

EL NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS POR UNA MINORÍA DE ACCIONISTAS *

Arturo SALINAS MARTÍNEZ **

SUMARIO: *Primera parte. I. El artículo 144 y sus antecedentes nacionales y extranjeros. II. Conceptos y clases de minoría. 1. Conceptos de minoría y el artículo 144. 2. Minorías únicas o plurales: reforma de 1981 y leyes especiales. A. Adición de 1981 al texto original del artículo 144 LGSM. B. Leyes especiales; Segunda parte. III. Libertad estatutaria y sus límites. IV. Procedimientos para el ejercicio del derecho de nombramiento. 1. Momento de la designación en el caso de minorías preconstituídas. 2. Formación y exteriorización de la voluntad de la minoría. 3. Sustitución de consejeros o ampliación de su número. V. Práctica estatutaria mexicana; Tercera parte. VI. Paralelo con otros derechos de minoría. VII. Función específica. VIII. Conclusiones.*

En el presente trabajo, nos proponemos analizar el sistema de representación de la minoría en los consejos de administración de las sociedades anónimas, que consagra nuestra *Ley General de Sociedades Mercantiles*.¹

El artículo 144, primer párrafo de la LGSM, en su texto original de 1934, que continúa en vigor, dice a la letra:

Quando los administradores sean tres o más, el contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación, pero en todo caso la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero.

En 1981 ese primer párrafo fue adicionado, para reducir el porcentaje requerido en una hipótesis particular, con la siguiente frase: "Este porcentaje será del diez por ciento, cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores".

* En homenaje a Jorge Barrera Graf, entrañable y cordial amigo desde que el doctor Joaquín Rodríguez y Rodríguez, nuestro común maestro, nos presentó, hace más de cuarenta años.

** Director de la Facultad Libre de Derecho en Monterrey, Nuevo León y profesor de derecho mercantil en la propia facultad.

¹ En lo sucesivo LGSM o ley. Se referirán a este ordenamiento los artículos que se citen sin señalar la legislación a que pertenecen.

La doctrina mexicana, que hace referencia a los textos anteriores, está lejos de coincidir tanto en las definiciones conceptuales y en la interpretación y alcance de la disposición legal, como en las diversas formas de aplicarla y en la extensión que la misma reconoce a la autonomía de la voluntad de los particulares.

Creemos que este tema presenta interés teórico y doctrinal no sólo porque se vincula con la competencia de la asamblea para el nombramiento de los administradores y con el llamado principio democrático de la mayoría, sino también porque involucra la determinación de la función que debe atribuirse a los derechos otorgados a la minoría: enfoque meramente defensivo o de tutela o mecanismo preventivo y de participación en la vida social.

Desde otro punto de vista, parece evidente que la problemática antes esbozada resulta también particularmente atractiva para un enfoque, aunque sea elemental, de derecho comparado.

Bajo el ángulo del interés profesional y práctico, las cuestiones que plantea el artículo 144 LGSM pueden ser de gran relevancia tanto en las pequeñas sociedades anónimas familiares, como en las grandes empresas mexicanas, con o sin acciones registradas en bolsa, o en las sociedades con participación minoritaria de inversionistas extranjeros.

A lo anterior habría que agregar que la Comisión Nacional de Valores ha establecido políticas para las sociedades anónimas con acciones inscritas en el Registro Nacional de Valores, encaminadas no sólo a "asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables y a proteger los intereses legítimos del público inversionista", sino también a "garantizar la observancia de los derechos de las minorías". Y para este efecto la comisión requiere que las sociedades emisoras reformen sus estatutos para adoptar expresamente esas políticas.²

Para el desarrollo de este trabajo, vamos, en una primera parte, a considerar el alcance del artículo 144 y sus antecedentes nacionales y extranjeros y a precisar los conceptos de minoría que acoge esta disposición y nuestra legislación en general; en una segunda parte, trataremos sobre la amplitud y los límites de la libertad estatutaria y sobre los procedimientos o mecanismos para el ejercicio del derecho de nombramiento, aludiendo a la práctica estatutaria mexicana, y en la última, después de hacer un paralelo con otros derechos de minoría, procuraremos precisar su función específica.

² Ver por ejemplo la circular 11/14 de fecha 20 de agosto de 1987 publicada en el *Diario Oficial* del 9 de noviembre de 1987.

Nos proponemos analizar críticamente la problemática central que plantea el tema, así como las posiciones adoptadas por nuestra doctrina y la práctica seguida en los estatutos sociales.

Conviene precisar que este estudio monográfico no pretende abarcar todas las facetas del tema, ni sus ramificaciones, sino que en ocasiones se limitará a señalar aspectos que ameritan un desarrollo más amplio.

Primera parte

I. EL ARTÍCULO 144 Y SUS ANTECEDENTES NACIONALES Y EXTRANJEROS

El texto del primer párrafo del artículo 144 LGSM establece desde su origen, como presupuestos de aplicación, la existencia de un consejo de administración integrado por tres o más administradores y una minoría del veinticinco por ciento del capital suscrito. Consagra al mismo tiempo un régimen de carácter imperativo, de aplicación *ope legis*, y un régimen convencional o dispositivo, complementario del anterior, que abre el cauce a una regulación facultativa en los estatutos.³

El régimen imperativo consiste en el otorgamiento explícito, a una determinada minoría de capital, de un derecho a designar directamente cuando menos un consejero, derecho que, en estricto rigor, no requiere para su ejercicio de estipulación estatutaria alguna.⁴ Esa facultad es insuprimible e inderogable.⁵

Por su parte, el principio dispositivo está contenido en la fórmula legal que declara que "el contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación", lo cual denota que por encima del derecho mínimo de nombrar a un consejero, los estatutos pueden incorporar y regular diversas modalidades de representación minoritaria, en cuanto se respeten ciertos principios generales y ciertas bases.

Aunque la fórmula legal antes citada, por su redacción, —dice "el contrato social determinará"— parece tener el carácter de orden o mandamiento y podría interpretarse en el sentido de que en todo caso

³ En ese sentido Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, 6a. ed., México, Porrúa, 1981, t. I, p. 464 y II, p. 17, y Frisch Philipp, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982, p. 283.

⁴ Conviene precisar que la expresión "régimen imperativo" significa que la sociedad está obligada a aceptar y reconocer la designación de un consejero por parte de la minoría, pero no implica que ésta deba forzosamente elegirlo.

⁵ Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, t. II, p. 17, y Frisch, Phillip, *op. cit.*, p. 283.

los estatutos sociales deben fijar los derechos de la minoría, sin embargo, estimamos que la omisión de toda estipulación estatutaria al respecto, no debe producir nunca el efecto de hacer nugatorio el derecho mínimo otorgado por el principio imperativo de nuestra ley.

Ahora bien, para delimitar el alcance que quiso darle nuestro legislador a dicha disposición parece conveniente recurrir, en primer término, a la exposición de motivos de la LGSM; en segundo lugar, a los antecedentes de la legislación mexicana que ha regulado el otorgamiento a las minorías de un derecho igual o semejante para la designación de consejeros, y por último, a los antecedentes legislativos, jurisprudenciales o doctrinales extranjeros, que constituían, en los primeros años de la década de los treinta, el panorama de derecho comparado y que hubieren podido influir o servir de fuente de inspiración a nuestro legislador.

La exposición de motivos de la LGSM expresa lo siguiente:

Una de las materias más importantes es sin duda la relativa a la protección que deben recibir las minorías.

La cuestión es difícil, porque la protección debida a los grupos minoritarios debe ser siempre sin perjuicio de las bases del sistema corporativo y sin olvidar que si es injusto que una minoría se encuentre indefensa dentro de una sociedad anónima, todavía más injusto y sobre todo ilógico, sería que los socios que representan la mayor parte del capital estuviesen supeditados a los deseos o intereses del menor número.

Con este criterio han sido distribuidos en los diversos capítulos de la Ley los derechos que al reseñarse en esta exposición cada uno de sus capítulos van a ser mencionados.

En lo general se ha querido conceder la protección a grupos de intereses serios y, en lo posible, organizados, razón por la cual los diversos preceptos que aluden a minorías se refieren precisamente a porcentaje del capital y no a porcentaje de asistentes a las asambleas generales.

Así se reconoce a las minorías que representen el 25% del capital social, el derecho de designar consejero cuando los administradores sean tres o más, y se establece, para la efectividad del derecho concedido, que sólo podrá revocarse el nombramiento del administrador o administradores designados por las minorías, cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás administradores.

En párrafo subsecuente, la propia exposición de motivos hace referencia al derecho de la minoría de ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores (artículo 163); la fa-

cultad de solicitar de la autoridad judicial la convocatoria por la asamblea general de accionistas (artículo 184) y el derecho de oposición de la minoría respecto a las resoluciones de las asambleas (artículo 201); aunque es omisa respecto al derecho de minoría del 33% de pedir el aplazamiento de una asamblea (artículo 199).⁶

Como antecedente en el derecho mexicano cabe mencionar el régimen de la *Ley de Instituciones de Crédito* de 1932,⁷ cuyo artículo 16 fracción VII establecía expresamente que "en la escritura deberán estipularse las bases para que... en la designación de los miembros del Consejo de Administración, tengan representación las minorías" y preceptuaba que "toda fracción mayor al 15% de las acciones representadas en la Asamblea, pueda nombrar un Consejero por lo menos". Al parecer la *Ley de Instituciones de Crédito* de 1932, es el primer texto legislativo mexicano de orden general que adopta el sistema de conferir a la minoría el derecho de elegir a algunos miembros del consejo de administración.

Cabe referirnos también a la ley especial del Banco de México, como institución de Banca Central, del 12 de abril de 1932, que reconocía a una minoría disidente que representara cuando menos el quince por ciento de las acciones de la serie "B", el derecho a designar un consejero propietario y un suplente, de los cuatro que le correspondían a dicha serie.

En cuanto a la posible vinculación de nuestro artículo 144 con legislaciones o proyectos extranjeros, debemos mencionar que ni los códigos de comercio o leyes especiales de España, Francia o Italia, que normalmente servían de modelo a nuestros legisladores, regulaban una institución o mecanismo de nombramiento semejante, ni tampoco los proyectos de Vivante, de la Confederación General de la Industria Italiana o el Proyecto D'Amelio.

En todos estos documentos, en forma expresa o tácita, se sustenta el principio de la competencia exclusiva de la asamblea para nombrar administradores, durante el funcionamiento normal de la sociedad, sin excepción alguna.⁸

Es preciso rastrear la génesis del artículo 708 del *Código de las Obligaciones* de Suiza, en su revisión de 1936, para encontrar por vez primera, el reconocimiento, en una ley especial de 1895, de una excep-

⁶ Seguramente la exposición de motivos es omisa porque dicho porcentaje no se calcula sobre el capital social sino sobre las acciones representadas en la asamblea.

⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de 1932.

⁸ Se excluyen los casos de nombramiento inicial, al constituirse la sociedad, y de vacantes.

ción al principio tradicional de que únicamente la asamblea general tenía competencia para elegir administradores.

En efecto, la ley federal del 28 de junio de 1895, relativa "al derecho de voto de los accionistas de compañías de ferrocarril y la participación del Estado en la administración de estas últimas", otorgaba al consejo federal y a los cantones el derecho de nombrar hasta dos quintas partes del número total de administradores, en la inteligencia de que los otros administradores serían nombrados por la asamblea general de accionistas.⁹ Esta ley especial reconocía pues una importante excepción al principio tradicional contenido en el *Código de las Obligaciones* de 1881. Con base en esa ley especial el tribunal federal suizo, en más de una ocasión, admitió el derecho de nombramiento directo de administradores por parte de ciertos organismos públicos.¹⁰

Un autor suizo, apoyado en fuentes directas, expone en detalle y con precisión el origen del artículo 708 del código de las obligaciones. Relata como Bugene Huber, llamado padre del código civil, encargado de la revisión del código de las obligaciones, presentó a fines de 1919 un proyecto en el que se incluye el actual párrafo 5o. del artículo 708, o sea la posibilidad de una regulación estatutaria especial, con la única diferencia de que sólo habla de minorías y no de "ciertos grupos de accionistas".

Después de su muerte, una comisión de expertos reunida en los años 1924 y 1925 incluyó, junto a las minorías, a ciertos "grupos de accionistas". La regla contenida en el párrafo 4o., o sea el sistema imperativo de representación, tal como está redactado en la actualidad, no surgió sino en los debates parlamentarios de 1935.¹¹

Parece pertinente transcribir, para que en su caso, sirvan de puntos de referencia, los párrafos 4o. y 5o. del citado artículo 708 del código de las obligaciones, en su versión de 1936.

El párrafo 4o. establece textualmente:

Si hay varios grupos de accionistas cuya situación jurídica es diferente, los estatutos asegurarán a cada uno de ellos la elección de un representante, cuando menos, en la administración. Asimismo, los

⁹ En el mismo artículo 6 de la mencionada ley federal se precisaba que "los administradores nombrados por los poderes públicos tendrán los mismos derechos y los mismos deberes que los que hayan sido elegidos por la Asamblea General, sin necesidad de ser accionistas". Armand Benoît, *La représentation de groupes et des minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes*, Lausanne, 1956, pp. 72 y 73.

¹⁰ Benoît, *op. cit.*, p. 75.

¹¹ Benoît, *op. cit.*, p. 219.

grupos importantes tienen el derecho de estar representados en un comité constituido en el seno del consejo de administración.

Por su parte, su párrafo 5o. señala que:

A fin de proteger a las minorías o a ciertos grupos de accionistas, los estatutos podrán regular en forma diferente el modo de elección.¹²

Puede observarse que el párrafo 4o. incorpora un régimen imperativo y supone la existencia de grupos con posición jurídica distinta, es decir con diversos derechos, ya sea que formen categorías especiales o no. En esta hipótesis los estatutos deben garantizar la elección de cuando menos un administrador por cada grupo. La doctrina suiza reconoce que por su carácter imperativo el principio legal, contenido en la primera parte del párrafo 4o., tiene valor cuando no se atienda la orden del legislador y los estatutos no completen la regulación.¹³

Por su parte, el párrafo 5o. admite un régimen convencional y habla no sólo de ciertos grupos que podría suponerse que tienen derechos diversos, sino también de minorías en general y acepta la posibilidad de establecer otros sistemas de elección.

Cabe mencionar, por otra parte, que la doctrina suiza anterior a 1936 se preocupó seriamente del problema de la representación de grupos o minorías en la administración de las sociedades anónimas y que varios autores han afirmado que los párrafos 4o. y 5o. del artículo 708 del código de 1936 vinieron a sancionar como reglas de derecho "un uso establecido en la práctica de los negocios".¹⁴

Es pertinente asimismo aludir a la circular del 9 de marzo de 1931 del registro de comercio federal de Suiza, que admitió la validez de cláusulas estatutarias que reservaran varios puestos en el consejo de administración a representantes de grupos de accionistas.¹⁵

De Europa, el sistema del derecho germánico ofrecía también, por su parte, elementos de interés para nuestro propósito.

¹² En la doctrina suiza, ver la obra monográfica de Benoît ya citada y a Fritz de Steiger, *Le droit des sociétés anonymes en Suisse*, Payot, Lausanne, 1973. En derecho comparado ver Solá Cazarres, *Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1957; Alberto Mazzoni, "La tutela de la minoranza azionaria", *Inchieste di Diritto Comparato*, dirigida por Rotondi, Padova, Cedam, 1976, vol. 5, II, pp. 1152 y ss.

¹³ Benoît, *op. cit.*, pp. 221 y 226. Este autor precisa que el principio del párrafo 4o. no puede ser contradicho, ni convertido en ilusorio por cláusula especial. Ver también Steiger, *op. cit.*, p. 58.

¹⁴ Guhl, Commet y Gerber, citados por Benoît, *op. cit.*, p. 73.

¹⁵ Benoît, *op. cit.*, p. 74.

El *Código de Comercio* alemán de 1897 reconocía expresamente, en su artículo 443, el principio de que todos los miembros del consejo debían ser elegidos por la reunión plenaria de los socios en forma totalmente libre, sin excepción o restricción alguna. Quedaba excluida así la posibilidad de que el derecho de nombramiento recayera en grupos o minorías de accionistas o en extraños.

En cambio, el proyecto de *Ley de Sociedades por Acciones* de 1931, elaborado por el ministerio de justicia alemán, por influencia de la doctrina de la época, proponía, en su artículo 76, que se otorgara una representación obligatoria a la minoría que representara el 10% del capital social, con una mecánica particular, y autorizaba, en su artículo 74, que los estatutos podrían otorgar a toda minoría de accionistas el derecho de designar a miembros del consejo o de aplicar el sistema proporcional.¹⁶

Se menciona también que la legislación austriaca del 10 de julio de 1925 aseguraba cierta participación a la minoría en la designación de administradores y que este sistema influyó en el proyecto alemán de 1931. En cambio, el código civil del principado de Liechtenstein simplemente admitía el pacto estatutario.¹⁷

¹⁶ Benoit, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

Cabe agregar, que la ley alemana de 1937, por el contrario, no llegó a aceptar el régimen imperativo, sino únicamente el sistema convencional (artículo 88), al igual que la ley de 1965 (artículo 101, párrafo 2). El doctor Robert Fischer, presidente de sección de la corte federal alemana, ha escrito que el problema de la representación de la minoría en el consejo es muy viejo, ya que fue discutido en forma exhaustiva en la reunión de juristas alemanes en Viena en 1912, que "el principio mayoritario es insatisfactorio y que, sin embargo, el legislador alemán no ha sabido decidirse por una solución que otorgue derechos a la minoría. Ver el informe del doctor Fischer en la *Rivista del Diritto Commerciale*, 1966, I, p. 395.

¹⁷ Benoit, *op. cit.*, pp. 68 y 69.

En Italia el ordenamiento jurídico de 1942 tampoco aceptó el régimen imperativo, sino sólo el convencional. En efecto, el artículo 2368, párrafo 1o. del código civil, admite que "para el nombramiento de los cargos sociales el acto constitutivo puede establecer normas particulares". Ahora bien, esta disposición y la fórmula de "normas particulares" fueron inicialmente interpretadas en sentido restringido, como derogación al principio de la "mayoría absoluta" en las votaciones —ver por ejemplo a Frè, *Società per azioni*, 3a. ed., 1968, p. 289—. Posteriormente se les dio un alcance más amplio, considerándolas como una derogación al principio de la mayoría, que permite a la minoría tener su propio representante en el consejo. La doctrina está dividida y la jurisprudencia y algunos autores han establecido límites variables a la libertad de pacto, a fin de salvaguardar principios generales. Ver. Ferri Giuseppe, *Le società*, Torino, Ed. Torinense, 1971, núm. 161, p. 492; Galgano, Francesco, *La società per azioni*, Padova, Cedam, 1984, pp. 339 y ss.; y Bonelli, Francesco, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 56 a 58.

Sobre la práctica estatutaria: Buzzi Umberto, "Azioni privilegiati e azioni speciali nella pratica statutaria", en *Rivista della Società*, 1959, núm. 6, pp. 892 y ss.; sobre

Lo cierto es que parece fundado afirmar que en Europa la doctrina, la jurisprudencia, la práctica y la legislación suizas fueron pioneras en este campo.

En los Estados Unidos desde 1870 aparecieron ordenamientos jurídicos —constituciones estatales o bien leyes de sociedades— que, a través de la técnica del voto acumulativo, otorgaban a los accionistas minoritarios el derecho a estar representados en los consejos de administración —*board of directors*— o autorizaban pactos estatutarios para ese fin.

Conforme a este mecanismo, como es sabido, cada accionista tiene tantos votos como acciones, multiplicados por el número de consejeros que deban elegirse en la asamblea y puede distribuir esos votos entre los candidatos que quiera.¹⁸

El propósito era apartarse del sistema ordinario de voto —*straight voting*— que conducía a que la mayoría pudiera elegir a todos los “directores”.

Hay que agregar que la *Ley de Bancos Nacionales* —*National Bank Act*— promulgada en 1933, estableció el sistema de voto acumulativo en forma obligatoria.

En materia de antecedentes extranjeros respecto de nuestra legislación, hemos encontrado dos legislaciones con mecanismos distintos pero paralelos, orientados a asegurar o a permitir la participación de las minorías en el órgano administrativo: uno de origen típicamente norteamericano y otro de origen suizo. Sin embargo, debemos admitir que ninguno de dichos ordenamientos representa, *prima facie*, un modelo directo e inmediato de los preceptos formulados por nuestro legislador, aunque es perfectamente posible que pudieron haber servido de fuentes de inspiración.

En esas condiciones parece de justicia reconocer el mérito de los redactores de nuestra LGSM de 1934, de haber incorporado a su

la jurisprudencia: “Casi e materiali di diritto commerciale”, I, *Società per azioni*, Milano, 1974, pp. 619 y ss.

¹⁸ Clark, Robert Charles, *Corporate Law*, Little Brown, 1986, p. 363; cf. *Baker y Cary, Corporations, Cases and Materials*, Brooklyn, Foundation Press, 1959, 3d. ed. abridged, pp. 194 a 206; Hornstein, George D., *Corporation Law and Practice*, Minn, West Publishing, St. Paul, 1959, vol. I, sec. 127 y 353, pp. 126 y 127 y 449 a 452; Lattin, Norman D., *The Law of Corporations*, N.Y. 1971, 2nd. ed., pp. 374 a 379. Desde la perspectiva francesa ver: A. Tunc, *La vote cumulatif pour l'élection des directeurs de la société anonyme dans le droit des Etats Unis d'Amérique, Mélanges Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 893 a 901. En derecho comparado, ver: Grossfeld, “Management and Control of Marketable Share Companies”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XIII, cap. IV, núms. 27 a 36, pp. 17 a 20.

texto, una disposición como el artículo 144, que, siguiendo con moderación orientaciones de vanguardia, ha ofrecido la posibilidad de proteger preventivamente a minorías respetables de accionistas, de hacer posible su participación en el órgano colectivo de administración y de tratar de evitar los eventuales efectos opresivos de una irrestricta aplicación del principio mayoritario.

II. CONCEPTOS Y CLASES DE MINORÍA

1. *Conceptos de minoría y el artículo 144*

La noción tradicional generalmente admitida de minoría, en su sentido técnico-jurídico, implica la oposición o disidencia frente a una votación mayoritaria, dentro del proceso de formación de la voluntad social de un organismo o cuerpo colegiado.¹⁹

El concepto de minoría, compartido por muchos autores, se determina por contraposición con el de mayoría y puede caracterizarse por dos elementos: la asistencia a una asamblea y la discrepancia frente a una decisión mayoritaria. Así se ha escrito que “la minoría es el accionista o la masa de accionistas que, en una asamblea general, tiene una participación en capital inferior a la del grupo opuesto” y que disiente de la voluntad mayoritaria.²⁰

El porcentaje del capital social que representa la minoría no es un factor decisivo en este concepto. El punto de referencia es interior a la asamblea.

Por otra parte, siguiendo esa misma línea de pensamiento, se ha dicho que “la existencia de mayorías o minorías en las sociedades anónimas es únicamente una cuestión de hecho, accidental y variable”, que “la expresión ‘accionistas minoritarios’ no representa, pues, ninguna institución jurídica particular” y que se aplica

a los accionistas que se encuentran en una situación de hecho, inferior desde el punto de vista numérico y pecuniario, respecto del conjunto de títulos que representan en un momento dado el control de la sociedad anónima.²¹

¹⁹ Los términos “mayoría” y “minoría” presentan en el derecho comparado una gran variedad de significados y de clasificaciones; es evidente que no sería posible tratar, en este lugar, esa cuestión en su conjunto.

²⁰ Schmidt, Dominique, *Les-droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris, Sirey, 1970, No. 8, p. 5.

²¹ Solá, René de, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1953, p. 406.

En México la mayoría de la doctrina ha sostenido que el concepto de minoría en general, y en particular el aceptado por el artículo 144 de la LGSM, suponen una votación previa en el seno de una asamblea y divergencias de puntos de vista²² y habla de "grupo que ha quedado en minoría"²³ y de "minoría vencida".²⁴

Esta primera noción legal y doctrinal de minoría coincide con el significado lingüístico que aparece en los diccionarios en castellano. Así, por ejemplo: el de la Real Academia Española consagra, como primera acepción, la siguiente "En las juntas, asambleas, etcétera, conjunto de votos en contra de lo que opina el mayor número de los votantes"; el *Diccionario de Uso del Español* de María Molinar recoge también esa idea en su primera acepción:

Dentro de una colectividad, cada grupo que no constituye mayoría, particularmente en los organismos en que se toman decisiones por votación, y, específicamente, en los parlamentarios.²⁵

El concepto más generalizado de mayoría, por su lado, tampoco es necesariamente una noción vinculada con cierta representación del capital social, sino que se determina también frente a una minoría, ya que "es la mayoría de una asamblea general la que impone su ley y no la mayoría absoluta del capital". (Schmidt).

En nuestro derecho, el principio mayoritario está consagrado en el artículo 200 de la LGSM al prescribir que "las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias para los ausentes o disidentes..." Estos accionistas disidentes encajan perfectamente en el concepto de minoría antes configurado, mientras que los que no asisten a una asamblea, los ausentes, también

²² Barrera Graf, Jorge ha escrito lo siguiente: "Lo que resulta obvio es que el concepto de mayoría, y su correlativo el de minoría, sólo surgen en el seno de grupos o asambleas... es decir, de órganos plurales o colegiales... con ocasión de divergencias entre sí: puntos de vista o intereses contrapuestos", *Diccionario Jurídico Mexicano*, voz "Minoría en derecho privado", México, UNAM, 1984, t. VI, p. 192.

²³ Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1982, 22a. ed., núm. 560, p. 399.

²⁴ Frisch, *op. cit.*, p. 139.

²⁵ En idioma inglés el *Random House Dictionary* —unabridged edition—, en su segunda acepción, considera minoría "a un partido o grupo más pequeño opuesto a la mayoría, en votación u otras acciones" y el *Black's Law Dictionary* (5a. ed. 1979) confirma ese concepto al considerar como minoría "el número menor de votos de una asamblea deliberante; opuesta a mayoría". En francés, minoría se "opone a mayoría" y es "el grupo de votos que es inferior al número que gana en una reunión de votantes...", Petit Robert.

llamados "accionistas pasivos", quedan naturalmente excluidos de esa noción.

Parece oportuno precisar que el concepto de minoría debe ser asimismo distinguido rigurosamente de los derechos individuales de los accionistas tales como el derecho de retiro (artículo 206 y el derecho de preferencia en el 132), entre otros.²⁶

Delimitada así una primera noción de minoría, distinta, por una parte, del derecho de la mayoría, y por otra, de los derechos individuales de los accionistas, cabe plantearse ahora el interrogante de si esta noción común, tradicionalmente aceptada, corresponde, en forma singular y exclusiva, al concepto que recoge la LGSM en su artículo 144, cuando otorga a la minoría el derecho a la designación de administradores.

El análisis del texto del artículo 144 revela que no acoge expresamente ese concepto, ya que ni la votación ni la disidencia son considerados requisitos esenciales para la aplicación del precepto.

En efecto, el artículo 144, para el ejercicio de la facultad que confiere, no exige que los accionistas hayan participado en la votación ni que hayan emitido su voto en contra de una resolución, como es el caso de otras disposiciones de la propia ley, tales como los artículos 163 y 201 fracción II, relativos al ejercicio directo de la acción de responsabilidad contra los administradores y al derecho de oposición o impugnación, respectivamente.

Lo antes expuesto, ofrece bases para afirmar que en nuestro derecho, para los efectos del artículo 144, la minoría no puede ser configurada exclusiva o necesariamente como "minoría vencida" o como el resultado de una situación de hecho meramente circunstancial, en ocasión de una asamblea.

²⁶ Ver en nuestro derecho, Barrera Graf, *Diccionario, op. cit.*, p. 194. "La protección de los derechos individuales no son el objeto directo e inmediato de los derechos de la minoría" dice Schmidt, *op. cit.*, núm. 3, p. 1. Ver también Albanell Mac-Coll, Eduardo, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1953, pp. 370 y 371. Girón Tena subraya la importancia de separar los derechos de minoría de los derechos individuales para "conservar la utilidad sistemática del concepto". *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, p. 188. No deja de llamar la atención que Garrigues al tratar de la protección de las minorías mezcle los derechos individuales. "La protección de las Minorías en el Derecho Español", Estudio de 1959, publicado también en *Temas de Derecho Vivo*, Madrid, Tecnos, 1978, pp. 101 a 104. Tampoco es congruente Espinosa Anta, al incluir entre las normas de protección de los derechos individuales, la relativa a los derechos especiales de una clase o categoría de accionistas. Espinosa Anta, José Luis, "Derechos Esenciales y Protección de la Minoría en la Sociedad Anónima", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, enero de 1976, pp. 43 y 44.

Del texto del artículo 144 resulta evidente que la minoría del 25% puede designar a un administrador con independencia de la manifestación de voluntad de la mayoría, es decir, la ley le ha conferido a la minoría facultades decisorias para que esté en aptitud legal de adoptar resoluciones autónomas respecto de la mayoría de una asamblea general.²⁷ Por ello Rodríguez y Rodríguez califica al derecho minoritario del artículo 144 como un "derecho electoral activo".²⁸

En esas condiciones, estimamos que el artículo 144 y nuestra legislación de sociedades en general, autorizan a emplear con toda propiedad, un segundo concepto legal de minoría que se configura por el solo hecho de que un accionista o un grupo de accionistas representa cierta fracción del capital suscrito en una determinada asamblea, independientemente de toda votación. El punto de referencia es el total del capital social.²⁹ Quizás convendría hablar en este caso de minoría calificada o preconstituida de capital.³⁰

²⁷ Cabe puntualizar que en Suiza, a pesar de que el texto del párrafo 4o. del artículo 708 —que antes transcribimos— da pie para llegar a idéntica solución, la jurisprudencia y la generalidad de la doctrina se ha inclinado por respetar la competencia de la asamblea y por reconocer a los grupos únicamente al derecho de presentar candidatos, en la inteligencia de que la proposición es obligatoria o vinculante para la asamblea, pero salvo que la propia asamblea oponga justos motivos de rechazo.

Ese fue el sentido de la resolución del tribunal federal en el caso Tobler de 1940. Contra esa interpretación, Held, Kuncz, Ver Benoît, *op. cit.*, pp. 254 a 274 y Steiger, *op. cit.*, p. 58.

²⁸ Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, I, p. 464.

Garrigues caracteriza atinadamente la "defensa de la minoría en sentido estricto" con el hecho de "dejar en suspenso el principio mayoritario". Lo que no parece muy justificable es que, tratándose de la facultad de designar administradores, se hable de conceder a la minoría "el derecho de resistir y de oponerse a la mayoría" y de que la ley proteja "la mera discrepancia de la minoría". *Temas*, pp. 98 y 111.

²⁹ En México se ha sostenido la opinión de que el 25% se compute sobre el capital social representado por acciones con derecho a voto. No estamos de acuerdo con esta interpretación, ya que la exposición de motivos es muy clara al señalar que el porcentaje no se refiere a los asistentes o a los votantes en una asamblea, sino al capital social suscrito independientemente de que esté o no totalmente pagado o de que las acciones que lo representen confieran voto pleno o voto limitado. Parece pertinente aludir al proyecto del libro I del *Código de Comercio* de 1947, publicado por la Secretaría de Economía, el cual, en su artículo 211, cambiaba el punto de referencia para el cómputo al "capital social presente" y confería el derecho de nombrar un tercio de los consejeros. Por influencia de Rodríguez Rodríguez, esa disposición fue adoptada íntegramente por el *Código de Comercio* de Honduras de 1950. Girón Tena habla de derecho de minoría "en sentido estricto" cuando se computa sobre el capital social, *op. cit.*, p. 188.

³⁰ Pensamos que en México hay bases legales suficientes para considerar que los accionistas extranjeros forman propiamente una minoría preconstituida de capital, con identidad propia y con cierta organización y permanencia.

En la doctrina mexicana, Barrera Graf, sobre la base del concepto de minoría

Lo anterior queda plenamente confirmado con el criterio seguido en la exposición de motivos de la LGSM, que hemos transcrito y en la que textualmente se afirma que:

... los diversos preceptos que aluden a minorías se refieren precisamente a porcentaje del capital y no a porcentaje de asistentes a las asambleas generales.

Por lo demás, este segundo concepto legal de minoría es reconocido también en los diccionarios, como en el citado de Random House: "al número, parte o cantidad que forma menos de la mitad del todo".

Sin embargo, la doctrina mexicana no hace suyo ni considera aceptable este segundo concepto legal de minoría. Expresa o implícitamente lo rechaza, al requerir, como ya vimos, una votación previa³¹ o una "minoría vencida".³²

Pensamos que para el efecto de la interpretación de nuestras disposiciones legales no podemos soslayar o dejar a un lado las nociones

de votación, llega a afirmar: "De ahí que al constituirse una sociedad no sea correcto hablar de una mayoría y de una minoría de socios", aunque resulte patente que los socios extranjeros suscriben la menor parte del capital. *Diccionario, op. cit.*, p. 192.

Creemos que en México, tanto en el marco de la *Ley de Inversiones Extranjeras* como en el de la LGSM, sí puede legítimamente hablarse de que los accionistas extranjeros constituyen una minoría desde el momento de constitución de la sociedad anónima, es claro, minoría en la segunda acepción que hemos expuesto, y que el artículo 144 hace también suya.

³¹ Aunque Barrera Graf apunta que existen otras "manifestaciones de voluntad de los miembros de la minoría de socios" y las identifica aludiendo en particular a los artículos 199 y 201 de la LGSM, sin embargo afirma que esos derechos los concede la Ley "no a minorías" sino a "grupos". *Diccionario, op. cit.*, p. 191.

El hecho de no reconocer más que un solo concepto de minoría conduce a hacer uso de otras nociones, como "grupo", que resultan imprecisas o inexactas como cuando se da como ejemplo de "grupo" a la minoría a que se refiere el artículo 144. *Idem*, p. 191.

Es cierto que la exposición de motivos habla de "grupos minoritarios" y de "grupos de intereses serios y, en lo posible, organizados", pero no como un concepto legal distinto del de "minoría", sino como integrantes de ésta.

³² Frisch, por su parte, considera que el derecho minoritario previsto en el artículo 144 corresponde a una "minoría vencida", en una votación efectuada en asamblea general de accionistas. No creemos que el artículo 144 ofrezca fundamento alguno para esa interpretación, ya que dicha disposición no califica de ese modo a la minoría, ni incorpora fórmulas como las de los artículos 202 y 206 de la LGSM que hablan de "minoría disidente" o de haber "dado su voto en contra de la resolución". Por nuestra parte, como ya lo dejamos asentado, no consideramos que el artículo 144 contemple como supuesto único y forzoso el de la "minoría vencida".

Mantilla Molina al hablar de "grupo que ha quedado en minoría" implícitamente coincide con la tesis de Frisch.

y la terminología que acepta nuestro ordenamiento y su exposición de motivos. Tenemos la convicción de que en la elaboración de conceptos y construcciones doctrinales debemos partir del sistema y del texto de nuestra legislación positiva.

En esas condiciones, no podemos coincidir con el enfoque y la posición adoptada por la doctrina mexicana a que nos hemos referido.

De lo expuesto podemos concluir que nuestro ordenamiento reconoce los dos conceptos jurídicos de minoría que hemos tratado de precisar en este apartado y en consecuencia, que el artículo 144 puede entrar en operación, tanto en la hipótesis de una minoría calificada o preconstituida de capital como en el caso de una minoría "disidente" o "vencida".

2. *Minorías únicas o plurales: reforma de 1981 y leyes especiales*

En relación con los dos conceptos de minoría que se ha configurado, y que creemos relevantes para la correcta aplicación del artículo 144, se plantea la cuestión de precisar su vinculación con la distinción entre minoría única o singular y pluralidad de minorías.

Creemos que quienes se adhieren, en forma exclusiva, al primer concepto de minoría, que supone votación previa y disidencia, están en lo cierto al afirmar que esa minoría, en principio, es única o singular, pero somos de opinión que incurren en error cuando pretenden generalizar y negar que pueda existir una pluralidad de minorías, cuando éstas se conforman al segundo concepto de minoría calificada o preconstituida de capital.

En esta última hipótesis, todo depende de la redacción de los preceptos de leyes especiales o de las estipulaciones estatutarias.

Antes de analizar la adición introducida en 1981 al artículo 144, conviene precisar si el texto original, en su aspecto imperativo o de derecho necesario, consagra la minoría única o si permite una pluralidad de minorías.

Somos de opinión que el artículo 144, en ese aspecto, no admite sino una minoría única,³³ por las siguientes consideraciones:

1ª Porque el porcentaje legal del 25% impide que puedan existir legalmente dos minorías de capital suscrito, que sumadas alcanzarían el

³³ Coincidimos con Barrera Graf, *Diccionario*, *op. cit.*, p. 191.

50% del mismo, ya que ello desborda el marco conceptual de minoría;³⁴

2ª porque el propósito evidente de otorgar, con carácter imperativo, el derecho de nombramiento a una minoría de capital de 25% fue el de fijar una garantía mínima, no susceptible de ser reducida con porcentajes superiores a través de estipulaciones estatutarias, y

3ª porque lo anterior se confirma por la redacción literal de la disposición, que habla de "pero en todo caso", y de las intenciones del legislador plasmadas en la exposición de motivos.

A. Adición de 1981 al texto original del artículo 144 LGSM

En el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de enero de 1981 se publicó una ley que modificó algunos artículos de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, entre ellos el artículo 144.

Esta disposición fue adicionada con la siguiente frase: "Este porcentaje será del diez por ciento, cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores" y tuvo el efecto de reducir el porcentaje del 25% a que se refiere la primera parte de ese artículo, al 10% en el caso de sociedades que tienen colocadas sus acciones en el mercado.

Esta adición ha sido interpretada tanto en el medio oficial como en el sector privado, incluyendo a profesionales del derecho, en el sentido de que incorporaba imperativa y necesariamente un concepto plural de minoría y que, en consecuencia, podrían existir hasta cuatro minorías en una sociedad anónima, representando cada una el 10% del capital social.

Con esa interpretación se planteaba el problema de si la ley no debería de haber fijado un mínimo de nueve consejeros, pero que las minorías nombrasen a cuatro y la mayoría a los cinco restantes, de modo que el nuevo derecho de la minoría fuere efectivo.

Barrera Graf, desde su primer artículo, comentando las reformas del 23 de enero de 1981, rechazó esa interpretación del texto legal y ha sostenido que las minorías del 10% o del 25%, son únicas, no plurales.³⁵

³⁴ En igual sentido, Barrera Graf, quien sostiene que la minoría no puede llegar al 50% del capital social porque no jugarían entonces los conceptos de mayoría y minoría sino que se plantearía una situación de igualdad y de empate. *Diccionario, op. cit.*, pp. 191 y 192.

³⁵ Ver Barrera Graf, en su artículo *Temas de derecho mercantil*, México, UNAM, 1983, p. 57 a 68; en la voz "Minoría en derecho privado" en el *Diccionario, op. cit.*, pp. 191 y 192 y en el capítulo XXXII de su libro *Instituciones de derecho mercantil*, en vías de publicación.

Nosotros compartimos plenamente la tesis de Barrera Graf de que la minoría del 10%, conforme al texto reformado del artículo 144, es una minoría única o singular y sostenemos esta posición con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, la formulación literal de la frase añadida en 1981 no hace sino rebajar el porcentaje obligatorio, sin indicio alguno que revelara el propósito de pasar del sistema de la minoría única al de minoría plural.

En segundo término, es razonable pensar que si se hubiera pretendido establecer un régimen obligatorio de representación proporcional limitada, a través del reconocimiento de la minoría plural, no sólo se hubiera redactado el artículo en otros términos —semejantes por ejemplo a los del artículo 29 fracción VII de la *Ley General de Instituciones de Seguros*—, sino que se hubiera consignado abiertamente el propósito en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma.

En tercer lugar, porque el no fijar un número mínimo de consejeros para asegurar cierta participación en el consejo, la ley permite usar medios lícitos que hacen completamente nugatorio el derecho de pluralidad de minorías, como sería el reducir a tres el número de miembros del órgano de administración.

Por último, la *ratio* de la adición es comprensible si hace radicar en la consideración de que teóricamente, en el plano de los principios, en las grandes sociedades anónimas con acciones inscritas en una bolsa de valores, es excepcional que existan minorías que lleguen a representar el 25% del capital suscrito, por el hecho mismo de la difusión de las acciones entre el público inversionista.

En la situación particular de México, sin embargo, parece más razonable pensar que se quiso estimular a los accionistas que llegaban a adquirir en el mercado un lote de acciones representativo del 10% del capital social y no tanto proteger a las minorías del 10% en sociedades familiares, casi totalmente cerradas, en cuanto tienen colocadas en el mercado menos de la quinta parte de las acciones emitidas.

B. *Leyes especiales*

En esta sección vamos a referirnos al sistema seguido por algunos ordenamientos especiales actualmente en vigor, que consagran, en forma imperativa, la modalidad de la minoría plural.

En primer término, conviene mencionar a la *Ley General de Instituciones de Seguros* en vigor, la cual en el artículo 29 fracción VII prescribe que:

cada accionista o grupo de accionistas que represente por lo menos un 10% del capital pagado de una institución de seguros, tendrá derecho a designar un consejero.

Esta disposición admite, en efecto, que cada 10% del capital exhibido puede designar a un administrador, con lo cual se autoriza que pueden nombrarse cuatro consejeros de minoría.³⁶

Parte de la doctrina mexicana coincide con esa interpretación. Barrera Graf, por ejemplo, ilustra en dos pasajes diferentes de su artículo en el *Diccionario Jurídico Mexicano*,³⁷ el sistema de la ley de instituciones de seguros: en el primero, supone que la mayoría de socios que representa el 60% del capital nombra a 7 de 11 consejeros y la minoría del 40% designa a los otros 4 administradores y en la segunda referencia a ese ordenamiento, alude al caso de un consejo formado con el mínimo de 5 personas, 3 designados por la mayoría y 2 nombrados por el accionista o el grupo de accionistas que constituyan la minoría.³⁸

Otro ordenamiento relativamente reciente, de enero de 1985, como es la *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito*, establece en la fracción V del artículo 8 que:

cada accionista o grupo de accionistas que represente por lo menos un quince por ciento del capital pagado de una sociedad tendrá derecho a designar un consejero.

La única diferencia entre los dos ordenamientos radica en el porcentaje con base al cual se otorga a la minoría el derecho de nombramiento.

³⁶ Cabe mencionar como antecedente que la Ley General de Instituciones de Seguros, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de agosto de 1935, en el texto original de la fracción VII del artículo 17, prescribía: "La escritura constitutiva establecerá que cuando haya una sola serie de acciones sin derecho a retiro, todo accionista o grupo de accionistas asistente a la asamblea y tenedor de acciones de esa serie, podrá nombrar un consejero, siempre que representen por lo menos, el 15% del capital pagado por dichas acciones".

³⁷ Barrera Graf, *op. cit.*, *supra* nota 22, pp. 191 y 195.

³⁸ Sin embargo, otros autores parecen no distinguir entre el régimen de la LGSM y el de la Ley General de Instituciones de Seguros o la de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. Ver al respecto Mantilla Molina, *op. cit.*, no. 561, p. 400 y Acosta Romero, Miguel, *Derecho Bancario*, 3a. ed., México, Porrúa, 1986, pp. 555 y 556.

Segunda parte

III. LIBERTAD ESTATUTARIA Y SUS LÍMITES

Al hacer la exégesis preliminar del artículo 144 LGSM señalamos que esta disposición consagra dos regímenes jurídicos: por una parte, uno de carácter imperativo en cuanto otorga a una minoría de accionistas el derecho inderogable de designar cuando menos un consejero, y por otra, un régimen convencional o facultativo que autoriza que el contrato social determine "los derechos que correspondan a la minoría en la designación", lo cual hace posible que en los estatutos sociales se pacten mayores derechos y, al mismo tiempo, los procedimientos que se estimen más convenientes.

Vamos en este apartado a considerar, en primer término, el margen de flexibilidad que permiten los datos básicos del régimen imperativo y, en seguida, la cuestión de si existen límites a la libertad de establecer cláusulas convencionales en los estatutos y, en su caso, cuáles son ellos.

En el primer aspecto, nos parece indudable que tanto el dato del porcentaje del 25% como el número mínimo de un consejero, son susceptibles de modificación por pacto estatutario: el porcentaje puede reducirse³⁹ y el número de administradores designados por la minoría aumentarse.⁴⁰

Sin embargo, Frisch, si bien concuerda en que los estatutos pueden aumentar el número de consejeros designables por la minoría,⁴¹ niega en forma implícita y explícita, la posibilidad de que el porcentaje del 25% se reduzca en los propios estatutos.⁴²

³⁹ Rodríguez y Rodríguez expresamente declara que la minoría del 25% puede ser "rebajada estatutariamente" pero que "en ningún caso ni circunstancia puede ser aumentada", *op. cit.*, t. II, p. 17.

⁴⁰ Barrera Graf afirma que "el pacto social puede concederle un número mayor", *Instituciones de derecho mercantil*, cap. XXXII y Bauche Garciadiego, Mario, acepta la flexibilidad en la doble dirección apuntada. *La Empresa*, México, Porrúa, 1977, p. 608.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 283. Muy atinadamente Frisch precisa que la autonomía estatutaria en este punto tiene un límite: que el número de consejeros nombrados por la minoría no podrá superar el número de consejeros nombrados por la mayoría en la asamblea general, *idem*, p. 139.

⁴² Ver su posición negativa implícita en p. 283 y explícita al escribir: "De los tres supuestos fijados en el artículo 144 LGSM (mínimo de tres consejeros, existencia de minoría del 25% del capital social y nombramiento de cuando menos un consejero) únicamente el último nos parece modificable por los estatutos y éste en el sentido de que pueden nombrarse más que un solo consejero", *op. cit.*, p. 139.

En el plano del régimen facultativo, reconocido en principio por nuestra doctrina⁴³ somos de opinión de que la libertad estatutaria reconocida por ley, tiene sus límites. En nuestro derecho este sistema convencional no es totalmente abierto, en el sentido de que no cualquier cláusula estatutaria relativa al sistema de elección en general o al nombramiento de consejeros por la minoría, podría considerarse automáticamente válida. Sostener la tesis contraria atentaría el principio básico de que la asamblea general es el único órgano con competencia para designar a los administradores, salvo las excepciones expresas legalmente reconocidas, dentro del marco estructural de principios sobre el derecho de las minorías que consagra la propia LGSM.

La apertura del sistema es limitada, porque nuestra ley no autoriza en general que se pacten otras formas o modos de elección de consejeros⁴⁴ y porque el artículo 144 supone que la mayoría del capital social tiene derecho a designar siempre a la mayoría de los administradores. La minoría de capital sólo podrá nombrar un número de consejeros que no afecte el principio mayoritario.

Creemos que esta posición encuentra pleno apoyo en la estructura del sistema de protección a las minorías que adoptó nuestra LGSM, sistema establecido conforme a los lineamientos que condensa la exposición de motivos de la ley al apuntar que:

La protección debida a los grupos minoritarios debe ser siempre sin perjuicio de las bases del sistema corporativo y sin olvidar que si es injusto que una minoría se encuentre indefensa dentro de una sociedad anónima, todavía más injusto y sobre todo ilógico, sería que los socios que representan la mayor parte del capital estuviesen supeditados a los deseos o intereses del menor número.

Indiscutiblemente una de las bases del sistema corporativo es el principio mayoritario y ya oportunamente quedó aclarado que el concepto de minoría del artículo 144 se refiere precisamente a un porcentaje del capital social total.

Podemos, en resumen, decir que el sistema mexicano se caracteriza porque el derecho de las minorías en ningún caso puede hacer nuga-

⁴³ Mantilla Molina admite que "los estatutos pueden regular en forma más amplia los derechos de las minorías", *op. cit.*, núm. 560, p. 400, al igual que Barrera Graf, quien escribe que "el contrato social puede ampliar esta facultad legal tan mezquina y tan fácil de eludir". "Derecho Mercantil", en *Introducción al Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1981, p. 52.

⁴⁴ Como lo hace literalmente el párrafo 5o. del código suizo.

torio el principio mayoritario,⁴⁵ lo que implica que el nombramiento de la mayoría de los consejeros compete forzosamente a la asamblea general, en los términos del artículo 181, y que si bien la competencia de la asamblea general, en cuanto al nombramiento de administradores, sufre una excepción expresa al admitir el artículo 144 un régimen convencional o dispositivo, en ningún caso, puede resultar afectado el derecho inalienable de la asamblea general de designar a la mayoría de los administradores.

Lo anterior nos lleva a hacer referencia y a comentar las opiniones de la doctrina mexicana sobre este tema y en una sección posterior procederemos a evaluar la licitud de algunas cláusulas más o menos comunes en la práctica estatutaria mexicana.

En nuestra doctrina, Frisch es el autor que más atención le ha dedicado al alcance del artículo 144 y sus puntos de vista contienen aportaciones valiosas para la integración de una doctrina jurídica nacional sobre este punto.

Vamos a tratar de exponer, con la mayor fidelidad posible, la posición de este autor, intercalando algunos comentarios.

Frisch formula dos proposiciones básicas. En la primera, establece el principio de que “la asamblea general ordinaria de accionistas es el único órgano competente para el nombramiento de los órganos mencionados” —de administración y de vigilancia— y que “ella resolverá según el principio mayoritario en relación con el derecho minoritario de accionistas respectivo (artículos 189, 191 y 144 LGSM), sobre dicho nombramiento”.⁴⁶ En otro pasaje reitera que el “sistema de nombramiento de administradores descansa en el principio mayoritario atenuado exclusivamente por el derecho minoritario (artículo 144)”.⁴⁷

En la segunda proposición, Frisch mantiene que los estatutos no “pueden favorecer a una minoría en tal grado que el derecho legal de la mayoría (artículo 181 fracción II, LGSM) quede prácticamente suprimido”.⁴⁸

Coincidimos, en el plano de los principios, con ambas proposiciones y nos parecen enteramente correctas.

⁴⁵ A diferencia de lo que ha sucedido y pueda suceder en los Estados Unidos con el voto acumulativo, en donde si no se hace un uso adecuado del sistema se puede perder el control del consejo, aun contando con la mayoría de acciones en la asamblea. *Vid.* Hornstein, *op. cit.*, núm. 353, p. 452, en donde cita algunos casos; Grossfeld, *op. cit.*, p. 19 y Tunc, *op. cit.*, p. 900.

⁴⁶ Frisch, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁷ *Idem.*, p. 283.

⁴⁸ *Idem.*, p. 283.

Sin embargo, cabe agregar que el autor extrae, de hecho, de la primera proposición, dos conclusiones, que únicamente serían aceptables haciendo distingos.

En la primera conclusión afirma que las "cláusulas estatutarias que prevén" el "principio de proporcionalidad deben considerarse como nulas"⁴⁹ y que "un derecho de nombramiento relativo a un número de administradores proporcional a los votos (secciones) del titular del mismo derecho, es nulo como destaca correctamente Mantilla Molina, *op. cit.*, apartado 543".⁵⁰

Frisch, ejemplifica y reitera:

Un derecho de accionistas en el sentido de que ellos nombren tales órganos en forma proporcional con sus acciones, por ejemplo un accionista que tiene el 10% del capital social, tendría la facultad de nombrar uno de los 10 consejeros de administración no existe en la Ley General de Sociedades Mercantiles.⁵¹

Ahora bien, esta primera consecuencia no nos parece exacta ni ajustada a derecho, porque el principio de proporcionalidad sí es aceptado, en cierta medida, por nuestra *Ley General de Sociedades Mercantiles*. En efecto, el artículo 144 permite perfectamente que en los estatutos sociales se otorgue a los accionistas de la minoría el derecho de nombramiento de un cierto número de administradores en proporción a un determinado porcentaje de capital.

Así por ejemplo, creemos que es lícito establecer en los estatutos que un accionista minoritario que represente el 40% del capital social pueda designar a cuatro de diez consejeros.

Lo que nuestro ordenamiento prohíbe es pactar un sistema proporcional respecto de la totalidad de las acciones de la sociedad y respecto a todos los miembros del consejo de administración, porque ello obviamente implicaría pasar por alto la competencia privativa de la asamblea general.⁵²

⁴⁹ *Idem*, p. 138.

⁵⁰ *Idem*, p. 283.

Cabe observar que la opinión de Mantilla Molina no se refiere expresamente a la hipótesis particular que contempla Frisch, sino al régimen especial del voto acumulativo de los Estados Unidos.

⁵¹ Frisch, *idem*, p. 138.

En sentido diametralmente opuesto Barrera Graf, cuando escribía en 1967, que "es una práctica lícita —y que cada vez se generaliza más— la integración del consejo proporcionalmente a la del capital social", *La representación voluntaria en derecho privado*, México, UNAM, 1967, p. 155.

⁵² En esas condiciones, no podemos aceptar la posición de Barrera Graf a que aludimos en la nota anterior, por más que el autor trate de matizar su tesis ha-

La segunda conclusión que Frisch desprende de la primera proposición antes expuesta, radica en afirmar: que es también nulo el "derecho de nombramiento estatutariamente establecido en favor de cierta clase o clases de acciones en cuanto a número determinado de consejeros".⁵³

Este corolario no lo estimamos correcto, por cuanto que una clase o categoría de acciones sí puede ser titular del derecho a nombrar a un número determinado de consejeros, siempre que esa clase o categoría de acciones sea minoritaria y siempre que el número de consejeros constituyan también minoría en el consejo de administración. En efecto, la ley no sólo no prohíbe, sino que autoriza, que una minoría del capital social designe a alguno o algunos representantes en el órgano de administración y es claro que el concepto de minoría puede incluir a series, grupos, clases o categorías de acciones.⁵⁴

Como ilustración hipotética de un pacto estatutario de este tipo podríamos mencionar la cláusula que confiriera a los accionistas preferentes de voto limitado que representaran, por ejemplo, el 30% del capital social, el derecho a nombrar uno o más administradores.⁵⁵

Creemos que es perfectamente posible y lícito establecer una cláusula estatutaria en ese sentido por la siguiente consideración: el artículo 113 de la ley permite que la limitación del voto a las acciones preferentes sea menor que la autorizada por la propia disposición y, en esas condiciones, se les puede reconocer el derecho de voto específicamente para participar en el punto del orden del día relativo al nombramiento de administradores.

Acabamos de ver que Frisch, en la primera conclusión que extrae de un principio que nos parece intachable, trata de la forma que podríamos llamar clásica de representación proporcional de las minorías, pero no se plantea directamente el problema de la licitud en México del

blando de un "derecho exclusivo de proponer", atribuido a distintos grupos de accionistas.

⁵³ Frisch, *op. cit.*, p. 283.

⁵⁴ Puntualicemos para efectos comparativos, que el ordenamiento suizo, en el artículo 708 antes transcrito, maneja cuatro conceptos: 1o. categorías de acciones en sentido estricto; 2o. clases o categorías de acciones en sentido amplio; 3o. grupos de accionistas y 4o. minorías, mientras que en la ley mexicana el concepto minoría del artículo 144 incluye a todos.

⁵⁵ Una cláusula semejante ha sido muy utilizada en la práctica de los Estados Unidos, sobre todo en el caso de que la sociedad no obtenga utilidades y deje de distribuir dividendos preferentes por un cierto lapso. Ver, por ejemplo, a Clark, *op. cit.*, p. 361. El mensaje que acompañó al proyecto de ley suiza aludía expresamente a las acciones privilegiadas derivadas de una reestructuración. Ver Steiger, *op. cit.*, p. 58.

voto acumulativo, tan común en los Estados Unidos.⁵⁶ El voto acumulativo es otra forma de buscar la representación proporcional, pero con un "instrumento más refinado" (Grossfeld).

Mantilla Molina sí emite una opinión doctrinal al respecto, en sentido negativo, con fundamento en que "la regla de que cada acción confiere derecho a un voto no sufre más excepción que la que resulta de las acciones de voto limitado". De esta regla el autor deduce "en consecuencia" que no son posibles las acciones de voto plural y que "tampoco es válido en nuestro derecho el voto acumulativo".⁵⁷

Compartimos la posición negativa de Mantilla Molina, pero no por la razón expuesta. En efecto, no creemos que el voto acumulativo se aparte del principio de un voto por acción, ya que cada accionista dispondrá de tantos votos como acciones posea. Lo peculiar es la distribución de los votos, pero esta es una cuestión de técnica o de mecánica electoral, independiente de la regla o principio.⁵⁸

Nosotros pensamos que, en nuestro derecho, el fundamento de la ilicitud de una cláusula estatutaria que regule el voto acumulativo como en los Estados Unidos, se encuentra en que es un modo de elección distinto, que rebasa los límites de nuestro sistema legal de excepción en favor de la minoría, el involucrar en principio, en el mecanismo, la totalidad de las acciones y a todos los consejeros, soslayando la competencia exclusiva de la mayoría en la asamblea general.⁵⁹

⁵⁶ Conviene mencionar que las leyes de Perú, de 27 de julio de 1966, y de Argentina, núm. 19550 de 1976 modificada en 1983 por la núm. 22903, acogieron básicamente el sistema norteamericano del voto acumulativo. En España, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 introdujo, en su artículo 71, un sistema de representación proporcional, semejante al de los Estados Unidos, aunque con una fórmula y regulación diferente. El sistema ha sido considerado muy desafortunado por parte de la doctrina y se le han dirigido serias críticas. Garrigues, *Comentario*, II, pp. 41 a 58 y Girón Tena, *op. cit.*, pp. 339 a 345.

⁵⁷ *Op. cit.*, núm. 543, p. 390.

⁵⁸ Basta citar como ejemplos de procedimientos diversos en la legislación comparada, 1o. que en los Estados Unidos —como en Inglaterra— en el método tradicional del *straight voting* se llevan a cabo tantas votaciones como consejeros, mientras que en México se acostumbra usar la técnica de la votación única mediante planillas; 2o. la llamada "clasificación" de los consejeros para el efecto de su sustitución escalonada *staggered* en los Estados Unidos, equivalente a la renovación parcial por terceras partes cada dos años, practicada comúnmente en Francia, frente al sistema acostumbrado en México del nombramiento anual.

⁵⁹ Cabe observar que en Suiza, dada la redacción del párrafo 5o. del artículo 708, que como veíamos dispone que "los estatutos pueden regular en forma diferente el modo de elección", la doctrina se inclina por la validez del voto acumulativo y del sistema proporcional.

Benoit, *op. cit.*, p. 329 y Steiger, *op. cit.*, p. 58. En ese mismo sentido. Garrigues, *Comentario*, II, p. 44.

Por último, somos de opinión que el artículo 144, en relación con el 181, contiene implícitamente otra limitación fundamental a la libertad estatutaria, consistente en que los estatutos no pueden otorgar la facultad de designar consejeros ni a los propios administradores, ni a los acreedores ni a terceros en general.

Nos adherimos a la doctrina mexicana que coincide en sostener que no es lícita la cláusula que permita a terceros designar administradores, como tampoco lo es la que autorice el sistema de cooptación entre los consejeros.⁶⁰

Todavía dentro del tema de esta sección, cabe preguntarse si sería lícito pactar en México que la asamblea tuviera la opción de escoger a un consejero de la terna que le proponga la minoría del 25%. No dudamos de la validez de una cláusula de este tipo, en cuanto no desconozca el derecho inderogable, e irrenunciable por anticipado, que confiere el artículo 144.

La estipulación no podría tener otro efecto que el de ser un procedimiento alternativo para la minoría.

IV. PROCEDIMIENTOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE NOMBRAMIENTO

El encabezado de esta sección es susceptible de abarcar un contenido tan amplio, que desbordaría con mucho el enfoque del presente trabajo. En efecto, el tema de los mecanismos concretos de aplicación de ciertos principios y normas legales, al caer en el campo donde juega con gran amplitud la libertad estatutaria, permite seguir distintas alternativas y técnicas diversas.

En esas circunstancias nos vamos a constreñir a bosquejar y a exponer en forma esquemática algunos de los posibles procedimientos, partiendo de la premisa de que los estatutos son omisos sobre el particular.

Conviene precisar que se parte de un enfoque exclusivamente técnico-jurídico y que, en consecuencia, quedan fuera de nuestra consideración tanto los convenios informales y pactos extrasociales, como todo el proceso de auscultación y negociación entre los dirigentes y los prin-

⁶⁰ Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, II, p. 95; Barrera Graf, en *La representación voluntaria*, p. 155 y en *Instituciones de derecho mercantil*, cap. XXXII; Frisch, *op. cit.*, p. 138. En ese mismo sentido Benoit respecto del derecho suizo, pp. 224 y 326, y Girón Tena respecto del español, p. 340.

Un sistema opuesto es el seguido por el derecho inglés. Ver Grossfeld, *op. cit.*, p. 18.

cipales accionistas, previo a la asamblea general ordinaria. Este proceso, en la práctica mexicana, normalmente culmina en la integración de una planilla única de consejeros. Es obvio que estos aspectos queden fuera del ámbito estricto de la asamblea, como órgano de integración de la voluntad colectiva.

Vamos a detenernos a considerar únicamente tres aspectos: en primer lugar, al momento en que puede tener lugar la designación de un consejero de minoría, cuando existen minorías calificadas o preconstituidas; en segundo término, la integración de la voluntad de la minoría y su manifestación y, en tercer lugar, la cuestión del número de consejeros y su ampliación o reemplazo.

1. Momento de la designación en el caso de minorías preconstituidas

En esta hipótesis, en que la minoría está claramente determinada y tiene carácter de permanencia, el nombramiento del consejero de la minoría puede efectuarse, como ya lo apuntamos con anterioridad, en dos momentos distintos al desahogarse el punto del orden del día relativo a la elección de administradores. El primer momento sería antes de que se ponga a consideración de la asamblea la propuesta de la planilla para la composición del siguiente consejo de administración, es decir, previamente al inicio de la fase deliberativa del proceso de elección. En esta primera alternativa, la minoría del 25% efectuará el nombramiento del consejero a que tiene derecho, con el único requisito de que se verifique y confirme el porcentaje de ley.

El segundo momento apropiado para ejercer el derecho de nombramiento sería después de la resolución de la mayoría de la asamblea que aprueba una planilla con los nombres de las personas que van a desempeñar el cargo de administradores. En este segundo procedimiento, la minoría deberá manifestar su discrepancia respecto del acuerdo adoptado por la mayoría y en seguida ejercerá el derecho que le otorga la ley de designar al consejero de la minoría.

2. Formación y exteriorización de la voluntad de la minoría

Esta etapa podría llevarse a cabo en dos marcos institucionales diferentes: ya sea dentro de la asamblea general ordinaria, o bien, eventualmente, en el ámbito de una asamblea especial.

En el marco de la asamblea general cabe distinguir varias hipótesis:

1a. La simple manifestación de voluntad del representante único de la minoría o de un número limitado de accionistas que se ha puesto previamente de acuerdo y que llenan los requisitos que impone el artículo 144;

2a. El acuerdo de designación del consejero de minoría puede lograrse mediante votación separada entre los accionistas minoritarios que pretenden ejercer el derecho que la ley les reconoce.⁶¹ La resolución, en votación de los accionistas minoritarios, puede ser adoptada ya sea en forma unánime o bien conforme al principio de la mayoría.⁶²

La votación en forma separada se ha considerado perfectamente posible en el derecho mexicano justamente para el caso de nombramiento de consejeros, por Frisch y por Vázquez del Mercado.⁶³

3a. Una tercera hipótesis es el caso de una asamblea general ordinaria en que está representada la totalidad del capital social y por resolución unánime se nombra al consejero de la minoría.⁶⁴

⁶¹ La decisión o votación separada, independientemente de matices, es una institución reconocida por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de diversos países. Ver una síntesis comparativa en Corapi, Diego, *Inchieste de Diritto Comparato*. . . , t. 5, pp. 763 y ss. y en Mignoli, Ariberto, *Le assemblee speciali*, Milano, Giuffrè, p. 160, pp. 114 y ss. y 313 y ss.

En Alemania el código civil introdujo la votación separada, en sustitución de la asamblea especial, para simplificar el procedimiento y ahorrar gastos, y la ley de 1937 conservó la votación separada y reestableció la asamblea especial para las acciones privilegiadas sin derecho de voto. En derecho suizo, ver las referencias en Benoît, *op. cit.*, pp. 97, 255, 263 y otras; en España el *Reglamento del Registro Mercantil* admite que el consentimiento pueda expresarse no sólo en una asamblea especial, sino también en el seno de la propia asamblea general por votación separada: Ver Uriá, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976, 3a. ed., I, p. 578 y Garrigues, II, pp. 246 y 248; en Argentina, ver Halperin, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, 1975, p. 378.

⁶² Dentro del esquema del artículo 144, cuando la minoría no está unificada, parece evidente que deba aplicarse el principio mayoritario, por analogía con el artículo 195 LGSM, que incorpora específicamente ese criterio general.

Ya la ley especial del Banco de México de 1932 expresamente admitía el sistema de la mayoría dentro de la minoría.

⁶³ Frisch, *op. cit.*, p. 327 y Vázquez del Mercado, Oscar, *Asambleas y fusión de sociedades*, México, Porrúa, 1976, 3a. ed., p. 39.

Barrera Graf al sostener que el nombramiento debe hacerse "dentro" de la asamblea ordinaria, pero "por el grupo minoritario mismo", está implícitamente reconociendo el procedimiento de la votación separada dentro de la asamblea general. —*Instituciones*, cap. XXXII—. Estimamos que este mecanismo se justifica institucionalmente y es perfectamente compatible con la estructura y los principios implícitos de la LGSM.

⁶⁴ Cabe observar que esa asamblea totalitaria o universal podría llegar a ser considerada técnicamente como englobando a una asamblea especial también totalitaria, de accionistas minoritarios que forman una categoría con derechos especiales.

El otro ámbito de integración de la voluntad minoritaria podría ser una asamblea especial, en los términos del artículo 195 LGSM, que, como es sabido, requiere técnicamente la existencia de una categoría de accionistas con derechos especiales.

Ahora bien, esto plantea el problema de saber si la competencia contemplada expresamente por dicha disposición, es susceptible de ampliación, a fin de poder tomar legalmente el acuerdo de designar a un consejero de minoría dentro de la asamblea especial. No faltan precedentes y bases para sostener una interpretación liberal del artículo 195.

En México, hay disposiciones de leyes especiales que ofrecen apoyo a esa interpretación. Por ejemplo, el artículo 9, fracción II de la *Ley de Sociedades de Inversión* de 1985, establece que "el capital fijo de la sociedad estará representado por acciones que sólo podrán transmitirse previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público", y sobre esta base la fracción VIII dispone textualmente:

Tendrá un consejo de administración con un mínimo de cinco consejeros, la mayoría de los cuales serán designados por los socios que representen el capital fijo de la sociedad. Habrá también un comité de inversiones cuyos integrantes serán nombrados por dichos socios en *asamblea especial*.

Estas disposiciones parecen reconocer: 1o. que las acciones del capital fijo de las sociedades de inversión tienen derechos especiales y forman una categoría y 2o. que el nombramiento de la mayoría de los consejeros y de los integrantes del comité de inversiones se efectúa en el seno de una asamblea especial.⁶⁵

Ahora bien, si no se estuviera de acuerdo con ese ensanchamiento de la competencia de la asamblea especial, o si se tratara de una minoría simple de accionistas sin derechos especiales, surge el interrogante, que queremos dejar planteado, de si no habría necesidad de

⁶⁵ En España, un autorizado sector de la doctrina admite que es posible ampliar, en cierta medida, la competencia fijada textualmente en la ley. Así, Uribe escribe: "Ahora bien, el funcionamiento de la junta especial debe quedar circunscrito a los supuestos especiales previstos en los artículos 85, 93 y 100 de la ley. Fuera de esos supuestos no podrán reunirse grupos especiales de accionistas para tomar acuerdos válidos y vinculativos en el orden interno de la sociedad". "... En todo caso, la limitación de la competencia de las juntas especiales a los supuestos previstos en los citados preceptos no obsta para que en su seno pueda adoptarse un acuerdo que, aun no siendo aprobatorio de la modificación estatutaria pretendida o acordada por la junta general, contenga una proposición a esta última para la adopción de un nuevo acuerdo menos lesivo para las acciones afectadas", p. 578.

recurrir a una asamblea "parcial" o "de accionistas mincritarios", en la cual éstos se reunieran para el efecto de formar la voluntad de la minoría, respecto del nombramiento de un consejero.

Es obvio que la problemática de este tipo particular de asamblea queda fuera del campo de estudio de este trabajo, pero estimamos que el planteamiento anterior ofrece materia para reflexión y profundización por parte de la doctrina mexicana.

3. *Sustitución de consejeros o ampliación de su número*

Partiendo del supuesto de que los estatutos no regulan específicamente esta cuestión y no ofrecen solución alguna a este problema, nos parece que conviene distinguir entre dos regulaciones estatutarias de base: primera, se señala un número mínimo y un máximo de consejeros y se deja a la propia asamblea general ordinaria que fije el número exacto de miembros del consejo de administración, y segunda, los estatutos determinen de una manera precisa el número de consejeros.

En la primera hipótesis, puede considerarse que el procedimiento más adecuado sería que la propia asamblea aumentara el número de miembros del consejo para dar cabida en él al designado por la minoría.

En el segundo caso, creemos que, por principio, debe respetarse el número de consejeros fijado en estatutos y que en consecuencia o bien debe procederse a reconsiderar la composición de la planilla aprobada; para dejar lugar para el consejero de la minoría, o bien, a eliminar al último de la lista y sustituirlo por el de la minoría.

V. PRÁCTICA ESTATUTARIA MEXICANA

Como lo apuntábamos con anterioridad, vamos a hacer una breve referencia a algunas cláusulas usadas en la práctica mexicana. Hemos escogido cinco tipos de cláusulas que consideramos representativas y formularemos al respecto algunos comentarios.

1. Conforme a un primer tipo de cláusulas estatutarias, la minoría del 25% —o del 10% mientras las acciones están registradas en Bolsa— tienen derecho a nombrar un consejero propietario y su respectivo suplente, si hubieren estado en minoría y disintieren de la opinión de la mayoría. En ese caso, se aumentará el número de consejeros con el propietario y el suplente de la minoría.

Este sistema plantea la cuestión de si se ajusta al régimen del artículo 144. En efecto, podría objetarse que la cláusula elimina la posibilidad de que la minoría haga su designación previamente a la votación.

No obstante, somos de opinión que dicha cláusula es lícita en cuanto respeta los elementos básicos que constituyen el mínimo de protección a la minoría que consagra nuestra ley y que a los estatutos corresponde determinar no solamente los derechos reconocidos a la minoría, que pueden ser superiores a los legales, sino también la mecánica o el procedimiento que deba seguirse, dentro de ciertos límites.

Cabe apuntar, sin embargo, que este tipo de cláusula no se compagina muy bien ni con el espíritu del legislador y el propósito de la norma, ni con la mecánica más sencilla y funcional: primero porque la ley confiere el derecho de nombramiento sin requerir la disidencia, o una minoría opositora o vencida; segundo porque para ejercer el derecho habría, en muchos casos, que aparentar una oposición o una discrepancia que de hecho no existe, ya que la minoría puede estar totalmente de acuerdo con los miembros integrantes de la planilla aprobada, pero, para poder nombrar al consejero a que se tiene derecho, resulta indispensable, conforme a dicha cláusula, manifestar la disidencia; tercero, porque el legislador no supone un espíritu de oposición o conflicto, sino que está otorgando un derecho con propósitos de participación y transparencia.

En cuanto a la mecánica de elevar el número de consejeros, quizás sea, funcionalmente hablando, una solución mejor que la de desplazar a los designados en último lugar —en cuanto los estatutos permiten esa flexibilidad—, pero como veíamos existe también la alternativa de que se vuelva a plantear una planilla modificada, en cuanto al número y a las personas.

2. En ocasiones los estatutos han recogido el sistema de la “disidencia”, mencionado en el punto anterior, pero establecen en la misma cláusula, que los accionistas minoritarios “deberán abstenerse de tomar parte en la elección del consejo” y que ellos designarán, por mayoría de votos, a un consejero propietario y a su respectivo suplente.

En una cláusula con una variante de este tipo se incurre flagrantemente en una contradicción, al exigir, como supuesto, que los accionistas estén en minoría y disientan de la opinión de la mayoría, y por consiguiente que hayan participado en la votación y, por otra parte, al imponerles estatutariamente la obligación de abstenerse de participar en la elección.

En esas condiciones concretas, surge el problema de saber qué procedimiento debe seguirse ante esa incongruencia. La designación por parte de la minoría, ¿deberá hacerse antes de la votación o después de concluida la elección?

Nosotros nos inclinamos por la interpretación en la que prevalezca el principio imperativo del artículo 144, el cual confiere el derecho de nombramiento con independencia de los factores de votación y disidencia.

Cabe agregar, que en la variante a que estamos haciendo referencia, se menciona que los accionistas minoritarios designarán "por mayoría de votos" a su consejero o consejeros, incorporando en forma explícita un criterio no consignado en la disposición legal, aunque susceptible de ser aplicado por analogía de otros textos legales.

3. Otros estatutos contienen una cláusula del tenor siguiente:

Todo accionista o grupo de accionistas que represente el 7% de las acciones en circulación tendrá derecho a designar uno de los consejeros propietarios y su respectivo suplente.

Esta estipulación plantea el problema capital del límite de la libertad estatutaria conforme a nuestra ley y al mismo tiempo el del número de miembros del consejo de administración. En efecto, la aplicación literal de la cláusula llevaría a la elección de catorce consejeros, cada uno nombrado por un grupo de accionistas que representan un 7% del capital social, pero con este sistema de designación fraccionada, se hace a un lado la participación de la asamblea de accionistas como tal y la aplicación del principio mayoritario, que como ya vimos son esenciales en la estructura y regulación de nuestra LGSM.

Una interpretación correcta, desde un punto de vista jurídico y además funcional, llevaría a fijar el número de consejeros en quince, y a que siete minorías de capital del 7% designaran a siete consejeros y los ocho restantes fueran nombrados por la mayoría de la asamblea, sin tomar en consideración el 49% del capital que hizo ya uso de su derecho de nombramiento.

4. Un cuarto tipo de cláusula estatutaria lo representan aquellas que prescriben que el consejo de administración esté integrado por siete miembros y la serie I tenga derecho a nombrar dos consejeros y la serie II a otros dos consejeros, en la inteligencia que los tres miembros restantes serán elegidos conjuntamente por los accionistas de las series I y II.

Los estatutos, por otra parte, otorgan a los accionistas de cada serie, que representen el 25% del capital pagado, el derecho de designar a uno de los dos miembros del consejo que los accionistas minoritarios de cada serie tienen derecho a nombrar y el otro consejero será elegido por la mayoría de votos de cada serie de acciones.

Cabe observar las peculiaridades de esta cláusula: por un lado, la minoría del consejo de administración, integrada por tres miembros, es elegida por la mayoría en asamblea ordinaria y la mayoría de cuatro consejeros es nombrada, por partes iguales, pero separadamente, por ambas series.

Esta cláusula, en el aspecto que nos interesa, parece vulnerar, por una parte, el principio de que no puede despojarse a la asamblea ordinaria de la facultad privativa de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración y, por otra, acepta el sistema de dos minorías del 25% del capital, que atenta contra el concepto mismo de minoría.

5. Por último, en otros estatutos se prevé que cualquier accionista o grupo de accionistas que represente cuando menos el veinticinco por ciento del capital social tendrá derecho a designar un miembro propietario y su respectivo suplente en el consejo de administración. Una vez que dichos nombramientos sean efectuados, los otros miembros del consejo de administración y sus suplentes, serán designados por mayoría de votos en asamblea general ordinaria, sin tomar en cuenta los votos de los accionistas minoritarios que hayan hecho el nombramiento antes mencionado.

Un artículo estatutario formulado en los términos anteriores, creemos que se ajusta a un procedimiento plenamente compatible con el artículo 144 LGSM y con el espíritu de nuestro legislador.

Podemos concluir este apartado observando que las fallas en que a veces se incurre en la redacción de las cláusulas estatutarias son debidas básicamente a que, por una parte, en lugar de limitarse a regular el derecho de nombramiento por parte de la minoría, se pretende establecer un sistema diferente de elección de consejeros, rompiendo con ello el marco que fija nuestra ley y su exposición de motivos y, por otra parte, a que en lugar de proceder a reglamentar la limitación de la competencia exclusiva de la asamblea respecto del nombramiento de consejeros, se llega a veces al extremo de eliminar dicha competencia, lo cual afecta la estructura misma de la sociedad anónima.

Tercera parte

VI. PARALELO CON OTROS DERECHOS DE MINORÍA

Para una mejor comprensión del sistema general de protección a las minorías adoptadas por nuestra ley y configurar en la forma más cabal posible, los derechos que otorga el artículo 144, nos ha parecido pertinente hacer una comprensión, breve y esquemática, entre las disposiciones más relevantes de la LGSM.

Creemos que este paralelo presenta interés porque en ocasiones la doctrina, tanto la nacional como la extranjera, sin un análisis específico de la naturaleza, mecanismo de operación y función de cada uno de los derechos de la minoría, procede a hacer generalizaciones tan amplias que pecan de inexactitud respecto de alguno o algunos de esos derechos.

Cabe aludir a los artículos 163, 184, 195 y 201, en relación con el 144, para el parangón antes enunciado.

El análisis comparativo de esas disposiciones parece conveniente hacerlo conforme a tres criterios que consideramos relevantes; primero si para el ejercicio de esos derechos es requisito indispensable o no la discrepancia, disidencia u oposición; segundo si los derechos que confieren se ejercitan o no dentro de una asamblea general o especial, y tercero si se trata o no de una excepción al principio mayoritario.

El examen de los primeros cuatro conceptos legales antes mencionados muestra que, conforme al primer criterio, únicamente los artículos 163 y 201 presuponen la disidencia u oposición; el artículo 184 y el 195 son totalmente independientes de ese requisito.

Aplicando el segundo criterio, cabe observar que los derechos que otorgan los artículos 195, 163 y 201 se ejercitan dentro de una asamblea o en vinculación directa con sus acuerdos, con excepción del artículo 184 que concede a la minoría que represente el 33% del capital el derecho de solicitar a la autoridad judicial la convocatoria de una asamblea, derecho que es previo a la reunión y ajeno a las resoluciones que pudieran tomarse.

Desde el ángulo del tercer criterio, vemos que sólo dos de las cuatro disposiciones son verdaderas excepciones al principio mayoritario: el artículo 163 que faculta a la minoría del 33% para ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores y el artículo 195 que confiere a una categoría de accionistas el derecho de decidir si acepta o no una proposición que puede perjudicar sus derechos especiales.

Examinados los cuatro preceptos mencionados y haciendo el paralelo con el artículo 144, encontramos que los artículos 163 y el 195 son los que más asemejan al 144 por sus rasgos estructurales y por su función.

En efecto, el derecho de minoría que consagra el artículo 144 presenta los siguientes rasgos fundamentales:

1º representa una limitación a la competencia de la asamblea general y una excepción al principio mayoritario;

2º se ejercita en el marco de una asamblea de accionistas, es decir presentes o representados los accionistas minoritarios; y

3º puede operar tanto en el supuesto de disidencia o discrepancia como con entera independencia de una votación previa.

VII. FUNCIÓN ESPECÍFICA

Pasando a la función específica del derecho que el artículo 144 otorga a una minoría de accionistas, pensamos que se aparta sensiblemente de la orientación tradicional de la doctrina, que considera que los derechos de las minorías tienen exclusivamente una función defensiva o de tutela y que surgen cuando la mayoría abusa del poder.⁶⁶

En efecto, creemos que pueden más bien caracterizarse como un derecho de participación en la vida orgánica de la sociedad anónima, en cuanto la minoría concurre, paralelamente con la mayoría, en la elección del órgano de administración. Al mismo tiempo, como ya vimos, la minoría interviene en el proceso de formación y manifestación de la voluntad social, dentro del marco específico de competencia que le asigna por excepción la ley, con carácter inderogable.

Ahora bien, ese derecho del que es titular la minoría no sólo constituye un límite objetivo al poder de la mayoría de elegir a todos los consejeros, sino que cumple además una función preventiva, al mantener debidamente informada a la minoría interesada sobre las políticas y actividades de la sociedad y al intentar el consenso en el ámbito reducido del propio consejo de administración, antes de la adopción y la ejecución de los acuerdos, y no a *posteriori*, en el cuerpo más amplio de una asamblea general.

⁶⁶ Ver, ejemplo, a Gregorini Clusellas, quien afirma que "el derecho de la minoría nace cuando la mayoría ha abusado de su poder, en razón de ese abuso y para contrarrestar los efectos del mismo". "La Protección de las Minorías" en *Las sociedades anónimas*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1959, p. 18. Otro autor estima que "los derechos de la minoría han sido presentados muy a menudo como armas para la protección de intereses individuales", Schmidt, *op. cit.*, p. 10.

Por otra parte, simultáneamente facilita cumplir una función de supervisión o vigilancia.

En esas condiciones, el derecho de nombramiento puede considerarse no meramente como un mecanismo de protección de los intereses parciales o privativos de los accionistas minoritarios o de un grupo o categoría de socios, sino de los intereses generales o globales de la organización. Creemos que los derechos de la minoría, como se ha dicho, "representan el contrapeso lógico e indispensable del poder mayoritario", que son "derechos funcionales en el sentido de que se ejercen por la minoría en vista de la satisfacción del interés de todos los miembros de la sociedad" y que la minoría ejerciendo "su función propia", "se integra en el mecanismo social".⁶⁷

Por otra parte, estimamos que el administrador designado por la minoría ocupa una posición jurídica idéntica a la de los demás administradores designados por la mayoría.⁶⁸

Se ha sostenido, con respecto a España, que

no es posible, al menos en el estado actual de la cuestión, estimar a la minoría como una especie de órgano social con una función propia, ni de medio de formación de la voluntad social, ni de control del poder mayoritario, pues no parecen ser esos los sentidos que quiso dar el legislador, al menos en España, a las normas relativas a la minoría.⁶⁹

Tenemos la convicción de que en el derecho mexicano, la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, desde 1934, adoptó una posición distinta de la expresada en la transcripción anterior. En primer tér-

⁶⁷ Schmidt, *op. cit.*, pp. 11 y 217. Coppens, desde antes de 1947, sostenía la tesis de que los derechos de la minoría deben ser ejercidos en interés de la colectividad. Coppens, Pierre, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Louvain, 1947.

En ese mismo sentido, el jurista uruguayo Albanell MacColl escribía que "la minoría ejerce una función de protección de la sociedad" y que tiene una "misión útil de control" y que "su objetivo no debe ser limitar en su beneficio, los poderes de la mayoría, sino "contenerlos en el uso legal de sus derechos". *op. cit.*, p. 368.

⁶⁸ Creemos que la ley federal suiza de 1895 acertó al disponer expresamente que "tendrán los mismos derechos y los mismos deberes que los que hayan sido elegidos por la asamblea general", como ya lo habíamos apuntado.

Girón Tena sostiene que la posición jurídica del administrador de minoría es idéntica a la de los demás administradores, pero que el principio general no excluye la posibilidad de que a grupos especiales de accionistas se les atribuya, por vía estatutaria, el derecho de destitución del administrador designado. *op. cit.*, p. 345 y 346.

⁶⁹ Espinosa Anta, *op. cit.*, p. 43.

mino, porque nuestro legislador sí quiso constituir a la minoría en titular de derechos particulares concurrentes con los de la mayoría y en segundo lugar porque en nuestro ordenamiento, la minoría, particularmente en los supuestos de los artículos 144, 163 y 195, sí llega a configurarse como una especie de órgano social con una función específica.⁷⁰ Asimismo porque representa un medio para la formación de la voluntad social y constituye un mecanismo de participación, de información y supervisión, no sólo para promover o proteger los intereses parciales de ciertos accionistas, sino también los intereses globales de la sociedad.

Desde otro punto de vista, la doctrina de diversos países no ha dejado de señalar los riesgos que conllevan los mecanismos de representación de las minorías en los órganos de administración: se habla de intereses particulares y facciosos, de obstáculos para el funcionamiento del órgano, de ineficiencia por falta de unidad y homogeneidad, de polarización de opiniones y del espíritu de oposición sistemática, de fuente de discordias y campo de batalla, etcétera.

Es claro que esos peligros no pueden negarse ni deben subestimarse, pero parece que las ventajas que trae aparejadas la participación minoritaria con espíritu de colaboración, y concretamente el efecto de objetividad, madurez y transparencia que puede producir en la dirección de las sociedades anónimas, superan a los riesgos e inconvenientes apuntados.

El secreto del éxito de la representación minoritaria radica, ante todo, en el respeto recíproco de las respectivas funciones de la mayoría y de la minoría y en una dirección ilustrada y sensata que facilite un equilibrio dinámico y la adhesión plena a los intereses y a los objetivos comunes.⁷¹

⁷⁰ Cabe recordar que Coppens, en su tesis doctoral de 1945, publicada en 1947, hablaba ya expresamente de un "órgano social subsidiario" al referirse a la minoría —no. 167, p. 213— y que Schmidt, en su monografía de 1970, adopta esa expresión y la fundamenta ampliamente, sobre todo respecto de la acción social de la minoría para exigir responsabilidad a los administradores, ya que en derecho francés no existe una disposición equivalente a nuestro artículo 144 LGSM.

Todo el título II, de la segunda parte, pp. 195 a 227, está dedicado a esta cuestión.

⁷¹ Se ha observado, respecto del comportamiento de las minorías en la práctica mexicana de las sociedades anónimas, "que generalmente siguen a las mayorías, en particular en las empresas bien administradas, que también son las de mayor número" y que "cuando las minorías se convierten en agresoras de la mayoría, se hacen grupos que dividen, debilitan y lesionan a la sociedad". Valdés Villarreal, Raúl, *Discurso de Ingreso a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación*, México, D. F., mayo de 1987.

VIII. CONCLUSIONES

Después de haber efectuado el análisis del artículo 144, en el contexto del sistema de nuestra LGSM, de haber precisado algunos conceptos y el alcance de nuestras disposiciones legales, así como apuntado los procedimientos y formas de aplicación, en relación con nuestra doctrina y nuestra práctica estatutaria, vamos a terminar formulando las conclusiones que se desprenden del cuerpo de este trabajo, que esperamos dejen claramente delineado el perfil del derecho de minoría que consagra el artículo 144:

Primera: Que el primer antecedente del artículo 144 LGSM lo encontramos en la *Ley de Instituciones de Crédito* de 1932, que es el primer ordenamiento mexicano de orden general que confiere a una minoría de accionistas el derecho de elegir algunos miembros del consejo de administración;

Segunda: Que entre los antecedentes extranjeros destacan los sistemas jurídicos de Suiza y de los Estados Unidos, en cuanto que ambos aseguran, por una parte, el derecho de representación de las minorías y, por otra, reconocen el principio de la libertad estatutaria;

Tercera: El perfil del derecho de minoría, conforme a nuestro artículo 144, presenta los siguientes rasgos:

1º la LGSM consagra junto a un régimen imperativo el sistema dispositivo o convencional. El primero es inderogable y autoaplicativo, es decir, opera *ope legis*;

2º el régimen imperativo sólo opera cuando el consejo de administración está formado por tres o más consejeros y cuando la minoría represente el 25% o más del capital social total suscrito;

3º representa una excepción a la competencia de la asamblea general y al principio mayoritario;

4º la minoría puede estar integrada ya sea por uno o varios accionistas, por un grupo más o menos permanente y estructurado, o bien por una categoría de accionistas con derechos especiales;

5º el derecho de nombramiento se ejercita en el marco de una asamblea general o especial, ya que la minoría debe estar presente o representada;

6º puede hacerse uso de él en forma directa, antes de la votación, o bien manifestando previamente la discrepancia o disidencia;

7º el texto original del artículo 144, en su aspecto imperativo, no admite sino una minoría única;

8º la adición a la LGSM de 1981, en su aspecto de derecho necesario, consagra también exclusivamente el régimen de minoría única, a

diferencia de ciertas leyes especiales, tales como la de Instituciones de Seguros y la de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, que incorporan en forma obligatoria el sistema de minoría plural;

9º el régimen dispositivo o convencional del artículo 144 permite amplia flexibilidad estatutaria, pero tiene los límites que derivan de la competencia inalienable de la asamblea para designar a la mayoría de los administradores y del principio mayoritario;

10º la adición de 1981, en su vertiente convencional, permite las estipulaciones estatutarias con minoría plural;

11º comparativamente con otros derechos de minoría reconocidos por nuestra ley, el derecho inderogable de minoría del artículo 144 se asemeja, por sus rasgos estructurales y por su función, particularmente a los artículos 163 y 195;

12º su función no es meramente defensiva de intereses parciales o egoístas, sino de participación, de información y de supervisión en vista del interés general de la sociedad.

Cuarta: En la práctica mexicana sólo a partir de la reforma de 1981 se adquirió mayor conciencia de la problemática planteada por el artículo 144 y muchas cláusulas estatutarias no reflejan todavía una comprensión clara de nuestro sistema y adolecen en consecuencia, en nuestra opinión, de imprecisiones e ilegalidades.

Quinta: En el panorama del derecho comparado, algunas legislaciones, como la alemana y la italiana, admiten exclusivamente un sistema convencional estatutario, dentro de ciertos parámetros, y otras, como España, Argentina y Perú, establecen obligatoriamente el voto acumulativo.

El código de comercio de Honduras consagra el sistema más parecido al de México, pero se separa de éste por tener como punto de referencia el capital presente en la asamblea, y no al capital total, y por conferir el derecho a elegir a una tercera parte del consejo.

En este panorama el sistema mexicano de minoría calificada o preconstituida de capital parece ser un caso singular.