

ALGUNAS NOTAS RELACIONADAS CON LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Adrián Rogelio Iturbide Galindo



La Sociedad Anónima en realidad es:
“...Un capital con personalidad jurídica.”

RODRIGO URÍA

No cabe duda que estamos viviendo en materia societaria un proceso frenético de cambio a nivel mundial, la hegemonía de los Estados Unidos de América se manifiesta abiertamente y la influencia norteamericana se deja sentir en muchos países, desde Rusia hasta Argentina, pasando inclusive por la Unión Europea y, por supuesto, México no es la excepción.

Vivimos en la globalización, un proceso de americanización del derecho impulsado abiertamente por las agencias internacionales norteamericanas y aceptado dócilmente por los países receptores de su inversión, deseosos de mantener abiertos los canales al financiamiento internacional.

El éxito evidente del comercio de la primera economía mundial, empuja con fuerza a su propio modelo, al grado que el comercio mundial se hace en inglés, convertida la “*Lingua Franca*” del comercio. Los contratos comerciales solo son objeto de traducciones, a veces poco puntuales, a las lenguas vernáculas. La penetración jurídica norteamericana se asemeja a aquella que otrora impusiera el Imperio Romano a los pueblos conquistados, desconociendo el hecho de que muchas veces los países receptores, como el nuestro, tienen sistemas jurídicos diferentes, idiosincrasia, tradición y cultura propias, que no pueden soslayarse y que hacen que no todos esos trasplantes legales se arraiguen exitosamente.

Por otra parte, la figura societaria preponderante en México ha sido y es la Sociedad Anónima regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934, figura que ha venido sufriendo en su reglamentación, modificaciones recientes que atienden prioritariamente a las recomendaciones del Banco Mundial.

Desgraciadamente algunas de estas modificaciones no se han hecho con rigor científico y legislativo y se han venido simplemente añadiendo como parches a la Ley.

Una de esas recomendaciones fue eliminar los montos mínimos legales del capital social en las sociedades Anónimas y también en las sociedades de Responsabilidad limitada (*Diario Oficial de la Federación* del 15 de diciembre de 2011), despreciando la importancia total que el concepto del capital social tiene en las Sociedades Mercantiles y muy especialmente en la Sociedad Anónima, que bien podría calificarse como la reina de las sociedades de capitales.

Con esto se ha facilitado la apertura de muchas empresas dejando en libertad a los socios de señalar el capital mínimo fundacional, propiciando con esto la creación de sociedades sin capital, pues a esto equivale la práctica de establecer capitales fundacionales ridículos, que obviamente no generan empleos, ni producen riqueza, pero que en cambio sí pueden propiciar engaños y fraudes a proveedores y clientes, y que finalmente provoca que un alto porcentaje de las empresas constituidas fracasen en los primeros años de vida, sin tener muchas veces recursos para disolverse y liquidarse.

En este escenario resulta conveniente repasar el tratamiento cuidadoso y la importancia que en la regulación de nuestra ley se da al capital social, fundamentalmente en la anónima, regulación que no debe ignorarse.

Tres son las razones fundamentales de la exitosa proliferación de las sociedades anónimas:

- a) La existencia de la persona jurídica en torno a una denominación social;
- b) La división del capital social en acciones y por ende la incorporación de los derechos de los socios en esos títulos de crédito que facilitan su libre transmisión; y
- c) La limitación de la responsabilidad de los socios al pago de sus acciones.

Este diseño tradicional de la anónima está encaminado a facilitar la captación de grandes sumas de capital para favorecer la creación de grandes empresas; mientras que para las pequeñas y medianas empresas, se ha contado con la opción de la sociedad de responsabilidad limitada, sociedad de capital con tintes de sociedad personalista.

Así, se señalaba en la ley antes de la reforma, un capital mínimo legal, menor en la sociedad de responsabilidad limitada y mayor en la anónima; y un número máximo de socios en aquella, que no existe en las segundas.

Esas eran características tomadas de la Ley Francesa del 23 de mayo de 1863 y de la Ley Alemana del 20 de abril de 1892, que han cumplido su cometido en Europa de encausar a los emprendedores para elegir uno u otro tipo social, pero no en México.

La realidad es que en México se ha preferido el tipo social de la anónima, aun para las pequeñas y medianas empresas, ya que no existe ninguna norma que las excluya para ellas o que las reserve para las grandes compañías.

Y por otra parte la posibilidad de emitir en las sociedades anónimas acciones vinculadas o de circulación restringida ha permitido limitar la transmisión accionaria, protegiendo el aspecto personalista que este tipo de empresas busca o estableciendo inclusive condiciones personales a los accionistas para integrar la sociedad.

Se desdibujan en la práctica las diferencias entre estos tipos sociales y simplemente se abandona a la sociedad de responsabilidad limitada. Sin embargo razones de carácter fiscal en beneficio de los inversionistas norteamericanos que gozan en los Estados Unidos de América con las “limited liability”, han revivido en alguna medida a la sociedad de responsabilidad limitada. En este tenor resulta interesante la opción que tienen estas sociedades de aplicar los beneficios del protocolo del convenio entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y la regla 3.1.12 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2015 en relación con la residencia de las Sociedades de Responsabilidad Limitada constituidas en los Estados Unidos de América.

No obstante lo anterior, se observa en México preponderantemente sólo un tipo social, el de la anónima tradicional regulada por la Ley General de Sociedades Mercantiles, que experimenta dos fenómenos opuestos: por un lado lo que se llama la “reducción de la anónima”, pues sirve para pequeñas empresas familiares o de amigos, en la que prevalece el “*intuitu personae*” y por otro, su “magnificación” que se manifiesta en las grandes empresas que pueden ser cerradas, instituciones financieras o sociedades abiertas, hoy conocidas como sociedades anónimas bursátiles.

La Sociedad Anónima es la empresa de capital por antonomasia, el capital sirve para crear riqueza, permite la funcionalidad productiva de la empresa, es la garantía mínima frente a terceros e inclusive frente a los mismos socios y es el eje del patrimonio social y que en el momento fundacional coincide con éste, por lo que no se concibe una sociedad anónima sin un capital suficiente para la realización de su objeto.

El capital social es la suma de valores aportados por los socios y la doctrina es unánime al resaltar los principios rectores del mismo:

a) Unidad, un capital desde que la empresa nace al constituirse hasta que se extingue al liquidarse.

b) Un capital mínimo, que no se puede reducir por debajo del mínimo legal, hoy inexistente.

c) Determinación, pues debe fijarse en estatutos su importe y el número de acciones en que se divide.

d) Integridad, ya que debe estar íntegramente suscrito por los socios, respetando la regla estricta, de que cada acción, cuyo valor nominal representa una parte del capital social, debe estar íntegramente suscrita al constituir la sociedad o al aprobarse un aumento del capital.

e) Realidad, pues debe exhibirse o pagarse el capital suscrito o cuando menos hacerse el desembolso mínimo.

f) Estabilidad o intangibilidad, ya que para aumentarlo o disminuirlo se requiere una modificación estatutaria cumpliendo con los requisitos legales exigidos para ello.

El legislador mexicano de 1934 fue especialmente cuidadoso en consagrar los anteriores principios, a través de una serie de disposiciones, diseminadas a lo largo de su regulación, como puede observarse en las siguientes reglas plasmadas en la Ley General de Sociedades Mercantiles y que no deben olvidarse:

a) El capital social es una cláusula esencial de toda escritura constitutiva de toda sociedad mercantil (Artículo 6-V).

b) En el contrato social debe constar la expresión de valor atribuido a estos y el criterio seguido para su valoración (Artículo 6-VI).

c) Asimismo, debe constar el mínimo que se fije cuando se trate de una sociedad de capital variable (Artículo 6-VI).

d) El derecho de los acreedores sociales de oponerse a la reducción del capital social efectuada mediante reembolso a los socios o liberación concedida a estos de exhibiciones no realizadas (Artículo 9).

e) La responsabilidad del socio en caso de aportaciones de uno o más créditos, por la existencia y legitimidad de ellos, así como de la solvencia del deudor en la época de la aportación y de que si se tratare de títulos de crédito, estos no hayan sido objeto de la publicación que previene la ley para los casos de pérdida de valores de tal especie (Artículo 12).

f) El derecho que tiene la sociedad de retener la parte de capital y utilidades de aquel hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión o separación debiendo hacerse hasta entonces la liquidación de

haber social que le corresponde (Artículo 15). Regla no aplicable a las sociedades de capital variable.

g) En el caso de pérdida del capital social, la obligación de reintegrarlo o reducirlo antes de repartir o asignar utilidades (Artículo 18).

h) El requisito para poder distribuir utilidades de haber sido previamente aprobados por la asamblea general de accionistas, los estados financieros que las arrojen (Artículo 19).

i) La prohibición de repartir utilidades si hubiere pérdidas, mientras no hubieren sido restituidas o absorbidas, aplicando otras partidas del patrimonio o reduciendo el capital social; y la responsabilidad mancomunada de los socios que las hubieran recibido y solidaria de los administradores que las hubieran repartido (Artículo 19).

j) La obligación de constituir el fondo de reserva legal separando anualmente el 5 % como mínimo de las utilidades netas hasta alcanzar el 20% del capital y la obligación de reconstituirla cuando se disminuya por cualquier motivo (Artículo 20).

k) La prohibición para los acreedores de un socio de hacer efectivo sus derechos sobre el capital y solo sobre sus utilidades, cuotas de liquidación o cualquier otro reembolso, como la devolución de primas, de aportaciones adicionales, o de otras semejantes (Artículo 23).

l) La obligación de que el capital social esté íntegramente suscrito al constituirse la sociedad, totalmente pagado cuando se cubra en especie y cuando menos el 20% inicial de cada acción, si se paga en numerario (Artículo 89-I, III y IV).

m) La obligación de indicar en la escritura la parte exhibida del capital social, el número, valor nominal y naturaleza de las acciones, la forma y términos en que deba pagarse la parte insoluble de las mismas (dividendos pasivos) (Artículo 91-I, II, III).

n) La prohibición de emitir acciones por una suma menor a su valor nominal (Artículo 115).

o) La distribución de utilidades y del capital social en proporción al importe exhibido de las acciones y la responsabilidad de suscriptores y adquirentes de acciones pagadoras por el importe insoluble de la acción durante 5 años (Artículo 117).

p) La opción de la sociedad llegado el plazo en que deban pagarse las exhibiciones y el monto de estas, para proceder a exigir judicialmente al socio el pago de los dividendos pasivos o bien proceder a la venta de las acciones (Artículo 118).

q) La obligación de declarar extinguidas las acciones y de proceder a la consiguiente reducción del capital social en el supuesto de que en el plazo

de un mes a partir de la fecha en que debiera hacerse el pago de los dividendos pasivos, no se hubiere iniciado la reclamación judicial o no se hubieren vendido las acciones en un precio que cubra el valor de la exhibición (Artículo 121).

r) La prohibición de emitir nuevas acciones hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas (Artículo 133).

s) La prohibición para las sociedades anónimas de adquirir sus propias acciones, salvo el caso excepcional de la adjudicación judicial en pago de créditos y cuando esto pase la obligación de venderlas en un plazo de 3 meses o extinguirlas y reducir el capital social (Artículo 134).

t) La responsabilidad personal y solidaria de los consejeros y directores que hayan autorizado la adquisición de las acciones, en contravención a la prohibición legal, por los daños y perjuicios que se causen tanto a la sociedad como a los acreedores de ésta (Artículo 138).

u) La prohibición a la sociedad anónima de hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones (Artículo 139).

v) La obligación de mantener en depósito en la sociedad anónima las acciones pagadas total o parcialmente en especie durante dos años, y cuando resultare que el valor de esos bienes fuere menor, en un 25% del valor en que se aportaron, la obligación del accionista de cubrir la diferencia (Artículo 142).

w) La disolución anticipada por la pérdida de las dos terceras partes del capital social (Artículo 229-V)

x) El derecho del socio, sólo para exigir a los liquidadores la entrega parcial del haber que le corresponda (nunca la total), que sea compatible con los intereses de los acreedores y la obligación de publicar el acuerdo sobre la distribución parcial (Artículo 243).

y) La obligación de publicar el Balance final de liquidación, antes de distribuir el remanente entre los socios (Artículo 247).

Con lo anterior se demuestra que el legislador quiso blindar al capital social, reconociendo la necesidad del mismo durante toda la vida de la sociedad y protegiéndolo cuidadosamente.

Es claro que debe desalentarse la constitución de sociedades con capitales mínimos bajísimos, libremente señalados por los fundadores y por el contrario alentar y promover la constitución de sociedades con capitales suficientes para realizar sus finalidades.

Sería deseable la rectificación del legislador y la reincorporación en el texto de la ley de capitales mínimos legales, superiores inclusive a los elimi-

nados, que sean suficientes para apuntalar el éxito de los negocios societarios y no sostener en cambio el despropósito que significó la reforma.

Por otra parte el capital social no puede conseguirse sino a través de aportaciones de los mismos socios o bien recurriendo al público inversionista.

Para grandes proyectos que rebasan las posibilidades de los socios, se tiene que recurrir a cualquiera de las dos variantes que existen en el proceso de intermediación del dinero, o bien recurriendo al crédito bancario que significará para la empresa utilizar recursos ajenos, incrementando su pasivo, o bien acercándose al mercado de valores, en sus dos facetas, el de deuda o el de capital. El primero, conduce también a incrementar el pasivo de la sociedad y en el segundo es en donde pueden captarse recursos para integrarlos al capital social. Cuando esto sucede estamos ya en el campo de las sociedades abiertas, que la Ley del Mercado de Valores ha bautizado como sociedades anónimas bursátiles (SAB).

Al expedirse en 2005 la nueva Ley del Mercado de Valores se creó un nuevo subtipo societario de la anónima, la Sociedad Anónima Promotora de Inversión (SAPI) que buscó propiciar el acceso de empresas medianas al capital de riesgo y en su momento al Mercado de valores facilitando el que dichas empresas pudieran tener un acceso a fuentes de financiamiento alternas al crédito bancario.

Se presentó como un subtipo intermedio entre la sociedad anónima regulada por la LGSM y la sociedad anónima bursátil, que es aquella que tiene ya acciones listadas en la bolsa de valores, buscando con ello, atraer a ese tipo de inversionistas que de no encontrar un marco legal flexible, preferirían participar simplemente como acreedores de la empresa y no como accionistas.

Se puso en la mira a esas instituciones norteamericanas “Private Equity” que en su actividad buscan invertir en empresas, que no estando listadas en bolsa, les resultan atractivas, impulsando su desarrollo, celebrando acuerdos comerciales de inversión conjunta “Joint Venture”, con inversionistas locales, coparticipando por un tiempo limitado hasta obtener resultados económicos con empresas existentes o de nueva creación, produciendo bienes o servicios, introduciendo los suyos, apoyando los eslabones de la producción, compartiendo costos y riesgos, buscando superar barreras comerciales de manera que a la aportación de los recursos por los extranjeros se sumara la aportación de los nacionales y su conocimiento del mercado específico de México y con facilidades para retirarse de la sociedad cuando les convenga.

Frente a esta realidad, la Ley General de Sociedades Mercantiles resultaba demasiado rígida, y así se requirió introducirle la flexibilidad consagrada

en la legislación norteamericana para celebrar pactos parasociales, por ejemplo para celebrar acuerdos entre socios, para ajustar a modo, el derecho de voto (voting trusts), incluyendo en los estatutos cláusulas permisivas, limitando o ampliando el reparto de utilidades u otros derechos económicos, restringiendo la transmisión accionaria, emitiendo acciones con diferentes derechos, inclusive sin derecho de voto, estableciendo cláusulas de escape, opciones de compra o venta (tag along, drag along, calls, puts, etc.), y sobre todo reglas de salida regulando causas adicionales de retiro, separación, y exclusión de socios y amortización de acciones que sin duda afectarán al capital social. Para ello era necesario romper paradigmas y así se hizo; se legisló en contra de algunos principios como los siguientes:

(I). “No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias” (Artículo 17);

(II). “Para proceder a la constitución de una sociedad anónima, se requiere:

I. Que haya dos socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos...” (Artículo 89).

(III). “Se prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial en pago de créditos de la sociedad” (Artículo 134).

(IV). “Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas” (Artículo 198).

Muchas de las nuevas reglas para las SAPI, fueron incorporadas en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en la llamada Miscelánea Mercantil publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de junio de 2014 para las sociedades cerradas, ordenamiento que merece un análisis especial, pero entre las que no se tocaron están la prohibición de adquirir sus propias acciones, y el principio de suscripción íntegra, conservándose en la ley, como único caso de excepción al mismo, la posibilidad reservada para las sociedades anónimas de capital variable, de emitir acciones no suscritas, “acciones de tesorería” para su posterior puesta en circulación.

“... 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” (Artículo 217).

En cambio el artículo 17 de la Ley del Mercado de Valores, permite a las SAPIS adquirir sus propias acciones cumpliendo los siguientes requisitos:

Primero.—Las SAPIS, previo acuerdo de su Consejo de Administración pueden adquirir sus propias acciones, sin que se les aplique la prohibición del Artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Segundo.—a) La adquisición puede hacerse con cargo a su capital contable, manteniéndose las acciones adquiridas sin reducir su capital social o bien,

b) La adquisición puede hacer con cargo al capital social y una de dos i) o se resuelve cancelarlas con la consiguiente reducción del capital, o ii) se convierten en acciones emitidas no suscritas que se conservan en Tesorería. Esta posibilidad la permite la Ley del Mercado de Valores inclusive para sociedades de capital fijo.

Estas acciones pueden colocarse sin que se requiera acuerdo de la Asamblea de Accionistas y sin perjuicio de lo que el Consejo de Administración resuelva al respecto. Las acciones de tesorería pueden ser objeto de colocación entre los accionistas de la empresa sin que les sea aplicable el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

c) Mientras las acciones pertenezcan a la sociedad, no pueden ser representadas, ni votadas en Asamblea, ni ejercitar derechos sociales o económicos de tipo alguno.

Por lo que se refiere a las sociedades reguladas por la LGSM se mantuvo la prohibición del artículo 134 de la ley, pues no se incluyó este supuesto en la Miscelánea Mercantil de 2014.

Por otra parte el artículo 56 de la misma Ley del Mercado de Valores, permite igualmente a las Sociedades Anónimas Bursátiles (SAB), adquirir las acciones representativas de su capital social, sin que tampoco les sea aplicable la prohibición del artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y siempre que:

Uno. La adquisición se efectúe en alguna bolsa de valores nacional.

Dos. La adquisición y en su caso la enajenación se realicen a precio del mercado, salvo que se trate de ofertas públicas o de subastas autorizadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Tres. La adquisición se realice, o bien:

I) Con cargo al capital contable, manteniéndose en tenencia propia, sin necesidad de reducir el capital, o

II) Con cargo al capital social, convirtiéndose en acciones de tesorería (emitidas y no suscritas), sin requerir acuerdo de Asamblea. Igualmente en este caso se permite a sociedades de capital fijo al amparo de este procedimiento, convertir las acciones que adquieran, en acciones de tesorería. Cuando se anuncie el capital autorizado deberá de publicitarse el capital suscrito y pagado.

Cuatro. En cada ejercicio la Asamblea Ordinaria de Accionistas debe señalar un monto máximo de recursos destinados a la compra de sus accio-

nes, pero en ningún caso, dichos recursos pueden exceder del total de las utilidades netas, incluyendo las retenidas.

Cinco. La Sociedad debe estar al corriente en el pago de sus obligaciones derivadas de instrumentos de deuda.

Seis. La adquisición y enajenación no pueden dar lugar a que se excedan los porcentajes de acciones ordinarias en relación con las acciones de voto limitado, restringido o sin voto, que haya autorizado la CNBV (25% del capital pagado colocado entre el público inversionista).

Siete. Estas acciones pueden colocarse entre el público inversionista sin requerir acuerdo de la Asamblea o del Consejo y no les es aplicable el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Finalmente se concede otra excepción a las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en la Ley del Mercado de Valores, al permitir en su artículo 53, a las SABS, inclusive a las que sean de capital fijo, emitir acciones de tesorería para ser suscritas con posterioridad por el público inversionista siempre que se ajusten a lo siguiente:

i. Que una asamblea extraordinaria de accionistas apruebe el importe máximo del aumento del capital y las condiciones en que deben hacerse las correspondientes emisiones de acciones.

ii. Que la suscripción de las acciones emitidas se efectúe mediante oferta pública, previa inscripción en el registro.

iii. Que el importe del capital suscrito y pagado se anuncie siempre que den publicidad a su capital autorizado.

iv. Para el caso de aumento de capital mediante oferta pública, no opera el derecho de suscripción preferente.

Estas reglas de excepción que permiten a la sociedad adquirir sus propias acciones y convertirlas en acciones de tesorería, aun tratándose de sociedades de capital fijo, se entienden perfectamente en las sociedades bursátiles, para dotarlas de un mecanismo de autodefensa que preserve el valor de sus acciones al permitirles adquirirlas ante los eventuales desplomes de las bolsas de valores, tan frecuentes en épocas turbulentas y de inestabilidad financiera como las que vive hoy nuestro país y el mundo.

No se entiende con la misma claridad en cambio haberlas incorporado para las sociedades anónimas promotoras de inversión (SAPIS), que no tienen acciones cotizadas en bolsa.

Afortunadamente en la Miscelánea Mercantil de 2014 no se incorporaron en el texto de ley para las sociedades cerradas.

Otras novedades introducidas en la SAPI y que no analizamos en este artículo, se incorporaron lisa y llanamente al texto de la Ley General de So-

ciudades Mercantiles, en la Miscelánea Mercantil de 2014 y se hicieron sin una reflexión profunda de su necesidad o bondad, produciéndose un texto parchado y con contradicciones.

Es deseable que en México, se haga una revisión integral y profunda de la legislación en esta materia y se promulgue una nueva Ley General de Sociedades Mercantiles, que conservando lo positivo de la actual, elimine disposiciones obsoletas y las adiciones y parches hechas como ocurrencia, copia o influencia del exterior y que en cambio, ajuste el nuevo texto a las necesidades del país, incorpore los avances del derecho societario en derecho comparado y respete los principios de nuestro sistema jurídico, México lo merece y lo necesita.