

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEON  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“EL DERECHO DE  
PREFERENCIA EN LAS  
SOCIEDADES ANONIMAS”

TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES PRESENTA EL PASANTE

RICARDO ORTIZ CHACON

GF1319

7  
54

Monterrey, N. L., Julio de 1954

EL

KGFI319

07

1954

1.1



1080125205

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEON  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

"EL DERECHO DE  
PREFERENCIA EN LAS  
SOCIEDADES ANONIMAS"

TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES PRESENTA EL PASANTE

RICARDO ORTIZ CHACON

Monterrey, N. L., Julio de 1954

UANL B. U. "Raul Rangel Frías"  
*Documento Donado por:*  
*Lic. Federico Paéz Flores*

TL

KGF1319

-07

1954



UANL

FONDO

TESIS LICENCIATURA

**A mis Padres**

**Sr. Don Arsenio G. Ortiz G.**

**y**

**Sra. Doña Juanita Chacón de Ortiz**

**con inmenso cariño y gratitud.**

**Al Doctor Arturo Salinas Martínez  
deseo manifestar mi más sincero  
agradecimiento por sus valiosas  
orientaciones y su eficaz ayuda  
bibliográfica.**

## INTRODUCCION

El estudio del derecho de preferencia o de opción que me he propuesto realizar en este trabajo, lleva como idea plasmar en unas páginas la importancia que para nuestro Derecho tiene el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Antes de adentrarme en los laberintos y problemas que su creación ha originado, juzgo conveniente adelantar algunos conceptos a manera de introducción, para mayor comprensión e interés de esos problemas, y de este modo tener una visión clara de lo que será el objeto de mi tesis.

Es la Sociedad Anónima la base para el estudio particular del derecho de preferencia; su funcionamiento complicado, la libertad dada por el legislador para la constitución de este tipo de Sociedades, con el fin de que se logre el objeto de su creación, o sea, la agrupación de capitales, la casi nulidad del accionista como persona en el funcionamiento de la Empresa, hicieron nacer en el legislador la tendencia a buscar la protección del interés público y del propio accionista.

El derecho de preferencia, objetivado en el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles es un producto de esa tendencia.

Para nuestro País representa este derecho una importancia particular, pues se encuentra en la actualidad en la situación crítica de un País, que ante el progreso necesario a que lo arrastra la actividad individual y la lucha por la supremacía mercantil, se percata de los problemas que este progreso lleva necesariamente aparejados y duda si detiene ese impulso o permanece estático.

Anteriormente en el Código de Comercio de 1889 se regulaba la Sociedad Anónima, en la actualidad ese ordenamiento no podría satisfacer las demandas que el complicado engranaje de las Empresas de este tipo significa.

Es precisamente en ese aumento de las Empresas, en los grandes



capitales que entran en juego, donde radica la base para la existencia del derecho de opción.

A lo largo de este trabajo tendré oportunidad de tratar, aún cuando no con la amplitud y perfección que deseaba, esos problemas a que hice mención en el párrafo anterior.

Siendo el aumento del capital social el supuesto a cumplirse para el ejercicio del derecho de preferencia, haré somera mención de él en el primer capítulo de esta tesis, y de este modo enfocar directamente las posteriores disquisiciones hacia el derecho en cuestión, pero ya con bases más o menos firmes.

Como un ejemplo diáfano de la importancia de este derecho, haré mención repetidas veces, en los diferentes problemas que analizaré, a las doctrinas y jurisprudencias de los Estados Unidos de América, pues representa el prototipo del País que se ha enfrentado con problemas de todas clases en este respecto.

Es patente la necesidad de una reglamentación completa del derecho de opción y en este punto he precisado la importancia del derecho francés que en su decreto-ley de 8 de Agosto de 1935 soluciona esta laguna y con ello todos los problemas que la falta de una reglamentación trae aparejados.

En fin, es mi intención concretarme lo más posible a aquellas doctrinas, ideas o conceptos que tengan una relación conexas al problema que me ocupa, sin embargo, en algún momento, quizá pequé de extenso y en algún otro de demasiado concreto.

## CAPITULO PRIMERO

### *BREVE ESTUDIO DEL CAPITAL SOCIAL Y SU MODIFICACION*

1.—CONCEPTO Y FUNCION DEL CAPITAL:—Uno de los elementos esenciales de la Sociedad Anónima, es el Capital, de tal modo que el maestro español Garrigues ha llegado a describir este tipo de Sociedad diciendo que es “un capital con personalidad jurídica”; independientemente de si la expresión es o nó correcta, cuestión que de momento no nos interesa, sí nos da una idea precisa de la importancia básica que representa el capital en una Sociedad Anónima.

Corre paralelo al capital, otro elemento fundamental en la Empresa que estudiamos, me refiero a la acción o participación social; de ahí que si queremos dar una definición del capital tengamos forzosamente que hacer referencia a la acción, pues aquél constituye la suma del valor de las aportaciones de los socios, es decir se trata de una cantidad matemática, cifra teórica plasmada en el estatuto constitutivo de la Sociedad.

En vista de que el capital pertenece a la Sociedad como persona moral, las aportaciones en especie que ocurran a su formación, deben ser hechas en dominio, y nó en uso o disfrute de la cosa.

El concepto anterior lo expongo sin apoyo en ningún texto legal, pues la Ley General de Sociedades Mercantiles, permite, al no prohibirlo, que se hagan aportaciones en concepto distinto al de dominio; pero los problemas que se pueden presentar en dicha situación, como por ejemplo en el caso de ejecución en bienes de la Sociedad, o en el patrimonio del aportante, me inclinan a opinar de este modo, pero principalmente porque sólo el dominio absoluto sobre sus bienes, puede permitir a una Sociedad, cumplir con la responsabilidad de representar una base firme de garantía de sus socios y acreedores.

Como ya lo había apuntado, la legislación actual de las Sociedades Mercantiles, ha tendido, en armonía con los demás países, hacia la pro-

tección de los intereses colectivos, así como del interés privado del accionista, pero siempre en vista de aquéllos.

En tal virtud, a lo largo de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se han implantado ciertos requisitos que después trataré, que la doctrina ha denominado principios proteccionistas, que en particular se refieren al capital social.

Esos principios vienen a darnos la pauta de lo que significa la función primordial del capital o fondo social; es decir, el de constituir una garantía de los accionistas presentes y futuros y de los acreedores de la Sociedad.

La característica de la Sociedad Anónima de ser formada por una cantidad ilimitada de socios, que lógicamente, con una que otra excepción, no tienen un conocimiento personal de los organizadores o fundadores de la Sociedad, los cuales en muchas ocasiones ni siquiera entran a formar parte de la misma, han originado enormes estafas en algunos países de Europa y en Estados Unidos, de tal modo que en realidad la única garantía de obtener alguna ganancia efectiva de su participación en la Sociedad, radica primordialmente en la constitución real, estabilidad y dedicación al objeto, del capital social; en cuanto a los futuros socios, el Estado debe intervenir para proteger a ese público que dejándose guiar por la propaganda efectiva de los fundadores, hacen aparecer un capital no aportado y unos dividendos ficticios, pues en su calidad de terceros no tienen más oportunidad de conocimiento que los datos proporcionados por la misma Sociedad.

El capital social cumple también la función de ser una garantía de los acreedores de la empresa.

Si tomamos en cuenta que de acuerdo con nuestro Derecho y el de todas las legislaciones, la Sociedad Anónima goza de una personalidad propia y diferente de la de sus accionistas, y que esencialmente constituye una Sociedad de capital, por lo cual lleva implícito el carácter de ser preponderantemente económica y si como en todas las operaciones comerciales, el acreedor no tuviera la certeza de un capital mínimo relativamente estable, ya que no puede variarse sin cumplir determinados requisitos, en el cual basar la solvencia económica de esta persona moral, seguramente que los terceros no contratarían con ella, pues falta el requisito mínimo que a todo futuro acreedor le interesa para realizar una determinada operación mercantil: un capital definido y efectivo.

Así pues, tendientes a organizar una barrera de protección que hiciera posible y efectiva la función del capital, en relación con sus socios

y acreedores, se han creado esos principios que podemos denominar, siguiendo al doctor Rodríguez y Rodríguez: a).—Principio de la unidad del capital; b).—Principio de la determinación; c).—Principio de la estabilidad; d).—Principio del capital mínimo; e).—Principio de la suscripción íntegra del capital. (Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I, Página 299).

a).—Principio de la unidad del capital:—Desde el momento que los accionistas entregan sus aportaciones, su calidad de personas desaparece en la esfera social, constituyendo desde ese instante, un conjunto de acciones que forman una sola estructura social, perfectamente definida.

Es posible, que en las grandes empresas o en general en X Sociedad, se constituyan departamentos, agencias o sucursales, para dar mejor cumplimiento a sus obligaciones comerciales, dando la impresión de que se trata de empresas diferentes, con capital particular cada una de ellas; pero no es así, ya que no importa el número de sucursales que tenga una Sociedad, el capital seguirá siendo único, hecho que se refleja en la situación de responsabilidad ante los socios y acreedores como una cifra única de garantía; realizando un inventario y un balance general de la Sociedad, incluyendo en este concepto el número que sea de agencias o sucursales.

En varias disposiciones legales fundo este principio de unidad; entre otras podemos enumerar el artículo sexto que en su fracción V, dice que uno de los datos que debe contener la escritura constitutiva de una Sociedad es "el importe del capital social"; en el artículo 89 se hace también referencia al capital único, al decir en su fracción II que "para proceder a la constitución de una Sociedad Anónima se requiere que el capital social no sea menor de \$25,000.00 y que esté íntegramente suscrito"; el 91 en su fracción II, el 99 y el 172, son otros tantos textos legales que apoyan lo aquí dicho para solo enumerar los principales.

Uno de los tratadistas más renombrados en la doctrina extranjera, Tullio Ascarelli, habla del principio del capital único al decir que "la sociedad presupone un fondo social, lo que se coordina con la personalidad jurídica reconocida a la sociedad comercial, la cual implica un substracto autónomo". (Sociedades y Asociaciones Comerciales, Página 37).

b).—Principio de la determinación:—El hecho de que el capital social sea único, no quiere decir que haya cumplido su función de garantía, sino que es preciso que este fondo social se encuentre expresado en una cifra determinada de dinero; la cantidad que se encuentre exhi-

bida o si lo fué totalmente; en las sociedades de capital variable, instituciones de seguros y de crédito debe señalarse cuál es el capital mínimo y máximo, así como el suscrito; a este respecto existe en el artículo 217 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la prohibición para las sociedades de capital variable de “anunciar el capital cuyo aumento está autorizado sin anunciar al mismo tiempo el capital mínimo . . .”

El principio de la determinación de capital se encuentra reglamentado en algunos artículos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, como el 91 que en sus fracciones I y III anuncian que, “La Escritura Constitutiva de la Sociedad Anónima deberá contener además de los requisitos estipulados en el artículo 6º la parte exhibida del capital social y . . . la forma y términos en que deba pagarse la parte insoluble de las acciones; en el artículo 125 fracción IV, para hablar de los requisitos que deben expresar “los títulos de las acciones y los certificados provisionales”, exige que contenga “las exhibiciones que sobre el valor de la acción haya pagado el accionista o la indicación de ser liberada”:

c).—Principio de estabilidad:—Para el posterior estudio del artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es de gran importancia el principio proteccionista enunciado, porque es en su alrededor donde gira el derecho de preferencia que vamos a analizar en este trabajo.

Es tal la importancia de la estabilidad o fijeza del capital, que únicamente ha hecho inclinar al legislador a permitir su modificación, la imperiosa necesidad que el elemento económico, imbibido en la sociedad se encuentra palpable en el funcionamiento de la empresa.

Pero para permitirlo ha creado una serie de requisitos que a reserva de estudiarlos con mayor detalle aquí sólo enumero su fundamento legal.

Los artículos 9, 132, 135, 182 en su fracción IV, 260 a 264, regulan la forma, tiempo o lugar en que puede aumentarse o disminuirse el capital social.

d).—Principio del capital mínimo: — Complemento directo del principio de unidad del capital, lo constituye el capital mínimo.

La existencia de este requisito no es más que el producto de la lógica más elemental, ya que si la creación de la Sociedad Anónima lo originó la necesidad de las grandes Empresas, era natural que para permitir su funcionamiento se requiriera un capital más o menos suficiente; y si a eso añadimos lo expuesto en el desarrollo de este capítulo,

es decir la intención del legislador de proteger a los acreedores y socios, de tal modo que en la vida de la sociedad el capital nunca sea inferior a ese mínimo de \$25,000.00 que fija la Ley, ordenando su liquidación en el momento en que las operaciones desdichadas de la empresa lo hagan peligrar.

Ahora bien, otro elemento tomado en cuenta para fijar el capital mínimo de una Sociedad, es la clase de actividad a que se va a dedicar o el tipo de Empresa que constituye; de tal modo que una S. de R. L. necesita un capital de \$5,000.00 para funcionar, en cambio la Ley de Instituciones de Crédito, fija mínimos de capital que varían de - - - - \$50,000.00 a \$1,000,000.00, según el tipo de operaciones que vayan a realizar; e igual cosa sucede con las Instituciones de Seguros, cuyos mínimos varían entre \$300,000.00 y \$500,000.00, según las ramas del seguro que vayan a practicar, así como el hecho de tratarse de Sociedades Nacionales o extranjeras.

e).—Principio de la suscripción íntegra de las acciones o realidad del capital social:—Era necesario que el legislador creara el requisito práctico en la constitución del capital social, pues todas las medidas expuestas con anterioridad saldrían sobrando, si no se exigiera la suscripción real e íntegra de las acciones, así como el mínimo de desembolsos.

En primer término el legislador estipula en el artículo 89 que a cada acción debe corresponder un titular y de este modo asuma la obligación de realizar las aportaciones y desembolsos debidos; los artículos 91, 97 y 98 redondean la obligación a que nos hemos referido.

Si se trata de aportaciones en especie, su valor debe estar cubierto íntegramente, en cambio para las acciones de numerario, la fracción III del artículo 89 no exige más que la exhibición del 20% del valor nominal.

Esto y otros muchos preceptos legales que en el presente trabajo no es posible analizar con el detalle necesario, para su mejor comprensión, han sido creados teniendo como ideal impedir la irrealidad del capital social y proteger de este modo aún cuando sea en forma mínima los intereses de los contratantes de la Sociedad y a los propios accionistas.

2.—CAPITAL SOCIAL Y PATRIMONIO.—SU DIFERENCIA:—He definido el capital social como la suma del valor nominal de las acciones, así como también he apuntado el interés en que ese capital se conserve estable, salvo los casos y formas previstos en la misma Ley,

pero el esfuerzo del legislador no puede trascender al resultado que el funcionamiento normal de la empresa trae aparejado.

De tal modo que el conjunto de bienes que posee la empresa en un momento determinado, llamado en la doctrina actual el patrimonio de la Sociedad, puede sufrir altas y bajas en relación con el capital, dadas las múltiples vicitudes de la empresa mercantil.

Es preciso no confundir los términos aludidos, para no incurrir en lamentables confusiones.

Al iniciar el funcionamiento de la Sociedad, el legislador se preocupa y hacia allá dirige sus esfuerzos, en equiparar el patrimonio y el capital social, cosa que en algunas ocasiones no es posible lograr, ya que puede suceder que el brillante porvenir que le espera, la reputación como dirigentes de los fundadores, etc., haga que las acciones se coticen sobre la par, con lo cual el patrimonio será superior al capital, o bien es factible doctrinariamente, ya que nuestra Ley lo prohíbe, que se ofrezcan las acciones abajo del valor nominal, y entonces el patrimonio será inferior; en el desarrollo de su función social, si las operaciones son un éxito o un fracaso, darán el lugar de bajo o sobre el capital, al patrimonio de la Empresa.

Con la anterior exposición, podemos dar los diferentes matices que peculiarizan y diferencian al patrimonio del capital social.

El capital por esencia es fijo, estable, en cambio el patrimonio es cambiante, mudante, oscilatorio; el capital representa un elemento esencial de derecho en la Sociedad, en cambio la existencia del patrimonio es de hecho.

Teniendo concretizados y precisos ambos conceptos será fácil comprender los problemas que se plantearán en el desarrollo de esta tesis.

3.—AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL:—El artículo 9º de la Ley General de Sociedades Mercantiles autoriza la modificación del capital social, al decir “toda sociedad podrá aumentar o disminuir su capital, observando, según su naturaleza, los requisitos que encierra esta ley”.

Para el estudio del derecho de preferencia o de opción sólo nos interesa el aumento del capital social, pues es dicha modificación, la razón de ser de su existencia.

El aumento del capital puede ser real o nominal; decimos que existe el primero cuando el patrimonio de la Sociedad es enriquecido con

nuevas aportaciones, en cambio en el segundo sólo se trata de una alteración en el concepto aritmético del capital, pero sin que entren a la Sociedad nuevos implementos, ejemplo, la conversión de las reservas de la Sociedad en capital, en este caso el patrimonio de la Empresa no sufre modificación, únicamente se opera una variación en el aspecto contable del capital social.

El hecho de que una empresa aumente su capital, no indica que su estado económico sea deprimente, pues puede suceder que el fondo inicial del capital no sea suficiente para surtir la gran cantidad de peticiones que el público hace a sus productos, y entonces lo aumente para equiparse de acuerdo con aquella demanda; pero también es factible que la Sociedad haya tenido poco éxito en sus operaciones, y en tal virtud se hace necesaria la inyección al patrimonio de nuevos capitales que lo reincorporen a la vida activa.

Como lo expuse al hablar del principio de estabilidad, la fijeza del capital tiene, forzosa y necesariamente que sufrir una excepción en el caso de aumento del mismo, ya que las múltiples facetas que integran el movimiento de una Sociedad Anónima hacen indispensable esas modificaciones, de acuerdo con sus necesidades, pero al mismo tiempo, en ocasiones interesa a los mismos acreedores y socios, a quienes la Ley protege con la estabilidad del capital, que se tome el acuerdo de aumento, por los beneficios que les reporta. En cualquier forma el legislador toma las precauciones debidas para evitar que se efectúe por la libre voluntad de los socios.

Son múltiples las formas por las cuales puede una Sociedad, allegarse nuevos capitales, ya hemos expuesto lo que considero la división primaria en el aumento del fondo social: real y nominal; ahora bien se puede dividir esas formas generales en las siguientes: a) emisión de nuevas acciones, b) conversión en capital de reservas y beneficios, c) transformación de los bonos de fundador en acciones, d) capitalización de las obligaciones o créditos, e) emisión de obligaciones convertibles, f) el caso típico de fusión de Sociedades.

No entraremos en explicaciones minuciosas de cada una de las anteriores formas o recursos a los que una Sociedad acude para cubrir sus necesidades de dinero, pero considero necesario dar siquiera una idea sobre una de ellas en particular: la emisión de nuevas acciones y su ofrecimiento al público.

La emisión de nuevas acciones y la venta de las mismas es el procedimiento común utilizado por la Empresa, el cual puede efectuarse por



una suscripción con pago en metálico o en especie, se trata de un aumento real del capital social pues entran a la Empresa nuevos implementos. El artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles regula esta materia al prohibir la emisión de nuevas acciones, mientras las precedentes no hayan sido íntegramente pagadas. El fundamento de su existencia es bien lógico, pues si la razón del aumento radica en la necesidad del capital, ésta no existe si hay todavía acciones con valores insolutos.

Podemos señalar dos procedimientos para la emisión de nuevas acciones: la suscripción simultánea y sucesiva. Se trata de las mismas formas que sirvieron para la constitución de la Sociedad y que en mi concepto es posible utilizar aquí.

La primera puede darse cuando la totalidad de los accionistas acepta hacer nuevas aportaciones y la suscripción íntegra de las acciones, sin perjuicio del artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en un solo acto, y debiendo depositar cuando menos el 20% del valor de la acción.

La segunda forma se presenta en el caso normal de la apelación al público ofreciendo las acciones, requiriéndose para ello la autorización de la Comisión Nacional de Valores, y debiendo observar los requisitos establecidos en los artículos 92, 93 y demás relativos de la fundación sucesiva de la Sociedad.

No he creído conveniente exponer las demás formas de aumento de capital, por no incurrir en repeticiones inútiles, ya que éstas mismas formas las estudiaremos con mayores detalles en el Capítulo IV de esta tesis.

## CAPITULO SEGUNDO

### *CONCEPTO DEL DERECHO DE PREFERENCIA*

1.—Definición, antecedentes y fundamento.—Podemos definir el derecho de preferencia, como la prioridad que tienen los accionistas de una Sociedad, para suscribir las nuevas acciones que se emitan, en un plazo de quince días a partir de la publicación en el Periódico Oficial del domicilio de la Sociedad, del acuerdo de la Asamblea sobre el aumento de capital social.

El aumento del capital social es la base sobre la cuál gira el derecho de preferencia; o en otras palabras, es la hipótesis que necesita realizarse, para poner en movimiento el ejercicio del derecho.

Los antecedentes legislativos de esta protección de los accionistas, en nuestro País, no existen. El Código de Comercio de 1889, era tan simple en su reglamentación en materia de Sociedades, que no se ocupó de una gran cantidad de problemas que la actual Ley General de Sociedades Mercantiles alude en su articulado.

Sin embargo, los estatutos de las Empresas, en vista de la imperiosa necesidad de su reglamentación, consagraban este derecho, quedando empero, los accionistas, a merced del estatuto, que en cualquier momento podía variar, creando entonces un doble inconveniente, por una parte, la disminución de su poder o influencia en la Sociedad y por la otra un perjuicio en el derecho a las reservas de la Empresa.

Así pues la fuente del derecho de preferencia, es estrictamente estatutaria.

Estados Unidos, es sin duda el país en donde más se ha estudiado, reglamentado y atacado este derecho.

La enorme cantidad de industrias, los grandes capitales que se po-

nen en juego y la trascendental significación del derecho de preferencia, han hecho de aquella legislación un maremagnum.

Fué en el año de 1807 y mediante una decisión unánime, que la Corte de Massachusetts, desplegó la doctrina de que cada accionista tuviera un derecho de preferencia para suscribir las nuevas emisiones de acciones en proporción de sus aportaciones.

Quizo la Corte, traducir en términos de Ley, lo que por años los estatutos de las Sociedades habían reglamentado y desde este momento el accionista quedó protegido en su statu quo; su proporcionalidad en el voto y su expectativa de reservas, estaban aseguradas.

Cuando eran emitidas nuevas acciones, el accionista podía retener su posición, suscribiendo en la proporción que le correspondiera la emisión venidera, o en último caso, si no está en posibilidad de ejercitar su derecho, él puede, por lo menos venderlo o cederlo.

Rápidamente cundió este principio en todas las legislaciones de los Estados, siendo reconocido como uno de los más valiosos derechos de los accionistas, a tal grado, que en la Compañía Telefónica y Telegráfica Americana, su existencia colocó sobre la par el valor de sus acciones.

Sin embargo, una vez creada, la Ley fué acometida por tres lados:

En primer lugar, en algunas Cortes de la Unión Americana y principalmente en Nueva York, se limitó el derecho de preferencia en el caso de que se hubiere autorizado una modificación del capital social, aumentándolo con el número de acciones que se había autorizado en la Constitución original, lo que dió fácil solución para evitar el derecho de preferencia, autorizando simplemente en la Constitución mucho más acciones que las que iban a emitirse al comienzo de la Empresa.

En segundo lugar, las acciones pagadas con propiedad tampoco tienen el derecho de preferencia. Esta ilógica decisión tomada por el vicescanciller de New Jersey, en forma por demás apresurada, "no teniendo más tiempo para consideración que la hora para comer entre sesiones de la Corte", dió margen al poder de dilución del derecho de preferencia en los Estados que aceptan esta decisión.

El ataque final lo constituyó el hecho de que en muchas leyes de Sociedades de ciertos Estados y en particular Delaware, se permitió que en las Escrituras Constitutivas se insertara una cláusula en la que se limitaba o cedía el derecho de preferencia, por adelantado (Berle and

Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Pag. 144 y siguientes).

En vista de la particular manera de legislar en los Estados Unidos, en que cada Estado tiene sus leyes propias, en materia de Sociedades, los problemas que se presentan son de una importancia e interés capital para nuestro Derecho, ya que nos dá una idea de las más increíbles situaciones, con cuyo estudio nos proporciona material para resolver las cuestiones que se presenten en nuestro País. En el desarrollo de esta Tesis nos referiremos a esos problemas.

Siguiendo con el tema de los antecedentes legislativos del derecho de preferencia, también en Europa transcurrió en el más completo olvido por parte de los legisladores, hasta el año de 1900, en que el derecho alemán lo reconoció, aún cuando lo condicionó al acuerdo de la Asamblea, y finalmente el año de 1937 la ley alemana de Sociedades Anónimas, hizo algunas modificaciones en el texto anterior, llevando como idea la de hacer más difícil la modificación o supresión del derecho de opción.

“Estas modificaciones pueden resumirse así: 1<sup>a</sup>—Para que la Asamblea pueda suprimir o limitar el derecho de opción, se precisa que el aumento se tome por una Asamblea con mayoría cualificadísima (3/4 del capital presente); 2<sup>a</sup>—La supresión o modificación requiere una publicidad previa adecuada”. (Rodríguez y Rodríguez, *Ob. cit.* Pág. 214).

René Gain y Pierre Delaisi en su Libro *Guide Formulaire Des Societes Commerciales* tocan el punto del derecho de preferencia y afirman que la reglamentación legal en Francia, es obra de un decreto especial de fecha 8 de agosto de 1935, que fué modificado por un decreto ley del 30 de Octubre del mismo año. (Pág. 420 y siguientes).

Es sin duda alguna muy interesante y atinada la idea de los legisladores franceses de emitir una ley especial para reglamentar amplia y definidamente este derecho. Tendremos oportunidad de hacer referencia a él en los capítulos posteriores.

Así pues, como ya dije, los antecedentes del derecho de preferencia en nuestro país, antes de la actual Ley General de Sociedades Mercantiles, se reducen a las estipulaciones estatutarias, es decir, no existe ni siquiera una referencia en las legislaciones anteriores, habiendo llegado a nuestro Derecho, como la mayoría de las disposiciones en materia mercantil, del Proyecto D'amellio.

El fundamento legal, artículo 132 de la L.G.S.M., como podemos

deducir de lo expuesto con anterioridad, surgió de la doctrina que veía en la ausencia de Ley, una injusticia para con aquellos accionistas que con su esfuerzo y arrojo habían soportado todas las vicisitudes que la iniciación de una Empresa lleva aparejadas, y que por la no existencia legal del derecho de preferencia, cada aumento de capital con la entrada de nuevos socios, repercutía en una serie de derecho de carácter patrimonial y de consecución, como el relativo al voto y a la expectativa de las reservas a su liquidación.

Este artículo y el 130, que permite el pacto por el cuál se limite la libre transmisión de las acciones nominativas, nos dan la impresión de que aquella Sociedad Anónima, eminentemente capitalista, sin intervención alguna de la persona del socio, ha variado paulatinamente, dando un cierto matiz de importancia al socio como individuo.

El derecho de preferencia protege pues: el voto y la reserva. El artículo 132 es categórico, imperativo y preciso en este aspecto.

Este hecho de imperatividad como característica consubstancial al artículo 132, se deduce lógicamente; en primer lugar la redacción del mismo nos dá pauta para este acerto: Comienza diciendo el artículo 132: "Los accionistas *tendrán* derecho preferente, en proporción al número de sus acciones. . . ." y no señala excepción ni aquí ni en ninguna otra parte de la Ley, que permita ser regulado en su esencia por la Asamblea; en segundo lugar, de poco o nada serviría a los accionistas que esta protección quedara supeditada a que un acuerdo posterior de la Asamblea viniera a hechar por tierra este derecho, pues en tal supuesto, caeríamos en la época de la ausencia de reglamentación, en la cual el estatuto podía variar en la forma y términos que la Asamblea juzgara conveniente, dejando al accionista a su merced.

Sin embargo no ha faltado quien vaya en contra de él, afirmando que el perjuicio que se le causa al accionista en la reserva, al disminuir su proporcionalidad con la entrada de nuevos socios, no existe, ya que el accionista no tiene sino una expectativa de derecho, sujeta a la condición o término de la liquidación de la Empresa y en tal supuesto no sufre ninguna expropiación; a lo anterior es fácil contestar, que hay que recordar que el valor de la acción tiene dos facetas: la nominal y la real y que esta última se obtiene dividiendo el patrimonio entre el número de acciones, de tal modo que al entrar nuevos accionistas, lógicamente disminuye el valor real de la acción, en cuya diferencia fundamos la expropiación aludida, hecho que se trata de evitar con el derecho de opción; aún se ha querido argumentar que es posible que se emitan las acciones

nuevas con prima, que pudiera equipararse a la cuantía de su participación en las reservas, pero entonces queda en pie el otro derecho que se violaría, el consistente en la pérdida de la proporcionalidad anterior en el ejercicio del derecho de voto y que constituye en mi concepto la base principal de la existencia del derecho de preferencia.

En Italia, la concesión del derecho de opción queda al arbitrio de la Asamblea, con la salvedad de que está imposibilitada para otorgarla a cierto número de accionistas en particular, ya que estaría en desacuerdo con lo establecido en el artículo 164 del Código de Comercio Italiano, que prohíbe la creación de toda desigualdad entre accionistas, excepto en el caso de una diversa disposición del acto constitutivo que debe interpretarse esta disposición con referencia al acto originario.

(Ascarelli, obra citada Capítulo VII, No. 8).

Amén de que existe la posibilidad de negar el derecho en cuestión a los accionistas, habla Ascarelli de que es factible en el Derecho Italiano, reservar la opción "a un determinado grupo de terceros" (Ob. cit. Pág. 146).

Esta posición del derecho italiano ha cambiado radicalmente en el proyecto D'amelio que excluyen toda intervención de la Asamblea que trate de limitar o suprimir el derecho, quedando solo la posibilidad de decisión de la Asamblea cuando el aumento proceda con aportaciones en especie (Ver Capítulo IV de esta Tesis).

España ha seguido también los lineamientos que caracterizan a México y a Italia en cuanto a la imperatibilidad e inmodificabilidad por los estatutos del derecho de preferencia; a excepción de lo establecido en el Ante Proyecto del Instituto de Estudios Políticos, que no consideraban al derecho de opción como uno de los que necesariamente integraban la acción, existiendo una disposición expresa que decía: "Este derecho podrá ser excluido por disposición de los estatutos o por el acuerdo de la junta general de emisión de las nuevas acciones", Párrafo que hoy ha sido suprimido en los artículos 39 y 92 de la Ley de Sociedades Anónimas Españolas. (Garrigues y Uría, comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, página 405).

Aún cuando se inclinan por este derecho, los autores del Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas Española, sin embargo, al hacer mención de la reforma al ante-proyecto aludido en el párrafo anterior, citan como un inconveniente creado por la reglamentación imperativa del derecho de preferencia, el hecho de que siendó el ante-proyecto un sistema más flexible, menos rígido, que permitiendo una mayor libertad

de movimientos, hacía posible algo que hoy no lo es: realizar, por ejemplo, aumentos de capital con el designio concreto de dar entrada en la Sociedad con determinado número de acciones a personas, que por sus especiales condiciones, pudiera ser interesante atraer al seno de la Empresa; o reservar una emisión de acciones a una entidad de crédito que esté dispuesta a financiar a la Sociedad casos imposibles de efectuar con la reforma enunciada; pero, no obstante lo anterior, consideran de mucho mayor peso el perjuicio que se pudiera ocasionar a los accionistas, que el beneficio que reportara a la Sociedad con su supresión.

Así pues, resumiendo lo hasta aquí dicho, podemos concluir, que el derecho de preferencia ha sido regulado por vez primera en nuestra Ley en el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles vigente en el País, su contenido es imperativo e inmodificable por los estatutos de la Sociedad o por acuerdo de la Asamblea, fundándose su existencia en dos posibles violaciones: disminución del poder de voto o influencia en la Asamblea de la Sociedad y expropiación de la proporcionalidad en las reservas de la Empresa.

**2.—DERECHOS PATRIMONIALES Y DE CONSECUACION:—**El accionista de una empresa tiene una serie de derechos que podemos dividir en dos grandes ramas: derechos patrimoniales y de consecución.

Derechos patrimoniales son los que en alguna forma coadyuvan a obtener directamente un provecho en el activo del accionista. Se pueden dividir en 2 clases: Principales y Accesorios; dentro de los primeros podemos incluir: el dividendo en cualquiera de sus formas, la cuota de liquidación y la aportación limitada; consideramos dentro de los segundos: la obtención de certificados provisionales y títulos-acciones, el canje de acciones, trasmisión de acciones, y la obtención de acciones de goce.

Los derechos de consecución permiten al socio intervenir activamente en el funcionamiento de la Empresa, se dividen en administrativos y de vigilancia; corresponde a los primeros: la convocatoria, participación en la Asamblea, redacción de la Orden del Día, representación, Voto, aplazamiento de los acuerdos, Suscripción de nuevas acciones; los de Vigilancia son: aprobación del balance, determinación de honorarios, aprobación de gestiones, denuncia a los Comisarios, derecho de impugnación de los acuerdos y derecho de suspender la ejecución de los acuerdos.

(Rodríguez y Rodríguez, ob. citada, Tomo I, Páginas 469 y 470).

No creemos necesario ni prudente dar una explicación de toda esta

gama de derechos de los accionistas, sino que únicamente nos referiremos y en forma somera a aquéllos que en alguna forma tienen una relación directa con el derecho de preferencia.

El principal derecho patrimonial lo constituye el dividendo, el cual está protegido por los artículos 17 y 18 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pudiendo definirse "Como el beneficio neto pagadero periódicamente a cada acción" (Vivante, Tratado de Derecho Mercantil, Página 327).

Paralelo al dividendo se encuentra enmarcado en el mismo grupo de derechos, el de la cuota de liquidación sobre la reserva de la Sociedad, siendo éste como ya sabemos uno de los intereses que protege el derecho de preferencia.

En cuanto a los derechos de consecución, el principal de ellos lo constituye el voto, o sea la facultad de intervenir en los acuerdos de la Sociedad y que esa voluntad expresada en una u otra forma, tenga un valor efectivo en las resoluciones de la Asamblea.

Como ya lo he expuesto, es en mi concepto, la base del derecho de preferencia, "pues en función del voto se reconocen ciertos derechos minoritarios, nombramiento de administradores y comisarios, derechos de impugnación, aplazamiento y suspensión de resoluciones, derecho de convocatoria. Si la mayoría puede impedir a los accionistas la adquisición de las nuevas acciones, puede también privarlos de la posibilidad de constituir minorías del 25% o del 33%, a cuya existencia se vinculan esos derechos" (Rodríguez y Rodríguez, Tomo II, página 222).

Sin embargo, no obstante que el derecho de opción se encuentra encuadrado, según la clasificación que hemos hecho con anterioridad, dentro de los derechos de consecución, y que la base del mismo sea el principal de esos derechos, la naturaleza jurídica de él, no reside sólo aquí, sino que en atención del otro interés patrimonial que protege, es decir, el referente a la disminución del porcentaje de las reservas a su liquidación, debemos concluir que el derecho de opción tiene una naturaleza jurídica sui-generis, con un doble aspecto de consecución y patrimonial.



## CAPITULO TERCERO

### *CONDICIONES DE EJERCICIO*

1.—A quién corresponde; casos típicos de escisión entre el tenedor de la acción y su propietario:— El derecho de preferencia corresponde, en principio, al accionista como tal; en nuestra Ley, se establece que el ejercicio de este derecho debe hacerse “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 social” (Artículo 132).

En otros países, como Francia, el plazo para ejercitar el derecho es fijado por los estatutos o por la Asamblea General que decide el aumento, pero nunca puede ser inferior a quince días a contar de la publicación a que se refiere el artículo segundo del decreto de 8 de Agosto de 1935, teniendo además otras formalidades, consistentes, “En la inserción del aviso anterior con el requisito previsto en el artículo tercero de la Ley del 30 de Enero de 1907, siempre que la emisión por aumento de capital motive la publicación del requisito de referencia”.

“En caso de que no proceda hacer esa inserción, la Sociedad deberá comunicar, mediante carta certificada con acuse de recibo a los accionistas de títulos nominativos, los datos a que se refiere el artículo segundo de este decreto”. (Gain et Delaisi, obra citada, página 784).

Siendo el derecho de preferencia esencial a la acción, para ejercitarlo se requiere la presentación de los títulos, aún cuando en algunos casos, se establece la necesidad de presentar cupones especiales, pero dichos cupones no podrán suplirse con cupones de dividendos de las antiguas acciones, para canjearlos por las nuevas, porque ese movimiento se equipararía a un pago no en efectivo; por otro lado, hay que tener presente que este cupón solamente incorpora un derecho a los dividendos y no a otras prestaciones.

Es posible condicionarse el ejercicio de este derecho a la posesión de un determinado número de acciones antiguas, para adquirir una nueva; en tal caso es factible que uno o varios accionistas no completen ese número, ¿Cómo podrá ejercitar su derecho de preferencia?

En España existe en la Ley de Sociedades Anónimas un artículo expreso que se refiere al caso de que "... los estatutos podrán exigir con carácter general a todas las acciones, cualquiera que fuese su clase o serie, la posesión de un número mínimo de títulos, para asistir a la junta general y ejercitar en ella el derecho de voto; e igualmente podrá fijar el número máximo de votos que un mismo accionista puede emitir. Para ejercitar el derecho de voto, será lícita la agrupación de acciones. (Artículo 38).

Garrigues y Uría consideran que siendo la misma situación, que la del derecho de opción, para el ejercicio de este derecho, procede la agrupación de los títulos con otros accionistas, que al adquirir las acciones en copropiedad, quedarían sujetos al artículo 40 de la misma Ley española, con la obligación de designar un representante común de los copropietarios para ejercitar sus derechos. (Garrigues y Uría, ob. citada, página 413).

En nuestro derecho, Joaquín Rodríguez y Rodríguez cita también esta posibilidad dándole la misma solución, que me parece no existe impedimento teórico ni legal para objetarla; el artículo 122 de la Ley General de Sociedades Mercantiles regula la situación de la copropiedad de las acciones en nuestro país.

El artículo 112 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dice que "las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos, pero que en el contrato social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase, observándose siempre lo que dispone el artículo 17", es decir que a nadie se le puede excluir de las ganancias.

Ahora bien, quiere decir lo anterior que pueden existir, si así lo establece el contrato social, acciones de diferente valor nominal; si nos basamos en el estricto sentido de la Ley, podría pensarse que sí es factible su existencia; sin embargo, en tal supuesto, puede presentarse el caso de que existan acciones con un valor nominal de \$1,000.00 y otras con un valor de \$100.00, de tal modo que dos tenedores, cada quien con diez acciones, uno de \$1,000.00 y el otro de \$100.00 tienen el mismo número y por lo tanto tendrán el mismo derecho al ocurrir a la suscripción de acciones nuevas, pues el artículo 132 habla de "proporción al número de

sus acciones”, a pesar de que en el momento del aumento uno tiene entregados \$10,000.00 y el otro sólo \$1,000.00, creándose implícitamente un privilegio para el segundo accionista.

Por tal motivo, considero que el espíritu de la Ley, es de uniformidad de valor nominal y por lo tanto, la excepción de facultar al contrato social para la creación de diferentes clases de acciones, iba dirigida para facilitar la creación de acciones preferentes, de voto limitado, o cualquier otra de las varias categorías de accionistas, pero de ninguna manera hacía referencia al valor de las acciones.

Como ya dije el derecho de preferencia pertenece al accionista inscrito en el libro de la Sociedad, en el caso de acciones nominativas, y al tenedor de la misma en el caso de acciones al portador.

Hasta aquí el ejercicio resulta normal y sin problemas, éstos comienzan propiamente, cuando existe una escisión entre el tenedor de la acción y su propietario.

Esta escisión es producto natural de la calidad de título-valor de la acción que la hace transferible, como más adelante lo veremos. (Ver número 3 de este Capítulo).

a) —Uno de los más enconados debates que se han suscitado en relación a la titularidad de los derechos derivados de la acción, es aquél que se presenta cuando existe un derecho real de usufructo sobre el título-acción.

En este caso ¿Quién vá a ejercitar los derechos, y en especial para nosotros, el derecho de preferencia?

En la doctrina extranjera, dos de los más altos exponentes del derecho español, Garrigues y Uría intervienen en este debate, en su libro que hemos citado, “Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”.

Esta legislación al enunciar que el ejercicio de los demás derechos de los socios, corresponden salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo-propietario de las acciones, ha dado el paso necesario para solucionar una serie de problemas que los gravámenes reales traen aparejados.

Esta solución dada por la Ley española, de acuerdo con el anteproyecto del Instituto de estudios políticos, fué recogida en una sentencia del tribunal Supremo del 23 de Enero de 1947.

Pero este fallo sostiene además que el derecho del usufructuario se extiende a los frutos de las acciones nuevas suscritas por el nudo-propie-

tario y que en consecuencia, es conforme a la equidad, que el usufructuario venga obligado a satisfacer al nudo-propietario el interés legal de las cantidades desembolsadas para suscribir dichas acciones. Ahora bien, si antes de la vigente ley española, podía sostenerse esa doble tesis, hoy tropezará con el obstáculo de que el Artículo 41 limita, salvo disposición expresa de los estatutos, el derecho del usufructuario a "participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período del usufructo y que se reporten dentro del mismo. Si el contenido del usufructo de acciones se reduce y concreta en esa forma, no parece que el usufructuario pueda pretender hacer suyos los beneficios correspondientes a las nuevas acciones que en ejercicio de un derecho privativo suscribe el nudo-propietario" (Garrigues y Uría, obra citada, página 433).

En el derecho mexicano, el Código Civil de nuestro Estado dá al usufructuario el derecho de percibir los frutos naturales, civiles o industriales (artículo 987), pero el derecho de opción no es un producto o ganancia, ya que por su naturaleza típica y excepcional y su falta de regularidad o periodicidad, constituye propiamente un capital en potencia, ya que por su medio se produce un aumento de la participación del accionista en la Sociedad, por lo que el nudo-propietario será el único autorizado para ejercitar el derecho de opción.

Por todo lo anterior, el usufructuario no tiene facultad sobre ninguno de los derechos emanados de las nuevas acciones, puesto que el artículo 997 del Código Civil del Estado da derecho al usufructuario al fruto de los aumentos que reciban las cosas por accesión y se entiende que pertenecen al propietario por accesión según el artículo 884, los frutos naturales, industriales y civiles y dentro de estos últimos, el artículo 890, señala "todos aquellos que no siendo producidos por la misma cosa directamente, vienen de ella por contrato, por última voluntad o por la ley", y resulta por lo tanto que no entrando en el statu quo del socio, las nuevas acciones obtenidas por el ejercicio del derecho de opción, ni por la Ley, ni por contrato previo, ni por última voluntad, sino que es el producto de un negocio jurídico, realizado con la voluntad del nudo-propietario, que hace uso de su patrimonio, para obtener esas acciones, el usufructuario no tiene derecho a ellas.

b).—Acciones dadas en reporto.—Otro problema sobre el ejercicio del derecho de preferencia se presenta en el caso de que exista un contrato de reporto sobre las mismas.

Pero como ya dijimos, el problema principal por la complejidad de los artículos aplicables al caso, lo constituye el usufructo de acciones que estudiamos en el apartado anterior.

El artículo 261 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito es muy claro, pues expresamente dice: "Si los títulos atribuyen un derecho de opción que debe ser ejercitado durante el reporto, el reportador estará obligado a ejercitarlo por cuenta del reportado; pero éste último deberá proveerlo de los fondos suficientes dos días antes por lo menos, del vencimiento del plazo para el ejercicio del derecho opcional".

Del cual se desprende que es el reportador el que se encargará de ejercitar el derecho de preferencia; ahora bien, el artículo expresa que el reportado debe entregar la cantidad necesaria para poder ejercitar dicho derecho, lo que parece ir en contradicción con el artículo 259, pues éste define el reporto como una operación "en virtud de la cual el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito . . ." y si es así, es natural y lógico que sea él el que ejercite el derecho, pues lo hace en calidad de propietario de los títulos-acciones, pero parece no haber razón para que sea el "vendedor" de las acciones el que proporcione los fondos para el ejercicio del derecho opcional.

Sin embargo esto es perfectamente justo y legal en virtud de que al concluir el contrato, al reportado les serán devueltas acciones en el mismo número y especie, aún cuando no sean las mismas; con un ejemplo se aclarará lo anterior: supongamos que el objeto del contrato de reporto sean 200 acciones ordinarias de la Empresa Cementos, S. A., que tienen como números del 300 al 500; al concluir el contrato, le serán devueltas acciones de la misma especie, es decir, ordinarias de la misma Empresa Cementos, S. A., aún cuando dichas acciones sean de la número 100 a la 300; de otro modo dicho, el reportado es "propietario" de 200 acciones ordinarias, y se justifica que haga el pago para el ejercicio del derecho de preferencia, porque él recibirá las acciones nuevas que se adquieran y que no estarán dentro del reporto, como es natural, que de no existir el artículo 261, deberían quedar en poder del propietario de los títulos en el momento de su ejercicio, o sea el reportador, lo que originaría que muchas operaciones no se realizasen en virtud de que no era conveniente al reportado perder la oportunidad que le brindaba el derecho opcional.

c).—Depósito bancario de títulos o depósito irregular.—El depósito propiamente dicho, tiene por objeto que una persona llamada depositario, se obliga con otra, llamada depositante, a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquél le confía y a guardarla hasta que la pida el depositante, mediante una suma de dinero o cualquier otra prestación, salvo pacto en contrario.

Ahora bien, para el estudio del derecho de preferencia en este

punto solo nos interesa el depósito llamado en la doctrina depósito irregular, más adelante hablaremos del depósito cuya definición hemos dado en un principio.

El artículo 276, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, permite en su parte final la trasmisión de la propiedad de los títulos, dados en depósito bancario y la obligación del depositario de devolver otros de la misma especie y cantidad y por lo tanto, las acciones dadas en depósito con esta modalidad, se consideran propiedad del depositario, con los derechos inherentes a su calidad, incluyendo el de preferencia, con la obligación de hacer entrega del producto de dicho derecho al concluir el depósito, y con la facultad de exigir al depositante las exhibiciones que deba hacer para el ejercicio del derecho de opción.

Nos encontramos en este caso, con un problema similar al anterior y en tal virtud lo que hemos expuesto allá lo consideramos aplicable ahora.

El artículo 2416 del Código Civil del Estado habla de la obligación del depositario en el depósito regular, de realizar todos aquellos actos esenciales para la conservación de la cosa depositada.

¿Es el derecho de preferencia indispensable para la conservación de la acción?

En mi concepto, la respuesta puede hacerse en este sentido; es ante todo necesario recordar lo dicho sobre el fundamento del derecho de opción, para darnos cuenta de que éste existe para proteger el statu quo del socio en una determinada posición dentro de la Empresa, el derecho de preferencia no protege, ni conserva a las acciones en cuanto tales, y por tal motivo, el depositario no está capacitado para ejercer este derecho, el cual queda en poder del depositante.

d).—Acciones en prenda.—El problema del ejercicio del derecho de preferencia en el contrato de prenda, no existe propiamente.

El artículo 339 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito nos remite al 261 de la misma Ley, con el cual nos soluciona la cuestión, pues como dijimos en el Contrato de Reporto, el acreedor prendario ejercitará el derecho, con la obligación del deudor propietario de proporcionar el dinero correspondiente para la ejecución del derecho.

e).—Fideicomiso de Acciones.—Independientemente de la naturaleza jurídica del fideicomiso, la doctrina es unánime en el sentido de que los bienes dados en fideicomiso, pasan en propiedad de la Institución Fiduciaria que intervenga en la operación.

El artículo 354 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en su fracción II nos da fundamento para formar el concepto anterior, y si no fuere suficiente, el artículo 356, nos habla de que será la Institución Fiduciaria la que posea todos los derechos y ejercite las acciones derivadas de los bienes dados en fideicomiso.

Por lo tanto, el derecho de preferencia será ejercitado por la Institución Fiduciaria.

Ahora bien, el mismo artículo 356 sigue diciendo que ese ejercicio puede ser limitado en la constitución del fideicomiso, es decir que el fideicomitente puede reservarse ciertos derechos para su ejercicio, por lo que puede deducirse que si así se estipula el derecho de preferencia puede ejercitarlo el fideicomitente; pero en este caso surge el problema de las acciones nominativas que han sido endosadas e inscritas en el libro de la sociedad a favor de la Institución Fiduciaria, lo que impedirá hacer dicha estipulación, ya que únicamente puede ejercitar el derecho de preferencia la persona inscrita en el libro de registro de la Empresa, tratándose de acciones nominativas.

Así que siendo en esencia la misma situación que la existente en el contrato de reporto, creo que debe darse la misma solución que en aquél, en el caso de que no se haya hecho la reserva a que aludí con anterioridad, es decir, el fideicomisario hará el pago para el ejercicio del derecho de preferencia, de tal modo que esas acciones no queden en propiedad de la Institución Fiduciaria.

2.—Derecho de acrecer.—El problema que se presenta en el caso de que los accionistas con derecho a la opción no hayan suscrito todas las nuevas acciones, es el siguiente: esas acciones sin titular ¿qué destino deberá dárseles? Han surgido dos teorías para tratar de solucionarlo.

Ascarelli ha dado una base firme para lograrlo, afirmando que los accionistas tienen el derecho de acrecer, es decir, que aún cuando ya hayan ejercitado su derecho de opción, pueden repetir de nuevo adquiriendo los sobrantes, en la proporción al límite de sus solicitudes y de sus aportaciones a la Sociedad.

Garrigues y Uría forman parte de la corriente doctrinal que se inclina por negar a los accionistas que ya han ejercitado su derecho de opción, a repetir sobre las acciones no suscritas.

El argumento esgrimido por dichos autores, radica en el hecho de que el haber ejercitado el derecho de preferencia un accionista, agota la facultad concedida por la Ley y como ésta no habla del discutido

Derecho de acrecer, propuesto por Ascarelli, el accionista no puede exigir su satisfacción.

Como más atrás dejamos sentado, la ley Francesa por medio del decreto de 8 de Agosto de 1935, reglamentó en todas sus formas el ejercicio del derecho de preferencia, y también en este aspecto se distingue de todas las legislaciones, pues es la única que reglamenta el derecho de acrecer.

Es el artículo cuarto de dicho decreto el que lo regula: "si algunos accionistas no suscribieron las acciones a que tienen derecho preferente, según las disposiciones anteriores, las acciones así disponibles, se distribuirán a los accionistas que hubieren suscrito un número de acciones superior al que podían suscribir con carácter preferente, en proporción a su participación en el capital y en el límite de sus demandas". (Gain et Delaisi, ob. citada, página 784).

Con cuya disposición despeja cualquier incógnita que pueda presentarse en este respecto.

La falta de disposiciones aplicables en nuestra Ley de Sociedades impide dar una solución tajante y es en esa virtud que nos inclinamos por ninguna de las dos teorías expuestas.

A mi modo de ver, el decir que forzosamente pueden exigir los accionistas el cumplimiento del discutido derecho de acrecer, no tiene razón de ser, pues si ellos no tienen más fundamento legal que el artículo 132, y este ya ha sido agotado, no creo procedente una acción para exigir el cumplimiento de algo que sólo tiene fundamento en lo expuesto por algunas teorías del derecho.

Por otro lado, tampoco podemos crear una imposibilidad jurídica de ejercicio de este derecho de acrecer, como lo pretenden Garrigues y Uría, pues con base también en la ausencia de disposiciones en nuestra Legislación, puede decretarse su existencia en el estatuto constitutivo, o por acuerdo de la Asamblea, con lo cual los accionistas antiguos que han ejercitado su derecho de preferencia, pueden repetir sobre las acciones no suscritas y exigir el cumplimiento del derecho de acrecer.

3.—Cesión del derecho de preferencia.—Si recordamos lo expuesto en el capítulo segundo de este trabajo, en el sentido de que el derecho de preferencia tiene dentro de su naturaleza jurídica un carácter bifrontal, es decir, con dos facetas diferentes que lo constituyen como un derecho de consecución y patrimonial al mismo tiempo, y por ese carácter patrimonial que en parte lleva imbíbido, ha surgido la teoría



que lleva como médula la idea de que el derecho de opción es factible de cederse independientemente de la acción, a una tercera persona, sea accionista o nó.

Esta teoría trae aparejados varios problemas que vamos a desarrollar en seguida.

En nuestra legislación no se ha tratado esta cuestión, pero según el Dr. Rodríguez y Rodríguez, puede admitirse la idea de la cesión de este derecho.

La doctrina francesa y su decreto-ley que ya he enunciado, admiten expresamente esta posibilidad.

Gain et Delaisi al respecto dice: "El derecho (de preferencia) es negociable en los mismos términos y condiciones de la acción, mientras dure la suscripción, (Art. 1º del decreto-ley de 1935)".

"El puede ser transmitido según la naturaleza de la acción, en la forma nominativa, a la orden o al portador. En estos dos últimos casos, la Sociedad puede ser obligada a emitir un certificado representativo del derecho, mencionando el número de acciones que le correspondan. En el primer caso, una simple transferencia en el libro de registro de la Sociedad, será suficiente. Es cierto que el derecho (de preferencia) puede ser negociado independientemente de las acciones" (obra citada, página 422).

El derecho español, también es ajeno, legislativamente hablando a este problema.

La doctrina está acorde en permitir la cesión del derecho con base en lo expuesto en un principio.

Se presenta desde luego un problema: ¿Es posible la procedencia de esta cesión, antes de concretizarse el derecho, es decir, antes de que haya nacido?

El derecho francés es preciso en este punto, como ya vimos, el artículo primero concretamente dice: "... Este derecho es negociable en las mismas condiciones de la acción *mientras dure la suscripción*" (Gain et Delaisi, ob. citada, página 784).

En cambio, para nuestro País, en vista de que no existe reglamentación alguna y tratándose de un derecho negociable, puede hacerse la cesión conforme a las reglas de la compra de esperanza.

Para Roberto Guajardo Suárez "el derecho de preferencia no pue-

de ser considerado como un valor susceptible de circular en el comercio. No puede ser cedido a título gratuito u oneroso. Es un derecho inherente a la acción. Al venderse el título, el nuevo propietario seguirá gozando del derecho, pues éste no se establece a favor de personas determinadas, sino en beneficio del título mismo. Cualquiera que sea el propietario, se encuentra facultado para ejercitar el derecho". (Obra citada, página 106).

En mi concepto, el derecho de preferencia sí es transferible, independientemente de la acción, a una tercera persona, sea accionista o no, ¿Por qué? Por lo que anteriormente he asentado, es decir, por el contenido económico, patrimonial, consubstancial a este derecho, que lo hace encontrarse excluido de la esfera personalísima del accionista como tal.

Ahora bien, ¿En qué forma será hecha esta transmisión independiente de la acción? Se recordará que he afirmado que para el ejercicio del derecho de preferencia se hacía uso de las mismas acciones o en algunos casos de cupones que se encuentran adheridos a la acción, pues bien, la transmisión de esos derechos se hará poniendo en circulación los respectivos cupones. El tenedor del cupón será titular del derecho.

Un argumento que indirectamente puede inclinar nuestro pensamiento en este respecto, aún cuando se trate también de doctrina extranjera, es el hecho de que en el origen de este derecho, que como lo expuse surgió a raíz de la jurisprudencia de la Corte de Massachusetts en el año de 1807, la cesión del derecho fué considerada como uno de los beneficios de su creación, como lo expone Berle and Means en la obra que he citado: "Esto tuvo un doble efecto (la creación del derecho). Cuando eran emitidas nuevas acciones, si el precio para ellas era fijado de tal modo que pudiera disminuir el valor nominal de las acciones existentes, cada accionista podía retener su posición, suscribiendo a su proporción la emisión venidera. El resultado dejaría su valor nominal y su proporción en el derecho de dividendo y voto sin menoscabo. Si no estaba en condiciones de tomar sus acciones, él puede por lo menos, asegurarse contra pérdidas, vendiendo o asignando su derecho para suscribir las nuevas acciones". (Obra citada, página 145).

Se presenta en esta hipótesis un problema que ha sido planteado en la doctrina española, ampliamente por Garrigues y Uría, y aquí en México por el Doctor Rodríguez y Rodríguez.

Partiendo de la base que admite la cesión del derecho de preferencia, los autores mencionados se hacen esta pregunta: ¿Será libre la venta o cesión del derecho de preferencia cuando no sea libre la venta de las acciones?

Juzgo conveniente explicar un detalle básico para el entendimiento cabal de la situación planteada.

No obstante que antes lo he enunciado es oportuno apuntarlo de nuevo.

El artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles permite el pacto para restringir la libre trasmisibilidad de las acciones.

Independientemente de la naturaleza jurídica de esta restricción (ver Rodríguez y Rodríguez, obra citada, página 387, Tomo I), para nosotros lo importante en este caso es el hecho de que la Empresa puede haber pactado en la Escritura Social esta restricción y entonces es cuando se presenta el problema a que he hecho alusión.

En la ley de Sociedades Anónimas española existe también, en el artículo 46, esta posible restricción.

Ambas doctrinas, están acordes en que encontrándose restringida la transmisión de las acciones, lógicamente el derecho de preferencia se encuentra en la misma situación, porque en última instancia, tanto importa ceder acciones, como ceder derechos de suscripción de éstas.

Y es que el carácter personal de la Sociedad Anónima, ha estado adquiriendo cierta preponderancia en nuestra legislación; de tal modo, que si por X circunstancia se ha hecho el pacto en cuestión, la cesión del derecho de preferencia, que tiene como esencia el permitir que él accionista venda o traspase su derecho, a la persona que más crea conveniente, representa una situación similar, por no decir íntica, a la cesión de las acciones.

Me parece muy lógica la solución dada por los autores mencionados, amén de que existen fundamentos legales para apoyarla.

Así pues, he admitido la posibilidad de que el accionista ceda o traspase el derecho de opción, antes de que haya nacido.

Sin embargo, no hay que confundir la cesión del derecho a la renuncia del mismo.

Como se recordará al hablar del nacimiento jurisprudencial de este derecho en los Estados Unidos, una de las principales argucias para hacer un lado los efectos trascendentales del mismo, fué el empleado en algunos Estados de la Unión, principalmente en Delaware, consistente en la inserción en la Escritura Constitutiva de Cláusulas en las cuales el accionista renunciaba al derecho por adelantado, es decir, antes de que se hiciera necesario su ejercicio.

(Ver Capítulo Segundo).

Con lo cual quedaba prácticamente en la misma situación que antes, es decir, la Sociedad estaba en la absoluta libertad para la emisión de acciones y colocación de las mismas.

Al respecto, el Tribunal de Minnesota en el caso Jones vs. Morrison, dijo: "Si una Sociedad ya sea a través de los oficiales, directores, o mayoría de accionistas, puede disponer del nuevo capital a quien quiera que sea, y a cualquier precio que se pueda fijar, entonces tiene también el poder de disminuir el valor de cada acción del antiguo capital, permitiendo a otras personas tener un interés igual en la reserva y en la buena reputación o valor del negocio establecido". (Ballantine on Corporations, Henry Winthrop Ballantine, página 488, No. 209).

Aún cuando en México no existen disposiciones expresas aplicables al caso, la simple lógica jurídica me guía en la solución insinuada.

Es decir si el artículo 132 como he dejado sentado es imperativo e inmodificable, creo que el renunciar por adelantado al derecho que garantiza, implica una modificación, que aún cuando se trata de un accionistas en particular puede originar los trastornos inherentes al desconocimiento total del derecho.

Podría argüirse que esos mismos peligros se presentan en la cesión o venta del derecho, pero considero que no es así, pues en la venta del derecho antes de su concretización, el accionista está percibiendo un beneficio, cosa que no sucede aquí, lo que puede dar lugar a pensar que se trata de una renuncia forzada con notorio perjuicio para el interés de la Sociedad y del público que con ella contrata.

Es más, puede suceder que la cesión sea gratuita, en este caso, el accionista está escogiendo la persona que va a hacer uso del derecho, cosa que no sucede en la simple renuncia de él. En la cual la Sociedad puede disponer de las acciones en la forma y términos que mejor le parezcan, por lo que caeríamos en los peligros a que alude el Tribunal de Minnesota en la sentencia referida.

## CAPITULO CUARTO

### *EXCEPCIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE PREFERENCIA*

No obstante que hemos afirmado y sostenido que el artículo 132 de nuestra Ley de Sociedades es imperativo e inmodificable, así mismo, debemos tener en cuenta, que es necesario que no existan impedimentos que vayan en contra de los procedimientos de aumento de capital, pues existen algunos supuestos en que es imposible aplicar el derecho de preferencia, porque es radicalmente incompatible con las operaciones de aumento de capital que dan lugar a la emisión de acciones. En el presente Capítulo haremos un estudio a estas excepciones al ejercicio del derecho de preferencia.

1.—Fusión de Sociedades.—De los artículos 223 y 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, derivamos las dos formas clásicas de procedimiento de fusión de Sociedades: por integración y por absorción.

El Doctor Rodríguez y Rodríguez cita una definición del carácter jurídico de la fusión, consistente “en la unión jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetran recíprocamente, para que una organización jurídicamente unitaria, substituya a una pluralidad de organizaciones” (obra citada, página 624, Tomo II).

En ambos procedimientos existe un aumento de capital, con lo cual habría base para la procedencia del derecho de preferencia; sin embargo el debate se concretiza única y exclusivamente en la fusión por absorción, pues en la fusión por integración hay una desaparición absoluta de las Sociedades y la “integración” de una diferente a las demás, con lo que prácticamente excluye el problema, en este aspecto.

En cambio en el procedimiento por absorción, es una Sociedad que va a englobar a otra u otras, con la correlativa ampliación del capital social. ¿Pueden ejercitar los accionistas de la Sociedad absorbente, el

derecho de preferencia, sobre las nuevas acciones que se emitan para titularizar el activo de las Sociedades absorbidas?

Lógico es que existe una imposibilidad de ejercicio, pues las nuevas acciones han sido emitidas para destinatarios forzosos en proporción a sus respectivas participaciones en las sociedades extinguidas, frente a los cuales no pueden tener preferencia los socios de la Empresa absorbente.

En la doctrina española, Garrigues y Uría, están acordes con esta solución, pues existen similares disposiciones en esta materia en relación con nuestro derecho.

Ahora bien, puede suceder que la sociedad absorbente aumente su capital por encima del límite necesario para absorber el patrimonio de las sociedades extinguidas, entonces me parece que sí es procedente el ejercicio del derecho de preferencia de los accionistas absorbentes sobre ese excedente de acciones.

2.—Emisión de acciones para capitalizar obligaciones.—Como vimos en el capítulo primero de esta Tesis, la Sociedad puede adquirir numerario para incrementar su patrimonio por medio de un crédito colectivo, que se logra con la emisión de títulos llamados obligaciones.

Sin duda alguna ha sido uno de los mayores éxitos de los legisladores, la creación de este tipo de operaciones crediticias, hoy tan en boga en todas las grandes empresas y aún cuando su aparición fué anterior a la de las Sociedades Anónimas, el surgimiento y difusión de las obligaciones como títulos privados ha dependido de la aparición de las Sociedades Anónimas.

En México, fué el Código de Comercio de 1879, el primero que introdujo algunas disposiciones aisladas al respecto, sin embargo, existió en 1897 una "ley general de emisión de obligaciones y bonos" que con el carácter de ley especial reglamentó estos títulos, siendo el antecedente directo de la Ley de Títulos y Operaciones en lo conducente a las obligaciones.

La obligación como título-valor, podemos definirla, siguiendo al Doctor Rodríguez y Rodríguez, como "el título-valor en que se incorporan los derechos y obligaciones del titular de una fracción del crédito colectivo concedido a una Sociedad" (obra citada, página 270).

Así pues el obligacionista tiene el carácter de un acreedor de la Sociedad, por lo tanto el problema que encabeza este epígrafe consiste en lo siguiente:

El hecho de que una empresa tenga un adeudo considerable y que por virtud de operaciones felices ya no tiene necesidad del crédito, puede acudir a un medio para deshacerse de dichas obligaciones, el cual consiste, en aumentar el capital social emitiendo nuevas acciones, las cuales serán dadas a los obligacionistas conforme a las reglas o normas del convenio que al efecto se realice y en cambio de los títulos-obligaciones.

Para validez de la operación será necesario obtener previamente la aprobación de la mayoría cualificada de los obligacionistas, la cual se tomará en la Asamblea extraordinaria que al efecto realicen.

En este caso los accionistas no tienen el derecho de adquisición preferente, pues la nueva emisión ha sido hecha para destinatarios determinados, contra los cuales no tienen preferencia.

Hay otro tipo de obligaciones, que no tienen el carácter de ser convertidas en acciones únicamente por acuerdos generales, sino que se trata de obligaciones que llevan imbíbido la facultad de ser convertibles, operándose esta conversión por voluntad del obligacionista.

Siendo en la práctica un problema el hecho de que cada vez que un obligacionista manifieste deseos de hacer uso de su derecho, será necesario convocar la Asamblea de Accionistas, por tratarse de un aumento de capital y ser éste el único órgano para autorizar una modificación del capital; para salvar este inconveniente, de hecho insuperable, se ha tratado que todas las solicitudes de conversión de obligaciones en acciones, deben hacerse del conocimiento de la Empresa en un tiempo determinado, cercano a la fecha en que la Sociedad lleva a cabo su Asamblea de Accionistas.

Como es natural aquí tampoco pueden ejercitar su derecho de opción los antiguos accionistas, pues el obligacionista lleva ya la prioridad en la redacción del mismo título.

3.—Capitalización de reservas.—El hecho de que la Sociedad Anónima esté constituida por personas que responden únicamente por el importe de sus aportaciones, ha hecho que el legislador viniera en ayuda de los acreedores de la Empresa para constituir una garantía más amplia que el capital social.

Es el artículo 20 de nuestra Ley de Sociedades quien obliga a separar de las utilidades de la Empresa un 5% hasta que importe la quinta parte del capital social. Esto es lo que la doctrina ha denominado reserva legal.

Sin embargo los accionistas pueden acordar la constitución de una reserva extraordinaria, que excede la legal, para fines particulares de la Empresa; dicha reserva pertenece en absoluto a los socios, pudiendo ser repartida entre ellos si así lo acuerdan.

Ahora bien, el capital de una Sociedad continúa siendo el mismo de su cifra primitiva, no importa los movimientos del patrimonio, de tal modo que al aumentar éste por medio de las reservas, existe una escisión entre el capital y el patrimonio, por lo que pueden los accionistas acordar la capitalización de las reservas para poner acordes el capital nominal con el capital real de la Sociedad.

Se ha discutido y hasta negado la legalidad de esta operación; en nuestro derecho no cabe duda sobre el particular, y en cualquier momento puede la Sociedad capitalizar las reservas.

El principal debate se basa en la reserva legal, pues la extraordinaria, por el hecho de ser propiedad de los socios y no representar garantía de los acreedores, el problema no existe propiamente.

No queremos adentrarnos en las discusiones y argumentos sobre el particular, sino que lo importante para nosotros en este momento es examinar si el derecho de preferencia de los accionistas puede ejercitarse en esta forma de aumento de capital. (Para legalidad de esta operación, ver Roberto Guajardo Suárez obra citada, página 148).

La respuesta nos la da la más elemental lógica jurídica, pues siendo la capitalización de las reservas una de las formas de aumento nominal de capital, el derecho de preferencia no llega a concretizarse, pues forzosa y necesariamente serán los propios accionistas los que recibirán el aumento nominal de sus acciones, de tal modo, que acciones de un valor de \$100.00 al aumentarse el capital por las reservas, pongamos en \$50.00 por acción, el único movimiento consistirá en cambiar las acciones de aquel precio por las de \$150.00.

Puede suceder asimismo que no se cambie el valor nominal de las acciones, sino que se emitan nuevas por el valor del aumento, aún así, el pago se hará en compensación conforme al porcentaje del monto de las reservas que a cada accionista corresponda.

4.—Capitalización de beneficios.—Corresponde este aumento a lo que hemos denominado aumento nominal del capital social.

Se presenta cuando la empresa posee utilidades no repartidas y que por acuerdo de la misma, procede el aumento del capital en lo que respecta al monto de las utilidades.



Para nosotros, en lo que respecta al problema que estamos estudiando, diremos que se trata del mismo caso que el anterior y que por lo tanto el accionista no necesita ejercitar el derecho de opción, pues por el carácter mismo de la operación le corresponde su participación en el aumento del capital social.

5.—El problema de la emisión de acciones de aportaciones en especie.—Cuando la empresa acuerda aumentar el capital con aportaciones en especie, se presenta en la doctrina el problema consistente, en saber, si procede o no el ejercicio del derecho de preferencia por los accionistas.

En Francia no es procedente sino en el caso de aumento de capital con acciones de numerario, según disposición expresa del decreto de 1935.

En España Garrigues y Uría afirman, aun cuando en mi concepto errados, que tampoco procede ejercitar el derecho, ya que el artículo 90 de la Ley de Sociedades españolas dice que “en caso de aportaciones no dinerarias el acuerdo se adoptará con conocimiento del informe a que se refiere el párrafo segundo del artículo 17 de esta Ley, así como el nombre del aportante y determinará el número de acciones que han de entregarse y las garantías adoptadas para la ejecución del compromiso, según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista, en cuyo artículo se basan los autores mencionados para decir que en virtud de que ya se ha concertado una operación y adquirido un compromiso con la persona que haya de efectuar las aportaciones, ya no es posible que un accionista venga a interponerse en el plan general, haciendo valer un derecho de suscripción, con cargo a bienes del mismo género y especie del que se aportan, pues el artículo 90 afirma que cuando los socios reunidos en la Asamblea General aprueban la operación ya no es posible que se alteren los términos, y concluyen que en tal virtud el derecho de suscripción preferente no procede.

Tratando de interpretar el artículo en discusión, me parece que si en la Asamblea de que habla, se comprometen alguno o algunos accionistas a aportar bienes del mismo género de los que se proponen, está obligada la Sociedad a preferir a dichos accionistas en relación con los nuevos candidatos, con lo que, implícitamente se reconoce el derecho de preferencia.

En nuestra legislación, no hay disposición aplicable, por lo que si los accionistas aportan bienes de la misma especie, calidad y cantidad que los prometidos, no hay razón para que no ejerciten el derecho.

Se presenta en este punto un problema importantísimo. Siendo que

los accionistas tienen el derecho de preferencia y lo ejercitan en igualdad de circunstancias y sin existir exclusión de uno o varios por decisión arbitraria de la Asamblea. ¿Cómo va a ser posible que prácticamente, pueda ejercitarse el derecho de suscripción preferente, por todos los accionistas que lo deseen, en un aumento de capital por aportaciones en especie? Un ejemplo aclarará la situación. La Empresa Fundición Monterrey, S. A., va a aumentar el capital social con aportaciones en especie, que consisten en tres hornos y existen 25 socios. El problema de ejercicio del derecho de preferencia se presenta porque teóricamente nada más 3 socios podrían hacer uso de él, con lo cual quedarían excluidos los otros 22.

Así planteado el problema, parece sin solución, pero en mi concepto se trata de una cuestión muy simple. Supongamos que el valor de cada horno sea de \$50,000.00, que harían un aumento en el capital social de \$150,000.00, pues bien, si todos los accionistas desean ejercitar su derecho de preferencia, lo más lógico es que se divida el valor del aumento en proporción a sus participaciones sociales, y se reintegre el valor que corresponda a los socios que aportaron los bienes, emitiéndose acciones por aportaciones en especie y entregándose a los accionistas ejercitantes del derecho de acuerdo con lo aportado en la operación.

6.—Acciones preferentes y ordinarias.—Se ha discutido si los accionistas ordinarios pueden exigir el cumplimiento de su derecho de opción, en el supuesto de que la Sociedad acuerde una emisión de acciones preferentes.

Los sostenedores de la tesis que niegan el derecho, se apoyan en la razón dada por el Código de Comercio italiano, consistente en considerar como una incongruencia que los mismos socios que ven la necesidad de un capital adicional que ayude a financiar la Empresa, y para lograrlo acuerdan la emisión de acciones privilegiadas, que hagan entrar más fácilmente esos capitales de fuera de su círculo, y cuando ya lo han conseguido, exigen el derecho de suscripción preferente.

En nuestro País, dicha argumentación no inclina la balanza a su favor, pues en virtud del precepto rígido de nuestra Ley, únicamente conmovible en los casos de incompatibilidad del derecho de opción con la operación de aumento de capital.

Si a lo anterior agregamos que en el caso de las acciones preferentes es cuando más peligra el statu quo de los antiguos accionistas, por las ventajas que se otorgan a sus tenedores, que vendrán a repercutir en los

beneficios, o sobre el patrimonio resultante de la liquidación, lo que quedaba del argumento esgrimido, cae por tierra.

Ahora bien, en el caso de que existiesen en la Sociedad ambos tipos de acciones, al hacerse la nueva emisión de acciones preferentes, ¿Tendrán derecho los accionistas comunes a ejercitar su derecho de opción sobre dichas acciones, o nada más los tenedores antiguos de acciones preferentes?

Se trata de una situación típica de aplicación del artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pues constituyendo los accionistas preferentes una categoría especial, de las que alude dicho artículo, la posibilidad de ejercicio de derecho por los accionistas comunes, está sujeta a la adquisición de la mayoría de los accionistas preferentes, pues no se puede afectar a los grupos o categorías especiales con ningún acuerdo, si antes no es aprobado por ellos.

Sin embargo, la situación varía radicalmente en el caso inverso, ¿Pueden los accionistas preferentes ocurrir a la suscripción de las acciones ordinarias?

Analizaremos esta situación primeramente en el derecho extranjero.

En los Estados Unidos la emergencia de crear acciones preferentes, dió origen a una tremenda confusión, con respecto al derecho de opción apenas nacido.

Es sabido que el principal aspecto o peculiaridad de las acciones preferentes lo constituye su limitación en el voto y el ser no participantes, de lo que el vice-canciller Lane, en una opinión concisa dedujo, que desde el momento que el único objeto del derecho de preferencia era proteger ya sea un interés en el sobrante acumulado y un poder de voto imponible, y ya que el accionista preferente no tenía interés en el sobrante y no obtendría poder de voto, la razón para la existencia del derecho sucumbió.

(Berle and Means, obra citada, página 176).

Ballantine en la obra que hemos citado dice: "El derecho de preferencia es más frecuentemente concedido a los tenedores de acciones comunes. Es muy dudoso, para el tenedor de acciones de una clase, que tenga derecho de preferencia con respecto a la emisión de acciones de otra clase. ¿Será dado a los tenedores de acciones preferentes, particularmente a acciones preferentes sin voto no participantes?"

"En el caso de la Thomas Branch & Co. vs. Riverside and Don Ri-

ver Cotton Mills, la Corte de Virginia sostuvo que las acciones preferentes sólo en lo que respecta a dividendos tenían derecho a suscripción, con base en el derecho de preferencia a la par con las comunes, en una nueva emisión de acciones comunes, a fin de proteger su interés proporcional y derechos participantes en el activo en liquidación”.

“Pero en el caso de la General Investment Co. vs. Bethlehen Steel Corp., donde las acciones preferentes no tienen derecho al activo en liquidación, sino únicamente al grado de dividendos acumulados y a la par, por lo que el interés relativo, en el voto de las antiguas acciones preferentes no sería afectado por la emisión de una nueva clase de acciones preferentes sin derecho a voto, por lo que se sostuvo que los actuales tenedores no necesitan del derecho de prioridad para suscribir” (Obra citada, No. 209).

De lo anterior podemos concluir que en los Estados Unidos, la regla general para la solución de este problema sigue dos caminos: a).—Caso de que las acciones preferentes sean no participantes y b).—Caso de las acciones preferentes participantes.

En el primer supuesto hemos visto que dos Cortes de los Estados Unidos han resuelto en el sentido de que las acciones preferentes no pueden ejercitar su derecho de opción sobre la emisión de acciones comunes y en el segundo caso ese ejercicio sí es factible en virtud de que, como ya se expuso, protege el interés proporcional en el activo en liquidación.

Esta conclusión es lógica en este País en que como dice Berle and Means, “el hecho en la actualidad, es que el derecho de voto no es suficientemente importante para merecer su atención, siendo éste el principal argumento para que el derecho de preferencia se transforme en la participación que el accionista tiene en el Activo y en el dividendo” (obra citada, página 177).

En la doctrina española, se soluciona el problema, diciendo que en el presente caso, no procede el argumento de las categorías especiales de que habla el artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas Española, porque con la simple emisión de las acciones ordinarias no se modifican los derechos de estas acciones, pues las alteraciones que se puedan presentar, no obstaculizan el régimen de derechos especiales, como sucedería en el otro caso.

Como un ejemplo se aclara el concepto anterior; suponiendo que el privilegio de las acciones preferentes consistiera en ceder la mitad de

las ganancias en cada ejercicio a este tipo de acciones, es natural que al aumentar el número por los accionistas ordinarios que adquieren acciones preferentes, se vulnere su proporción en las ganancias, por lo que se necesita el consentimiento de esa categoría de accionistas para la procedencia del acuerdo, cosa que no sucede cuando la emisión es de acciones comunes.

En nuestra legislación no se ha hecho distinción alguna, por lo que, el argumento anterior, que me parece bastante lógico, debemos añadir que este derecho de opción se debe extender a ambas categorías de acciones no obstante que tengan las preferentes limitado su voto y sean no participantes, pues hay que recordar que la ley les concede el derecho de voto en el caso de las Asambleas extraordinarias, en las que se vería perdida o vulnerada su influencia.

7.—Derecho de preferencia sobre las acciones en tesorería.—Este problema se presenta en las Sociedades de capital variable; en los Estados Unidos, no se extiende a estas acciones, que son concideradas como similares a acciones sin emitir. En México el Doctor Rodríguez y Rodríguez dice que “los accionistas podrán ejercitar su derecho en la forma ordinaria. Las acciones no suscritas, serán las que, transcurrido el plazo de ejercicio del derecho de opción, quedarán en tesorería para entrega a futuros suscriptores”. (obra citada, Tomo Segundo, Página 231).

Sin embargo, existe, en mi concepto, una dificultad que hay que sanjar antes de emitir una opinión tan segura.

Una de las características de las Sociedades de capital variable, es que no tienen la formalidad de la publicidad del acuerdo de aumento de capital social, así que, si el derecho de preferencia, tiene como plazo de ejercicio el de quince días a partir de la publicación del acuerdo de aumento, y esta publicación no existe para las acciones de tesorería, ¿Qué base se deberá tomar para afirmar como lo hace el doctor Rodríguez y Rodríguez, de “que transcurrido el plazo de ejercicio del derecho de opción, quedarán en tesorería para entrega a futuros suscriptores”?

Siendo el derecho de preferencia imperativo e inmodificable en su esencia, por acuerdo de la Asamblea o de los Estatutos, como a lo largo de este trabajo he venido asentando, no es posible que se niegue en el caso de las Sociedades de capital variable por el sólo hecho de que no exista la publicación del acuerdo de aumento de capital; en tal virtud creo que si el artículo 216 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en su párrafo segundo dice que: “En las sociedades por acciones el contrato social o la Asamblea General Extraordinaria fijarán los aumentos del ca-

pital y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones. Las acciones emitidas y no suscritas o los certificados provisionales, en su caso, se conservarán en poder de la Sociedad para entregarse a medida que vaya realizándose la suscripción", el plazo de quince días de que habla el artículo 132, debe correr, a partir del momento en que el contrato social o la Asamblea Extraordinaria fije el aumento del capital en cuestión.

## CAPITULO QUINTO

### *DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO*

¡Desconocimiento de un derecho!, ¡Violación de una garantía!, hechos que en apariencia, no ofrecen dificultad para que, mentalmente, al imaginarnos la violación, imaginemos también la forma de remediarla.

Sin embargo, en este caso, existe una gran dificultad creada por el mismo legislador, que nos impide solucionar, con esa rapidez de que hablamos, el problema que se presenta cuando se obstaculiza el ejercicio del derecho de preferencia.

En algunos casos, sólo se tratará de un acuerdo que niega ese ejercicio, pero en otros, llegará al extremo de que las acciones que correspondían al socio, han sido vendidas a un tercero, antes del término legal, lo cual viene a enredar más la madeja ya en sí intrincada, por la falta de disposiciones claras y precisas.

Antes de entrar al estudio de esta cuestión en nuestro derecho, creo pertinente hacer alusión a los efectos que este desconocimiento del derecho de opción produce en el derecho francés.

1.—Efectos que produce en el derecho francés.—Como ya en otra parte de este trabajo lo he mencionado, en el derecho francés, a partir del decreto-ley de 1935, se han solucionado toda esa serie de problemas que la falta de una reglamentación expresa, trae aparejados.

El decreto-ley de 8 de Agosto de 1935 previene sanciones civiles y penales, en el caso de violación del derecho de preferencia.

La primera sanción civil es la nulidad del aumento de capital, “en caso de violación de las disposiciones del presente decreto”.

La segunda sanción civil es la responsabilidad solidaria de todos los administradores y de los comisarios por el perjuicio causado. Estas

sanciones prescriben respectivamente, a los cinco y tres años, según el régimen general de prescripciones establecido por la Ley de 1867.

Las sanciones penales componen tres delitos establecidos por el decreto que he enunciado: a).—Violación de los artículos 1 a 4 del decreto, referentes a la publicidad, término de quince días para el ejercicio del derecho, falta de publicación en el boletín anexo y en el periódico Oficial, violaciones en el envío de las cartas a los tenedores de acciones nominativas, repartición entre los accionistas antiguos de los derechos de preferencia no ejercitados, (lo que Ascarelli denominó derecho de acrecer, Ver Capítulo Tercero).

Estos delitos son castigados con una multa de mil a cien mil francos (Artículo 9). En estos caso, el legislador francés, quizo creer que se trataba de un descuido, o como lo dicen Gain et Delaisi, "un delito de imprudencia", por lo cuál, la pena no es muy grande.

b).—Violación de los artículos 1 a 4, pero con la agravante de una infracción cometida con intención fraudulenta, con la idea de privar a los accionistas de una parte de sus derechos en el patrimonio de la Sociedad (Artículo 10). Esta circunstancia agravante hace que el tribunal, además de la multa a que hicimos mención en el anterior párrafo, pueda suministrar una pena de uno a cinco años de prisión.

c).—Violación a los artículos 6 y 7 por falsos informes de los Comisarios, administradores y gerentes, o cuantos de los miembros del Consejo de Vigilancia fueren culpables; es penada esta violación con una multa de mil a cien mil francos.

Así pues, con esta reglamentación que hace el derecho francés, a las violaciones del derecho de preferencia, el problema se soluciona fácilmente, con la facilidad a que en un principio hacía mención; ya que en el momento de que se produzca la violación, se encuadra en uno de los artículos respectivos y se tiene la acción que se debe ejercitar, contra quien y en qué forma, hechos imposibles de efectuar en nuestro derecho, sino mediante un estudio detenido de las circunstancias especiales de cada caso.

2.—En nuestra ley ¿Qué efectos produce?.—Así bien, no existiendo en nuestra Ley de Sociedades, ninguna disposición expresa que pueda aplicarse a este problema, es necesario acudir a las normas generales sobre validez e invalidez de los acuerdos de las Asambleas.

En este respecto, existen dos caminos que el accionista puede seguir, para reclamar las violaciones a sus derechos, la acción de nulidad



y la de impugnación.

El estudio enderezado a tratar de diferenciar cuándo un acuerdo es nulo y cuándo es impugnabile, ha dado motivo para una serie de disquisiciones entre los tratadistas de la materia.

Por ejemplo, en el derecho alemán, Gierke, citado por Rodríguez y Rodríguez, divide el problema en dos cuestiones principales: si se trata de violaciones al procedimiento, o al contenido.

En el primer caso, si es tan irregular que propiamente no pueda hablarse de acuerdo de la Asamblea, será posible su anulación; pero si sólo se trata de meras infracciones al mismo, entonces solo será impugnabile.

En el segundo caso, el acuerdo será nulo si va en contra de normas imperativas, prohibitivas o de orden público o en contra de las buenas costumbres y será impugnabile cuando ataque derechos especiales de los socios, a excepción hecha de que se trate de derechos fundados en leyes imperativas.

En cambio en el derecho italiano, otro tratadista afirma que: "a).—La deliberación es nula, cuando carece por completo de un elemento esencial, o sea cuando falta el sujeto persona-jurídica, su capacidad y legitimación; cuando falta la asamblea, o una voluntad, manifestación o formas determinadas, si ésta se exige ad-substantiam; o una causa, o un objeto determinado y posible física y jurídicamente; o bien cuando por el objeto o por la causa, pugnen directamente con la ley prohibitiva establecida en interés general, o con las buenas costumbres. La deliberación nula es siempre ineficaz".

"b).—La deliberación es impugnabile cuando es contraria a la Escritura Constitutiva, a los Estatutos o a la Ley, sin ser ni válida ni nula esto es, cuando existen todos los elementos esenciales, pero uno o algunos de ellos o todos están viciados o bien cuando en su contenido pugnen con una norma imperativa-prohibitiva de la Ley, dictada en interés particular, o con una norma imperativa-prohibitiva de los Estatutos. Al lado de tal impugnabilidad no es concebible la anulabilidad sobre la base de los principios de derecho común, la cuál, como se ha dicho, puede encontrar aplicación solo respecto de cada negocio individual de voto. La deliberación impugnabile es, como la válida, eficaz e ineficaz, en sentido estricto, según que existan o nó todos los requisitos suspensivos y falten o nó los resolutorios". (Donati, citado por Rodríguez y Rodríguez, obra citada, Tomo Segundo, Página 74).

En nuestro derecho, existe una dificultad para precisar ambos conceptos, pues con la idea de buscar una disposición concreta que abarque todos los casos de ineficacia, algunos autores han designado como la disposición anhelada, el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que textualmente dice: "Los accionistas que representen el 33% del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las Asambleas Generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: I.—Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la Asamblea; II.—Que los reclamantes no hayan concurrido a la Asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución, y III.—Que la demanda señale la cláusula del Contrato Social o el precepto legal infringido y el concepto de violación. No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los Comisarios".

Sin embargo, un estudio detenido de este artículo me permitirá conocer la verdadera significación que el legislador quiso darle.

Concretando la cuestión: ¿Abarca el artículo 201, en su redacción, la acción de nulidad; o sólo se trata de una acción de impugnación?

Adelantaremos la respuesta; en mi opinión, el artículo 201 sólo proporciona al accionista uno de los caminos a que en un principio hicimos mención: la acción de impugnación. He aquí el argumento que apoya esta tesis.

El artículo 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles refiriéndose al 201, dice: "La ejecución de las resoluciones impugnadas podrá suspenderse por el juez. . .", con lo cual nos abre el camino para las posteriores disquisiciones; aún cuando podría argüirse que esto no es suficiente, no obstante, tenemos ya la base gramatical de la propia Ley, que habla de "resoluciones impugnadas" que no lo pueden ser, sino mediante la acción de impugnación.

Pero sigamos ahondando la cuestión, para entrar al meollo propiamente dicho del argumento; resulta a todas luces incongruente con las características que integran el concepto de nulidad, que ésta se encuentre supeditada para ejercitarse a la reunión del 33% del capital social, pues aparte de que va en contra de sus elementos esenciales, la simple lógica jurídica nos indica que es imposible tal hecho, ya que en ese supuesto, el 68% del capital podría manejar arbitrariamente la Sociedad, con la seguridad de que su actuación no sería objetada con la nulidad, por la falta del porcentaje necesario para legitimar la opinión judicial.

Si a lo anterior añadimos que las acciones de nulidad establecidas para casos concretos en la Ley de Sociedades, como en el artículo 179, (Nulidad de las Asambleas, si no se reúnen en el domicilio social), 188 (Nulidad por falta de requisitos en la Convocatoria y falta de Orden del Día), 189 (Nulidad por falta de quórum y de las resoluciones no mayoritarias) entre otros, no están supeditados a tal minoría, por lo que, de tratarse el artículo 201 de una disposición general, estaría en contradicción con dichos artículos.

El doctor Rodríguez y Rodríguez expone con claridad meridiana esta incongruencia: "Sería inconcebible suponer que se ha querido dar una acción individual al accionista individualmente considerado y una acción colectiva, de minoría, a esos mismos accionistas; o que la acción de nulidad puede ejercitarse por aquél que sufra una lesión en su interés individual, en tanto que la colectiva, se otorga a los que sin sufrir esa lesión sólo tienen el deseo de mantener intacto el orden jurídico delineado por la Ley o por los Estatutos, porque llegaríamos al absurdo de que el supuesto para el ejercicio de la acción de nulidad, tendría que ser la prueba del daño sufrido por el accionista en vez de la infracción de normas imperativas de determinadas características". (obra citada, Tomo Segundo, Página 77).

Para dar una idea más cabal de la flagrante contradicción entre la acción a que alude el artículo 201 y la de nulidad, es necesario hacer referencia, aun cuando sea en forma somera a la teoría de las nulidades.

La teoría tripartita de Bonnecase, está plasmada en todo su vigor en el Código Civil del Estado, y en forma especial en los artículos 2118-2139.

Como es bien sabido, divide en tres los actos ineficaces, aquellos que están afectados de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

Un acto jurídico es inexistente cuando le falta uno de sus elementos esenciales; la nulidad absoluta es procedente cuando vaya en contra de una Ley imperativa, prohibitiva o de interés público y es dada a cualquier interesado, es imprescriptible e inconfirmable. La nulidad relativa existe, cuando falta alguna de las características de la absoluta.

Todos los caracteres de esta nulidad nos dan la pauta para distinguirla de la acción que se establece en el artículo 201, pues la nulidad no está sujeta a ningún plazo, es de carácter estrictamente individual y es invocable por cualquier interesado, características eminentemente contrarias al artículo 201, que repetimos, solo proporciona una acción de impugnación "sujeta a caducidad ejercitable por una minoría, basada en

la infracción de la ley o de los estatutos, cuando esta infracción no dé motivo para el ejercicio de la acción de nulidad”.

Ya tenemos perfectamente delineado el problema general, ahora bien, la violación del derecho de preferencia. ¿Da derecho a una acción de nulidad o de impugnación?

Si recordamos lo expuesto en el Capítulo Segundo de esta tesis, en el que expusimos que el artículo 132 consagraba una norma imperativa e inmodificable por los Estatutos o por la Asamblea, nos daremos cuenta que en relación con lo expuesto sobre la nulidad, este sólo elemento nos llevaría a la conclusión de que la violación de este derecho está sujeta a una acción de nulidad.

Sin embargo, quisiera redondear la solución con algunas argumentaciones teóricas.

Donati, al hacer referencia a los acuerdos nulos hace cuatro grupos de ellos, en el último habla de acuerdos con causa u objeto imposible o ilícito. Tratándose la violación del derecho de preferencia de un acuerdo con objeto ilícito, ya que va en contra de una ley imperativa, inmodificable por la Asamblea, la acción de nulidad no es de dudosa procedencia.

A todo esto, es aplicable además, lo dicho en contra del artículo 201, en el sentido de que es incongruente que la acción protectora del derecho de opción, se encuentre supeditada a un porcentaje, siendo que es eminentemente individual.

Es necesario recordar ahora, la distinción a que hicimos mención en un principio, es decir, la posibilidad de que se realicen estos dos supuestos: que exista sólo un acuerdo negando el derecho de preferencia o que hayan sido vendidas a terceros parte o la totalidad de las acciones, al intentar la acción de nulidad.

En ambos casos la solución es diferente.

En el primero, en sí no tiene mayor trascendencia, pues la acción interpuesta permite anular el acuerdo, y las cosas volverán al estado que guardaban antes de la violación, con la inherente responsabilidad de los administradores y socios que estén involucrados en la violación.

Así pues, al quedar sin efecto el acuerdo de que se deriva, no pueden ya nacer, si no han nacido, ni obligaciones ni derechos; y si ya nacieron, quedan sin efecto desde el momento de su nacimiento.

Pero en el segundo, el problema se complica con la intervención de terceros que han obrado de buena fe, en vista de la apariencia de legalidad que rodea el acuerdo.

En este respecto y en general para los acuerdos nulos, han surgido dos teorías: Una que tiende siempre a la protección de los terceros que han celebrado negocios con la Sociedad a raíz de aquel acuerdo y de buena fe, y otra que afirma que el problema se debe resolver según el caso concreto de que se trate.

Roberto Guajardo Suárez, afirma que es necesario un sistema más radical que la simple responsabilidad de los Administradores, que él mismo propone como solución, de tal modo que se obligue a la Sociedad a rescatar las acciones vendidas de las personas que las hubiere adquirido, para que puedan ejercitar los antiguos accionistas su derecho en la proporción que les corresponda. (obra citada, página 105).

Rodríguez y Rodríguez considera que, "si se hubieren llegado a emitir indebidamente acciones, antes de la instauración de la demanda o de la orden de suspensión, no precisa ejercer la acción también contra los suscriptores, porque la nulidad del aumento de capital, judicialmente decretada, entraña la nulidad de los títulos emitidos en ejecución del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores e incluso de los socios culpables frente a los accionistas y a los suscriptores perjudicados". (obra citada, Tomo Segundo, Página 235).

En mi concepto, sería ir demasiado lejos, y en ocasiones sin ningún beneficio, el que se anule el aumento de capital, máxime que lo único que se ha violado es el derecho de adquisición preferente; por lo tanto opino que la demanda vaya dirigida a pedir la nulidad del acuerdo privativo del derecho y de las acciones emitidas, con la petición de que se emitan nuevos títulos teniendo como beneficiarios a los accionistas antiguos en la proporción que les corresponda, amén de la responsabilidad de los administradores, socios o quien quiera que resulte responsable.

Por supuesto que los terceros perjudicados con la sentencia que anule las acciones emitidas, tendrán acción en contra de los responsables de la violación.

Considero oportuno hacer alusión a la opinión del Dr. Rodríguez y Rodríguez en el sentido de que en algunas ocasiones es necesario hacer uso de una providencia precautoria que suspenda la ejecución de un acuerdo violatorio de derechos y en tal supuesto, considera de conveniencia práctica ampliar el concepto del artículo 202 de la Ley General

de Sociedades Mercantiles al caso de la nulidad de los acuerdos. (Obra citada, página 94, Tomo II), tal opinión, me parece un poco forzada en su realización, en virtud de que ese mismo artículo ha sido utilizado como argumento para apoyar la tesis de que el artículo 201 sólo hacía referencia a la acción de impugnación y además considera que al pedir la nulidad del acuerdo, lleva como lógica consecuencia la suspensión de la ejecución del mismo, sin necesidad de acudir a preceptos que regulan otro tipo de acciones que pueden llevarnos a contradicciones peligrosas.

Los accionistas perjudicados por el acuerdo deben cumplir con el requisito de que habla el artículo 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles para poder ejercitar la acción de nulidad.

Como ya lo expuse la acción se rige por las disposiciones del derecho común, en sus caracteres esenciales.

La competencia es concurrente para el juez común o federal, del domicilio de la Sociedad.

La sentencia que se dicte, tiene fuerza de cosa juzgada frente a los socios, frente a los órganos sociales y frente a los terceros.

3.—Aplicación del derecho de preferencia a Sociedades constituídas antes de entrar en vigor la actual Ley G. S. M. — El artículo 14 constitucional dice en su parte conducente que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Quisiera dar aun cuando sea en forma somera, una idea de las teorías que sobre retroactividad se han emitido. Trataremos únicamente aquellas, que la Suprema Corte de Justicia ha tomado más en cuenta.

La teoría que sin duda alguna más adictos ha tenido, es la llamada doctrina clásica iniciada por Merlin y que dominó el pensamiento jurídico de fines del Siglo XIX.

Consiste esta teoría en distinguir: los derechos adquiridos, de las simples expectativas de derecho; de tal modo que una ley es retroactiva cuando ataca o extingue derechos adquiridos con anterioridad, y no lo es, cuando regula, cambia, modifica o extingue simples expectativas de derecho.

Bonnecase formuló la teoría de las situaciones jurídicas concretas y abstractas. No será retroactiva la ley que respete las situaciones jurídicas concretas.

Paul Roubier afirma que la ley es "retroactiva si pretende aplicarse a hechos verificados con anterioridad (*facta praeterita*); pero si pretende aplicarse a situaciones en curso (*facta pendentia*) será necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación, que no podrán ser tocadas sin que la Ley sea retroactiva y las posteriores para las cuales la ley nueva al aplicarse, no tendrá sino un efecto inmediato; por último una relación a los hechos futuros (*facta futura*) es claro que la ley no puede ser nunca retroactiva".

En principio la Suprema Corte de Justicia había aceptado la teoría de los derechos adquiridos: "Sobre la materia de la irretroactividad existen diversas teorías, siendo las más frecuentes la de los derechos adquiridos y de las expectativas de derecho y la de situaciones jurídicas generales de derechos y situaciones concretas, o situaciones abstractas y situaciones concretas, siendo la primera, el mandamiento de la Ley, sin aplicación concreta de la misma. El derecho adquirido es definible, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad, o un provecho al patrimonio de una persona y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, no por disposición legal en contrario; y la expectativa de derecho, es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, se realiza el derecho y entra al patrimonio; en el segundo, el derecho está en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte integrante del patrimonio; estos conceptos han sido acogidos por la Suprema Corte, como puede verse en las páginas 226 y 227 del apéndice al Tomo L del Semanario Judicial de la Federación, al establecer: Que para que una Ley sea retroactiva se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores y esta última circunstancia es esencial. La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado, para cambiar, modificar o suprimir los derechos individuales adquiridos. Al celebrarse un contrato, se crea una situación concreta, que no puede destruirse por la nueva Ley, si no es incurriendo en el vicio de retroactividad. Si una obligación ha nacido bajo el amparo de la ley antigua, subsistirá con los caracteres y las consecuencias que la misma ley le atribuye" (apéndice al Tomo LXXVI, Segunda Parte, Volumen Segundo Página 1373, del S. J. de la F.).

Más tarde la Suprema Corte cambió de parecer al respecto: "Este principio (el de la no retroactividad) corresponde al problema de la aplicación de las leyes en el tiempo, cuestión que se complicó extraor-

dinariamente en el siglo pasado, con la distinción hecha por la doctrina clásica, entre derechos adquiridos y simples expectativas, concepción que ha dejado de ser aplicada por esta Suprema Corte de Justicia, como puede verse en la ejecutoria Sánchez Vda. de Terán, Ricarda, para ser substituída por la teoría moderna que se funda en el principio de que una ley es retroactiva cuando vuelve sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, o para modificar los efectos de un derecho ya realizado. El problema de la aplicación de las leyes en cuanto al tiempo, descansa en la diferencia entre el efecto inmediato y el efecto retroactivo de una Ley, siendo el primero, la aplicación de una ley en el presente y el segundo en el pasado. El principio general es que la aplicación de toda ley es inmediata, esto es, que se aplica en el presente, pero que no puede ser aplicada al pasado. Esta distinción se ve con claridad cuando se trata de situaciones jurídicas nacidas y extinguidas bajo el imperio de una sola ley, pero requiere algunas explicaciones cuando la duración de una situación jurídica, nacida al amparo de una ley, se prolonga más allá de la fecha en que dicha ley fué substituída por otra. Para estos casos, se hace preciso determinar en qué consiste el efecto inmediato y cuál sería el retroactivo de una nueva Ley, pudiendo a este respecto, darse como criterio general el propuesto por Roubier en su libro *Les Conflicts de Lois Dans le Temps*: si la nueva ley pretende aplicarse a hechos verificados (*facta praeterita*) es retroactiva; si pretende aplicarse a situaciones en curso (*facta pendentia*), será necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación que no podrán ser tocados sin que la ley sea retroactiva y las posteriores, para las cuales la ley nueva, al aplicarse no tendrá sino un efecto inmediato; por último con relación a los hechos futuros (*facta futura*) es claro que la ley no puede ser nunca retroactiva. Para explicar el alcance del principio propuesto proporciona Roubier la siguiente explicación: a).—El desarrollo de una situación jurídica comprende tres momentos, el de constitución, el de producción de sus efectos y el de extinción, y con relación a ellos deberá analizarse el alcance de la distinción del efecto inmediato y el retroactivo de la ley; b).—Las leyes que gobiernan la constitución o extinción de una situación jurídica, no pueden sin ser retroactivas, aplicarse a la constitución o extinción realizadas de una situación jurídica; c).—La ley que gobierna los efectos de una situación jurídica, no puede, sin ser retroactiva referirse a los efectos que una situación de esa naturaleza, haya producido bajo el imperio de la Ley anterior, ya se trate de modificarlos, aumentarlos o disminuirlos, pero todos los efectos que en el futuro se produzcan quedarán regidos por la nueva ley; d).—Las leyes



que crean situaciones jurídicas deben asimilarse a las leyes relativas a la constitución de una situación jurídica, de tal manera, que no puedan dar a hechos o actos pasados, el poder de determinar para el futuro esa situación jurídica; e).—Por último, las leyes que suprimen una situación jurídica, pueden tener en cuenta, bien el medio de llegar a esa situación y entonces son asimilables a las leyes que gobiernan la constitución de la situación jurídica, o bien por el contrario, a los efectos y el contenido jurídico de esa situación, siendo entonces, asimilables a las leyes que gobiernan los efectos de una situación jurídica, por lo que en el primer caso no podrían tocar, sin ser retroactivas, las situaciones ya constituídas, debiendo aplicarse en el segundo, a las situaciones existentes para ponerles fin. (Ejecutoria tomada de la obra Derecho Mexicano del Trabajo, de Mario de la Cueva, Tomo Primero, página 302 y 303).

Con base en estas ideas sobre la retroactividad y recordando lo que dice el artículo segundo de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sobre el particular: "Sus disposiciones regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores a su vigencia, siempre que su aplicación no resulte retroactiva", podemos concluir que si la Sociedad constituída con anterioridad es ajena al derecho, o lo niega, la nueva Ley de Sociedades es aplicable por completo, anulando las disposiciones que nieguen el Derecho de Preferencia, sin poder argüirse que se está aplicando retroactivamente la Ley, pues no existe perjuicio para persona alguna, además de lo anterior, es conveniente citar las palabras de Martínez Báez y Gual Vidal al respecto, defendiendo la tesis de la aplicación inmediata de la ley a las antiguas Sociedades "puesto que éstas representan sistemas institucionales, que deben regirse por la nueva ley y no simples Contratos en que se deja a la libre voluntad de las partes escoger las normas jurídicas más convenientes a sus intereses". (Citado por Rodríguez y Rodríguez, obra citada, Tomo Segundo, página 234).

En cambio si se han constituído determinadas situaciones jurídicas, si la Sociedad reconoce el Derecho de preferencia a ciertas personas y éstas lo han ejercitado, la nueva ley no puede desconocer esas situaciones, porque entonces sí caería dentro de los límites de la prohibición constitucional aludida y la consiguiente violación de la garantía individual.

## CAPITULO SEXTO

### C O N C L U S I O N E S

**PRIMERA:**—El derecho de preferencia, es una protección del legislador para los accionistas antiguos de las Sociedades Anónimas, consistente en la conservación de su influencia dentro de la Sociedad y la proporcionalidad sobre las reservas de la Empresa.

**SEGUNDA:**—El derecho de preferencia sólo procede en los casos de aumento real del capital social, siempre y cuando no vaya en contradicción con el procedimiento seguido para el aumento.

**TERCERA:**—El artículo 132 que consagra el derecho de preferencia en la Ley General de Sociedades Mercantiles es imperativo e inmodificable por los Estatutos o por acuerdo de la Asamblea.

**CUARTA:**—La violación del derecho lleva como consecuencia la nulidad del acuerdo y de las acciones que se hubieren emitido indebidamente, sin perjuicio de la responsabilidad de los culpables de la violación.

**QUINTA:**—Por último, creo conveniente concluir, que es palpable la falta de una reglamentación más amplia a este derecho, semejante al decreto-ley de 8 de Agosto de 1935 del Derecho Francés, con lo cual se evitarían más fácilmente los problemas que hemos analizado a lo largo de este trabajo, problemas que sin duda alguna aumentarán en la práctica, debido al florecimiento cada vez mayor de la industria y el comercio en nuestro País, junto a los cuales florecen asimismo las argucias de los individuos o grupos de individuos, que pretenden apoderarse del manejo administrativo y financiero de las empresas, contra los cuales necesita el accionista una protección más eficaz del legislador.

## B I B L I O G R A F I A

- 1—Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez.—Tratado de Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa, S. A., México. 1947.
- 2—Berle and Means.—The Modern Corporation and Private Property. The Macmillan Company. New York. 1948.
- 3—Henry Winthrop Ballantine.—Ballantine on Corporations. Callaghan and Company. Chicago. 1946.
- 4—Gain et Delaisi.—Societes Commerciales. Librairie Dalloz. París. 1939.
- 5—Tullio Ascarelli.—Sociedades y Asociaciones Comerciales. Ediar, S. A. Buenos Aires. 1947.
- 6—Cesar Vivante. — Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Reus, S. A. Madrid. 1932.
- 7—Roberto Guajardo Suárez.—Aumento del Capital Social en las Sociedades Anónimas. JUS, Revista de Derecho y Ciencias Sociales. México. 1941.
- 8—Eduardo Pallares.—Prontuario Crítico de la Ley de Sociedades Mercantiles. Librería Robredo. México. 1944.
- 9—Garrigues y Uría.—Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.

***INDICE***

<b>INTRODUCCION</b>	<b>5</b>
<b>CAPITULO PRIMERO</b>	<b>7</b>
<b>BREVE ESTUDIO DEL CAPITAL SOCIAL     Y SU MODIFICACION</b>	
1.—Concepto y función del Capital.	
2.—Capital Social y Patrimonio.—Su diferencia.	
3.—Aumento del Capital Social.	
<b>CAPITULO SEGUNDO</b>	<b>15</b>
<b>CONCEPTO DEL DERECHO DE PREFERENCIA</b>	
1.—Definición, antecedentes y fundamento.	
2.—Derechos Patrimoniales y de Consecución.	
<b>CAPITULO TERCERO</b>	<b>23</b>
<b>CONDICIONES DE EJERCICIO</b>	
1.—A quien corresponde; casos típicos de escisión entre el te- nedor de la acción y su propietario.	
2.—Derecho de acrecer.	
3.—Cesión del Derecho de Preferencia.	

## CAPITULO CUARTO

35

EXCEPCIONES AL EJERCICIO DEL  
DERECHO DE PREFERENCIA

- 1.—Fusión de Sociedades. 2.—Emisión de acciones para capitalizar obligaciones.
- 3.—Capitalización de reservas. 4.—Capitalización de beneficios. 5.—El problema de la emisión de acciones de aportaciones en especie. 6.—Acciones Preferentes y Ordinarias.

## CAPITULO QUINTO

45

## DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO

- 1.—Efectos que produce en el Derecho Francés.
- 2.—En nuestra Ley, ¿Qué efectos produce?
- 3.—Aplicación del Derecho de Preferencia a Sociedades Constituidas antes de entrar en vigor la actual Ley General de Sociedades Mercantiles.

## CAPITULO SEXTO

57

## CONCLUSIONES

## BIBLIOGRAFIA

59



