *política*.

II. LA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO POSIBLE FACTOR ECONÓMICO Y POLÍTICO

En México, la sociedad anónima tiene suficiente frecuencia en su aplicación y aplicabilidad legal para que se pueda considerarla como factor económico y político.

En tanto que la asociación civil no puede tener un carácter preponderantemente económico (Art. 2670 Cód. Civ. D.F.) y la sociedad civil no está excluida de una actividad preponderantemente económica, sino solamente de *especulación comercial* (Art. 2688 Cód. Civ. D.F.), la sociedad anónima tiene accesos a actividades económicas y extraeconómicas, mercantiles y extramerchantiles (Art. 4º LSM), y, con esto, su posible radio de acción es amplísimo.

La modernización del Derecho mercantil se formó en México y en Alemania a través de una especialización por medio de la cual considerables partes del Código de Comercio, como cuna general de todas las ramas mercantiles, obtuvieron sus propias leyes, así también la Ley General de Sociedades Mercantiles, y salieron de dicha cuna común o general.

En Alemania, esta especialización condujo a la creación de una propia Ley para sociedades por acciones, en tanto que en México se llegó a una Ley General de Sociedades Mercantiles que incluye todos los tipos de tales sociedades, para las cuales aparte de los capítulos específicamente destinados para cada uno de estos tipos, existen capítulos comunes sobre materias comunes para la totalidad de dichos tipos, *p. e.* la liquidación.

Esta distinción formal entre México y Alemania nos indica además otra de fondo sustancial en cuanto al contenido de la reglamentación de las sociedades por acciones, por una parte, y de los otros tipos societarios mercantiles, por la otra, distinción ésta que se expresa en Alemania en grado considerablemente mayor.

En México, el tipo de la sociedad anónima domina en toda la vida económica en comparación con otros tipos de sociedades mercantiles y obtuvo su aplicación para empresas de todos los tamaños de las más pequeñas hasta las más grandes. Se presenta así una aplicación verdaderamente general.

Esta situación se refleja en el número de nuevas sociedades anónimas inscritas durante el año 2001 en el Distrito Federal mexicano, que fueron 11,772, incluyendo las de capital fijo y de capital variable. En el mismo periodo se registraron 228 sociedades de otros tipos, de lo cual resulta que la sociedad anónima domina en el grado de su aplicación frente a las otras sociedades mercantiles. Esta aclamación por el público mexicano tiene su motivo en la comodidad de los accionistas de no responder personalmente en forma ilimitada de las obligaciones societarias (Art. 87 LSM) sin que por la otra parte, la Ley establezca prevenciones eficientes para la formación y la conservación del patrimonio social hasta el importe del capital social en forma verdaderamente eficiente, disposiciones éstas que son tan esenciales para sociedades de capitales

cuya responsabilidad a sus acreedores se limita prácticamente a su patrimonio, y no incluye la personal e ilimitada de sus socios.

Así en la constitución de la sociedad anónima, el legislador se contenta con la *verdad formal* respecto a la existencia de aportaciones y su valor efectivo si son de especie (Art. 6º, fracc. VI LSM) donde se dice “VI. La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes, el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización”, en lugar de disponer una auditoría de oficio que se efectúe por auditores independientes y titulados que se nombren por la autoridad judicial para obtener la *verdad material*. Tampoco tenemos disposiciones contra las prácticas abusivas, de aportar “por lo pronto” en dinero hasta que la sociedad en breve tiempo posterior a tal constitución “compre” con tal dinero los bienes que en verdad tienen la función de aportaciones en especie y cuyo valor verdadero es tan bajo que ni siquiera corresponde a la *verdad formal* razón por la cual se sirve de la forma de una compraventa posterior con un importe de precio no revisable.

El cierre de ejercicio, como base y supuesto legal para el reparto de utilidades como dividendos (Art. 19 LSM), cuya veracidad es importante para la certeza de la existencia de utilidades reales debería ser revisado por auditores titulados e independientes, quienes se nombren por la Asamblea General de Accionistas, y de ninguna manera por los órganos de administración o de vigilancia, tomando en consideración el viejo principio que el sujeto, cuya gestión se revise, no nombre su revisor.

Es innegable que estos requisitos exigen tiempo y dinero. Pero, la forma de la sociedad anónima, según una situación legal ponderada, sería prevista para grandes empresas con un presupuesto adecuado y suficiente.

Hay voces que proclaman que la sociedad anónima no podrá ser un privilegio para “los grandes” y que ella debe ser accesible para todos. Sin embargo, estos postulados son incompatibles con nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles que contiene todos los tipos de sociedades de personas y de capitales. Para empresas de tamaño menor deben aplicarse los tipos societarios distintos de la sociedad anónima, es decir, las sociedades de personas cuyos socios respondan personalmente en grado ilimitado de las obligaciones de la sociedad.

Aquí *no* se trata de un “privilegio” sino de una *protección de tráfico jurídico, especialmente de los acreedores de la sociedad*.

En el Derecho alemán encontramos una situación distinta de la mexicana. En el primero, la sociedad anónima no es un tipo societario generalmente aplicado como en México, sino muy pocas sociedades anónimas reúnen un muy grande potencial económico.

Mientras que en México la sociedad anónima es un factor generalmente utilizado para la forma empresarial en la vida económica para la cual las muchas sociedades anónimas en su totalidad tienen importancia como portadoras de la misma economía, en Alemania, las relativamente pocas sociedades de este tipo causan directa e individualmente un efecto a la situación económica general

con base en la potencia que tiene cada una de ellas. Su participación en la vida económica no es grande en el porcentaje de su existencia sino en su volumen de rendimiento y patrimonial, como muestran los siguientes datos:

Según Mantilla Molina, en 1972, 97.2% de las sociedades que se constituyeron adoptaron este tipo societario, en tanto que el mismo absorbe 99% de capital invertido en la constitución de sociedades.

Otra situación se presenta en Alemania, donde la sociedad anónima se aplica verdadera y exclusivamente para la formación de grandes empresas, como muestra Hueck en los siguientes números:

En 1978 existieron 1,991 sociedades por acciones; 98,329 sociedades de responsabilidad limitada; 1,325,467 comerciantes individuales; 114,969 sociedades en nombre colectivo y 88,369 sociedades en comandita simple; de modo que el número de sociedades por acciones (prácticamente de sociedad anónima) fue muy pequeño. Sin embargo, de los ingresos brutos de venta obtenidos por todas las empresas en tal año, correspondió una participación de 20.11% a las sociedades por acciones, cuyo número fue solamente 12% de todas las empresas; de lo cual resulta que relativamente pocas sociedades por acciones participaron con gran potencia en la economía.

En 1980, dentro de las 100 empresas más grandes de la República Federal de Alemania, 66 tuvieron la forma de sociedad anónima, en lo cual se manifiesta la misma característica antes referida.

A finales de 1980, 2,141 sociedades por acciones reunieron en su capital social un monto total de 92,020.7 millones de marcos alemanes, en tanto que 255,940 sociedades de responsabilidad limitada obtuvieron solamente un total de 99,059.9 millones de marcos por medio de su capital social.

Entre las 100 empresas alemanas más grandes, 69 tuvieron la forma de sociedades por acciones.

III. LAS CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAS Y POLÍTICAS CON SUS EXPRESIONES EN EL CUERPO LEGAL, EN RELACIÓN CON LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Tomamos la sociedad anónima como objeto de nuestras comparaciones no obstante que el Derecho societario, según vista general y tradicional no es área de tendencias políticas, pero por la otra parte la Ley alemana sobre sociedades por acciones de 30.01.1937 publicada en el *D.O.* alemán, I, p. 107 fue creada durante la dictadura más inhumana y absoluta en la historia de tal país, en tanto que la Ley de 6.09.1965 este país con el mismo título como precursora publicada en el *D.O.*, p. 1089 nació como producto de la políticamente mejor Alemania en toda su historia.

Tan diametralmente opuesto es el fondo político-histórico de las dos leyes, éstas tienen algo en común, su alto nivel: técnicamente "la Ley de 1937 fue una obra legal bien pensada lingüísticamente de alto nivel. En comparación

con el Derecho anterior, ella contuvo muchas mejoras y aclaraciones. Ella se mostró como útil en la práctica, especialmente después de la guerra” (Mayer Landru en el *Gran Comentario a la Ley sobre sociedades por acciones*, 3ª ed., 1973, primer tomo, primera sección, p. 6), mientras que la Ley de 1965 está en la primera línea mundial como muestra especialmente su Tercer Libro, “La reglamentación contenida en éste sobre el Konzern contractualmente formado, el Konzern fáctico y la incorporación no tienen antecedentes en los Derechos alemán ni extranjero “como Wuerdinger modestamente expone en el *Gran Comentario* antes referido, 1975, cuarto tomo, p. 2, para evitar así la calificación justificada como primera obra legal de este campo, en el mundo.

Sin perjuicio de este rasgo común de alto nivel generalmente reconocido, se ofrece suficiente material para destacar y caracterizar los distintos resultados que motivaron las dos épocas política, social y humanamente tan distintas.

Escogemos estas dos leyes a parte de la mexicana para mostrar la distinción existente entre las dos primeras, pertenecientes a la misma materia, como producto del cambio de la situación política y social no obstante que la Ley de 1965 encontró su fundamento en la de 1937.

La Ley General de Sociedades Mercantiles pertenece a un grupo mayor de obras legales por medio de las cuales el nuevo México postrevolucionario instaló y modernizó su orden jurídico. En comparación con las reglamentaciones anteriores de las sociedades por acciones, la Ley actual forma, como progreso, la organización corporativa de la sociedad anónima por medio de normas imperativas, que se justifica con motivo del cambio tan sencillo y rápidamente posible de accionistas a diferencia de las sociedades de personas (Art. 31 LSM). Como ejemplos de la insostenible demasíadamente amplia autonomía de la voluntad dejada en las leyes anteriores que, con base en nuestro pensamiento moderno, nos provoca una sonrisa, ofrezco los siguientes ejemplos: Según el Art. 564 Cód. Com. 1864 “las juntas generales tendrán las atribuciones que establezcan los estatutos...” y el Art. 555 conforme al cual “toda modificación en los estatutos de la compañía se verificará en la forma prescrita en ellos...”.

A pesar de este rasgo moderno en la Ley mexicana, ésta todavía quedó en el viejo y tradicional carril, según el cual los órganos de sociedades de capital se nombren por la asamblea de los socios, como supremo órgano social.

Otra cosa sucedió en Alemania donde la Ley de 1937 se hizo para las más grandes empresas, cuyo rendimiento se puso en las manos de manejadores profesionales separados de los accionistas, quienes fueron menos importantes que dichos profesionales para los fines políticos y económicos. Así se entiende bien que la asamblea general de los accionistas eligió solamente el Consejo de vigilancia que por su parte nombró al Consejo de administración, una situación legal que para los mexicanos no es acostumbrada.

Comenzamos nuestras comparaciones con el Consejo de Administración, quien dirige la administración de la sociedad. En su reglamentación se expresa la voluntad del legislador relativa a las tareas de las sociedades anónimas que él atribuye a las mismas en la vida económica del país.

Esto se manifestó especialmente en Alemania en esta época de la creación de la Ley de 1937, dos años antes de la iniciación de la Segunda Guerra Mundial por este país. El armamento y la demás preparación técnica requirieron la potencia económica de grandes empresas dirigidas por sus órganos de administración de conformidad con la imposición de esta meta general.

La división de competencia de los órganos

En nuestra Ley (Art. 178 LSM) la asamblea general de los accionistas es el supremo órgano que puede intervenir con tal carácter en cualquier asunto. Se presenta así un sistema jerárquico cuya existencia puede justificarse con el hecho que los accionistas posibilitan con sus aportaciones el inicio de la sociedad y arriesgan las mismas a través de operaciones de la misma. Por la otra parte, en el funcionamiento del Consejo de Administración debe distinguirse entre las económicamente grandes y las otras empresas.

En éstas los socios tienen contacto directo con las operaciones de su sociedad, razón por la cual son los más cercanos y predestinados para su administración.

Otra cosa sucede con las grandes empresas que se dirijan mejor por administradores profesionales cuya iniciativa puede desplegarse en mayor grado con apoyo en cierta independencia no obstante su estricta responsabilidad a la sociedad por la comisión de faltas o insuficiencias. Esto es el motivo por el cual en Alemania en las leyes de 1937 (Art. 103) y de 1965 (Art. 119) se establece que “sobre cuestiones de la gestión de negocios, la asamblea general de los accionistas solamente puede resolver, si el Consejo de Administración lo pide”.

En Alemania existe así un sistema de división de competencia de los órganos. En la práctica de la jurisdicción se atenuó sin embargo, este principio legal, según cuyo texto el Consejo puede (no debe) pedir la resolución de la asamblea, en los casos de decisiones de grandísima trayectoria, *p. e.* la exclusión de un establecimiento extraordinariamente importante de la empresa de la sociedad y su inclusión en una sociedad filial que se constituye precisamente para recibir tal establecimiento. En tal caso, se sostuvo —en contra del texto legal arriba reproducido— que el Consejo tenga la obligación, y no la facultad, de pedir la resolución de la asamblea para que ésta resuelva con base en los artículos legales citados sobre la procedencia o la omisión de tal operación.

Actuación de tiempo completo por los administradores (administraciones directa e indirecta), prohibición de hacer competencia y grado de su diligencia necesaria

En el Derecho mexicano no se establece en forma expresa una prohibición de que los administradores efectúen una actividad competitiva en contra de su sociedad, o que ellos tengan un negocio mercantil ni que sean administradores de otra sociedad. Por medio de interpretación podemos, sin embargo, opinar que con motivo del deber de fidelidad inmanente del cargo de los

administradores, son inadmisibles cualesquiera negocios, actividades o actos incompatibles con su actividad como órgano, sean competitivos o no. Respecto al grado de su diligencia necesaria la Ley no contiene norma especial alguna.

Las leyes alemanas de 1937 (Art. 84) y de 1965 (Art. 93) imponen a los administradores en su "dirección de los negocios, la aplicación de la diligencia de un *director* consciente y ordenado".

Es característico de las *grandes* empresas con forma de sociedad anónima, que se exige a sus administradores la diligencia citada de un director, mientras que respecto a los administradores de sociedades de responsabilidad limitada generalmente previstas para no tan grandes empresas, el Art. 43 de la Ley alemana sobre este tipo de sociedades, se contenta con "la diligencia de un ordenado *comerciante*".

En la redacción de escrituras públicas mexicanas ya observé los términos de administraciones directa e indirecta, de las cuales el primero se refiere a los gerentes (no administradores) y el segundo a los administradores.

De esta diferenciación resulta la suposición que los administradores también puedan tener una actividad de tipo periódica de vigilancia, y no de permanente dirección de tiempo completo, como lo disponen los Arts. 79 (Ley de 1937) y 88 (Ley de 1965) en Alemania, con especial definición de la prohibición de actos competitivos.

Se entiende por sí mismo que en el Art. 76 de la Ley de 1965, respecto a las obligaciones del Consejo se suprimieron como metas dispuestas de su dirección "la utilidad común para el pueblo y el imperio", como se había dicho antes en el Art. 70 de la Ley.

Principio democrático de la mayoría en lugar de aquel del guía dictador

En el Art. 70 de la Ley de 1937 se permitió a reserva de normas estatutarias opuestas, que el Presidente "resolverá en los casos de votaciones contrarias en el Consejo", que incluyó la posibilidad de tal resolución también *contra la mayoría de votos*.

En el Art. 77 de la Ley de 1965, se prohíbe en contra a lo anterior, que en los estatutos o en el Reglamento de Consejo "se disponga que uno o varios de los Consejeros puedan decidir en contra la mayoría", con lo cual se permite que se desempate, con base en norma estatutaria o Reglamentaria.

En México (Art. 143 LSM) existe el derecho de desempate del Presidente, del Consejo directamente según la Ley sin necesidad de normas estatutarias o reglamentarias y solamente en favor del Presidente, mientras que en Alemania se requiere tal norma para que exista la facultad de desempate en favor de Presidente o de cualquier otro Consejero previsto para tal objeto en una de estas normas.

Respecto a la limitabilidad de la facultad de representación frente a terceros, su integración por personas físicas colegiadas y el concepto de ultra vires

Según los artículos 82 de la Ley de 1965 y 74 de la Ley de 1937, la facultad de representación de los administradores no es limitable frente a terceros, de modo que el contenido de su representación subsiste en la extensión legalmente definida en grado amplísimo, es decir, "judicial y extrajudicialmente", por lo tanto, en todos los asuntos (Arts. 78 de la Ley de 1965 y 71 de la Ley de 1937). Esta amplitud existe sólo frente a terceros, pero no en relación con la Sociedad en la cual los administradores deben respetar posibles limitaciones (Arts. 74 de la Ley de 1937 y 82 de la Ley de 1965).

En el art. 10 LSM se permite la libre formación del contenido de la facultad de representación, así también limitaciones.

Las disposiciones alemanas protegen a los contratantes de la sociedad, al tráfico jurídico, en tanto que en México, los accionistas son los protegidos.

En el Art. 76 de la Ley de 1965 se requiere que los Consejeros tengan carácter de personas físicas, que ni en la Ley de 1937 ni en México tiene norma análoga, y debe considerarse como progreso metodológico por medio de su carácter expreso. Si no existe éste en el texto legal, se puede llegar al mismo resultado por medio de interpretación conforme a la cual el cargo de Consejero exige tanta responsabilidad y capacidad que solamente podrán encontrarse en cierta persona nombrada al respecto, pero no en una persona moral quien actúe a través de sus órganos, quienes son cambiables y existentes posiblemente en grado de pluralidad de personas individualmente no predeterminables.

El concepto de ultra vires, la limitación de actuación de la sociedad a su objeto estatutario Arts. 10 LSM 26 Cód. Civ. D.F., 2 Cód. Com., no existe en Alemania, sino en México, razón por la cual limitaciones resultantes de tal principio protector de los socios, sólo se presentan en México, en tanto que en Alemania está también aquí por encima la protección de la seguridad del tráfico jurídico.

En la formación del *cierre de ejercicio social* de la sociedad anónima se muestra la división de competencia entre el Consejo de Administración y la asamblea general de los accionistas en Alemania, por una parte, y la supremacía de la asamblea, en México, por la otra.

Corresponde al sistema jerárquico mexicano que, la asamblea resuelva sobre el cierre en su *totalidad* (Art. 181 LSM) inclusive la disposición sobre las utilidades anuales mientras que en Alemania se divide el cierre en el balance anual con el estado de pérdidas y ganancias, que se formen por el Consejo de Administración y se aprueben por el Consejo de Vigilancia, por una parte, y la disposición sobre las utilidades anuales, es decir, su reparto como dividendos o su aplicación como reservas voluntarias, por la otra (Arts. 170, 173 de la Ley de 1965 y 126, 125 de la Ley de 1937). Esta disposición se somete a la resolución de la asamblea, según los artículos citados. Este modo de división

corresponde a la que existe, generalmente entre la administración y vigilancia de los negocios (asuntos), por los consejos, y las otras cosas, por la asamblea.

Solamente en los casos de que el Consejo de Vigilancia no apruebe, o ambos Consejos decidan en un caso concreto la competencia de la asamblea, ésta resolverá sobre la totalidad del cierre (Arts. 125 de la Ley de 1937 y 172, 173 de la Ley de 1965).

El órgano de vigilancia

En el Derecho alemán, el órgano de vigilancia es un órgano imperativamente colegiado (Arts. 86 de la Ley de 1937, 95 de la ley de 1965) mientras que en México se permite la integración unitaria (Art. 164 LSM). Aún cuando exista una pluralidad de Comisarios en la misma sociedad, cada uno de ellos actuará en forma individual.

Existe incompatibilidad entre los cargos de Administrador y Comisario (Art. 90 de la Ley de 1937 y 105, de la Ley de 1965), que en el Art. 165 LSM no se establece en forma expresa. Este artículo omitió además la exclusión de la esposa de administrador. En la Ley mexicana no se dispone expresamente la exclusión de Comisarios del cargo de Administrador, de modo que en el texto legal, la incompatibilidad tiene carácter unilateral.

Dicha unilateralidad existe también en el texto de la Ley alemana de 1965, sin embargo, la Suprema Corte alemana la modificó a la bilateralidad que también en México es necesario para corresponder al sentido verdadero de la Ley (Hueffer, "Aktengesetz", 2ª ed., Art. 105 de la Ley alemana, p. 421, donde se cita la resolución alemana).

Por lo que se refiere a las competencias del órgano de vigilancia, los Derechos mexicano (Arts. 164, 166 LSM) y alemán (Art. 111 Ley de 1965) coinciden en la de vigilancia, como tarea principal y esencial. Pero, en el Derecho alemán, la exclusión del Consejo de vigilancia de "medidas de la administración de negocios" se dispone en el Art. 111, inc. 4 de la Ley de 1965, por una parte, pero ya en el mismo inciso se faculta a los estatutos y al Consejo de vigilancia "para preceptuar que determinados negocios solamente podrán hacerse con el previo consentimiento del Consejo de vigilancia". Este requisito todavía puede atribuirse a la vigilancia, pero la norma del Art. 112 de la misma Ley: "La Sociedad será representada por el Consejo de vigilancia judicial y extrajudicialmente frente a miembros del Consejo de Administración", ya está fuera de la vigilancia. Pero, según los Arts. 246 y 249 de la Ley alemana, según los cuales se representará a la Sociedad juntamente por los Consejos de administración y de vigilancia en los procesos de impugnación y de nulidad de resoluciones tomadas por la asamblea general de accionistas, ya abandona el Consejo de vigilancia su competencia acostumbrada de vigilancia.

Así, no se puede negar la existencia de cierta superioridad o la tarea de reforzamiento por el Consejo de vigilancia.

La agrupación de empresas y el aumento nominal del capital social

Las dos instituciones contenidas en este subtítulo no tienen algo común en su contenido. El motivo para reunir las en la misma sección de este trabajo consiste en su desarrollo metodológico paralelo.

Tanto la agrupación mencionada como el aumento nominal tienen actualmente en el Derecho alemán una reglamentación general e institucional de primera línea en la comparación internacional. Pero, en el camino hasta esta altura se refleja el esfuerzo del legislador expuesto a tendencias económicas y políticas.

El derecho sobre la agrupación de empresas no pertenece esencialmente a las normas sobre la sociedad anónima, máxime que el concepto de agrupación no supone, por su esencia, que una sociedad anónima participe en la agrupación mencionada.

Sin embargo, desde, el punto de vista práctico, la agrupación de empresas se forma, en la mayor parte de los casos, con la participación de empresas que ostentan la forma de la sociedad anónima, debido a que la agrupación se constituye habitualmente entre empresas de gran tamaño. Esta es la razón por la cual tratamos, en nuestro libro dedicado a la sociedad anónima, sobre la agrupación de empresas.

No pueden incluirse en nuestro tema organismos descentralizados del Estado, debido a que éstos tienen en ciertas ocasiones un objeto incompatible con el concepto de la empresa antes mencionado. Además, se excluyen el concepto general de la agrupación de empresas aquellas que se encuentren sujetas a un régimen jurídico especial.

Las empresas de participación estatal que están sometidas a la Ley General de Sociedades Mercantiles, sí podrán ser objeto de una reglamentación legal de la agrupación de empresas.

La agrupación de empresas debe distinguirse, en principio, de los monopolios y de otras normas que protegen la libre competencia.

Estas normas pueden referirse a una sola empresa, en el caso en que ésta posea con motivo de su crecimiento interno un potencial económico tan grande que se oponga a la libre competencia; pero, por otra parte, una agrupación también puede obtener en un caso concreto tal potencial, de modo que las normas sobre la libre competencia serán aplicables a la agrupación mencionada en forma igual que a empresas no agrupadas. Una restricción a la libre competencia puede resultar de los convenios entre empresarios que tienen por objeto tal restricción, especialmente convenios sobre condiciones de venta (Kartelle), Art. 9º de la *Ley Federal de la Competencia Económica*.

Estos convenios son absolutamente distintos de la agrupación de empresas, dado que no se refieren a la dirección ni a otros objetos que mencionamos anteriormente respecto de las relaciones de agrupación.

Esta distinción se muestra claramente, en los Arts. 85-86 del Tratado sobre la Comunidad Europea, en donde se distingue entre la concentración del

potencial empresarial, causado por la agrupación de empresas (Art. 86), y los convenios sobre la restricción de la libre concurrencia (Art. 85). En el mismo sentido son los Arts. 8º-13 y 16 de la Ley citada.

Jurídicamente fue nueva la introducción de tomas corporativas, pertenecientes a la esfera interna de sociedades, *p. e.* la dirección de una sociedad anónima, a su esfera externa existente entre ella y otras sociedades. Tales temas encontraron antes su límite en el cuerpo de la propia sociedad del cual no pudieron extenderse.

En la perspectiva económica se confrontan aquí el interés de la gran economía nacional, para la cual pueda servir la agrupación de empresas, con el individual de los pequeños accionistas minoritarios cuyo interés se limita a la propia sociedad y al dividendo que ella produzca, y quienes se encuentren así entre los bloques gigantescos de las empresas agrupadas.

En la Ley alemana de 1937, se encontró un solo artículo sobre tal figura de agrupación, con el título "comunidad de utilidades", en el cual se requirió la autorización por la asamblea general de los socios de la sociedad anónima para que ésta pudiera obligarse para con otros sujetos de transmitirles más que las tres terceras partes de sus utilidades. El mismo requisito se estableció en dicho artículo respecto a dar en arrendamiento la empresa y, por último, a la sumisión contractual la obligación de explotar su empresa por cuenta de otro sujeto.

Aquí se muestra el inicio de una legislación sobre la agrupación de empresas, motivada por el crecimiento industrial de este país y su protección, en cuyo favor el legislador se contentó con el requisito relativamente modesto de consentimiento de la asamblea general.

Por la otra parte, en la Ley de 1965 se buscó un equilibrio entre el interés económico general y aquél del individuo, meta ésta que es ajena de dictaduras que para sus fines se sirven del lema: "El individuo es nada, la comunidad lo es todo."

En esta Ley, dicho equilibrio se buscó como sigue: en los Arts. 15 hasta 19 se definen los tipos de agrupación de empresas de participación mayoritaria activa y pasiva, empresas dependientes y dominantes, respectivamente, empresas unidas en forma de Konzern, empresas con participación recíproca.

En los Arts. 291 a 337 Tercer Libro, se reglamentan, entre otros, la constitución, el funcionamiento, la modificación y la terminación de agrupaciones, la protección de accionistas minoritarios por medio de pago periódico de compensación a estos accionistas, en lugar de sus dividendos perdidos por la agrupación, la adquisición de sus acciones con contraprestación adecuada, aseguramiento de acreedores, la responsabilidad de la sociedad principal en su favor y la restricción de hacer valer derechos accionarios en sociedades con participación recíproca.

Aquí se presenta no solamente la política de protección de accionistas minoritarios y de acreedores, sino también —desde el punto de vista metodológico— el principio e instrumento de riqueza de normas legales imperativas,

es decir, que se ponga a disposición de los interesados para su elección una pluralidad de normas alternativas de las cuales cada una tiene carácter imperativo. Así se combinan riqueza de normas con su carácter imperativo, que tiene importancia práctica en reglamentaciones de la sociedad anónima moderna, cuyo precursor se sirvió de normas imperativas, pero no en forma rica sino insuficiente que nos da la imagen de una reglamentación imperativa con pobreza de normas. Al inicio de la sociedad anónima, el legislador se sirvió de normas dispositivas.

Grande es el avance desde el Art. 256 de la Ley de 1937 hasta las disposiciones comentadas de la Ley de 1965 en los aspectos político y metodológico.

En la *capitalización de reserva* (Arts. 21 y 116 LSM), respecto de la cual preferimos el término de *aumento nominal de capital social* por razones institucionales y de sistematización legal, se trata de una reestructuración del balance de la sociedad anónima que conduce a un aumento de su capital social sin que se exhiban aportaciones algunas.

Actualmente se encuentra su reglamentación en los Arts. 207 a 220 de la Ley de 1965. La Ley de 1937 no contuvo disposición alguna sobre este modo de aumento de capital social. El pensamiento jurídico se fijó tan profundamente en un principio que cualquier aumento de capital social, requiera exhibición de aportaciones, en el requisito de que durante los decenios anteriores a la Ley de 23.12.1959, por medio de la cual se instituyó el aumento nominal como uno de los tipos de aumento, en la práctica judicial y extrajudicial anterior a esta Ley se ayudó con una construcción consistente de dos actos, de los cuales con el primero se decretó un dividendo a cuyo pago renunciaron los accionistas, como suscriptores de las nuevas acciones, renuncia ésta que se consideró como aportación relativa a las nuevas acciones, como segundo acto.

Esta construcción de duplicidad de actos se ejerció hasta la Ley de 1959 sobre el aumento nominal, cuyo contenido se incorporó en la ley de 1965.

Aquí vemos con claridad el camino de maduración legislativa cuyo resultado aún no existió en el año 1937, cuando se ayudó todavía con una construcción artificial hasta que en la leyes de 1959 y de 1965 se subió a la solución tan sencilla y concentrada que también en México se obtuvo en principio —y a reserva de incisivos detallés— en la Reforma de 1981.

La asamblea de accionistas y éstos

Los Arts. 186 y 187 LSM, sobre forma y contenido de la convocatoria son defectuosos, por lo siguiente: En el primero se dispone como lugar de la convocatoria “uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio” de la sociedad.

En nuestros días, ya no es posible para personas no peritos en la producción de periódicos su calificación, según el grado de su circulación. Además, la ley se contenta con la referencia a uno de ellos. Se trata aquí de un defecto considerable de precisión de determinación, como antes a su reforma

lo cometió el *Art. 1064 Código de Comercio*, en cuanto a la definición de horas hábiles. Así, los accionistas deben leer diariamente cierto número de periódicos, para tener seguridad de información.

En los *Arts. 16, de la ley de 1937 y 23, 25 de la Ley de 1965*, se fija como uno de los elementos absolutamente necesarios de los estatutos, la determinación de los órganos en los cuales se publiquen las comunicaciones de la sociedad.

El *contenido obligatorio* de la convocatoria consiste, según el *Art. 187, LSM*, solamente "de la orden del día y será firmada por quien la haga".

Según los *Arts. 105, 108 de la Ley de 1937, 121, 124 de la Ley de 1965*, la convocatoria debe contener la denominación y el domicilio de la sociedad, lugar y hora de la asamblea y su orden del día.

Las insuficiencias de las disposiciones mexicanas anteriores, son obvias. Ellas ya no corresponden a la vida económica de hoy, sino a aquella del ambiente de las películas de Sara García, de la llamada "Abuela de México".

Medidas de preparación de asamblea y convocatorias especiales

Según los *Arts. 184, 185, LSM*, la convocatoria de asamblea de accionista debe hacerse por petición de una minoría de accionistas de 33% del capital o de un solo accionista en el último caso, con los supuestos requeridos en el *Art. 185, LSM*.

En el *Art. 122 de la Ley de 1965*, se concede este derecho a una minoría de accionistas del 5% del capital social.

Además, según el *Art. 124, de la Ley de 1965*, la misma minoría tiene el derecho de pedir la *complementación* de la orden del día por medio de nuevos temas que deberán publicarse dentro de 10 días desde la publicación de la convocatoria (*Art. 124, de la ley de 1965*).

En el mismo artículo se impone a los Consejos de Vigilancia y de Administración, la obligación de incorporar en la orden del día sus proposiciones para las resoluciones de los puntos de la orden del día.

Modificaciones estatutarias, el texto de contratos sometidos a la resolución de asamblea y nombres de personas propuestas para su elección como consejeros de vigilancia, deberán comunicarse con sus domicilios en la orden del día para preparación de los accionistas (*Art. 124 de la Ley de 1965*).

La ley de 1937 contiene en sus *Arts. 105 y sptes.*, normas análogas que, sin embargo, no se ocupan tanto del interés de los accionistas.

Aparte de la convocatoria, el Consejo de administración deberá informar sobre la convocatoria y la orden del día con posibles proposiciones de accionistas y de él mismo, a bancos depositarios de acciones y asociaciones de accionistas, quienes en la última asamblea hayan ejercido el derecho de voto, o hayan solicitado tal información. Cada Consejero de vigilancia puede pedir la misma información (*Art. 125 de la Ley de 1965*).

Cada accionista quien haya depositado una acción en la sociedad o esté inscrito en el libro de acciones, puede pedir que el Consejo de administración le comunique en forma escrita, el contenido de las resoluciones tomadas en la última asamblea de accionistas (*Art. 125 de la Ley de 1965*).

En el *Art. 128 de la Ley de 1965* se reglamenta la relación entre accionista quien haya depositado acciones en una institución de crédito, y la última en cuanto a la preparación de la asamblea y el ejercicio bancario del derecho de voto en la misma, protegiendo al accionista también en esta relación.

El derecho individual del accionista a información ejercitable en la asamblea general de accionistas, en cuanto a asuntos de la sociedad (*Arts. 131, 132 de la Ley de 1965, 112 de la Ley de 1937*). Este derecho ya existió en la Ley de 1937, aun cuando en forma menos elaborada y con la reserva de su inadmisibilidad "en los casos de que el aprovechamiento común del pueblo y del imperio la requieran". Ya no existe esta reserva en la Ley de 1965.

La información se dará por el Consejo de administración en la misma asamblea. El *Art. 131* contiene una lista limitativa de motivos que justifiquen una negativa de dar una información. Tales motivos se refieren a un considerable daño de la sociedad que se cause por la información, a ciertas cuestiones del cierre del ejercicio y el peligro que el Consejo se expondría a persecución penal por la emisión de la información.

Contra la negativa de información pueden los accionistas quejarse ante la autoridad judicial. Su resolución sobre la emisión de la información es ejecutable, según el Código de Procedimientos Civiles (*Art. 132 de la Ley de 1965*).

Esta institución es considerable en el sentido de una democratización de la sociedad anónima, en cuanto a la persona individual del accionista. La supremacía de la asamblea general de accionistas fijada en el *Art. 178 LSM* no incluye tal derecho individual, sino se refiere a la voluntad colectiva, es decir, su resolución mayoritaria.

La voluntad minoritaria de los accionistas

Desde un punto de vista más general, la base para la determinación de la mayoría puede consistir en el capital sòcial, en el número de las acciones presentes en la asamblea o por último en el total de las acciones emitidas en la votación respectiva.

De estos tres requisitos, el primero es más riguroso en la tendencia de que la resolución mayoritaria se acerque a la unanimidad de todos los votos posibles y se reduce al respecto a través del segundo hasta el tercero.

Por la otra parte, la facilidad de obtener resoluciones tiene una escala inversa.

En los *Arts. 189, 191 LSM* se contará la mayoría de los votos presentes "para la asamblea ordinaria y del capital social en la extraordinaria". En Alemania se aplica en lo general y a reserva de disposiciones de contenido distinto, la base del total de los votos emitidos, con lo cual se corresponde a la

meta de mayor facilidad de obtener resoluciones (*Art. 133 de la Ley de 1965, 113 de la Ley de 1937*).

Respecto al grado de mayoría se distingue entre absoluta y relativa mayoría. La primera conduce a un número de votos superior a la mitad de los admisibles y por medio de la segunda se determina la mayoría que se obtenga entre varias proporciones, *p. e.* en la elección de consejeros de administración obtiene el candidato A 40 y el B 30 votos de los 100 relevantes.

En el Derecho mexicano, esto no existe, mientras que en Alemania los estatutos podrán disponerlo respecto a las elecciones de personas (*Arts. 133 y 113 antes mencionados*). Se consigue y se aprovecha de votos cuyo número es suficiente para la mayoría relativa y no alcanza la absoluta.

El quórum de asistencia cuya existencia es necesaria para la capacidad de la asamblea para tomar resoluciones, se dispone en México (*Art. 189 LSM*), pero no en Alemania, razón por la cual sólo en México se conoce la segunda convocatoria (*Art. 191 LSM*).

Pero sí existe en Alemania el quórum *indirecto* en los casos en que se exija en la Ley una mayoría que se cuente del capital social, que por esencia supone cierta asistencia de votantes necesarios para obtener dicha mayoría aritméticamente prefijada.

Por último, se distingue entre mayoría simple y mayoría especial, de los cuales por medio de la segunda se requiere una superioridad elevada, *p. e.* 75% del total de los votos emitidos, y no solamente más que el 50%. La primera es uno de los medios para acercarse a la unanimidad.

En forma de resumen se podría concluir que en el Derecho alemán prepondera la meta de obtener resoluciones, la iniciativa de la asamblea.

Obligación legal de decretar dividendo

En las grandes empresas se opone el interés de su dirección, de utilizar las utilidades obtenidas por ellas, en reinversiones para ampliaciones y modernizaciones empresariales, a aquél de sus accionistas, de obtener dividendos. Aquí se trata especialmente de los pequeños accionistas quienes hayan adquirido sus acciones con este único fin de disfrutar de dividendos.

Esta oposición de intereses tiene también un fondo económico cuya solución correspondió al entonces Gobierno alemán en su tendencia de reducir la lucha entre las clases sociales, que durante la dirección por el entonces jefe de Gobierno Konrad Adenauer se pudo hasta grado considerable.

En esta línea se encuentra el *Art. 254 de la Ley de 1965* por medio del cual se creó una causal legal de impugnación de la resolución de la asamblea general de los accionistas respecto a la disposición sobre utilidades repartibles como dividendos.

Procede tal impugnación, si la asamblea general resuelve un abono de las utilidades a reservas o se reserva este derecho para ejercicios futuros, sin

necesidad económica-empresarial y se imposibilita así un reparto de dividendos anuales del 4% del valor nominal de las acciones.

La legitimación activa de impugnación corresponde a accionistas con un total de titularidad de acciones del 5% del capital social o de un millón de marcos alemanes.

Por medio de esta disposición se asegura un dividendo del 5% y se protege en esta medida a los accionistas minoritarios contra una política de abuso de mayoría.

Medidas de financiamiento de la sociedad anónima

No contiene el Derecho mexicano la figura de *obligaciones con participación en utilidades*. Tampoco existen en México *obligaciones con derecho de adquisición preferente* de acciones, en forma adicional a las obligaciones que no se convierten en acciones, sino continúan aparte de las nuevas acciones.

Tales tipos de obligaciones no podrán aplicarse sin su previa institución legal, que sí hay en el Derecho alemán (*Arts. 221 de la Ley de 1965 y 174 de la Ley de 1937*).

Una diferencia metodológicamente característica se presenta en cuanto a las *obligaciones convertibles*.

En el Art. 210 bis LTOC se dispone según su fracción IV: "Las obligaciones convertibles no podrán colocarse abajo de la par", es decir, su valor nominal que debe pagar la sociedad emisora para la devolución de crédito colectivo, al obligacionista. Esta norma tiene su motivo sistemático en que el obligacionista podrá convertirse en accionista, y su obligación en acción que no podrá emitirse "por una suma menor de su valor nominal" (*Art. 115 LSM*).

Sin embargo, este mecanismo legal no corresponde a las situaciones económicas existentes en las fases de emisión de obligaciones convertibles, y de su posible conversión en acciones. La emisión se efectúa con circunstancias económicas no satisfactorias: la emisora necesita dinero que le falta y debe recibir por los obligacionista quienes quieren aprovechar de esta situación precisamente por medio de una adquisición, abajo de la par que debe posibilitarse por la emisora para que ella pueda rápidamente colocarse sus obligaciones.

Por la otra parte, el tiempo posterior de la conversión por medio de la emisión de las acciones, su emisora ya se encuentra en mejores condiciones económicas puede así nivelar y pagar la diferencia hasta la par, para que se cumpla con normas tales como el *Art. 115 LSM* mencionado a cuyo contenido corresponden los *Arts. 9º de las Leyes de 1937 y 1965*).

Esto se toma en consideración en el Art. 199 de la Ley de 1965, cuyo precursor era el Art. 166 de la Ley de 1937. Esta disposición ordena que las nuevas acciones solamente podrán emitirse, si su contraprestación (aportaciones) está completamente pagada. En el caso de una emisión de las obligaciones por un importe inferior al valor nominal de las acciones (abajo de la par), que se admite en Alemania a diferencia de México, el importe de diferencia deberá

cubrirse por una reserva de la emisora de acciones, aplicable al respecto o por medio de pagos adicionales de los nuevos accionistas. Sin perjuicio de estas posibilidades de cobertura de la diferencia, la emisión de las nuevas acciones es de todos modos admisible *si el importe total de la emisión de las obligaciones cubre o excede del total del valor nominal de las nuevas acciones*". Con esto se toma en consideración, que las obligaciones convertibles se emiten al principio más difícil y barato que después cuando el público ya tenga mayor interés y confianza en la sociedad y sus obligaciones.

Esta reglamentación es muy útil y puede posibilitar la sobrevivencia de sociedades anónimas que se encuentren en crisis económica.

Como *resumen* podemos decir que la LGSM como primera Ley de la materia en México creó como avance normas imperativas, pero carece todavía de riqueza normativa, que sí encontramos en la Ley alemana de 1965 creada por la mejor Alemania que siguió a la peor.