

424
29



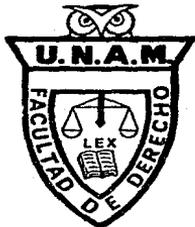
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

NULIDAD O INEXISTENCIA DE LAS
ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS EN
LA SOCIEDAD ANONIMA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LUIS ALBERTO JIMENEZ VIDAL



México, D. F.

1987



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

NULIDAD O INEXISTENCIA DE LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS
EN LA SOCIEDAD ANONIMA.

CAPITULO PRIMERO.
LA SOCIEDAD ANONIMA.

1. Introducción.....	1
2. Antecedentes históricos.....	3
3. Derecho comparado.....	6
4. Los órganos de la Sociedad Anónima en el derecho positivo mexicano.....	10

CAPITULO SEGUNDO.

LAS ASAMBLEAS DE LOS ACCIONISTAS.

1. Concepto de Asamblea.....	18
2. Clases de Asambleas.....	22
3. Asambleas Generales.....	23
A. Asambleas Ordinarias.....	24
B. Asambleas Extraordinarias.....	25
C. Asambleas Constitutivas.....	26
4. Asambleas especiales.....	30
5. Asambleas Totalitarias.....	33
6. Asambleas Mixtas.....	35

CAPITULO TERCERO.

DE LA CONVOCATORIA E INTEGRACION DE LA
ASAMBLEA.

A. De la Convocatoria.....	38
A.1. Concepto.....	38
A.2. Clases de Convocatoria.....	39
A.3. Estructura de las Convocatorias.....	40
A.3.1. Fecha y hora.....	40
A.3.2. Lugar de la reunión.....	41
A.3.3. Orden del día.....	42
A.3.4. Medios de convocación.....	44
A.3.5. Firma y términos.....	45
A.3.6. Personas facultades para convocar a Asamblea.....	46
A.3.7. Finalidad y efectos que produce una convocatoria.....	49
A.3.8. Sistema de doble convocatoria.....	50

B. Integración de la Asamblea.....	51
B.1. Presidium.....	51
B.2. Quorúm.....	53
B.3. Lista de Asistencia.....	55
B.4. Votos.....	56
B.5. Actas.....	57
B.6. Representación.....	58
B.7. Derecho de información.....	60
B.8. Depósito de las acciones y tarjetas de admisión.....	60

CAPITULO CUARTO.

VALIDEZ E INVALIDEZ DE LAS ASAMBLEAS Y SUS ACUERDOS.

A. Válidez de las Asambleas.....	61
A.1. Generalidades.....	61
A.2. Actos y negocios jurídicos.....	63
A.3. Eficacia de la Sociedad Anónima.....	66
A.4. Teoría de la Causa.....	68
A.5. Eficacia de las Asambleas y sus acuerdos.....	70
B. Inválidez de las Asambleas y sus acuerdos.....	74
B.1. Aspectos Generales de inválidez.....	74
B.2. La nulidad en la Sociedad Anónima.....	75
B.3. Inválidez de la Sociedad Anónima.....	77
B.4. Inválidez de las Asambleas y sus Acuerdos.....	79

CAPITULO QUINTO.

IMPUGNACION DE LA ASAMBLEA Y SUS ACUERDOS.

1. Introducción.....	85
2. Medios de impugnación. Acción de nulidad.....	86
3. Acción de oposición.....	95
4. Derecho de retiro.....	98

C O N C L U S I O N E S	101
-------------------------------	-----

B I B L I O G R A F I A.....	104
------------------------------	-----

NULIDAD O INEXISTENCIA DE LAS ASAMBLEAS DE
ACCIONISTAS EN LA SOCIEDAD ANONIMA

CAPITULO I. LA SOCIEDAD ANONIMA.

I. INTRODUCCION.

En forma breve y a manera de introducción, vamos a definir a la Sociedad Anónima, debido a que el estudio de esta figura jurídica de ninguna forma es el principal objetivo para desarrollar en esta tesis, sin embargo - debemos considerar que es importante tener una idea de lo que significa y re presenta, debido a que de su estructura nace el órgano que es factor medular de este trabajo.

La Ley de Sociedades Mercantiles nos aporta una definición que a nuestro parecer es incompleta, pues no aporta todos los elementos necesarios de una Sociedad, así nos dice el artículo 87 que la Sociedad Anónima es la - que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios, cuya obligación se limita al pago de sus acciones; de este concepto podríamos -- extraer tres elementos en el sentido de: :

- A). "El empleo de una denominación social;
- B). La limitación de responsabilidad de todos los socios; y
- C). La incorporación de los derechos de los socios en documentos, - las acciones fácilmente negociables" (1).

En la doctrina tenemos varias definiciones, pero nos avocaremos a - mencionar la que a nuestro parecer es una de las más completas, así tenemos - que "la Sociedad Anónima es una Sociedad Mercantil, de estructura colectiva - capitalista, con denominación de capital fundacional, dividido en acciones cu yos socios tienen su responsabilidad limitada al importe de sus aportaciones" (2).

La Sociedad Anónima es de gran importancia en los medios socioeco-
nómicos, debido a su cobertura tan amplia para perseguir cualquier finalidad-

-
- (1). MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil. Introducción y conceptos -- fundamentales, Sociedades. 23a. edición. Edit. Porrúa, S.A. Pág. 346.
 - (2). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Tratado de las Sociedades Mercantiles. Tomo I. Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. Pág. 232.

u objeto, teniendo por consecuencia que en la actualidad se ha usado este tipo de Sociedad en forma preferente para la formación de empresas con gran des capitales, que tienen la capacidad para servir a un gran número de personas y por su desarrollo es el pilar de la economía capitalista contemporánea, formandose por su complejidad como una fisión jurídica, que en su fase estructural requiere para funcionar una organización interna, la cual esta prevista en la Ley de la materia, dando las bases para la organización de sus actividades tanto internas como externas.

Esta organización a que nos referimos se integra por órganos en virtud de que son "la parte de un cuerpo que desempeña funciones específicas relacionadas con las demás del todo" (3), de esta forma la estructura se formara por tres órganos que cada uno con sus respectivas competencias y finalidades, van a actuar para que en conjunto realicen el objeto social de la Sociedad, o sea, que son instituciones que sirven para formar y ejecutar la voluntad del ente.

Estos órganos no son personas jurídicas, ni tienen poderes, derechos, ni obligaciones propios que no sean los de la misma persona jurídica y las relaciones que hay entre estos órganos son reguladas por el derecho, "pero no son relaciones entre varias personas, son relaciones internas o reflexivas del ente, el cual, en cuanto se concrete en un órgano y ejerce una función diversa, en efecto, frecuentemente sucede que la voluntad del ente antes que sea perfecta y definitiva, debe pasar por varios estadios que implican la intervención de diversos órganos, su corporación, su acuerdo y si hay disensión, la eliminación de esta, mediante una serie de procedimientos, frecuentemente largos y complicados" (4).

Con estas consecuencias, los órganos son los medios por los que la Sociedad va a desarrollar sus funciones, las cuales se traducen en: la representación de la sociedad en sus relaciones con terceros; gestión interna de los asuntos que interesan a la sociedad y la vigilancia de los órga--

(3). Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VI. Instituto de Investigaciones - Jurídicas. UNAM. Pág. 329.

(4). VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Asambleas, fusión y liquidación de Sociedades mercantiles. 2a. Edición. Editorial Porrúa S.A. Pág. 17.

nos ejecutivos, pues bien, se ha delineado como obligatorios tres órganos en la sociedad anónima que han quedado clasificados en la doctrina como: "órganos de representación, a los cuales se confía la ejecución de los negocios - en curso; órganos de vigilancia, los cuales aparecen como sobre ordenados a los primeros para examinar su gestión; y por último deliberantes, en los que se manifiesta la voluntad colectiva o social. Misma a la que se verán sometidos todos los demás órganos de la cual depende en lo concerniente a su nombramiento, actuaciones y revocación del órgano soberano en la vida interna - de la sociedad" (5), este último órgano deliberante que ha sido denominado - como asamblea, se ha conocido como el órgano indispensable de la sociedad, - el poder supremo y desde el momento en que la sociedad anónima se constituye "la asamblea general es el órgano de ellas, el intérprete de su voluntad" -- (6), y por su importancia en la sociedad aludida, y siendo la base de nuestro estudio, es el órgano que mayor interés recibirá de nuestra parte.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El nacimiento de la sociedad anónima, ha traído gran influencia - en el desarrollo de los países del mundo entero, pues desempeña una importante función económica, al representar un instrumento de las grandes empresas industriales, bancarias o mercantiles, que permiten recoger grandes capitales, por medio de pequeñas inversiones de los ahorros de gran número de personas y una contribución efectiva a la circulación de la riqueza del país, - causando efectos sociales, morales, políticos y económicos, los mismos que - se van reflejando con la creciente complejidad de su estructura que a través del tiempo ha ido evolucionando, creandose a través de compañías que poco a poco presentan elementos que eran similares a la actuales sociedades anónimas, más sus antecedentes más remotos varían según el autor, pues no hay un criterio firme para determinar el momento de su creación, así tenemos que algunos autores consideran su nacimiento en las "societates vectigalium publicarum" , las cuales sólo tienen de común con la moderna sociedad anónima su carácter corporativo y la transmisibilidad de los derechos sociales" (7), ---

(5) GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. 7a. edición, revisada - con la colaboración de Alberto Bertovitz. Tomo I. Edit. Porrúa S.A., -- México 1977. pag. 473.

(6) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 19. cita No. 6

(7) GARRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 409

"conocidas en el derecho romano y destinadas en aquél entonces, a la percepción de impuestos estatales" (8), negando el maestro Mantilla Molina que sea éste su antecedente más lejano, habida cuenta que "falta un hilo histórico - que vaya desde aquellas societates publicarum a las modernas anónimas, que - ninguna influencia han recibido de ellas, por lo cual no cabe considerar unidas por lazo genético" (9).

También Enrico Soprano, señala su existencia "desde el siglo XIII en sociedades para la explotación de molinos, cuyo capital estaba dividido - en sacos" (10); otro antecedente que ha sido el más difundido por maestros - doctrinarios, y que contine elementos básicos de las anónimas, "consiste en - que "fue organizada en Génova en 1407. La República Genovesa al no poder pagar los intereses de un préstamo que había sido hecho a la corporación mercantil que lleva el nombre de Casa de San Jorge, otorgó a ésta el derecho de cobrar algunos impuestos importantes, para aplicar su importe al pago del -- crédito, los miembros de la corporación constituyeron, entonces, el Banco de San Jorge, que tenía por principal finalidad el cobro de los impuestos para realizar el reparto proporcional entre los derechohabientes. La representación de éstos se consignó en acciones del banco, que tuvieron amplio mercado y eran de fácil circulación" (11), diciéndonos Joaquín Garriguez que a es te banco le presidió el Banco de S. Ambrosio de Milán y se transformó en -- Banco por Acciones en el año de 1598" (12), volviendo a manifestar el Maestro Mantilla Molina en complicidad con Thaller, que, "su mismo carácter de - reunión de acreedores la aproxima más a las asambleas de obligacionistas que a la Sociedad Anónima" (13).

De estos antecedentes, se tiene la más remota idea de que su integración presenta aspectos de una sociedad anónima, más los autores coinciden en que en realidad nace "poco después del descubrimiento de América y el in-

(8) Enciclopedia Jurídica Omebba. Tomo XXV. Edit. Bibliográfica Omebba. Buenos Aires. pag. 719

(9) MANTILLA MOLINA, Roberto. Opus cit. pag. 337

(10) *Ibidem*. pag. 337 . citando a Enrico Soprano. Tratado Teórico práctico de la Societa Comercial. No. 206.

(11) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil. Primer Curso. Edit. Herrero S.A. 4a. edición. 1981. pag. 82

(12) GARRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 409

(13) MANTILLA MOLINA, Roberto. Opus cit. pag. 337

mediato proceso de colonización, tanto de ese continente como de Asia y África, que comenzaban a incorporarse al mundo civilizado, creando en Europa condiciones económicas, políticas, que requirieron la inversión masiva de capitales y determinaron la creación de un nuevo tipo de organización societaria" (14). Tal es el caso de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales en -- 1602 y la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales en 1621, la Compañía Sueca Meridional en 1626, que resultaron de la fusión de pequeñas empresas - destinadas a la navegación y colonización con fines políticos y económicos.

Posteriormente empezaron a crearse empresas similares, teniendo - en España, la Real Compañía de Navieros de Malaga y la Compañía de Malaga -- (15), en Portugal en 1649 se organizó la Compañía de Comercio de Brasil y en 1682, se creó la Compañía de Comercio de la India, "los ingleses organizaron igualmente sociedades coloniales, como la Real Compañía de Indias, la Real - Compañía de la Bahía Hudson y la Compañía Inglesa de las Indias Orientales - (1612), otros países siguieron la corriente, y se organizaron, la Compañía Sueca (1615), la Compañía Danesa de las Indias Orientales y Occidentales --- (1664), y en 1694 se organizó el Banco de Inglaterra, que ha sido el patrón para la organización de la banca moderna "en Francia, Luis XIII, fundó la -- compañía de San Cristóbal y la de la Nueva Francia; Luis XIV, la de Cayena y la de las Indias Occidentales" (16). Por lo regular estas sociedades tenían el "carácter de empresas marítimas que, además de explotar los intereses derivados del transporte de mercaderías, afrontaban una empresa de mucho mayor riesgo y embergadura, tal como era la colonización de las nuevas tierras recién incorporadas al mundo civilizado" (17); al principio dieron nacimiento estas compañías bajo el amparo de la protección gubernativa, estableciéndose que sólo podría constituirse bajo la expresa autorización de los Reyes o par-
tamentos, siendo que desde un principio había un control estatal, precisando se en la esfera del orden público, ya después con las ideas del liberalismo económico en el siglo XIX, nos dice el Maestro Cervantes Ahumada que, "impe-
raban en el campo comercial y se promulgan leyes de carácter general que au-

(14) Enciclopèdia Jurídica Omebba. Opus cit. pag. 719

(15) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Opus cit. pag. 83

(16) SOTO ALVAREZ, Clemente. Prontuario de Derecho Mercantil. Edit. Limusa 3a. Reimpresión 1985. pag. 141

(17) Enciclopèdia jurídica Omebba. Opus cit. pag. 719

torizan a crear por acto privado a las Sociedades Anónimas. La primera Ley de tal naturaleza fué la del Estado de Carolina del Norte en Estados Unidos en 1795, y a ella siguieron las leyes de Massachusetts en 1799, en Nueva York en 1811 y de Connecticut en 1837, a las leyes norteamericanas siguieron las inglesas de 1844 y la Francesa de 1867. Esta última fue el punto de partida de la legislación de Sociedades Anónimas de Europa y en América Latina" (18).

En México, el antecedente más remoto nos lo da el maestro Mantilla Molina, tomado de unos apuntes de Miguel Lerdo de Tejada y al respecto dice que: "con la aparición de una Compañía de Seguros Marítimos que en el mes de enero de 1789 comenzó sus operaciones en Veracruz, con un capital de \$230.000.00 pesos formado por 46 acciones de \$5000.00 pesos con una duración de 5 años. El 9 de julio de 1802, se constituyó la Compañía de Seguros Marítimos de Nueva España, a la que indudablemente puede considerarse como una Sociedad Anónima, ya que su capital de \$400.000.00 pesos estaba dividido en 800 acciones; los socios sólo eran responsables de la integración del capital social y sus acciones eran --- transmisibles" (19).

En cuanto a la legislación que se empezó a aplicar regulando a estas sociedades, tenemos el Código de Lares en 1854, tratándolas en forma un poco superficial, luego se promulgó el Código de 1884 dándole mayor importancia a su regulación, trayendo como consecuencia una ley especial expedida el 10 de abril de 1889 cuyo nombre fue Ley de Sociedades Anónimas, con vida efímera pues fue derogada por el Código de Comercio el cual entró en vigor el 1º de enero de 1890, rigiéndose sobre el particular hasta la promulgación de la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934, actualmente en vigor.

3. D E R E C H O C O M P A R A D O

Para tener una mayor amplitud en la importancia de las Sociedades -- Anónimas, con el fin de fijar elementos comunes, obtener una exposición más -- significativa y un criterio más firme sobre estas sociedades, debido a la trascendental formación que ha tenido en las diversas legislaciones de diferentes -- países, trataremos de hacer un estudio comparativo en forma breve, porque como, repito, no es el objeto de estudio de esta tesis, sino meramente análisis intro

(18) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Opus cit. pag. 84

(19) MANTILLA MOLINA, Roberto. Opus cit. pag. 338

ductivo, por lo que me referire a los países de Francia, España, Argentina e Italia, en lo referente a las Sociedades Anónimas.

Como se ha visto a través de la historia, el Derecho Mercantil Francés a sido de gran influencia en el Derecho Mexicano, en lo referente a la -- configuración de las Sociedades Anónimas, pues de aquel devienen los principios que fueron sustentados para la estructuración de estas sociedades, así -- en Francia siguiendo al tratadista M.P. Pradier Fodere, la define como "aquella cuyos miembros son desconocidos y libres de responsabilidades con relación a terceros" (20), asimismo, nos da un panorama más amplio de la Sociedad Anónima en Francia, pues manifiesta que la misma no lleva el nombre de los socios, no existe con una razón social, ni es designada con el nombre de socio alguno, su objeto es favorecer las grandes empresas y reunir un conjunto de -- capitales que no estan al alcance de las sociedades comunes.

Son las Sociedades Anónimas un medio eficaz para favorecer las grandes empresas, al traer capitales extranjeros, asociar las fortunas medianas y aún las escasas a las grandes especulaciones, cooperar al crédito público y -- aumentar el capital circulante en el comercio; se conoce con la designación del objeto de su empresa (art. 30 Código de Comercio Francés). Entre sus características tenemos que todos los socios son desconocidos; su existencia está subordinada a la autoridad pública y todos los socios pueden administrar; se formaliza -- rá por medio de escritura pública (art. 40 del Código de Comercio Francés); el Decreto que le dé vida será publicado junto con el acta de aceptación por el -- Tribunal de Comercio, durante tres meses y se organizarán generalmente de la siguiente manera: 1. Un Consejo de Administración (que obra en nombre del cuerpo social); 2. Directores (sujetos al Consejo de Administración); 3. Censores (encargados de inspeccionar todos los ramos del servicio); 4. Un cuerpo judicial -- (que dará su opinión sobre las dificultades de carácter contenciosos; 5. Asambleas Generales de Accionistas, que se reúnen en los períodos o casos determinados por los estatutos, que reciben las cuentas de los administradores, vigilan las operaciones sociales y presiden las distribuciones de dividendos. El Estado puede también nombrar comisarios que los representen por el interés público y -- que hagan ejecutar los estatutos (21).

(20) M.P. PRADIER FODERE. Compendio de Derecho Mercantil. Edit. Obregón y Heredia S.A., México D.F. 1a. Edición, pag. 125.

(21) Ibídem. pag. 127

En lo que se refiere a la legislación española, tenemos que define a la Sociedad Anónima como "aquella sociedad capitalista que teniendo un capital propio dividido en acciones, funciona bajo el principio de la falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales" (22).

El legislador en España le otorgó personalidad propia, y en base a su criterio lo divide en tres aspectos: el primero que es la división del capital en acciones; en segundo lugar sería la necesidad de que los socios formen con sus aportaciones ese capital; y el último aspecto se refiere a la ausencia de responsabilidad personal por las deudas de la sociedad; siendo pues una sociedad que necesita constituirse y funcionar con un capital propio que se integra precisamente por las aportaciones de los socios, la división se da en cuotas o partes llamadas acciones, incorporadas a título de fácil transmisibilidad, interesando del socio su aportación patrimonial, teniendo participación en los derechos sociales en proporción a su aportación al capital y así la responsabilidad limitada de acuerdo a la cuantía de lo que aportó, sin responder personalmente de las deudas sociales, la sociedad se va a regir democráticamente, esto es, igualdad de derechos y régimen de mayoría.

Hay dos requisitos que debe contemplar con respecto a la denominación de la sociedad, que serán: debe figurar en ella la denominación de Sociedad Anónima; y no puede ser idéntica a la otra sociedad preexistente.

Los órganos que actúan en la Sociedad Anónima en España, entran comprendidos por "órganos de representación a los cuales se confía la ejecución de los negocios en curso; órganos de vigilancia, los cuales aparecen como sobreordenados a los primeros para eximir su gestión; y órganos deliberantes en los que se manifiestan la voluntad colectiva social, a la que están sometidos todos los demás órganos, los cuales dependen en su nombramiento, actuación y revocación de éste órgano soberano en la vida interna de la sociedad"(23).

En el Derecho Argentino, la sociedad anónima se define como "la simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera" (art. 313 del Código argentino), dice la doctrina de ese país, que es incompleta por no tener las -

(22) GARRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 416

(23) Ibidem. pag. 473

características de una sociedad intuitu rei, es decir, de Sociedad, en la que se presta mayor atención a los capitales que a las personas que los aportan" -- (24). De esta forma, un autor argentino Malagarriga la define diciendo: "La Sociedad Anónima es una Sociedad sujeta a la legislación comercial, sea cual sea su objeto y sujeta siempre a la autorización gubernativa y que, actuando -- sin razón social y bajo un nombre especial, tomando en general o al menos en -- parte, de la explotación a que se dedica, tiene su capital representado por acciones, y sólo socios de responsabilidad limitada, los cuales la administran por medio de un Director o un Directorio, y la fiscalizan periódicamente en asambleas y permanentemente por medio de uno o varios síndicos; fiscalización a la que agrega la gubernamental, más rigurosa en los casos de dedicarse la Sociedad a determinadas actividades tales como bancos, seguros, etc. , y Halperín, otro autor argentino que dice: que la sociedad anónima es aquella que se haya desprovista de razón social, en la que los aportes de los socios, a los cuales limitan su responsabilidad, están representados por acciones negociables. La administración de esta sociedad, fiscalizada por el síndico, es ejercida por un órgano integrado por socios, es gobernada por la Asamblea General de Accionistas y autorizada a funcionar como tal por el Poder Ejecutivo Nacional o Provincial" (25).

Por otro lado, la Sociedad Anónima en la legislación italiana, tiene cierta similitud con la mexicana, como se podrá observar más adelante, el maestro Ascarelli, indica que de acuerdo a la legislación mercantil en Italia, la Sociedad Anónima se entiende como "los socios solamente están obligados a aportar a la Sociedad lo que han prometido llevar a ella y únicamente están expuestos al riesgo de perder el monto de su aportación, sin responder ulteriormente de las obligaciones sociales" (26). Hay libertad para formar razón social pudiendo ser ya con una denominación de fantasía, ya con la designación del objeto de la empresa, o bien, con un nombre de persona; en este Derecho también hay dos formas en la cual se puede constituir la Sociedad, ya sea por simultánea o la sucesiva.

(24) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Opus cit. pag. 719

(25) Ibidem. pag. 719

(26) ASCARELLI, Tullio. Derecho Mercantil. Traducción del Lic. Felipe de J. Tena. Distribuidores Porrúa Hnos. y Cía. México 1940. pag. 139

Los órganos de que está formada son, en primer término, la asamblea a la cual le va a incumbir fijar la Dirección General que debe seguir la Sociedad, aprobar el balance, nombrar y remover a los administradores, tomar algunas deliberaciones (por ejemplo, las modificaciones estatutarias) que, - en atención a su importancia, el Código ha querido dejar reservadas a la -- asamblea; por otro lado tenemos, el órgano a quien confía la administración y representación de la misma entidad que puede estar encomendada a uno o va rios administradores, pudiendo ser socios o extraños; su nombramiento será restringido, pudiendo ser por un período de 4 años, máximo si la designa--- ción se hizo en escritura constitutiva y de 2 años si se nombran posterior--- mente; y por último, el órgano en quien se deposita el control de las ges--- tiones y la revisión del balance es al de vigilancia o sea, a los comisa--- rios; a los socios se dirigirán para denunciar los hechos que consideren -- censurables; los comisarios serán nombrados por un período de 3 años o 5 y dos suplentes, el nombramiento lo hace la asamblea, la cual fija también la retribución de los nombrados y pueden ser socios o no (27).

4. LOS ORGANOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

En el primer apartado de este capítulo ya hicimos un pequeño análisis - sobre lo que significan los órganos y cuáles son en la Sociedad Anónima; ya - sabemos que el órgano supremo, sobre el que los demás se encuentran subordina-- dos es la asamblea, mismo que funciona como un cuerpo colegiado, en donde se deliberan las decisiones que determinaron los caminos que la Sociedad deba se-- guir para la realización de los fines que se ha propuesto, cuando éstas asam-- bleas no se integran o bien llevan vicios en su conformación o en forma arbi-- traria pretenden hacer valer sus acuerdos que van en contra de los intereses de la mayoría de los socios, o bien contra lo establecido por la ley o estatu-- tos que la rige; el hecho de saber si es existente o bien puede estar afecta-- da por una nulidad, es parte de lo que pretendemos estudiar, por eso a este órgano deliberante lo estudiaremos en capítulo aparte; avocándonos por el mo-- mento a analizar los órganos de administración y de vigilancia.

En lo que se refiere al órgano de administración, nuestra legislación mercantil lo regula en la sección tercera del capítulo V de la Ley - General de Sociedades Mercantiles, pudiendo estar dicho cargo en uno o va rios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o per sonas extrañas a la sociedad (art. 142).

Cuando el cargo recaiga en dos o más personas, se formará un Consejo de Administración, pudiendo ser el Presidente el consejero primeramente nombrado, según el orden de designación, salvo pacto en contrario; el Quó rum de asistencia y de votación se regirán por principio mayoritario, teniendo voto de calidad el presidente (art. 146).

Estos cargos conferidos van a ser personales y no podrán desempeñar se por medio de representante (art. 147), más sin embargo, podrán tanto - el administrador o el Consejo de Administración conferir poderes en nom- - bre de la sociedad (art. 149), sin que por eso sean restringidas sus fa- - cultades y estos poderes o delegaciones otorgadas pueden continuar aunque el administrador o consejero haya terminado sus funciones, pudiendo en - - cualquier momento ser revocados (art. 149 y 150).

Asimismo, el administrador o consejero de administración se ve restringido en su mandato en lo que se refiere a los bienes inmuebles que -- sean de la sociedad, pues no podrán enajenar y gravar sino es con el consentimiento de la mayoría de los socios o bien por ser ese el objeto social o una consecuencia natural de estos (art. 141).

La representación del Consejo va a corresponder al Presidente, salvo que haya habido designación especial de donde el propio consejo puede nombrar un delegado para la ejecución de actos concretos (art. 148).

Los administradores son los órganos de representación de la propia - sociedad, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad (art. 10), teniendo entre otros actos que realizar, el - dar cumplimiento a las resoluciones de la asamblea (art. 178), así como es su obligación rendir un informe mensual de la situación financiera y un es tado de resultados (art. 166 fracción II), también será el encargado de ha

cer la convocatoria para la realización de las asambleas (art. 183), y desde luego, sino hay estipulación contraria en los estatutos, presidir la -- asamblea general de accionistas (art. 193), también debe suscribir los títulos de las acciones y los certificados provisionales (art. 125 fracción VIII).

En lo que se refiere al nombramiento de los administradores, este de berá estar contenido en la escritura constitutiva de la sociedad (art. 6 - fracción IX), mismo que será conferido en la asamblea general constitutiva (art. 100 fracción IV), y dado el caso pueden ser nombrados en la asamblea ordinaria (art. 181 fracción II); si desde luego, estan conforme a la ley inhabilitados para ejercer el comercio, no podrán ser nombrados (art. 151) y el puesto o puestos son debidamente remunerados, fijandose los emolumentos en la asamblea ordinaria, cuando no se haya establecido en los estatutos (art. 181 fracción III).

La minoría que represente el 25% del capital social puede nombrar un consejero, siempre y cuando sean tres o más los administradores, pudiéndose sólo el diez por ciento del capital social, si las acciones de la sociedad están inscritas en la bolsa de valores (art. 144).

Se puede dar el caso de que se termine el plazo por el que fueron de signados, pues deberán los administradores continuar en el desempeño de -- sus funciones hasta que se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no - tomen posesión del cargo (art. 154).

Los nombramientos de los administradores o administrador único, puede ser revocado si hay causa justificada y cuando esto suceda, el artículo 155 de la Ley en comento, nos da la pauta a seguir cuando dice: I. Si fueron varios los administradores y sólo se revocaron los nombramientos de a l guno de ellos, los restantes desempeñarán la administración si reúnen el - Quórum estatutaria; II. Cuando se revoque el nombramiento del administra-- dor único, o cuando habiendo varios administradores se revoque el nombra-- miento de todos o de un número tal que los restantes no reúnan el Quórum - estatutario, los comisarios designarán con carácter provisional a los admi

nistradores faltantes, igual regla se observará en los casos en que la falta de administradores sea ocasionada por muerte, impedimento u otra causa.

Hay otros sujetos que aparecen en el órgano de representación que -- son los gerentes, éstos, ya sea uno o varios, pueden ser nombrados tanto -- por la asamblea general de accionistas, el consejo de administración o el administrador único, pudiendo ser o no accionistas (art. 145), pudiendo -- ser revocados por cualquiera de los antes mencionados; por otro lado, se -- les otorga amplias facultades de representación y ejecución sin necesidad de autorización especial (art. 146), de igual forma que los administrado-- res y los gerentes el cargo que desempeña es personal, sin poder desempe-- ñar por medio de representantes (art. 147), pudiendo conferir poderes dentro de sus respectivas facultades (art. 149), sin verse restringido en sus funciones (art. 150).

Los administradores y los gerentes deberán otorgar una garantía para asegurar responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de -- sus cargos (art. 152), una vez otorgada dicha garantía, se podrá proceder a inscribir sus nombramientos en el Registro Público de Comercio. Asimismo, deben de ser leales a su cargo, pues es su obligación abstenerse de toda -- deliberación y resolución, cuando tenga un interés opuesto al de la sociedad al realizar cualquier operación (art. 156).

La responsabilidad en que incurran, derivará del mandato que le fue conferido, así como de la ley y de los estatutos, de esta forma el artículo 158 de la ley en comento, determina que los administradores son solidariamente responsables para con la sociedad por: I. De la realidad de la -- aportación hecha por los socios; II. Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se pagan a los accionistas; III. O de las existencias y mantenimientos de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley; del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas de accionistas. De igual forma sino presentan el informe de que habla el artículo 172, puede ser removido, y ejercitarse en su contra las acciones -- que procedan por la responsabilidad en que incurra (art. 176), también son

responsables los Consejeros y Directores que autoricen la adquisición de acciones en contravención a lo dispuesto en el artículo 134, (art. 138); los administradores van a ser los solidariamente responsables por las irregularidades en que incurran, salvo que oportunamente sean denunciadas por escrito a los comisarios (art. 160), o bien, manifieste su inconformidad en el momento de la deliberación o resolución del acto de que se trate (art. 159), por otro lado, esta responsabilidad en que incurran, solo podrá ser exigible mediante acuerdo de la asamblea general de los accionistas, quienes conferirán las facultades suficientes a la persona que ellos designen para que se ejerza la acción correspondiente, pero cuando se de el caso de que la asamblea de accionistas haya determinado no proceder contra los administradores por no haber lugar, sin que los accionistas que representen el 33% del capital social estén conformes, habiendo votado en contra de dicha resolución, podrá ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, debiendo especificar en su demanda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes (art. 161 y 163 fracciones I y II).

En lo concerniente al órgano de vigilancia es de entenderse que como en todo ente jurídico, es indispensable llevar un control de supervisión de las funciones que realizan, en este tipo de sociedades no es la excepción y si bien es cierto que hay un órgano especializado, el cual por disposición de la ley le encomienda el control de la gestión de los administradores, también se puede decir que no es una función exclusiva de las personas designadas a las cuales se les llamará comisarios, sino que esta función de control y vigilancia, también es realizada "por los socios individualmente considerados en razón al Derecho individual de cada uno de los accionistas, tales son los casos en que puede pedir la convocatoria de la asamblea general ordinaria, cuando ésta deja de reunirse durante más de dos años consecutivos (art. 185); el que tiene de denunciar anomalías e irregularidades a los comisarios (art. 167), el de examinar los documentos y el balance (art. 175); el de aprobación de éste (art. 175); entre otros que podríamos citar, son todos típicos derechos de vigilancia y control. Los mismos accionistas considerados como minorías también son órganos de -

vigilancia, así el derecho que tiene la minorfa que representa el 25% del capital social para nombrar un administrador (art. 144); el de pedir la convocatoria de asambleas ordinarias o extraordinarias (art. 184); el de exigencia de responsabilidad a los administradores y comisarios (art. 163 y 169) y el de impugnar los acuerdos sociales (art. 201), que correspondan a los accionistas que representen el 33% del capital social, son igualmente derechos de control y vigilancia.

La asamblea general de accionistas, órgano supremo de la sociedad, es el principal órgano de vigilancia y control, ante ella responden los administradores y comisarios, tiene el más amplio derecho de información; puede dar instrucciones a los administradores; vetarles ciertas actividades y ejercer en suma sobre ellos las más amplias y estrictas actividades de control y dirección (28).

En forma generalizada lo anteriormente enunciado, representa lo que puede denominarse como funciones de control y vigilancia, pero es el caso que el legislador tuvo a bien crear un organismo especial al cual, se le atribuirá funciones especiales para una mayor vigilancia y control en la sociedad anónima, con la finalidad de garantizar los derechos de los accionistas en lo relativo en la administración de los negocios sociales, celebración de las asambleas, autenticidad de los balances y en general los actos que deban ser vigilados para la marcha regular de dicha sociedad, nos dice la ley en su artículo 164 que la vigilancia de la sociedad anónima, estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad, de esta forma siguiendo a Fisher, citado por el maestro Joaquín Rodríguez define a los comisarios como "los órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad" (29).

En la misma Ley General de Sociedades Mercantiles, le da la obligatoriedad para la existencia de éstos órganos, mismo que serán nombrados en asamblea ordinaria (art. 181 fracción II), dado el caso, sin establecerse

(28) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 147

(29) Ibidem. pag. 152. cita No. 12 Fisher; 43 pag. 311 (edición española) y 235 (edición alemana).

que el cargo sea personal ni prohíbe que pueda ser desempeñado por representante, y aquí tenemos que hay instituciones fiduciarias que tengan entre las operaciones que realizan el desempeño de cargo de comisario (art. 44 inciso c) de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares) las únicas restricciones que la propia ley les impone son: 1. los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio; 2. los empleados - de sociedades; de aquellas sociedades que sean de accionistas; de la sociedad en cuestión por más de un 25% del capital social; ni los empleados de -- aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un 50%; 3. los parientes consanguíneos de los administradores, en línea - directa sin limitación de grado, los colaterales dentro del 4o. grado y los -- afines dentro del 2o.

Entre las obligaciones y facultades que se les otorguen a los comisarios tenemos: 1. Cerciorarse de la constitución y subsistencia de las garantías que deben prestar los administradores y gerentes de la sociedad, dando cuenta sin demora de cualquier irregularidad a la asamblea general de accionistas; 2. Exigir a los administradores una balanza mensual de comprobación de todas las operaciones efectuadas; 3. Examinar una vez al mes, por lo menos, los libros y papeles de la sociedad, así como la existencia en caja; -- 4. Intervenir en la formación y revisión del balance anual; 5. Hacer que se incierten en la orden del día de las asambleas de accionistas y de las sesiones del Consejo de Administración los puntos que crean pertinentes; 6. Convocar a la asamblea general de accionistas, en caso de omisión de los administradores y en cualquier otro caso que lo juzgue conveniente; 7. Asistir con voz pero sin voto, a todas las sesiones del Consejo de Administración, a las cuales deberán ser citados; 8. Asistir con voz pero sin voto a las -- asambleas de accionistas (art. 152, 166, 174, 183, 184 y 185).

El nombramiento del comisario deberá estar contenido en la escritura - constitutiva de la sociedad anónima (art. 91 fracción II), o bien serán nombrados en la asamblea general constitutiva (art. 100), cuando la sociedad se constituya por suscripción pública o como ya se indicó anteriormente, podrá ser nombrada en la asamblea ordinaria, tan obligatoria es la participación - de los comisarios que si llegado el caso en que faltaren en la sociedad, el Consejo de Administración deberá convocar en el término de tres días a asamblea general de accionistas para la designación de éstos y en caso de que no

lo hiciere, cualquier accionista puede ejercitar la acción correspondiente - ante la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, para que éste realice la convocatoria y si no llegase a designar comisario en la asamblea, por cualquier motivo, el juez podrá designarlo provisionalmente hasta que la asamblea sea quien lo nombre (art. 168); por otro lado, algunas de las reglas concernientes a los Consejos de Administración se van a aplicar a los comisarios, como por ejemplo, tenemos el derecho de las minorías para designar comisarios (art. 144); otorgar garantía para asegurar las responsabilidades en que incurran (art. 152); la continuación de funciones concluido el plazo, hasta nueva designación (art. 154); son responsables solidariamente - por irregularidades que oculten (art. 160 y 161), pudiendo ser removidos por causa justificada, además ejercitarse la acción que proceda ya sea por quien determine la asamblea o bien los accionistas que representen el 33% del capital social (art. 162 y 163); la retribución que reciba será fijada en la asamblea ordinaria (art. 181 fracción III), ser leales a sus funciones, absteniéndose de toda intervención cuando tengan intereses opuestos (art. 156 y 170); por último, señalaremos que cada uno de los comisarios será individualmente responsable para con la sociedad por el incumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen, aclarándose así que cada uno de los comisarios podrá desempeñar aisladamente las demás labores de vigilancia que le incumben a cada uno.

CAPITULO II. LAS ASAMBLEAS DE LOS ACCIONISTAS

1. CONCEPTO DE LA ASAMBLEA

De acuerdo con la estructura corporativa de la Sociedad Anónima, la Asamblea de Accionistas representa el órgano supremo cuya principal finalidad es la expresión de la voluntad social, viene siendo la dirección suprema con funcionamiento de un cuerpo deliberante y de manifestación del ente colectivo, cuya actividad "personifica la voluntad social de un modo inmediato" (30), requiriendo que los derechos de los socios se ejerzan en conjunto, más carece de facultades de representación hacia el exterior, auxiliándose por órganos de representación que se personifican en el administrador único o bien el Consejo de Administración según el caso, y del órgano de vigilancia a cargo de los comisarios.

Dado que es un órgano deliberante por medio del cual se expresa la voluntad social, tendríamos que tomar en cuenta el hecho de que "la deliberación se debe considerar como una manifestación unilateral de voluntad, ya que representa la voluntad de un sujeto único; sin embargo, ésta resulta del concurso de tantas voluntades (votos) diversas, que justamente concurren en la formación de la voluntad del sujeto sociedad" (31), de ahí que podemos distinguir entre la voluntad que expresan los socios, a aquella que emana de la voluntad de la asamblea, tomando en cuenta el principio de la personalidad moral de la propia sociedad, que es un principio distinto a la de los socios en particular, "no obstante que la voluntad de la sociedad emana de sus componentes, la voluntad de la asamblea no puede considerarse como la suma de las voluntades de los socios en particular, porque es la expresión del ente", (32), sujetándose a las formalidades que las legislaciones vigentes han implantado, con la finalidad de garantizar que estén en condiciones y tengan validez sus acuerdos.

(30). GARRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 495.

(31). ASCARELLI, Tullio. Principios y problemas de las Sociedades Anónimas. Traducción de René Cacheaux Sanabria. México. Imprenta Universitaria. 1951. pag. 60.

(32). VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 19. cita a De Gregorio.

Ahora bien, las asambleas por su composición actúan como un órgano colegiado en la Sociedad Anónima, que constituido por varias personas cuya voluntad simultánea y equivalente es indispensable para formar la voluntad del ente, "rigiéndose por el principio mayoritario, o sea, basta con la presencia y el voto de las mayorías que la Ley o los Estatutos fijan" (33), dicho de otra manera, es la voluntad que se impone a la minoría que está formada por los que votaron en contra de la proposición o se abstuvieron de votar y se impone asimismo, a los que nos concurrieron a la asamblea, de aquí que el Maestro Vázquez del Mercado nos da un concepto en el sentido de "que como órgano colegiado, podemos conceptuar a la asamblea como la reunión de accionistas, que convocados conforme a lo dispuesto por la Ley o por los Estatutos deliberan y resuelven sobre los puntos previamente establecidos en la convocatoria" (34), por lo tanto, es un órgano que no funciona en forma permanente "sino solamente cuando se convocan y cuando de acuerdo con los datos de la convocatoria, sus miembros se reúnen para deliberar y votar" (35), por lo que su principal característica es la reunión después la deliberación y por último el voto; bien nos dice el tratadista Carnelutti en forma sencilla, que considera a la asamblea "la adunación de personas citadas para la realización de un acto concursal" (36), definición que considero encierra estos elementos o características en forma breve.

Las funciones internas de dicha asamblea, manifestadas en la deliberación y resolución de los puntos a tratar, pueden traducirse "ya sea a la creación de ella (sociedad) y de sus órganos administrativos; ya sea a su organización y bases de funcionamiento" (37), y por tales actividades se le ha dado el calificativo de ser el cuerpo supremo sobre los demás órganos, en virtud de "tener jerarquía superior a todos ellos, a quienes designa y revoca y asimismo, la facultad para decidir sobre todos los asuntos vitales de la sociedad" (38), de tal forma que tanto la doctrina, como la legislación mexicana y extranjera han coincidido casi en forma unánime en otorgarle dicha cualidad, más aún, porque desde "el punto de vista jerárquico e interno, es quien dice la última palabra en lo concerniente a la marcha

(33). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 2

(34). VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 27

(35). Diccionario Jurídico Mexicano. Opus cit. pag. 204, Tomo I

(36). CARNELUTTI, Francisco. Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano. Editorial Barcelona. pag. 208.

(37). PUENTE Y FLORES, Arturo y Octavio Calvo Marroquín. Derecho Mercantil. 30a. edición. Editorial Banca y Comercio S.A., pag. 89.

(38). VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 20

de la Sociedad, marca las normas de actuación y da instrucciones a los demás órganos" (39), de tal manera que los otros órganos (administración y vigilancia) como los accionistas, quedan subordinados a ella, los primeros por cuanto a su cargo están en todo momento expuestos a la renovación de la misma y los segundos, por cuanto que todos los socios, incluso los disidentes, y los que no hayan participado en la reunión quedan sometidos a los acuerdos" (40), que sean debidamente válidos, teniendo desde luego sus derechos para impugnar en caso de no ser ajustados a la Ley o a los Estatutos.

El criterio que el legislador ha sustentado para definir a dicho cuerpo colegiado que estudiamos, tiene aplicación en el artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual nos dice "que la asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe" (41), dándose este criterio no solo en la Sociedad Anónima, sino que ha sido extendido a otro tipo de asambleas, verbí gracia, en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde la asamblea de los socios también es el órgano supremo de la sociedad, así lo especifica el artículo 77 de la Ley mencionada; en Asociaciones Civiles, como lo indica el artículo 2674 del Código Civil y en Grupos Colectivos, tal es el caso del artículo 22 de la Ley General de Sociedades Colectivas (42).

Como puede observarse, la vida misma de la Sociedad Anónima tiene su punto medular en la asamblea, pues sin ella "no será posible realizar ninguna operación por la misma sociedad, toda vez que, no podrá acordar ni ratificar ninguno de los actos necesarios para la marcha de la empresa y como consecuencia, no habrá designación de persona alguna para ejecutar los actos, por no haber actos que ejecutar" (43), siendo amplia su competencia sobre los demás órganos, por "cuanto tiene autoridad superior en todos -

(39). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 2. Tomo II.

(40). GARRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 496.

(41). Código de Comercio y Leyes Complementarias. Colección Porrúa, S.A. 46a. edición. Ley General de Sociedades Mercantiles.

(42). CERVANTES AHUMADA, Raúl. Opus cit. pag. 257.

(43). VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 25.

Los demás órganos sociales (nombramiento y separación, inspección o control) y poder decisivo sobre todos los asuntos vitales de la sociedad y limitado en tanto al respeto de los derechos de terceros o de los socios cuando aparecen como terceros" (44).

La supremacía de las asambleas no es ilimitada, tiene -- sus barreras, pues por un lado su soberanía no puede extenderse de un modo tan absoluto que esa sumisión de los socios sea incondicional (45), y por otro se limita de acuerdo a la competencia de los demás órganos, ya que la actividad de la asamblea es puramente interna, de deliberación, de decisión y si bien, es el órgano de expresión de la voluntad colectiva, que acuerda o ratifica todos los actos y operaciones de la sociedad (art. 178), deben recaer sus acuerdos y ratificaciones en los actos jurídicos que sean de competencia de la propia sociedad y por un lado, al acordar lo hará en forma directa y desde una forma indirecta al ratificar los actos realizados por sus representantes, "de tal manera que cuando la asamblea se ocupe de asuntos ajenos a su competencia, no tiene facultades resolutorias" (46), "dado que no corresponde a las facultades que definen y califican a los demás órganos" (47), o sea, la representación y administración interna (órgano de administración), de control y vigilancia (órgano de vigilancia), así los límites -- con los que se van a encontrar, están definidos en la propia ley, sus estatutos y los derechos inderogables de los accionistas, de ahí tenemos que, "sus poderes terminan allí donde comienzan las normas de carácter imperativo o -- los derechos crediticios (de terceros), de los accionistas, deslindando los poderes de la corporación, allí donde termina la capacidad de obrar de la Sociedad Anónima, como sujeto creado para un determinado fin (48).

Entre las formalidades que son exigidas por la Ley o por los Estatutos, para asegurar la reunión de los socios y garantizar que la -- asamblea está en condiciones de expresar la voluntad social sin vicio alguno, tenemos que, debe de haber una reunión legalmente convocada y reunida, por -- tal razón es indispensable la convocatoria que "constituye un requisito esen

(44). GARRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 496.

(45). Ibidem.

(46). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 3

(47). Diccionario Jurídico Mexicano. Opus cit. pag. 203

(48). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 2

cial para la celebración de la asamblea, la que no se considerará legalmente reunida si la convocatoria no se ha publicado en debida forma" (49) y otro requisito indispensable es que los libros y documentos relacionado -- con los puntos a tratar en la asamblea, se encuentren en las oficinas de la sociedad a disposición de los accionistas, con el fin de que tomen conciencia de lo que se va a deliberar, y si los acuerdos tomados en dicha -- asamblea se extralimita y rebasan las facultades otorgadas o bien contravienen la Ley o los Estatutos, se pueden crear perjuicios que dan lugar a que los afectados impugnen dichos actos, intentando su nulificación o dado el caso, dejar inexistente las actuaciones de la asamblea, lo cual trataremos más adelante por ser el principal objetivo de nuestro estudio.

Resumiendo, diremos que el concepto de asamblea que a juicio del deponente es el más completo, mismo que nos da el maestro Joaquín Rodríguez al decirnos que: "La Asamblea General es la reunión de accionistas, legalmente convocada y reunida, la cual expresa la voluntad social en materia de su competencia" (50), desprendiéndose cuatro elementos que son esenciales para la formación de la Sociedad, que son: 1. Reunión de accionistas; 2. Reunión legalmente convocada y reunida; 3. Órgano de expresión de la voluntad colectiva; y 4. Se exprese en relación con materias de su competencia.

2. CLASES DE ASAMBLEAS

Dada la importancia que como órgano rector en la Sociedad Anónima tiene la asamblea, en virtud de que de esta devienen -- las decisiones fundamentales que determinan su funcionamiento, organizando la forma en la cual deben ser tratados los asuntos que se deliberen de acuerdo al grado de importancia para la consecución del fin social y obtener plena validez de los acuerdos tomados, se dividieron las asambleas en generales y especiales, distinguiéndose las primeras por ser aquellas a -- las que tienen derecho a concurrir todos los accionistas y las segundas, -- sólo han de poder concurrir los tenedores de una clase especial de acciones.

(49). SOTO ALVAREZ, Clemente. Opus cit. pag. 160.

(50). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 3, Tomo II.

Nuestra legislación mercantil, adoptó este sistema, dividiendo a las asambleas generales en constitutivas, ordinarias y extraordinarias, (art. 100 y 179), la primera de estas asambleas o sea la general constitutiva, su objetivo es la de proveer a la constitución de la sociedad, teniendo lugar una sola vez, cuando se dé vida a la sociedad y siguiendo el procedimiento llamado sucesivo o por suscripción pública, las otras asambleas generales tanto ordinarias como extraordinarias, se van a diferenciar una de la otra, por los asuntos que han de ocuparse y por los requisitos para su funcionamiento (art. 181 y 182), también en nuestra Ley se ha considerado otro tipo de asamblea, a la cual se le ha denominado como "totalitaria", dándose cuando se esta representada la totalidad del capital social, teniendo su fundamento en el artículo 188 de la Ley en comento.

Algunos autores han mencionado otras clases de asambleas aparte de las anteriormente citadas, haciendo referencia el profesor Vázquez del Mercado a las "asambleas mixtas" y a las "asambleas celebradas durante el estado de liquidación"; por lo que se refiere a las mixtas, se caracterizan porque en una sola reunión se delibera sobre materias que son -- competencia tanto de las asambleas ordinarias como de las extraordinarias; y aquellas asambleas celebradas durante el estado de liquidación "los poderes del órgano están limitados al ejercicio de la operación exclusiva de liquidación" (51), a estas asambleas nos referiremos en sus aspectos más importantes y en forma muy simplificada por no ser materia de nuestra tesis.

3. ASAMBLEAS GENERALES

Como anteriormente se indicó, las asambleas generales van a ser "aquellas que se formarán o pueden formarse con todos los accionistas" (52), dividiéndose en tres tipos que son: Las Constitutivas, Ordi-

(51). VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 28.

(52). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 4.

narias y Extraordinarias, cuya delimitación va a ser comprendida en la propia ley a la que nos hemos estado refiriendo, dándonos las bases y -- competencias por las que cada una de ellas va a funcionar, por lo que a continuación haremos un análisis versado en las consideraciones que más puedan interesar en nuestro estudio.

A. ASAMBLEAS ORDINARIAS

De acuerdo con la definición que le da el artículo 180 de Ley General de Sociedades Mercantiles, comprende a las asambleas ordinarias -- como aquellas que se reúnen para tratar cualquier asunto que no sea de la competencia de las extraordinarias, aunque como concepto es un poco escueto, pues no define realmente lo que es una asamblea ordinaria, al no presentar las características que son primordiales para su integración y funcionamiento, por lo que tomando como base el concepto que nos da el Profesor Joaquín Rodríguez Rodríguez, el cual nos dice: "Las asambleas de accionistas son ordinarias cuando se reúnen convocadas anualmente por lo menos para resolver, desde luego, sobre el balance, situación de los administradores y retribución y demás sobre todos los asuntos que no sean de la competencia de las asambleas extraordinarias" (53).

En los capítulos anteriores mencionamos que la admisión debe ser previa y debidamente convocada, siendo un elemento esencial para la celebración de las asambleas generales, por lo tanto, de igual aplicación e importancia en las ordinarias, y dadas las consecuencias que puedan traer las convocatorias, su estudio lo realizamos en capítulo aparte; una segunda característica que la define de las extraordinarias es el período de efectuarse, según dispone el artículo 181 que debe de celebrarse cuando menos una vez al año dentro del ejercicio social, de lo que debemos de entender que pueden durante el año haber más de una asamblea ordinaria, -- no habiendo límite fijo, siempre y cuando se traten de asuntos de su competencia; de aquí que otro elemento con lo que reafirma su diferencia y -- toma el carácter de asamblea ordinaria en el ámbito de competencia que -- tiene, siendo por disposición de ley ilimitados los asuntos que se pueden tratar en este tipo de asambleas, toda vez que en el mismo artículo 182 --

(53) *Ibíd.* pag. 5.

la está facultando a tratar cualquier tipo de asuntos, excluyendo los concernientes a los que competen a las extraordinarias.

De los asuntos que específicamente le encomiendan a este tipo de asambleas como únicos y exclusivos, tenemos: I. Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172, tomando en cuenta el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas; II. En su caso, nombrar al administrador o Consejo de Administración y a los comisarios; III. Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos (art. 182 fracciones I, II y III).

Un último elemento que corrobora la calidad de asamblea ordinaria con que actúa, es el que se refiere a la integración del Quórum necesario y la mayoría requerida por la Ley para que pueda deliberar y resolver válidamente, considerándose legalmente reunida cuando está representada por lo menos, la mitad del capital social y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes (art. 189), siendo la excepción cuando se de el caso de que no se realice el día señalado para su reunión, procediéndose en consecuencia a hacer una segunda convocatoria con expresión de ésta circunstancia, pudiéndose resolver en ese instante, con cualquiera que sea el número de acciones representadas (art. 191).

B. ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS

Las asambleas extraordinarias son competencia limitada, pues sólo pueden tratar los asuntos que están expresamente especificados en el artículo 182 de la ley en comento, que dice: "Son asambleas extraordinarias - las que se reúnen para tratar cualquiera de los asuntos: I. Prórroga de la duración de la Sociedad; II. Disolución anticipada de la sociedad; III. Aumento o reducción del capital social; IV. Cambio de objeto de la sociedad; V. Cambio de nacionalidad de la sociedad; VI. Transformación de la Sociedad; VII. Fusión con otra sociedad; VIII. Emisión de acciones privilegiadas; IX. Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisiones de acciones de goce; X. Emisión de bonos; XI. Cualquiera otra modificación del contrato social; y XII. Los demás asuntos para los que la ley o el contrato so

cial exija un Quórum especial. En cuanto el período que debe realizarse, -- está abierto, no hay limite alguno, por lo que puede reunirse en cualquier tiempo, de acuerdo a la prioridad en el asunto que se tenga que tratar y -- que sea de su competencia. Otro requisito esencial para funcionar lo es el Quórum, mismo que se rige por lo dispuesto en el artículo 190 que a la le-- tra prescribe: "Salvo que en el contrato social se fije una mayoría más ele-- vada en las asambleas extraordinarias, deberán estar representadas por lo - menos, las tres cuartas partes del capital y las resoluciones se tomarán -- por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social", de igual forma que las ordinarias si hubiere la necesidad de una segunda -- reunión en los términos del artículo 191 de la Ley General de Sociedades -- Mercantiles, las decisiones se tomarán siempre por el voto favorable del nú-- mero de acciones que representen por lo menos la mitad del capital social.

C. A S A M B L E A S C O N S T I T U T I V A S

De nuestro ordenamiento vigente, se desprende otro tipo de asam-- blea general que es la que llamamos "Constitutiva", y como su nombre lo in-- dica, se va a referir a la formación de la sociedad, dicho de otra manera, va a ser aquella que tiene por objeto promover a la constitución de la mis-- ma, y como ya indicamos al hablar de las clases de asambleas, haciendo co-- mentario de ésta tipo, tenemos que sólo tienen lugar cuando el proceso de - formación es forma sucesiva o por suscripción pública, más de ninguna mane-- ra cuando se constituyó la sociedad por el procedimiento simultáneo, tam-- bién conocido en nuestro derecho como comparecencia ante notario de todos - los socios.

Como se ha podido observar, existen dos formas para la constitu-- ción de una Sociedad Anónima creados por la propia ley que comentamos, esti-- pulando que puede constituirse ésta tanto por la comparecencia ante Notario de las personas que otorgaron su voluntad para la creación de la misma por medio de Escritura, o bien, por el procedimiento denominado de suscripción pública (art. 90); a estos dos procedimientos la doctrina les ha dado el -- nombre de constitución simultánea u ordinaria y constitución sucesiva res-- pectivamente.

Ahora vemos porqué en el procedimiento denominado como constitu--

ción simultánea u procedimiento ordinario, no es posible darse la asamblea que aludimos, puesto que una vez que "los cinco socios del mínimo legal - han obtenido el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, comparecen ante un Notario Público y suscriben el acta Constitutiva la que homologa judicialmente se inscribe en el Registro Público de Comercio" (54), - éste procedimiento que al parecer es sencillo se dan "cinco aspectos, esto es, comparecencia de todos sus suscriptores en un solo acto, ya sea personalmente o por representación, lo que da unidad al acto porque las declaraciones de voluntad acerca del contenido del contrato, esto es que los estatutos se hacen en un solo acto que se hace constar en un solo momento, que expide el Notario ante quién se admite solamente el contrato y se suscriben todas las acciones que forman el capital social, las cuales deberán ser cuiertas en los términos convenidos, exhibiéndose ante el propio Notario el monto respectivo, o bien declarando haberlo exhibido" (55), de esta forma, queda constituida la sociedad, y es de observarse que no hubo una asamblea previa para unificar la voluntad de los socios en el sentido de crear la sociedad, sino que la primera asamblea fue celebrada posteriormente, cuando ya se había creado la propia sociedad, estando todos los socios presentes y habiéndose establecido el pacto social, por lo que adquiriría dicha asamblea dadas sus características el de una ordinaria o extraordinaria, - según el caso, por lo que ya podríamos deducir que "ésta asamblea no puede considerarse constitutiva puesto que la sociedad ya existe y por consiguiente su celebración es con posterioridad a la constitución de la sociedad" -- (56).

El otro procedimiento por medio del cual se constituye la sociedad es el denominado como constitución sucesiva o bien suscripción pública como indica la ley, y viene a consistir en que "la sociedad se va formando poco a poco, obteniéndose los socios por medio de una oferta pública, que invita a suscribir e integrar el capital y a constituir la sociedad" (57), y de donde supone "la realización de una serie de actos jurídicos que permiten que la sociedad exista para el Derecho" (58).

(54) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Opus cit. pag. 85

(55) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 28

(56) Ibídem. pag. 29

(57) SOTO ALVAREZ, Clemente. Opus cit. pag. 145

(58) MUÑOZ, Luis. Derecho Mercantil. 1a. Edición. Tomo IV. Editorial Cárdenas, editor y distribuidor. pag. 383.

De esta serie de pasos para la integración de la sociedad, nace la asamblea que estudiamos y su nombre deriva "de las circunstancias de que en ella deben tratarse los asuntos relativos a la constitución de la sociedad, a la que pueden concurrir todos los socios con derecho de voto" (59) siendo que el régimen jurídico de esta asamblea es voluntario, es decir, de pende de la voluntad de los fundadores expresada en el boletín de suscripción y del artículo 93 y 100 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, - deducimos, sin lugar a dudas, esta voluntariedad del régimen de organiza- ción y funcionamiento de la asamblea constitutiva" (60); cabe señalar el pa pel tan importante que desempeñan los fundadores, y así algunos autores han distinguido también a los promotores (la ley no habla para nada de éstos) - y "consideran que éstos llevan a cabo los trabajos necesarios para consti- tuirla y que pueden o no suscribir acciones, siendo los fundadores aquellos que concurren a la constitución de la sociedad como socios primitivos, - suscribiendo acciones hayan o no participado en la organización de la socie- dad y obran en nombre propio, asumiendo una responsabilidad ilimitada por - todas las operaciones que realizan con el fin de constituirse la sociedad" (61).

Se ha dicho y se sostiene, que se naturaleza es única, dado que sólo se celebra una sola vez y es de competencia legalmente precisada, y -- sus funciones se encuentran delimitadas en el artículo 100 del cuerpo de -- leyes mencionadas, y están son la de comprobar la existencia de la primera exhibición prevenida en el proyecto de estatutos; examinar y en su caso, -- aprobar el avalúo de los bienes distinto del numerario que uno o más socios se hubiesen obligado a aportar. Los suscriptores no tendrán derecho a voto en relación a sus respectivas aportaciones en especie; de deliberar acerca de la participación que los fundadores hubieren reservado en las utilidades de hacer el nombramiento de los administradores y comisarios que hayan de - funcionar durante el plazo señalado por los estatutos, con la designación - de quiénes de los primeros han de usar la firma social; además de que en -- ella se ratifican los estatutos y se toman los acuerdos indispensables para

(59) FUENTE Y FLORES, Arturo. Opus cit. pag. 82

(60) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 49

(61) SOTO ALVAREZ, Clemente. Opus cit. pag. 146

la constitución de la sociedad, ya una vez realizada la aprobación mencionada, se procederá a la protocolización y registro del acta de la Junta y de los Estatutos (art. 101).

Son tres las etapas que se realizarán en la constitución de la sociedad, la primera que consiste en la redacción que harán los fundadores del programa que deberá contener el proyecto de los Estatutos y su depósito en el Registro Público de Comercio (art. 92); la segunda etapa es la suscripción del programa que deberá hacerse por duplicado y cubrir los requisitos que señala el artículo 93 de la Ley, quedando un ejemplar con los fundadores y otro con el suscriptor, aquí se depositarán las cantidades que los suscriptores se obligan a cubrir como aportación al capital social (art. 93 y 94), dándonos la ley un año para completar la suscripción del capital social y pudiéndose fijar un plazo menor (art. 97).

Una vez que quedó suscrito el capital social y fueron hechas -- las exhibiciones legales, dice el artículo 99 del ordenamiento invocado, -- que los fundadores dentro de un plazo de quince días publicarán la convocatoria para la reunión de la asamblea general constitutiva, en la forma prevista en el programa y "deberá hacerse según las declaraciones hechas en el programa y en el boletín de suscripción de los fundadores" (62), va estar formada por todos los que han firmado un boletín de suscripción de la sociedad (63), dándose por fin la tercera etapa, que es la celebración de la propia asamblea que estudiamos; sin embargo, "no todo suscriptor de un boletín adquiere la calidad de socio, porque bien puede suceder que por un exceso -- de suscripciones haya de procederse a la eliminación de los suscriptores -- más recientes o a la disminución proporcional del número de las acciones -- que cada uno haya querido suscribir" (64).

De esta forma de constituirse la sociedad, cabe añadir la crítica que hace el ilustre maestro Cervantes Ahumada en el sentido de "carecer de un control efectivo, no será nunca práctico acudir al sistema de la sucesiva. En efecto, una persona, con cuatro presta nombres, que dicen aportar

(62) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 50

(63) *Ibidem.* pag. 49

(64) *Idem.* pag. 49

el capital, puede acudir ante un Notario y constituir la sociedad, y después podrá proceder a la venta de las acciones, siempre que no las ofrezca al público a través de medios publicitarios. Nunca que sepamos se ha aplicado el sistema de la constitución sucesiva" (65), a nuestro parecer esta cuestión es un hecho real, el cual hace ver la ineficacia de dicho procedimiento y - por demás obsoleta la idea del legislador de dejar plasmado un procedimiento que no tiene aplicación práctica.

4. A S A M B L E A S E S P E C I A L E S

La legislación mexicana ha reconocido otra categoría de asamblea diversa a las generales, que denomina como asamblea especial; así en el artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se determina, - que en caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar los derechos de alguna de ellas, deberá ser aceptada previamente por la categoría afectada, reunida en asamblea especial, - en la que se requerirá la mayoría exigida para la modificación al contrato constitutivo, la cual se computará con relación al número total de las acciones de la categoría de que se trate.

De este concepto legal se extraen dos elementos que son los más importantes para la integración de la asamblea especial, o sea que, exista una categoría diversa de accionistas y que sean afectadas en sus derechos; aquel primero elemento es el que hace la distinción entre las asambleas generales y las que aquí estudiamos, pues aquellas "están formadas o pueden estar formadas por todos los accionistas, en tanto que las especiales se integran sólo con algunos accionistas en cuanto son titulares de derechos especiales" (66), por ejemplo: los accionistas preferentes; acciones de voto limitado; Así el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, las considera a esta clase de asambleas especiales como "formada por grupos de accionistas, que se reúnen para adoptar acuerdos con relación con los mismos" (67), y si -- bien es cierto que el primer párrafo del artículo 112 nos indica que las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos, también es cierto que en su segundo párrafo deja que en forma convencional se estipule en

(65) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Opus cit. pag. 87

(66) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 46, Tomo II

(67) Ibidem. pag. 46

el contrato social la división del capital en varias clases de acciones, -- con derechos especiales para cada clase y remitiéndonos al artículo 17, limitando la facultad sin poder excluirse a uno o más socios la participación de las ganancias.

El factor esencial sin el cual no tendría caso realizarse la -- asamblea, es el hecho de que a la clase de accionistas con derechos especiales se les pueda causar un perjuicio en sus derechos, dicho de otra manera, que la decisión de la asamblea general tenga que lesionar los intereses de la categoría afectada, y si no hay un perjuicio jurídico efectivo, no hay razón para la celebración de dicha asamblea, siendo pues el principal motivo para que pueda realizarse la asamblea especial, y de esta forma cuando los poseedores de las acciones manifiestan su inconformidad porque se han atacado sus derechos y privilegios, será inadmisibile que el acuerdo de una asamblea general pudiera decidir de los derechos de los accionistas privilegiados (68), de allí que el objeto de esta asamblea sea "aceptar previamente toda propoción que pueda perjudicar los derechos de una categoría de --- ellos" (69), y su competencia rádica en tomar acuerdos relacionados con su defensa cuando estos grupos especiales de accionistas sean afectados en sus derechos obligando a todos los que deben formar parte de ellas, esten presentes o ausentes, así nos explica el profesor Joaquín Rodríguez, "el acuerdo de la Asamblea, aprobando la modificación de un derecho que corresponde individual o colectivamente a los miembros de la categoría que la componen, es condición para la validez de los acuerdos que adopte la asamblea general en ese mismo sentido. Son dos voluntades concurrentes que producen una sola declaración de voluntad, pero los socios, aisladamente considerados, pueden ejercer su derecho de voto con plena libertad, independientemente del sentido del acuerdo tomado por la asamblea especial correspondiente (70).

Ante estas consideraciones, la conclusión a que llega el maestro Vázquez del Mercado a nuestro entender nos parece la más acertada, cuando dice que " La función de la asamblea especial, no es otra que la de rati

(68) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 40

(69) FUENTE Y FLORES, Arturo. Opus cit. pag. 90

(70) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 48, Tomo II.

ficar la decisión de la asamblea general, tiene la cualidad de convertir en definitiva las decisiones que toma el órgano deliberante de la sociedad. Decimos que convierte en definitivas las resoluciones de la asamblea general porque, tales resoluciones que perjudican una clase determinada de accionistas, no puede tener efectos que previamente no sean aceptadas por la categoría afectada" (71).

Por otro lado se dice que no es propiamente una asamblea, pues a esta "no le corresponde el poder o autoridad suprema" (72), y no representa un órgano de la sociedad sino simplemente "son juntas de accionistas de un tipo determinado; también hay determinada flexibilidad en cuanto a sus acuerdos pueden ser tomados y tendrán validez en la misma asamblea general "basta con que se vote por separado en la junta general. La adopción de acuerdos por separado deberá anunciarse en la convocatoria de la asamblea general" (73), debiendo concurrir tres circunstancias para que tenga validez, que son: 1. Como ya se indicó, que se anuncie en la convocatoria; 2. Que asistan a la asamblea todos los poseedores de acciones; y 3. Que sea aprobada la resolución por unanimidad o mayoría requerida.

La otra forma en que va a funcionar este tipo de asambleas, si-gue determinados lineamientos que corresponden a las asambleas generales, entre mezclándose algunos de la ordinaria con otros de la extraordinaria, pues bien, el mismo artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles nos da la regla aplicables al remitirnos en su segundo párrafo a los artículos 179, 183 y del 190 al 194 de esa misma ley; por lo que respecta al lugar de reunión deberá ser en el domicilio social, sin este requisito será nula, salvo caso fortuito o de fuerza mayor (art. 179); con relación a la convocatoria esta deberá hacerse por el administrador o el Consejo de Administración o por los Comisarios (art. 183); éste mismo artículo nos remite a los artículos 168, 184 y 185, como una excepción a la regla antes expuesta, diciéndonos el profesor Joaquín Rodríguez, "que no son aplicables los artículos 168 y 184, porque el primero establece una convocatoria por la autoridad judicial, a petición de cualquiera accionista cuando falte la totalidad de los comisarios y el segundo, porque se refiere a supuestos generales de administración que nada tienen que ver con las asambleas generales especiales y finalmente diciéndonos,

que es de aplicación el artículo 184 que atribuye a los accionistas que representen un 33 % del capital el derecho de pedir la convocatoria de una asamblea para tratar los asuntos que indiquen en su petición" (74).

En cuanto al Quórum las resoluciones deberán tomarse por la mayoría requerida para las asambleas extraordinarias (art. 190); pueden mediar representantes sin que tenga aplicación el segundo párrafo del artículo 192 "ya que en las asambleas especiales no hay posibilidad de conflicto de intereses entre la administración y la asamblea y no podría desconocerse a los administradores su calidad de accionistas especiales, si la tuvieran (75).

5. A S A M B L E A S T O T A L I T A R I A S

El primer requisito para que una asamblea funcione es que éste legalmente convocada, esto es, que se cumplan los requisitos tanto de forma como de fondo, que la ley exige para convocar a todos los socios a deliberar, por eso cuando no ha habido previa convocatoria, o bien ésta fue publicada en forma irregular incumpliendo los requisitos fijados en los artículos 186 y 187 de la Ley de Sociedades Mercantiles, será considerada nula, según lo especifica el artículo 188 de la Ley invocada, más este mismo precepto da una excepción que provoca que surjan los efectos legales en la asamblea, dando validez a sus resoluciones, al decir, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones.

De este precepto legal se deduce el fundamento de la asamblea totalitaria, desprendiéndose dos elementos que son indispensables para aplicar dicha excepción, que son: I. Que no haya habido convocatoria o esté viciada; II. Que en el momento de la votación estén presentes la totalidad del capital social. Existiendo estos

(71) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 43

(72) MUÑOZ, Luis. Opus cit. pag. 439

(73) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 43

(74) Ibidem. pag. 48

elementos durante la celebración de la asamblea, cualquier irregularidad en la publicación de la convocatoria se purga o como dice Walter Frisch, tiene "efectos sanatorios" (76).

El artículo antes descrito, es tajante, pues basta y sobra que falte un solo socio para que no surta efectos como asamblea totalitaria, a esto nos explica el profesor Mantilla Molina que, "debe darse la oportunidad de asistir a todos los socios, sin que valga argüir que el voto de los ausentes no puede modificar las resoluciones que se adopten, pues no se trata solo de su voto, sino de su voz, ya que puede influir con sus informes y argumentos en los votos de los accionistas concurrentes" (77).

En la actividad práctica se pueden dar problemas en la aplicación de este artículo, así nos dice el profesor Vázquez del Mercado, "supongamos que la totalidad del capital social se encuentra representado en la asamblea convocada irregularmente y que uno de los socios, no enterado suficientemente de alguno de los puntos comprendidos en la orden del día, pide que se suspenda la asamblea y que se celebre en otra fecha, si la asamblea acuerda la suspensión, ¿podría exigirse que se haga formalmente la convocatoria, incluyendo la orden del día?" (78).

Es interesante el problema planteado, y siguiendo sus deducciones nos presenta dos posibles soluciones para considerar válida la asamblea diciendo, "dado que todos los accionistas están presentes, en el mismo acto quedarían notificados de la fecha de la nueva reunión y así mismo, de la orden del día, por lo tanto, no sería necesario una nueva convocatoria que incluyera a ésta, o bien, para preveer el caso en que, propuesta la asamblea uno o más faltare en la segunda reunión y se pudiera tachar de irregular la asamblea, por no haberse hecho la publicación y por no concurrir el número de accionistas que representen la totalidad del capital social, se deberá publicar la convocatoria; pues en otra forma se correría el riesgo de que la deliberación fuese invalida-

(75) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 49

(76) WALTER FRISCH, Philip. La Sociedad Anónima Mexicana. 2a. edición, edit. Porrúa S.A. México 1982. pag. 329

(77) MANTILLA MOLINA, Rafael. Opus cit. pag. 404

(78) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 60

da por no estar representado todo el capital.

35

De las dos soluciones antes expuestas nos parece que la primera es correcta en cuanto por economía de tiempo se simplifica el trámite, pero por prevención es más conveniente seguir la segunda solución, así se evitaría cualquier impugnación dado el caso de que falte algún socio o bien alguno abandone el recinto.

Por otro lado, y desde nuestro punto de vista, la doctrina considera equivocadamente al tratarla como asamblea totalitaria, dado que no tiene una estructura propia que la diferencia de otras asambleas ni aún asuntos que sean de su incumbencia, los cuales deban deliberarse, sino tan solo es un precepto que establece una excepción para sanear -- un posible vicio en la convocatoria, el cual se subsana si en el momento de la votación se encuentran presentes la totalidad de los accionistas, pudiéndose aplicar a cualquiera de las dos especies de asambleas, tanto ordinarias como extraordinarias, inclusive, en las constitutivas, más no que sea una asamblea independiente de estas.

El tratadista Walter Frisch nos dice que, "nos es aplicable el concepto de asamblea totalitaria a las especiales, debido a que el artículo 195 del ordenamiento antes invocado, no se refiere al artículo 188 sin que fuera extensiva del primero, dado que el segundo, tiene carácter de norma de excepción en el sentido del artículo 11 del Código Civil del Distrito Federal, en donde se especifica que las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes, en relación con los artículos 186 y 187 de la Ley de Sociedades Mercantiles -- (79).

6. A S A M B L E A S M I X T A S

Con relación a las asambleas mixtas, que en este apartado estudiaremos, han sido referidas por la doctrina y aplicadas en la práctica,

(79) WALTER FRISCH, Philipp. Opus cit. pag. 345.

efectivamente, en los ordenamientos legales vigentes en materia mercantil, no hay un precepto que fundamente la creación de este tipo de asambleas, pues bien, parten del principio de que, "todo lo que no está prohibido, está permitido", y dado que no hay una norma legal que los prohíba, se han desarrollado en la vida práctica de las sociedades; este tipo de asambleas que tienen como objeto simplificar las dificultades que pudieran presentarse para la celebración de dos asambleas, pudiendo entonces deliberar sobre asuntos que competen tanto a las asambleas ordinarias como a las extraordinarias, exclusivamente, durante una sola reunión que se efectúe o como dice el tratadista Walter Frisch Philipp, "que tal tipo no presenta un concepto propio, sino es solamente una combinación aplicable en la práctica en forma útil con el objeto de que se reúnan asambleas ordinarias y asambleas extraordinarias en la misma sesión" (80), esto no quiere decir que se convoca a la reunión y ya se puede realizar cualquier asunto que compete a los dos tipos de asambleas mencionadas, sino que para que pueda tener válidez los acuerdos tomados, deben cubrirse las características que individualizan a cada asamblea para que pueda estatuirse, esto es, cumplir con las mayorías necesarias para su funcionamiento de acuerdo a los asuntos a tratar, -- "estas asambleas deliberar válidamente desde el momento en que ellas se reúnen, desde el punto de vista de su constitución (Quórum y mayoría), las condiciones necesarias que les permitan estatuirse sucesivamente sobre los diversos objetos de la orden del día; en la práctica se sigue el sistema de convocar a una sola asamblea, se delibera y se resuelve primeramente sobre los asuntos de la competencia de las asambleas extraordinarias y después de los asuntos que son objeto de la competencia de las asambleas ordinarias" (81).

Una vez convocada con doble carácter y especificados los asuntos a tratar, la asamblea "se regirá en cuanto al número de asistentes y votos necesarios para adoptar acuerdos, por las reglas propias de la asamblea ordinaria, según que la materia corresponda a una u otra clase de asamblea" (82), una vez realizadas las votaciones, se procederá a -

(80) WALTER FRISCH, Philipp. Opus cit. pag. 344

(81) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 38

(82) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 5, Tomo II.

levantar el acta correspondiente, quedando integrada todas las resoluciones en una sola acta, sin embargo, sus deliberaciones se consideran en forma separada, donde deberá de constar que las resoluciones tomadas reunieron las condiciones exigidas por la ley o los estatutos, para que tenga validez, de acuerdo a las mayorías requeridas para las asambleas extraordinarias, en su caso, de tal manera que cada resolución aunque estén consignadas en la misma acta, tienen valor por sí sola, pudiéndose en el caso de incumplimiento de uno u otro requisito se realizarán únicamente las consecuencias previstas para la irregularidad correspondiente, mientras que las otras resoluciones tomadas en la misma asamblea mixta y tramitadas en forma correcta, conservan su validez.

CAPITULO III. DE LA CONVOCATORIA E INTEGRACION DE LA ASAMBLEA

A. DE LA CONVOCATORIA

A.1 CONCEPTO

La celebración de una asamblea se ve precisada al cumplimiento de previas formalidades que la ley y los estatutos establecen, con el -- fin de garantizar que los acuerdos que se tomen sean válidos y eficaces o sea, como dice Fisher que responden a un doble fin "garantizar la exactitud formal de los accionistas y su exactitud material" (83), de tal -- forma que los intereses de los socios no resulten afectados, en virtud -- de no haber sido llamados con anticipación para la verificación de una -- asamblea, en efecto, el llamar a los socios para estar presentes y tener participación en la asamblea es un requisito esencial, dado que la integración de estos constituye el órgano colegiado deliberante.

Prevista la necesidad de requerir a los accionistas para poder reunirse y deliberar con plena confianza, se creó la convocatoria, como aquel instrumento necesario para comprobar que fueron debidamente notificado los socios de la próxima verificación de una asamblea, su nombre de viene en nuestro campo, del sentido literal de la palabra que al ser el anuncio o escrito con que se convoca y convocar que "deriva del latín -- convocare: de cum, con y vocare, llamas significa citar, llamar a varias personas para que se reúnan" (84), en conclusión es el anuncio o escrito elaborado con el fin de citar y llamar a varias personas para que se reun nan; dicho sentido es el que se ha plasmado en las normas jurídicas que aplicamos, de igual forma la doctrina, verbi gracia, el maestro Joaquín Rodríguez dice: "convocatoria es un aviso adecuado a los accionistas para advertirles la fecha, el lugar y el motivo de la reunión" (85), que -- aunado al razonamiento del profesor Clemente Soto, el cual manifiesta -- que: "las convocatorias constituyen un requisito esencial para la cele-- bración de la asamblea, la que no se considera legalmente reunida si las

(83) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 25, Tomo II

(84) *Ibíd.* pag. 25, Tomo II

(85) Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Tomo III. Selecciones del Reader's Digest. Pag. 870

convocatorias no se han publicado en debida forma" (86), tendríamos la posibilidad de completar en sus partes dicho concepto. De estos conceptos - podemos extraer los presupuestos de que esta formada la convocatoria, --- siendo desde luego el consistir en un elemento esencial, en virtud de que faltando esta y celebrada una asamblea será nula, salvo que se trate de - asambleas totalitarias que como ya se expuso en el capítulo anterior, se subsanaría este defecto, lo que no sucede con las asambleas generales y - especiales, dado que para su verificación tendrán que laborarse previamente en términos de ley la convocatoria, "vemos, pues, que la ley aún cuando no en forma expresa, está reconociendo como requisito esencial, para - que una deliberación sea válida" (87), la elaboración de las tantas veces citada convocatoria; por otro lado, para la mejor comprensión de los demás elementos, pasaremos a su estudio.

A.2 C L A S E S D E C O N V O C A T O R I A

No hay lugar a duda en cuanto a las clases de convocatoria que nos expone el profesor Joaquín Rodríguez (88), al indicar que hay dos clases de convocatoria traducidas en las potestativas y obligadas, esta clasificación la toma en base de las facultades de quien realiza la misma -- convocatoria, definiendo a las potestativas cuando la realizan los administradores y los comisarios de mutuo propio, o sea, que siendo igual a -- cuando estos lo juzguen pertinente, pudiéndose convocar las asambleas ordinarias y extraordinarias. En donde hay variedad es en la convocatoria - de tipo obligada, pues como ya se indicó y su propio nombre lo indica, se da en razón de verse forzados a realizarla y para el caso de ser asamblea extraordinaria, los administradores y la autoridad judicial si falta la - totalidad de comisarios para aprobación del balance y si lo pide un solo accionista en los casos previstos en el artículo 185 que antes estudiáramos; en estos dos últimos supuestos, también puede solicitarse a los comisarios, y para la realización de asamblea que puede tener tanto el carácter de ordinarias como extraordinarias (no me refiero a las mixtas en particular, aunque puede ser posible), se darán si lo piden una minoría con derecho, a cualquiera de los órganos de representación o de vigilancia, o

(86) SOTO ALVAREZ, Clemente. Opus cit. pag. 160

(87) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 50

(88) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 28

bien, a la autoridad judicial correspondiente.

A.3 ESTRUCTURA DE LAS CONVOCATORIAS

La convocatoria en cuanto a un acto formal previo a una asamblea, susceptible de producir efectos jurídicos, debe contener los de -- forma y validez que se encuentran establecidos por los preceptos legales, o bien, por los estatutos cuando hubiesen previsto una forma especial de legitimación, para que ésta no se vea viciada y pueda la asamblea integrarse y deliberar válidamente, de esta forma, los requisitos de forma lo comprenderán la fecha, hora, lugar de reunión y la orden -- del día, haciendo la aclaración que la Ley de Sociedades Mercantiles al referirse al contenido de la convocatoria, únicamente menciona el orden del día (art. 187); en cuanto a los requisitos de validez los describiremos como el deber de las personas que legalmente estén facultadas para poder elaborar la convocatoria; debe ser publicada en los términos de -- ley, anticipadamente y en forma adecuada; y por último, deberá contener la firma autógrafa de quién convocó a la asamblea; estos elementos a -- continuación los pasaremos a estudiar.

A.3.1 FECHA Y HORA

Hay absoluta libertad para proceder a la celebración de las - asambleas, por consiguiente, es libre de hacerlo el día y hora que esti me pertinente, siempre que estos datos se expresen con claridad y preci sión y se anuncien con antelación que fija los estatutos o de la que en su defecto fija la Ley (89), en efecto, no hay tiempo específico para - la realización de una asamblea, sólo se especifica en cuanto a la asamblea ordinaria que se debería de realizar una vez al año, dentro de los cuatro meses que siga a la clausura del ejercicio social, por consiguiente, cuando haya necesidad de realizarse una asamblea y convocar exprofe so, ésta deberá realizarse quince días antes de la reunión, salvo que en los estatutos se estipule algún otro plazo, con el objeto de que los accionistas tengan el tiempo suficiente para revisar los libros de la so--

(89) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 29

ciudad antes de concurrir a la asamblea" (90), sin tomarse en cuenta los días de la publicación y el día de reunión.

A.3.2 LUGAR DE LA REUNION

Especial interés ha puesto el legislador al especificar en --- nuestro ordenamiento mercantil (art. 179), el lugar donde debe tener verificativo las asambleas, pues congruente al determinar que deben de reunirse en el domicilio de la sociedad, bajo de pena de nulidad en caso de contravenir este requisito, el tratadista italiano Vivante, nos dice que: "es ésta una norma de garantía en favor de los socios, para evitar chicanas, contrarias al ejercicio normal de sus derechos. Contra este precepto no cabe pacto en contrario" (91).

El mayor problema deriva del domicilio de la sociedad, pues es te debe estar especificado en los estatutos, pudiéndose aquí pactar cual quier otro domicilio ya una vez fijado este se tendrían que modificar -- los estatutos para cambiar de lugar de reunión, ahora bien, entendemos -- como domicilio social, siguiendo al maestro Vázquez del Mercado, "la ciu dad en donde reside la sociedad, o bien, el lugar designado para que el órgano administrativo realice sus funciones" (92), o sea, "la población que conforme a los estatutos, tenga tal carácter; pero no necesariamente en las oficinas de la compañía" (93); tal ha sido el criterio que ha sus tentado nuestro máximo tribunal en el sentido de que "no se puede com--- prender bajo domicilio social las oficinas de la Sociedad Anónima, sino la localidad, por ejemplo, la ciudad" (94), en efecto, no debe de con--- fundirse las oficinas sociales con el domicilio de la sociedad, pues -- son distintas las referencias que hace la ley al nombrar ambos concep-- tos, como ejemplo se tiene los artículos 186 in fine, 184, 185 y 186 de nuestra ley que comentamos.

(90) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 60

(91) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 29, cita a Vivante, - Tomo I, No. 492.

(92) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 62

(93) MANTILLA MOLINA, Roberto. Opus cit. pag. 390 y 400

(94) WALTER FRISCH, Philipp. Opus cit. pag. 342. cita Amparo Directo - 4429/61. Tercera Sala, Informe 1963, pag. 32.

Se puede dar el caso, de que no se haya fijado un domicilio social en los estatutos, entonces se considera el destinado a la administración social, "porque se presume que este es el lugar en donde la asamblea que es precisamente el órgano con plenas facultades para administrar, debe reunirse" (95), aunque es indispensable que en la convocatoria se indique "con toda precisión el lugar y el local material de la reunión y las especificaciones necesarias para su determinación. No basta seguir en el domicilio social o en las oficinas sociales, ya que estas son expresiones que por sí solas no determinan con claridad el lugar material en que se celebra aquella" (96).

También se puede dar el caso de que en la convocatoria se haya fijado un lugar distinto al domicilio social para que tenga lugar la asamblea, pues se podría subsanar esta irregularidad si al momento de la votación se encuentra presente la totalidad de los accionistas, evitando se así su nulidad al considerarse legalmente constituida la asamblea.

Para que sea posible señalar otro domicilio para la realización de la asamblea tendría que mediar un caso fortuito, mismo que es el acontecimiento que no ha podido ser previsto, o bien, por causas de fuerza mayor, que es el acontecimiento ajeno a la conducta del deudor y producido al margen de la misma con fuerza incontrastable, liberando al obligado de la responsabilidad del incumplimiento de la obligación, siendo la diferencia la que "reside en que aquél (caso fortuito) es independiente de la voluntad humana, procede de las fuerzas naturales, y en cambio en la fuerza mayor no, pues tiene su causa en algún acontecimiento imposible de evitar, o en los actos legítimos o ilegítimos de persona distinta del deudor" (97).

A.3.3 ORDEN DEL DÍA

En la convocatoria debe de incertarse el orden del día, que es "la relación de las cuestiones que han de ser sometidas, discutidas y en

(95) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 63

(96) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 29 y 30

(97) MUÑOZ, Luis. Opus cit. pag. 430

su caso, aprobadas en una asamblea, junta, consejo o cuerpo colegiado --- cualquiera" (98), o bien, como dice el maestro Vázquez del Mercado, "la lista de materias que deberán tratarse en la asamblea" (99), efectivamente la orden del día, es una relación o lista de los asuntos que se deben tratar en una asamblea, mismo que será sometido a discusión y aprobación de los socios integrantes del cuerpo colegiado, su deliberación solo se deberá basar en los asuntos indicados en la orden del día, (art. 191), -- sin poder resolver aquellos que no estén incluidos.

La forma de describir los asuntos a tratar, debe ser clara y -- concreta, ya que va a representar la nota introductoria a las cuestiones para deliberar, sin deberse meter en detalles, ni sobre el sentido de la resolución a tomar, pues esto solo concierne a la asamblea que como órgano supremo, el cual en uso de sus facultades podrá admitir, rechazar y modificar las propuestas enunciadas en el orden del día, sin poder la propia asamblea de acuerdo con los límites a la libertad de decisión que tiene, "llegar a aprobar la solución contraria a las propuestas, cuando ésta constituye una hipótesis especialmente prevista por la ley. Así hecha una propuesta de aumento de capital, la sociedad puede admitirla o rechazarla en todo o en parte, pero lo que no puede es acordar una reducción del capital" (100).

De aquí que el orden del día tenga dos funciones: a) Informar a los accionistas de las materias que se tratarán en la asamblea, para que estén en posibilidad de prepararse, discutir los problemas que consideren a tratar y resolver; b) Delimitar, en cierta forma, las facultades de la asamblea, en el sentido de que no podrá tratarse asuntos diversos a los indicados en ella.

Quien tiene la iniciativa para convocar, debe redactar el orden del día, esto es, a los administradores, comisarios y en su respectivas competencias a los accionistas a través de quien ejercitándolo su derecho -- se ha solicitado se convoque asamblea, de esta forma tendrán el de señalar las materias que han de figurar en el orden del día.

(98) DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 9a. edición, Edit. Porrúa S.A., México, 1980. pag. 182

(99) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 65

(100) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 30, Tomo II

Por otro lado, nos dice el profesor Rodríguez Rodríguez que: "no parece que deberían estimarse como bastantes las referencias que son vagas, tales como las de "asuntos varios" o "modificación de los estatutos, aunque parece suficiente en este caso referirse a los artículos de la escritura cuya modificación se propone, sin necesidad de dar el texto de la modificación que se desea" (101), de esta forma que existan excepciones - para ampliar el límite propuesto en el sentido de sólo acatar los asuntos comprendidos en la orden del día, como se puede decir de todos los asuntos que sean consecuencia normal del punto sometido a su consideración; - otra excepción lo representan las asambleas totalitarias, que así como -- convalidan cualquier defecto de las convocatorias, de igual forma rebasa de manera ilógica los límites para sólo resolver los asuntos descritos, - si se interpreta literalmente el artículo 188 de la ley en comento, cuestión que consideramos no debe ser posiblemente aceptada, pues hay asuntos "sobre los que no pueden discutirse y aún resolver, sin una adecuada información y sin previo estudio" (102), además de desconocer los fines publicitarios que tiene la convocatoria; otra excepción es la concerniente a las asambleas ordinarias, ya que por disposición de ley, deben estarse comprendidos en el orden del día las cuestiones relativas a balance, nombramiento y revocación de administradores y comisarios, y su remuneración aunque no se haga mención en ellas; y por último, los asuntos que no requieren resolución.

A.3.4. MEDIOS DE CONVOCACION

Como requisitos de validez, tenemos los medio de convocación, da do que estos representan el modo por el cual los accionistas se van a enterar de la proximidad de la asamblea, misma que se pretende celebrar y - por consiguiente invitándolos a su participación y discusión de los asuntos que van a concernir a la propia sociedad, de aquí que tenemos el sistema individual, el cual se refiere al caso en que los accionistas serán convocados mediante notificación personal (nuestra ley no la prevee), es-

(101) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 31

(102) *Ibidem*. pag. 32

a nuestro comprender una mejor forma de garantizar que los socios sean debidamente enterados de la realización de la asamblea, pudiéndose para estos casos usar los medios de comunicación tales como el correo, mediante el respectivo acuse de recibo; por otro lado, tenemos el texto del artículo 186, el cual nos indica que la convocatoria deberá ser publicada en el periódico oficial de la entidad federativa del domicilio, o cualquier otro de mayor circulación del domicilio de la sociedad, con una anticipación de por lo menos quince días de celebrarse la reunión, salvo que en los estatutos se determine otro término; como puede apreciarse este sistema es completamente deficiente y poco práctico, pues, aunque los medios de comunicación han ido en progreso, como dice el maestro Mantilla Molina, "son muchas las personas que no se enteran de la publicación en el periódico oficial de la localidad, mucho menos se enteran del periódico o Diario Oficial de la Federación" (103), además de representar un problema de hecho el saber cual es el periódico de mayor circulación en el domicilio de la asamblea y el Diario Oficial por lo regular es escasa su circulación.

Otro medio que podríamos comentar, sería el que la doctrina ha denominado como preestablecido, significando que el día y hora para la celebración de la asamblea pueden citarse de antemano en los estatutos y en este caso, los accionistas se reunirán sin previa convocatoria o sin otro acto o medio usado por parte de los administradores o comisarios; la crítica de este sistema consistiría en que habría una notificación consentida, más no propiamente podríamos hablar de una convocatoria y únicamente sería aceptable en las asambleas de tipo ordinario que anualmente deben celebrarse, más nunca sería posible en las extraordinarias debido a no tener un período fijo para su verificación.

A.3.5. FIRMAS Y TERMINOS

Los últimos requisitos de validez que incluiremos para evitar que sea nugatoria la garantía que se ha tratado de proteger con la convocatoria, sería que fueran debidamente firmada por las personas que han convocado la asamblea, esto es con el fin de darle la debida legalidad y por consiguiente, determinar la responsabilidad y evitar la evasión de obliga-

ciones y posibles concurrencias de personas extrañas a las facultadas; - por otro lado, tenemos que de acuerdo con la naturaleza de la convocatoria de ser un elemento previo a la asamblea, ésta debe ser realizada con quince días de anticipación por disposición de ley, salvo que se haya estipulado término alguno en el pacto social, que desde luego nunca debe ser inferior, contándose a partir del día siguiente al de su publicación terminado el día de la celebración de la asamblea y siendo días naturales, este plazo viene siendo con el fin de que los accionistas tengan el tiempo suficiente para revisar los libros de la sociedad, antes de concurrir a su cita, y si se estipula un plazo en los estatutos, no importa que sea mayor, sino que sea respetado en todos sus términos, siendo inderogable, a menos que medie causa justificada.

A.3.6. PERSONAS FACULTADAS PARA CONVOCAR A ASAMBLEA.

Tienen facultades para convocar a asamblea, el órgano de administración, de vigilancia y la autoridad judicial, según sea el caso, dependiendo las circunstancias y el caso expuesto en la ley, en efecto, la ley establece el tiempo, modo y lugar en el cual debe convocarse asamblea, pero también va a especificar quienes están facultados para elaborarla, así que el artículo 188 del ordenamiento que aplicamos, nos va a dar el principio general, en el cual le corresponde en primer término al Administrador o en su caso, al Consejo de Administración, la facultad para convocar a asamblea.

Cuando es administrador único, no hay ningún problema, pues lógicamente es el único obligado, sino éste va a suscitarse cuando existe el Consejo de Administración, dado que se actuación por naturaleza debe ser siempre en conjunto, atento a lo que dispone el artículo 143, en el cual especifica que para que el consejo de administración funcione legalmente y sus resoluciones sean válidas, deberá ser tomada por la mayoría de los presentes en la sesión de consejo, siendo éste el criterio que ha sustentado la propia doctrina, por ejemplo, tenemos lo manifestado por Paul Pic, en el sentido de "en las sociedades anónimas, el derecho a con

vocar a asambleas pertenece al Consejo, considerado colectivamente y no a los administradores en lo individual" (104).

Puede darse el caso de que el Consejo no esté en aptitud de acordar, "por estar compuesto por menos del número legal de administradores, queda subsanada por acuerdo válido de la asamblea, también opina Soprano que la irregularidad del acuerdo de convocar la asamblea, tomado por un Consejo sin Quórum, queda subsanada si en la asamblea no se suscita oposición. Lo mismo puede decirse en los casos de convocatoria por un solo administrador" (105), igual va a pasar cuando los comisarios nombren uno o varios representantes provisionales y estos convoquen a asamblea.

También se puede dar el caso de que haya concluido el plazo para ejercer el mandato conferido a los administradores, quienes en atención a lo previsto por la ley y los estatutos, deben continuar en sus funciones las que abarca convocar asambleas, hasta que se hagan nuevos nombramientos y tomen posesión del cargo (art. 154).

Otros sujetos integrantes de la sociedad anónima que son capaces para convocar asamblea, son los llamados comisarios, quienes de modo excepcional lo podrán realizar siempre y cuando estos lo juzguen conveniente o bien, dado el caso de omisión de los administradores, así el profesor Rodríguez Rodríguez divide en dos el derecho de los comisarios al decir: "corresponde a los comisarios un derecho de convocatoria espontáneo y otra es convocatoria a petición de parte" (106).

Cabe hacer mención que "cuando el órgano de vigilancia esté compuesto de varios comisarios que formen un colegio, las reglas aplicables a este caso, son las mismas que se aplican al consejo de administración, con la salvedad que los comisarios no pueden ser designados provisionalmente por los administradores" (107), y además de que pueden elaborar la

-
- (104) MANTILLA MOLINA, Roberto. Opus cit. pag. 51, cita a Paul Pic. Der. Societe Commerciales, París 1926. No. 1284. pag. 48
 (105) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 25 y 26
 (106) Ibídem. pag. 26
 (107) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 59

convocatoria en forma individual, por ser un derecho sui generis que le concede la ley para cumplir debidamente sus obligaciones.

El derecho de convocatoria que tienen los comisarios se fundamenta en el artículo 183 que especifica que se pueden hacer por los comisarios dichas convocatorias, siendo el derecho espontáneo, en razón de las facultades que se le confieren y obligaciones que se le imponen, pudiendo convocar tanto a las llamadas asambleas ordinarias como a las extraordinarias, en los supuestos de omisión de los administradores, o bien a su libre arbitrio cuando lo juzguen conveniente, (art. 166 fracción VI); en cuanto a la realización de convocatoria a petición de parte que ya antes mencionamos, estos estarán sujetos al requerimiento que realicen tanto los accionistas que van a representar el 33% del capital social, o bien el titular de una sola acción, en los casos que más adelante nos referiremos.

Se dijo que quien también puede hacer la convocatoria es la autoridad judicial, más siempre será a petición de parte, ya sea, en uso del derecho de la minoría o bien por los accionistas en particular, dado el caso que la petición hecha a los administradores o a los comisarios no haya sido atendida.

El derecho de las minorías, representada por el 33% del capital social y el accionista en particular deben pedir por escrito ante el administrador o el consejo de administradores o ante los comisarios, cuestión que deben probar, ante la autoridad judicial correspondiente, si una vez hecha la petición éstos se negaren a hacerla o bien si acceden pero no convocan dentro del plazo de quince días, tendrán a salvo sus derechos para incitar al órgano jurisdiccional, solicitando atentamente que éste convoque a asamblea pudiendo tramitarse en la vía incidental, siendo de aplicación los artículos 1349 y demás relativos del Código de Comercio.

Los motivos por los cuales pueden hacer esta petición varia según de quién sea el que intente esta acción, así tenemos que el derecho de las minorías en ningún momento "tiene restricciones de contenido y - por lo tanto, puede exigir la convocatoria de una asamblea ordinaria como de una extraordinaria" (108), el único requisito que tendrfa es el - acreditar su legitimación mediante la exhibición de los títulos de las-- acciones (art. 184), y manifiesta cual es la orden del día que debe de - incluirse en la convocatoria. Por otro lado, los accionistas en particu-- lar se les llegan a poner más trabas, limitándoles este derecho a los -- casos específicos de la Ley, tales como que cuando no se haya celebrado-- ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos y cuando las asam-- bleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de los asuntos - que indica el artículo 181 (art. 185), o dado el caso que faltare la to-- talidad de los comisarios y el consejo no hiciere la convocatoria tam-- bién puede solicitarla cualquier accionista, ante la autoridad judicial-- (art. 168), en estos casos, la convocatoria va destinada a una asamblea-- extraordinaria únicamente.

El maestro Mantilla Molina, nos explica cómo otro sujeto distin-- to puede convocar a asamblea, tal es el caso, que nos especifica al de-- cir "si la sociedad tiene autorización para que sus acciones se ofrez-- can en venta al público, la asamblea puede ser convocada por la comisión que concede tales autorizaciones (art. 7 fracción III de la Ley que esta-- blece requisitos para la venta al público de acciones de Sociedades Anó-- nimas), actualmente la Comisión Nacional de Valores" (109).

A.3.7. FINALIDAD Y EFECTOS QUE PRODUCE UNA CONVOCATORIA.

Los fines de una convocatoria serfan, en primer lugar, dar a --- conocer a los socios mediante la formalidad legal o convencional presta-- blecida que va a celebrarse una asamblea, requiriendo para ello su presen-- cia, y otro fin que tiene, es el de publicidad a favor de terceros; cum--

(108) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. Pag. 27

(109) MANTILLA MOLINA, Roberto. Opus cit. pag. 401

pliendo los requisitos establecidos por la Ley y los estatutos para la -- elaboración de la convocatoria se entiende que se cumple con sus fines, dando como consecuencia que los efectos producidos sean de prevención a los socios para enterarse de los asuntos a tratar el día y hora señalado-exprofeso, y de esta manera reunir a todos los socios o por lo menos a la mayoría de los accionistas que vengan a representar la mayor parte del -- capital social, pudiéndose deliberar y tomar acuerdos que sean válidos y obligatorios, tanto para los presentes como para los disidentes; por otro lado, los efectos se producirán contra terceros cuando éstos se vean afectados en sus intereses.

A.3.8. SISTEMA DE DOBLE CONVOCATORIA.

Este sistema de segunda convocatoria se ha establecido en virtud de no reunirse el Quorúm necesario para deliberar en la asamblea, la cual fué previamente convocada, esto es, que si una vez convocados los accionistas en términos de Ley y no se presentan los suficientes para alcanzar el Quorúm necesario para deliberar, entonces se procedera a hacer una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia, (art. 191); los-- requisitos que debe llenar de fondo y validez son los mismos previstos en la convocatoria, la diferencia radica en la integración del Quorúm de votación, cuestión que será tratada más adelante.

Este sistema a sido reprobado por la mayoría de los autores, -- pues en términos generales sería aceptar una segunda asamblea con Quorúm-decreciente, en donde la minoría pueda controlar la sociedad, o bien dando lugar a ciertas estrategias que hacen este sistema insidioso, como señala Vivante al decir "pues se presta a impedir el Quorúm en la primera -- reunión para celebrar la segunda en condiciones más ventajosas o al contrario a forzar la celebración en primera convocatoria, contando con la -- ausencia de accionistas que normalmente esperan la segunda cita" (110).

En la práctica se ha dado el caso de que en una misma convocatoria se anuncie la fecha de la primera y segunda reunión, teniendo el carácter de primera convocatoria y a su vez de segunda, que podría ser puesta ad cautelam, para el caso de ser necesaria, dándose la única limitante de que no se realice en el mismo día.

Desde nuestro punto de vista, lo más acertado sería eliminar esta práctica y disponer de un sistema que sea más confiable para que los efectos de la convocatoria se cumplan debidamente, realizándose sus fines y por consiguiente no sea necesaria una segunda convocatoria, debido a que ya una vez que se tenga la seguridad de que fueron los accionistas debidamente convocados, la responsabilidad de asistir de cada uno de ellos quedaría bajo su cargo.

B. INTEGRACION DE LA ASAMBLEA

B.1. PRESIDIO

Siendo la asamblea un cuerpo colegiado que se forma para deliberar sobre el funcionamiento de la sociedad, se ha instituido una presidencia teniendo entre sus funciones la de organizar y dirigir los debates, salvaguardar el orden y la legalidad de la instalación de la asamblea y de la resolución tomada; estará integrada por un presidente, un secretario y esta pueden llegar a nombrar escrutadores, su nombramiento podrán hacerse en la propia escritura constitutiva y si por cualquier razón no consta en los estatutos o ya no están en funciones los designados, "deberán hacerlo en el momento de empezar la sesión y no precisa Quórum, ni mayoría calificada, pues es un acto previo interno que no tiene relación con los acuerdos" (111), no es indispensable que ninguno de estos funcionarios sean socios, de donde ha dispuesto el artículo 193 que "salvo estipulación contraria de los estatutos, las asambleas generales de accionistas serán presididas por el administrador o por el consejo de administración, y a falta de estos por quien fuere designado por los accionistas.

Cuando el nombramiento recae sobre el administrador, éste lo presidirá, pero si se da el caso de existir un consejo de administración, en la práctica lo que es más usual es que el propio presidente del consejo sea quien presida la asamblea, y desde luego, es factible que pueda llegar a nombrarse entre ellos mismos a otro que tome el cargo, más siempre

(111) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 35

y cuando éste forme parte del consejo de administración; también se prevee la presencia de un secretario y escrutadores, la razón de ser del -- primero que nombramos, está basado en lo dispuesto por el artículo 194 -- que requiere la firma de estos, así como del presidente para que de esta forma darle legalidad a las actas de las asambleas, siendo su principal función la redacción de las mismas, y "en algunas ocasiones dar informes a los accionistas y a la lectura de documentos de la sociedad" (112).

Los escrutadores serán designados por el presidente "para que certifiquen el número de asistentes y los documentos que les otorga el derecho de asistencia, a fin de verificar si existe Quórum suficiente" - (113), en vista de tal certificación, el presidente declarará legalmente e instalada la asamblea o, ante la imposibilidad de hacerlo, diferirá su celebración" (114).

En cuanto a la presencia de estos sujetos en la asamblea, no es legalmente necesaria nos dice Walter Frisch, "nos parece ilegal que una asamblea se atribuya a ellos competencia que en verdad debe tener el presidente, como la constatación relativa a una mayoría de votos" (115), -- desde nuestro punto de vista no nos parece muy acertado, pues creemos -- que la presencia del secretario y escrutadores, obedece a un principio de organización y el atribuirles determinadas competencias que corresponden al presidente, es con el fin de que haya mayor rapidez y veracidad -- en los datos aportados, más éste siempre debe verificar que toda actividad esté conforme a la ley y al pacto social.

A la presidencia de la asamblea le corresponde en primer lugar, "redactar la lista de asistencia, comprobar la convocatoria y la calidad de los asistentes, dirigir las discusiones, garantizar el orden de la -- asamblea, poner en votación las cuestiones y hacer levantar el acta correspondiente" (116)

(112) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 113

(113) MUÑOZ, Luis. Opus cit. pag. 437

(114) MANTILLA MOLINA, Roberto. Opus cit. pag. 406

(115) WALTER FRISCH, Philipp. Opus cit. pag. 345

(116) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 36

B.2. Q U O R U M

Para que la asamblea pueda funcionar aparte de que sean convocados legalmente todos sus miembros, también es requisito esencial que la reunión esté integrada por un determinado número de acciones, que la ley o los estatutos exigen como mínimo para que pueda deliberar válidamente; éste mínimo requerido va a depender de la clase de asamblea de que se trata (ordinaria o extraordinaria), por eso, el Quórum va a consistir en la aplicación del principio mayoritario para que la asamblea pueda reunirse, sujetándose a las características que diferencian a la sociedad anónima de otras sociedades, de donde supone "la división de su capital en acciones, títulos valor que incorporan los derechos del socio y que son documentos necesarios para su ejercicio (art. 87 y 111)" (117), por eso el Quórum va a estar integrado por " el número de acciones representadas en una asamblea y que constituyen una parte del capital social, no inferior al señalado por la ley o los estatutos, para que la asamblea pueda deliberar válidamente" (118), siendo que " la actividad de la asamblea no se desarrolla siguiendo las reglas ordinarias común a las corporaciones privadas y a las sociedades de personas, en las que, en formación de la voluntad colectiva se tiene en cuenta el número de presentes, sino según la regla especial del número de las acciones presentes" (119), esto quiere decir que no importa el número de personas que como socios asistan, para determinar el cómputo, sino el número de acciones que se exhiban, pues a cada acción corresponde un voto, salvo casos especiales de accionistas de voto limitado.

Corresponde al presidente cerciorarse si en la asamblea hay el Quórum necesario para poder deliberar, así como si las resoluciones tomadas cumplieron con el Quórum requerido, efectivamente, por Quórum en su sentido literal, entendémos según el Diccionario de la Real Academia Española "el número de individuos necesarios para que un cuerpo deliberan-

(117) BARRERA GRAF, Jorge. Las Sociedades en el Derecho Mexicano. UNAM. 1983. Pag. 137.

(118) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 85

(119) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 38. Brunetti. Ovcir Núm. 65, pag. 172.

te tome ciertos acuerdos en proporción de votos favorables que requiere un acuerdo" (120), o sea, que puede tener dos significados que son aplicables en las asambleas, cabe aclarar que en lugar de número de individuos nos debemos referir a número de acciones, dadas las causas antes expuestas, el primer sentido va a consistir en el hecho de referirse al mínimo de acciones reunidas que la ley exige para considerar instalada la asamblea, y el otro sentido es en cuanto a la votación de los acuerdos; el profesor Joaquín Rodríguez les da la clasificación llamándolos Quórum de presencia y Quórum de votación, diciendo "que aquél es el número de acciones que deben estar presentes para que una asamblea general pueda estimarse válidamente reunida; Quórum de votación será, por consiguiente, el número mínimo de las acciones presentes que ha de formular su voto favorable a una propuesta de resolución, para que esta pueda estimarse eficaz y válidamente adoptada" (121).

Este mínimo requerido por la ley, a que nos hemos referido, -- puede llegar a aumentarse en los estatutos para poder deliberar y acordar en determinados asuntos, más nunca podrá ser inferior, salvo en los casos que la propia ley establece, cuando se trata de segunda convocatoria, así el hecho de poderse aumentar el Quórum tiene su razón de ser en la interpretación gramatical de los artículos 189 (por lo menos), -- 190 (por lo menos) y 191 (cualquier que sea el número de acciones representadas) y de la interpretación teleológica según la cual se pretende obtener mayor participación en la asamblea de primera convocatoria y mayor grado de iniciativa acelerada en aquella de segunda convocatoria" -- (122).

Creemos, siguiendo a Mantilla Molina, que el aumento del mínimo requerido, sólo puede proceder en las asambleas extraordinarias, más no en las ordinarias, dando como argumento que "no es válido que los estatutos exijan un Quórum superior al que señala la Ley de Sociedades -- Mercantiles, pues no lo permite la letra del texto respectivo, y tal --

(120) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Madrid 1970. 19a. edición. Pag. 1096.

(121) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 39

(122) WALTER FRISCH, Philipp. Opus cit. pag. 343.

exigencia dificultaría la reunión de un órgano cuyo funcionamiento es ne cesario para la marcha de la sociedad" (123).

Como se puede observar, el Quórum en segunda convocatoria tiene distinto tratamiento que en la primera convocatoria, esto es con el fin - de facilitar la capacidad de las asambleas para tomar las decisiones que interesen a la sociedad y no se estanque en la vida social, dándose sólo la segunda convocatoria por falta de Quórum de presencia y no de votación, pues "si ésta no obtiene en la asamblea de primera convocatoria la proposición respectiva se considerará como negada, sin posibilidad de que se - haga una segunda convocatoria" (124).

B.3. L I S T A D E A S I S T E N C I A

En lo que se refiere a la lista de asistencia, no se encuentra - regulada por la Ley de Sociedades Mercantiles, tomándose su fundamento en el artículo 41 del Código de Comercio, aplicado en forma supletoria, supo nido el profesor Walter Frisch (125), "que al establecer en el libro de actas, se expresarán entre otros datos, los asistentes a las asambleas de la Sociedad Anónima y los números de acciones de cada accionista presente", sin embargo, poniéndose en la práctica, y "significando simplemente una ho ja por separado en la que aparecen los nombres de los accionistas presen- tes en la asamblea" (126), analizando lo anterior, somos de la misma opi- nió n del maestro Vázquez del Mercado al indicar que la lista de asistencia no constituye una obligación ni un requisito indispensable para que la --- asamblea se considere legalmente constituida. La función que desempeña es como instrumento de prueba" (127); distintos autores han coincidido en este criterio, indicando que la asistencia se hace constar en el texto del - acta de las asambleas, al igual que los demás datos como son: nombre del - accionista, el número de acciones que representan, el número de acciones - que viene representado y el número de votos que le corresponden, más no es indispensable una lista aparte con todos estos datos.

(123) MANTILLA MOLINA, Roberto. Opus cit. pag. 402

(124) WALTER FRISCH, Philipp. Opus cit. pag. 343

(125) Ibidem. pag. 342

(126) VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. pag. 84

(127) Ibidem. pag. 84

B.4. V O T O S

Una vez legalmente instalada la asamblea y precisado el Quórum de votación, se procederá a ejercer este derecho de voto, sin más limitaciones que las señaladas por la propia ley; efectivamente, en el artículo 198 se precisa la libertad de voto que tienen los accionistas, al considerar como nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas, si el voto es "el parecer o dictamen manifestado en alguna junta o cuerpo en orden a la decisión de algún punto o elección" (128), por su carácter deliberativo, significa la confirmación de la voluntad del accionista, ya sea aceptando o rechazando los acuerdos sometidos a su consideración y para que éste sea válido es "necesario que el voto sea incondicional, claro y sin contradicciones" (129).

Las restricciones a que se encuentran sometidas el derecho de voto, están especificadas en la ley, tal es el caso de "la impuesta por el artículo 113 de la ley en comento, a las acciones de voto limitado" (130), también al accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse de toda deliberación relativa a dicha operación; el accionista que contravenga esta disposición, reza el artículo 196, "será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación"; también el artículo 197 restringe a los administradores y los comisarios sin poder votar en las deliberaciones relativas a la aprobación de los informes a que se refiere los artículos 166 en su fracción IV y 172 en su enunciado general o a su responsabilidad. En caso de contravenir esta disposición, la resolución será nula cuando sin su voto de administrador no se hubiera logrado la mayoría requerida.

La finalidad de estas restricciones, derivan de la necesidad de la sociedad por alcanzar sus finalidades, siendo sus intereses superiores

-
- (128) PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, Deudécima edición. Editorial Porrúa S.A., pag. 783.
 (129) WALTER FRISCH, Philipp. Opus cit. pag. 350
 (130) DE PINA, Rafael. Derecho Mercantil Mexicano. Edit. Porrúa, pag. 103 y 104.

a los de cualquier otro socio en particular, y de los administradores y comisarios porque se apruebe el balance que es el resultado de su gestión, y que se les absuelva de toda responsabilidad, ahora bien, puede darse el caso de "que la mayoría de los accionistas sean administradores y comisarios, en cuyo caso no pueden votar en el supuesto del artículo - 197, la sociedad queda regida por la minoría, siendo de su competencia - la responsabilidad de aquella (art. 163)" (131), los cuales pueden llegar a hacerles cesar en su encargo y fincarles responsabilidad en los -- términos del artículo 162 y 163, y el principal problema sería como dice el profesor Mantilla Molina: "sin que haya mayoría para reelegirlos, (ex presando casi espantado), ¡La suerte de la sociedad en manos de la minoría!" (132).

Otro aspecto importante de analizar, es lo que pasa con las resoluciones en la que un accionista que tenga interés contrario, no se abstiene de votar, la sanción es simplemente la indemnización de daños y perjuicios en favor de los perjudicados, si su voto ha determinado la mayoría que aprobó la desición, pues bien, creemos que debería también anular se por ir en contra de los intereses de la propia sociedad.

B.5. A C T A S

Con el fin de que las actuaciones realizadas durante la celebración de una asamblea general quede registrada y obren constancias de las - deliberaciones, el secretario deberá levantar un acta, la cual quedará --- asentada en un libro especial que la sociedad deberá de llevar para este - fin; así lo dispone el artículo 36 del Código de Comercio al decir: "en el libro o los libros de actas se harán constar todos los acuerdos relativos a la marcha del negocio que tomen las asambleas o juntas de socios y en su caso, los consejos de administración (133), el cual tendrá que estar debidamente legalizado por la Oficina Federal de Hacienda del domicilio de la Sociedad, "en la práctica suele acostumbrarse que se lleve un solo libro -

(131) MUÑOZ, Luis. Opus cit. pag. 439

(132) MANTILLA MOLINA, Roberto. Opus cit. pag. 407

(133) Código de Comercio. Opus cit. pag. 12

para actas de asambleas y de juntas del consejo administrativo" (134), -- estas actas deberán de contener: la fecha respectiva, los asistentes a -- ellas, los números de acciones que cada uno representa, el número de vo-- tos de que pueden hacer uso, los acuerdos que se tomen, los que se consig-- narán a la letra, y cuando las votaciones no sean económicas, los votos -- emitidos, cuidando además, de consignar todo lo que conduzca al perfecto -- conocimiento de lo acordado (art. 41 del Código de Comercio), a su vez, -- deben de estar firmadas por quienes presiden dicha asamblea o sea, por el -- presidente y por el secretario y los comisarios que concurren, pudiendo -- firmar los escrutadores también; a las actas se agregarán los documentos -- justificativos de la regularidad de las convocatorias y de la asamblea, -- por lo que nos dice el maestro Joaquín Rodríguez que, "no hay razón para -- que la adjudicación de tales documentos sea material, también pueden trans -- cribirse en el acta o formarse con ellos un legajo que se archivará, ha--- -- ciéndose referencia a ello en el acta" (135), ese expediente se formará -- por un ejemplar del periódico en el que se hubiere hecho la publicación de -- la convocatoria, si ésta hubiere sido necesaria; copia del acta de la asam -- blea autorizada por el presidente y el secretario de la misma y dictámenes, -- documentos y escritos con los que se acredite la personalidad de los que -- asistieron o se hubiesen presentado a la asamblea, "la falta de tales docu -- mentos no producirá la nulidad del acta, ya que sólo son prueba de la regu -- laridad del procedimiento" (136).

De esta forma, el artículo 194 que habla de las actas, incluye en sus dos últimos párrafos: "Cuando por cualquier circunstancia no pudiere -- asentarse el acta de una asamblea en el libro respectivo, se protocolizará -- ante notario. Las actas de las asambleas extraordinarias serán protocoliza -- das ante notario e inscritas en el Registro Público de Comercio.

B.6. REPRESENTACION

Cuando se ha convocado a asamblea, es obligación de los accionis-

(134) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Opus cit. pag. 97
 (135) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pag. 45
 (136) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Opus cit. pag. 97

tas concurrir, más en caso de no poder o no querer asistir, pueden nombrar un mandatario que los represente en la asamblea, pueden ser los mismos socios o personas extrañas, tal es el criterio que nuestro legislador ha consignado en el artículo 192, en cuanto a la formalidad que deberá observarse, se estará de acuerdo a lo determinado en el estatuto y a falta de disposición expresa, se formulará por escrito, basta y sobra con una simple carta poder, hasta puede llegar a ser en forma verbal; el mencionado artículo especifica la prohibición a los administradores y a los comisarios para ser mandatarios; fuera de estos casos, como ya se dijo, cualquier persona sea socio o no, puede ser mandatario y en ningún caso se podrá prohibir dicha "representación de accionistas y tampoco, podrá dificultarla hasta un grado que corresponda practicamente a su imposibilidad, sin embargo, podrán reglamentar las condiciones de la representación, por ejemplo, restricciones en cuanto a las características de representantes, como exclusión de representantes extranjeros" (137).

El mandato otorgado se va a regir de acuerdo a como lo establece la legislación civil vigente, así el concepto de mandato nos lo proporciona el artículo 2546 del Código Civil, que dice: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga, pueden ser escritos o verbal" (138).

"Pueden concurrir a las asambleas los administradores, comisarios y representantes común de los obligacionistas, que al tenor de lo dispuesto por el artículo 217 fracción XV de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, obrará como mandatario de aquellos, pudiendo asistir a las asambleas generales de accionistas de la sociedad emisora y recabar de los administradores, gerentes y funcionarios de la misma, todos los informes y datos necesarios para el ejercicio de sus atribuciones, incluyendo los relativos a la situación financiera de la sociedad" (139).

(137) WALTER FRISCH, Philipp. Opus cit. pag. 349

(138) Código Civil para el Distrito Federal. Colecciones Porrúa. 54a. edición. Editorial Porrúa S.A. México 1985, pag. 442.

(139) MUÑOZ, Luis. Opus cit. pag. 437

B.7. DERECHO DE INFORMACION

En el lapso de tiempo que medie entre la publicación de la convocatoria y la celebración de la asamblea, los accionistas tienen derecho de consultar los libros y documentos relativos a los asuntos a tratar, mismos que deberán quedar a su disposición en las oficinas de la Sociedad, con el fin de que estén en aptitud de informarse de la situación en que se encuentra la sociedad y poder entrar al debate con argumentos sólidos.

B.8. DEPOSITO DE LAS ACCIONES Y TARJETAS DE ADMISION

Con el propósito de controlar la entrada de los verdaderos accionistas y facilitar la celebración de las asambleas, evitando trámites que causen molestias y pérdida de tiempo, así como errores al revisar todas -- las acciones y demás trámites, se ha dado en la práctica que los accionistas que deseen participar en la asamblea, deben depositar sus acciones ya sea en el domicilio social o bien en una institución bancaria que en los estatutos o en la convocatoria se determinen e incluso ante notario, por lo cual se le entregará al depositario una tarjeta de admisión como contraseña, con la cual podrá acreditar su calidad de socio y el número de votos con que cuenta; igual efecto tiene la constancia expedida por la Institución Bancaria, más esto no quiere decir que si no la deposita previamente no pueda participar en la asamblea, pues se estaría con esto contraviniendo un derecho inherente a su carácter de socio, pudiendo en último caso, - justificar en el momento de la celebración de la asamblea ser socio para - poder integrarse a la misma.

CAPITULO IV. DE LA VALIDEZ E INVALIDEZ DE LAS ASAMBLEAS
Y SUS ACUERDOS.

A. VALIDEZ DE LAS ASAMBLEAS.

A.1 GENERALIDADES.

Para que una asamblea se considere legalmente reunida don-de surjan acuerdos que tengan plena válidez a la luz del Derecho, y su -- cumplimiento sea obligatorio para los miembros de la Sociedad, es indis-- pensable satisfacer los requisitos que tanto la Ley General de Sociedades Mercantiles como en los Estatutos se han establecido, siendo que de la -- inoservancia de alguno traería como consecuencia la ineficacia de los ac-- tos realizados.

El maestro Joaquín Rodríguez al respecto afirma que, "una - Asamblea sera válida, cuando sean de Sociedades existentes y esten convo-- cadas según la Ley y los Estatutos y los socios que la componen se reúnan en el número y condiciones que fija la Ley; los acuerdos serán válidos si siendo válida la Asamblea se tomen resoluciones por las mayorías legalmen-- te fijadas, sobre objetos lícitos y posibles en asuntos de su competen--- cia" (141); en su concepto, nos enuncia los requisitos que son indispensables para que los actos que se esten realizando sean eficaces y produzcan las consecuencias de Derecho que se tenían la intención de realizar, o -- sea una reunión válida y adopción de acuerdos válidos, por lo que debemos entender que la válidez de un acto no es más que "la virtud o potencia de producir efectos jurídicos, por su conformidad con la Ley y la inválidez es la carencia o privación de esa virtud por no reunir las condiciones -- requeridas por la Ley " (142).

Más sin embargo, tenemos que es difícil determinar cuando-- es válida, en virtud de que los actos procedimientos de como funciona, la Sociedad, sigue un determinado orden, lógico y sistematizado que no es --

(141). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. pág. 61. Tomo II.

(142). DE DIEGO, Clemente. Instituciones de Derecho Civil Español, Madrid 1941. Tomo I. Pág. 270.

reversible y de la falta de alguno de los requisitos establecidos, traería como consecuencia la ineficacia de los demás actos, por ejemplo, si una Sociedad que no se ha constituido conforme a la Ley y los Estatutos, repercutiría en la Asamblea y sus acuerdos, de igual forma un órgano deliberante que no ha cubierto sus presupuestos para deliberar, podría invalidar las resoluciones tomadas.

Desde Luego, que este tema de la eficacia de las Asambleas y sus resoluciones representa uno de los más conflictivos, tanto en la doctrina como en la práctica, pues "si bien es difícil decir cuando es válido un acuerdo de la junta general, más difícil es saber cuando es nulo y sobre todo cuales son las consecuencias de esa nulidad" (143), esto se debe a que su temática es complicada y confusa, siendo el caso que ni la doctrina, ni la legislación que contiene normas especiales sobre este tema, han podido aclarar algunos conceptos; no decimos que en este trabajo se resuelvan, sino que se intentará llegar a algunas conclusiones, que de acuerdo con nuestro saber y entender nos permita.

La importancia de este tema, se deriva de los efectos que producen la validez de los acuerdos, siendo en el sentido de adquirir fuerza obligatoria para todos los socios, presentes o ausentes, conformes o disconformes, mismos que deben someterse a las decisiones que se ha tomado, y si existe alguna irregularidad que haga producir el efecto contrario, o sea la invalidez de la Asamblea y de sus acuerdos, ya no podríamos referirnos a dicha obligatoriedad, y los socios estarían en aptitud de atacar dichas resoluciones, con el fin de sobreproteger sus intereses que se consideren afectados, de aquí sacaremos la problemática de nuestro estudio, y para ello debemos recordar algunos conceptos del Derecho Civil que son aplicables, en virtud de que como dice Wieland, "el problema de la nulidad, inexistencia o anulabilidad de los acuerdos, no es cuestión puramente del derecho de sociedades o de las anónimas, sino que es decisivo para su estudio, la conformación de estas Instituciones en el Derecho Civil" (144).

(143). GARRIGUEZ, Joaquín. Opus Cit. Pág. 509.

(144). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. Pág. 59.

A.2 ACTOS Y NEGOCIOS JURIDICOS.

Como es sabido, la realización de los supuestos de Derecho lo constituyen los actos y hechos jurídicos, debido a que de estos derivan los acontecimientos trascendentales para el Derecho, así entendemos -- que "el supuesto en el proceso normativo desempeña un papel semejante al de la causa en el proceso de causalidad, con la diferencia de que el princ ipio de causalidad, es substituido en el orden jurídico por el de imputa ción" (145), en tal consecuencia no debemos olvidar que la norma jurídica se elabora para regir conductas humanas, pero sólo en aquellos casos que el mismo Derecho considera que esas conductas deben producir consecuen-- cias.

El hecho jurídico en amplio sentido, lo conocemos como toda conducta humana o ciertos fenómenos de la naturaleza que el Derecho -- considera para atribuirles consecuencias jurídicas, por eso, "trad icional mente se ha venido aceptando como principio de Derecho la máxima Jux ex facto oritur (el Derecho nace del hecho), que supone el reconocimiento de la eficacia de los hechos en el mundo jurídico de un modo indiscutible"-- (146), formandose la trama de la vida del Derecho, con la creación, modificación y extinción de los derechos, que tienen su origen en los actos-- y hechos jurídicos en estricto sentido, conjugándose con las normas jurí-- dicas.

El acto y hecho jurídico en estricto sentido, son especies del hecho jurídico entendido en amplio sentido, concretandonos al enun-- ciado del acto jurídico y sus elementos debido al objeto de nuestra tesis, por tanto lo definiremos como, "la conducta del hombre en que hay -- una manifestación de voluntad con la intención de producir consecuencias-

(145). ROJINAS VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción Personas y familia. Tomo I. Editorial Porrúa S.A. 1979. pág. 115.

(146). DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil mexicano. Introducción personas y familia. Volumen primero. Decimo cuarta edición. Revisada y actualizada por Rafael De Piná Vara. Editorial Porrúa S. A. México. 1985. Pág. 261. Tomo I.

de Derecho, siempre y cuando la norma sancione esa manifestación de voluntad y sancione los elementos deseados por el autor" (147), siendo la principal característica la intención que se tenga de producir consecuencias de Derecho, debido a que el acto es jurídico solo cuando posee determinada cualidad que se puede referir a la eficacia jurídica o bien a la idoneidad para producir efectos jurídicos.

De esta forma, tenemos que el objeto del acto jurídico, sea la de producir consecuencias de Derecho entre personas determinadas, estas consecuencias van a depender de la existencia de un precepto que sea encuadrado en el acto que las partes han querido celebrar, distinguiéndose, por tanto, la rama del derecho que lo regula y adecuándonos a nuestra investigación, nos referiremos al Derecho mercantil. de donde la legislación rectora aplicable es el Código de Comercio en forma genérica, y la Ley general de Sociedades mercantiles de manera específica, más sin embargo, debido a las lagunas que existen con respecto al tema a tratar, se aplicarán en forma supletoria los principios del Derecho civil, en especial las nulidades que consisten en la inexistencia, y nulidad absoluta y relativa.

Del acto jurídico se desprenden tres elementos esenciales que son:

1.- La manifestación de la voluntad que puede ser expresa o tácita, dada por el sujeto que debe ser capaz a la luz del Derecho; a falta de este elemento, no hay acto que se pueda realizar, pues no se expresa la intención de producir consecuencias de Derecho, derivando serias dificultades, porque como anteriormente hemos dicho, los efectos de un acuerdo válido es de fuerza obligatoria para los socios, aun para los ausentes e inconformes, entonces su aplicación sería en contra de su voluntad, misma que no fue expresada, ya sea por su ausentismo o su disidencia.

2.- El objeto que debe ser posible física, comercial y jurídica, dividiéndose en directo e indirecto, aquel consiste en crear, trans

(147). GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. Quinta edición. Editorial Cajica S.A. Pág. 124.

mitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones y el indirecto, consiste en el hecho material del convenio.

3.- "El reconocimiento que haga la norma jurídica a los --- efectos deseados por el autor del acto. Si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de la voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de Derecho que esten amparadas por el ordenamiento jurídico, el derecho estaría al servicio de los particula res" (148).

Una vez entendido el concepto de acto jurídico, pasaremos a estudiar al negocio jurídico y las relaciones que existen entre estas figuras y nuestro tema.

La expresión de acto jurídico tiene un amplio sentido (a pesar de ser una especie del hecho jurídico en lato sensu), pues dentro de la dógmatica jurídica es comprensible de la acción y de la omisión, pudiéndose considerar como un negocio, ya que en ocasiones "designa una operación jurídica, correspondiendo entonces a la palabra latina negotium" (149), siendo este el sentido de donde deriva la expresión de negocio jurídico, concluyéndose que es una especie del acto jurídico, definido como "la situación jurídica que el derecho valora como creada y reglamentada por la voluntad declarada de las personas" (150), o bien como, "una declaración de voluntad del individuo con un fin protegido por la norma --- jurídica" (151).

La denominación de negocio jurídico, proviene del alemán -- Rechtsgeschaf, que fue derivado de la ciencia pandectista germana, que -- creo la teoría del negocio jurídico, refiriéndose en esencia a actos lí- citos que tendrían como fondo, el modo, forma y valor de la declaración - volitiva del hombre para que pueda haber efectos jurídicos, o sea, la expresión plena de la autonomía del sujeto jurídico. Esta teoría ha sido --

(148) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Opus Cit. pág. 121.

(149) Ibidem. Pág. 115.

(150) DE PINA, Rafael. Diccionario. Opus cit. Pág. 353.

(151) MUÑOZ, Luis. Derecho Mercantil. Tomo primero. Librería Herrero. --- 1952. Pág. 166.

aceptada por la doctrina en nuestro país, cuestión contraria en nuestra legislación positiva, debido a que no se hace mención a este concepto, y desde nuestro punto de vista, consideramos que debido a la naturaleza y distinción con el acto jurídico, además por la complejidad de los actos realizados en la Sociedad Anónima, sería prudente que nuestros legisladores lo tomaran en cuenta cuando legislen en materia de Sociedades, lo que haría que se evitaran confusiones con el Derecho Civil.

Abundando al tema, mencionaremos a Carnelutti, quién sostiene que el negocio jurídico "es el resultado del ejercicio del Derecho subjetivo, pues este es un poder destinado a defender el propio interés, o un interés jurídicamente protegido; el negocio jurídico en un sentido más profundo, es un actuar unilateral o conjuntamente para la defensa -- de uno o varios intereses del titular o titulares" (152), desde luego -- que dicha definición tiene un carácter procesalista, que deriva del principio de que los particulares a través de su esfuerzo, alcanzan ventajas económicas, mismas que podrán ser defendibles en caso de verse afectadas.

Con estos aspectos estamos en aptitud de aceptar una definición que a nuestro parecer es la más completa, así tenemos que negocio jurídico "es la declaración de voluntad privada, encaminada a conseguir un fin práctico a las que el ordenamiento jurídico, o bien por sí solas o en unión de otros requisitos reconoce como la base para producir determinadas consecuencias jurídicas" (153); los elementos que integran el negocio jurídico son: a). Esenciales que son aquellos que representan el -- mínimo que las partes han de cumplir para la existencia del contrato o -- acto; b). Los naturales en que las partes suelen convenir y se refieren -- a las consecuencias de las naturalezas del convenio; y c). Los accidentales que son los actos que imprimen a las consecuencias jurídicas propias del contrato una dirección diversa a la establecida en la legislación.

A.3 EFICACIA DE LA SOCIEDAD ANONIMA.

Dadas las características jurídicas que presentan la Socie-

(152). DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Opus Cit. Pág. 237.

(153). DE PINA VARA, Rafael. Opus Cit. Pág. 267.

dad Anónima, se dice que es de naturaleza contractual, cuya forma de "expresar la voluntad unilateral, normalmente es de voluntades múltiples, pero que puede ser de voluntades singulares" (154), dicha voluntad no es -- opuesta entre sí, sino que concurre a una finalidad que es la creación de una nueva persona jurídica, por lo tanto estamos ante la celebración de un acto jurídico tendiente a crear consecuencias de derecho.

Para la creación de esta persona jurídica, la Ley General - de Sociedades Mercantiles en su artículo 89, expone los requisitos indispensables para constituirse, siendo estos: I. Que haya cinco socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos; II. Que el capital social no sea menor de veinticinco mil pesos, y que este integralmente suscrito; III. Que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos, - el 20% del valor de cada acción pagadera en numerario; y IV. Que se exhiba integralmente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario.

Estos presupuestos se deben cumplir en cualquier de los procedimientos establecidos por la ley mencionada, así en la fundación simultánea se perfecciona el acto tan pronto como se realice el pago de las -- aportaciones y se convenga sobre el contrato, y en el procedimiento sucesivo, después de haberse celebrado la asamblea constitutiva.

A grosso modo podríamos decir que, los elementos esenciales son: 1. "El consentimiento, que supone la conformidad de cada socio para poner en común los bienes o actividades convenidas" (155); 2. Las bases-generales establecidas para la constitución y funcionamiento de la sociedad; 3. El objeto, consiste en la aportación de los socios; y 4. La causa que es el motivo o fin lícito (más adelante expondremos el porqué lo consideramos como elemento esencial).

Consideramos que los elementos de validez serían: a). La -- capacidad, que siguiendo a Donatti es, " la idoneidad de un sujeto para -- realizar un determinado acto en razón de una posición suya, positiva o -

(154). CERVANTES AHUMADA, Raúl. Opus cit. Pág. 85.

(155). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. Pág. 24 Tomo 1.

negativa con un bien o con otra persona a que el acto se refiere" (156); b). Que el objeto motivo o fin sean lícitos; c). Que no este afectado -- por vicios el consentimiento; y d). debiendose otorgar en Escritura Pública, registrada debidamente en el Registro Público de la Propiedad y - del Comercio.

A.4 T E O R I A D E L A C A U S A .

La teoría de la Causa tiene su origen en Domat, según el - cual "la obligación de una de las partes es la causa de la otra" (157), - inspirando a Pothier, el cual influye a su vez a los autores del Código - de Napoleón, manifestandola como la Causa lícita, elemento del contrato - (junto con el consentimiento, el objeto y la capacidad), declarando que - la obligación sin causa, con causa falsa o ilícita no produciría efecto legal alguno. Conforme a la doctrina clásica y la Jurisprudencia francesa vigente hasta 1832, la causa es aquella que determina esencialmente al - contratante a obligarse, esto es el fin directo e inmediato que este, se propone al contratar, por lo que se trata de la causa final.

En nuestra legislación, no se considera expresamente el -- término causa, mas sin embargo, de acuerdo con el significado de la mis - ma, sería lo que conocemos como el motivo o fin que pueda ser materia -- del negocio; siendo por lo tanto un término doctrinario, dandole diver - sas connotaciones, así tenemos la causa final o determinante que es el - proposito o fin abstracto que las partes se proponen contratar, o sea, es un elemento intrínseco al negocio jurídico e idéntico en cada categoría - de contrato. la causa impulsiva, es el motivo o móvil determinante de la voluntad del individuo que lo lleva a contratar; que representa el ele - mento extrínseco al negocio y por último tenemos la causa eficiente que - se representa como la fuente de las obligaciones.

"Es causa todo aquello que se considere como origen o fun - damento de algo", nos dice Luis Muñoz (158). por tanto el negocio jurídi

(156). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus Cit. Pág. 67. Tomo II.

(157). Ibidem. Pág. 45.

(158). MUÑOZ, Luis. Opus Cit. Pág. 185. Tomo I.

co sería el último fin y motivo determinante de la voluntad, sin que jamás sean considerados como causa los motivos individuales, salvo si las partes estipularan que así había de entenderse, en cuyo caso esos motivos serían como una condición esencial del negocio.

Rugiero por su parte dice que, "es el fin económico y social reconocido y protegido por el Derecho; es la función a que el negocio objetivamente considerado se dirige; es la condición que justifica en cuanto excluye que sea lesiva al derecho ajeno; representa en cierto modo la voluntad de la Ley frente a la voluntad privada" (159).

Bonnecasse la considera como "la voluntad inseparable de los móviles de toda especie a los que obedece, de modo que la causa es un aspecto de la voluntad dotada de un efecto propio; es el fin concreto que los autores del acto jurídico se esfuerzan por alcanzar, es un objetivo concreto de la misma categoría, es el móvil determinante" (160).

En el Derecho mexicano se ha seguido la doctrina de Bonnecasse, siendo el criterio de nuestro más alto Tribunal de inclinarse por la existencia de la causa como elemento esencial del negocio jurídico, al manifestar que la Ley objetiva, confunde el objeto del contrato con el de las obligaciones, por un lado y por otro, dice que el motivo del contrato es personal en cada individuo, y por consecuencia variable mientras que la causa es siempre idéntica en cada contrato determinante.

Hecho el estudio de esta figura jurídica, aplicándolo a las Instituciones que nos ocupa, diremos a nuestro saber y entender que la causa de la Sociedad Anónima es la obtención de beneficios económicos mediante la unión de los socios los cuales están representados por la parte alícuota que aporta, para que en común se integre un capital social y se realicen diversos actos ya sea mercantiles o suministro de servicios en la forma que la Ley de la materia lo establece.

La causa en la asamblea es la reunión de los integrantes de la Sociedad para que estos determinen mediante la discusión de los --

(159). MUÑOZ, Luis. Opus cit. Pág. 187.

(160). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. Pág. 47. Tomo I

asuntos que les planteen, así como la forma, modo y condición en que la sociedad debe funcionar desidiendo democráticamente. En cuanto a los acuerdos que de la asamblea deriven, será la expresión misma de la voluntad como conclusión a la deliberación realizada por los socios que prescidió legalmente la asamblea, siendo la resolución adoptada la que formara la expresión de la voluntad de la persona moral.

A.5 EFICACIA DE LAS ASAMBLEAS Y SUS ACUERDOS.

La Asamblea esta considerada como un acto jurídico de fusión de voluntades, dada la formación que tiene para que pueda funcionar por lo tanto, tendra sus reglamentos de existencia y requisitos de validez, desde luego distintos a los consignados en los acuerdos, "las condiciones de validez de la asamblea deben considerarse separadamente de la condición de validez de los acuerdos" (161).

En primer lugar para que una asamblea exista, deberá derivar de una Sociedad existente, por ser aquella consecuencia de la legalidad de la otra; además como elementos esenciales tenemos a la convocatoria, el Quorum de reunión necesario y aquel para deliberar válidamente; los requisitos de validez los resumiríamos en la capacidad de los socios para asistir a la Asamblea ya sea por sí o por medio de representante; el motivo, objeto y fin de los asuntos a tratar sean lícitos o esten dentro de su competencia; que no existan vicios del consentimiento, o sea, que los votos no sean obtenidos por medio de la violencia física o moral, error, dolo y mala fé; y se de la formalidad establecida por la ley.

En virtud de que la formación de la asamblea será mediante un procedimiento lógico y sucesivo, en ese orden de ideas lo expondremos para mayor comprensión, así tenemos, refiriendonos exclusivamente a las asambleas ordinarias que se reuniran por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social (artículo 181), en los demás tipos de asamblea no hay termino fijo para sus realizaciones.

Expusimos que la convocatoria es un requisito esencial, debido a que es la notificación realizada a los miembros que forman parte del Colegio, por quien tiene facultades para hacerlo (generalmente es el Presidente), "en las formas y términos prescritos e indicando el punto a discutir en la reunión en la que el Colegio va a deliberar" (162). previamente, también los libros y documentos relacionados con el objeto de la Sociedad deberán estar a disposición de los socios para que puedan enterarse de su contenido.

Una vez convocados los socios, se realizará la reunión, pero antes se depositarán las acciones con los títulos en que acrediten su personalidad, en las oficinas de la Sociedad, otorgándose una tarjeta de admisión para acreditar el carácter de socio y el número de votos disponibles, posteriormente redactará una lista de asistencia y se nombrará un Presidente y Secretario, quienes serán los encargados de la dirección de la Asamblea, salvo estipulación en contrario de los Estatutos, las Asambleas generales de accionistas serán presididas por el Administrador o por el Consejo de Administración y a falta de ellos, por quien fuera nombrado por los accionistas presentes (art. 193).

Para que la reunión se considere válida, tiene que haber el Quorúm que la Ley requiere para la integración de la Asamblea, los conceptos generales del mínimo necesario de socios, lo expusimos en capítulos anteriores que en obvio de repeticiones lo tenemos por reproducidos en esta parte; resumiendo que en "Asambleas ordinarias en primer convocatoria será la mitad del capital social y en segunda convocatoria la asamblea no requiere ninguna mayoría especial o calificada; en las extraordinarias en primer convocatoria es tres cuartos del capital social y en segunda tan solo la mitad del capital social" (163).

Por su parte Garo, dice que "el número mínimo de socios que tienen derecho a votar de una manera efectiva y valida, esto para el caso de acciones que no hayan sido debidamente integradas, o bien acciones-

(162). VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. Pág. 23.

(163). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. Pág. 71. Tomo II.

que no tengan derecho a votar en determinados casos, por ejemplo, el de las acciones privilegiadas o preferentes" (164).

Ahora veamos los aspectos de la discusión de los asuntos-- a tratar, para resolver sobre ellos, Donati considera a la deliberación-- como "un acto jurídico complejo que resulta de la función de varias deliberaciones encaminadas a un fin único" (165), más sin embargo, creemos - pertinente definirlo como un acto complejo unilateral en virtud de "que-- mientras que en el acto constitutivo figura partes no vinculadas entre - sí, en los acuerdos de las Asambleas se trata de una declaración de vo-- luntad que se realiza en el marco de la Sociedad ya organizada, por eso-- el primero es acto plurilateral y el segundo un acto unilateral" (166).

Discutido el asunto, se pasará a resolver lo conducente,- de donde surgan los acuerdos de las Asambleas de accionistas que son - "los negocios jurídicos mediante los cuales se manifiesta la voluntad social" (167), este acto se sujetará a las reglas de la votación, de donde prevalecerá el principio mayoritario, siendo válidas cuando las resolu-- ciones se tomen por mayoría de los votos presentes, en cuanto a las Asambleas ordinarias y en las extraordinarias se tomarán por el voto de las-- acciones que representen la mitad del capital social.

Donati (168), por su lado realiza un estudio en esta mate-- ria que se considera de los más completos, exponiendo tres hipótesis --- para determinar la función que representa la deliberación, en la primera dice que la Asamblea forma la voluntad de la Sociedad con eficiencia pu-- ramente interna frente a los demás órganos y a cada uno de los socios; - esta hipótesis es la que ha adoptado la doctrina por referirse al efecto mismo causado por la resolución que es emitir su voluntad a través del - órgano de representación para poner en ejecución la realización de determinados actos, mismos que repercutirán en la vida interna de la empresa.

(164). GARO J., Francisco. Sociedades Anónimas. Editoria Ediar, Buenos Aires. Tomo II. 1954. Pág. 36.

(165). DONATI, Antigonio. Sociedades Anónimas. La inválidez de las declaraciones de la Asamblea. Edit. Porrúa Hnos. México. Traducción de Felipe de Jesús Tena. Pág. 54.

(166). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. Pág. 23.

(167). MANTILLA MOLINA, Roberto. Opus cit. Pág. 409.

(168). DONATI, Antigonio. Opus cit. Pág. 6.

La segunda hipótesis consiste en que la Asamblea va a formar y declarar la voluntad social directamente externa para con los socios y de esta hipótesis nos dice Ascarelli citado por Donati, que "habla de la función representativa de la Asamblea y es ella la encargada de poner términos a los negocios directamente con los terceros" (169),-- concluyéndose que se estaría en este caso invadiendo otras competencias-- sobrelimitándose en sus facultades y sin dejar al órgano de administración sin razón de ser.

La tercera hipótesis se refiere a que la Asamblea forma y los administradores declaran la voluntad social, que habrá de tener eficacia directamente externa frente a los terceros, a nuestro parecer este supuesto sería el más correcto. La conclusión a que llega Donati es-- que "forman la voluntad social con eficacia puramente interna, deliberaciones que forman y declaran la voluntad social, con eficacia externa y declaran la voluntad social con eficacia externa y declaraciones que -- forman una voluntad de la Sociedad destinada al exterior, pero que deberá ser declarada por los administradores" (170)

Con el objeto de dejar constancia de lo actuado en la ~~Asa~~ Asamblea, se levantara el acta correspondiente, cuya redacción es una --- obligación y un requisito formal, pudiendo distinguirse entre las actas levantadas en Asambleas ordinarias y las extraordinarias, "en cuanto a las primeras, la única obligación que existe es la de asentarlas en el libro respectivo, por lo que respecta a las segundas, además de asentar se en el libro, deberán protocolizarse por Notario e inscribirse en el -Registro Público del Comercio" (171).

Como colorario diremos que el valor de las actas se considera como un medio de prueba de los acuerdos tomados, pudiéndose admi--tir prueba en contrario en virtud de hacer prueba plena, las modifica--ciones estatutarias que no consten en acta, crean una situación de irre

(169). DONATI, Antigonio. Opus cit. Pág. 30.

(170). Ibidem. Pág. 67.

(171). VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. Pág. 215.

gularidad, misma que enerva su fuerza probatoria y por último en ningún caso la validez de la Asamblea va a depender del acta.

B. INVALIDEZ DE LAS ASAMBLEAS Y SUS ACUERDOS.

B.1 ASPECTOS GENERALES DE INVALIDEZ.

Inválidez en su sentido gramatical lo entendemos como nulo o de ningún valor, refiriéndose a lo contrario de válido, por lo tanto, para que un acto jurídico sea calificado como tal, es preciso que no reúna las condiciones requeridas por la Ley, tanto para su existencia como para su plena validez.

En consecuencia de lo anterior y expuestos en términos generales, diremos que un acto jurídico es inexistente cuando hay ausencia del factor intencional, subjetivo y Psicológico de exteriorizar una voluntad, o bien, el elemento objetivo, o sea, la voluntad de producir consecuencias de derecho; sin embargo puede llegar a existir, pero debido a la falta de algún requisito de validez, este acto realizado se considerará imperfecto, trayendo consecuencias legales que serán sancionadas según la contravención de que se trate.

La inválidez de las Asambleas y las resoluciones tomadas no es más que la sanción que se va a imponer por incumplir los requisitos exigidos o vicios que no permiten cumplimentar debidamente el acto o negocio jurídico, sanciones que las clasificaremos de la siguiente manera: a) Que falte algún elemento esencial para la formación del acto o contrato, que hace a este carecer de existencia legal (inexistencia);- b) a celebrar el acto violando un mandato o prohibición legal (nulidad de pleno derecho); c) A un vicio o defecto del acto, susceptible de motivar la anulación por acción judicial (nulidad relativa o anulabilidad);- d) A una lesión o perjuicio para los contratantes o terceros (rescisión);- e) A una causa debida a la voluntad informadora del acto mismo o a la concurrencia de determinadas circunstancias que la Ley supone habrían impedido en caso de ser previstas, la conclusión del mismo (resolución, revocabilidad)" (172).

B.2 LA NULIDAD EN LA SOCIEDAD ANONIMA.

Ha sido de gran influencia en nuestro derecho positivo, la división tripartista expuesta en la teoría de las nulidades (actos jurídicos inexistentes, nulos y anulables), que a pesar de ser disposiciones del Código Civil, se aplican en forma supletoria en materia de Sociedades, pues la legislación mercantil es omisa y confusa en cuanto trata -- este aspecto, en especial la Ley General de Sociedades Mercantiles; derivado de este aspecto, haremos mención a algunos conceptos del Derecho común que son indispensables para nuestro estudio.

El acto inexistente es aquel que no puede producir efectos jurídicos, no es susceptible de valer por confirmación, ni prescripción, "en tanto que no llega a cuajar como tal, porque en su proceso de formación falta un elemento esencial, bien sea porque la voluntad no llega a formarse como lo requiere la Ley, o porque el objeto del acto resulta física y jurídicamente imposible, pero en ambos casos, por falta de voluntad o por falta de objeto, estamos en presencia del acto inexistente, -- que es la nada jurídica pero no la nada absoluta, es decir, no es que no haya habido nada, esto no tendría sentido en derecho, hubo por ejemplo, un error-obstáculo que impide la formación del consentimiento en el contrato, bien un error respecto a la naturaleza del acto jurídico o un error respecto a la identidad del objeto, no se formó el consentimiento, pero un acto jurídico que estuvo en proceso de formación, no llegó a constituirse" (173), de lo que concluimos que el acto va a tener vida -- en el mundo exterior como un acto real que se produjo, más no susceptible de conducirse como un acto jurídico y producir consecuencias de derecho.

La nulidad del acto jurídico va a ser consecuencia de aquellos actos que habiendo nacido al mundo jurídico reuniendo las condiciones especiales de existencia, de alguna forma son defectuosos o imperfectos al no reunir los requisitos de validez, surtiendo efectos provisionales que serán destruidos o convalidados una vez que se pronuncie en firme la sentencia que declare la nulidad respectiva, cabe aclarar que de--

(173). ROJINAS VILLEGAS, Rafael. Opus cit. Pág. 128.

de acuerdo al criterio de nuestro más alto Tribunal, no son aplicables en el derecho positivo mexicano los actos nulos de pleno derecho, que operan ipso facto, en virtud del principio constitucional de que nadie puede tomarse justicia por su propia mano, de donde que no se admita la existencia de nulidades de este tipo, debiendo en todo caso ser declaradas las nulidades por el órgano jurisdiccional competente, mediante el procedimiento correspondiente.

El Código Civil vigente, regula la nulidad que surge por la ilicitud en el objeto, fin o condición del acto, dividiendola en absoluta y relativa, según lo disponga la Ley (art. 2225 del Código Civil), sin embargo, a pesar de aplicarse en forma supletoria esta disposición, la doctrina en materia mercantil le ha dado diversos términos, denominando a la primera simplemente nulidad, acto nulo o insubsanable, y a la segunda impugnabilidad, anulabilidad o subsanable.

La nulidad absoluta se da cuando el objeto, motivo o fin -- son ilícitos, no impidiendo que el acto produzca provisionalmente sus -- efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad, de ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción, teniendo caracter de -- insubsanable.

La nulidad relativa se produce por falta de forma, por vicios en el consentimiento o por la incapacidad de los autores, teniendo -- caracter de subsanables, produciendose provisionalmente sus efectos, solo puede intentarla en interesado y desaparece por confirmación o prescripción.

Es indispensable tomar como punto de referencia estos principios, que han sido establecidos en el Derecho civil, existiendo algunas limitantes en virtud de no ser del todo aplicables a las Sociedades, Asambleas y sus acuerdos, debido a que regula la nulidad del acto jurídico en forma individual, sin prever el acto jurídico colegial, desapareciendo -- causales de nulidades y apareciendo otras acordes a la materia, reduciendo términos y surgiendo sistemas peculiares de impugnación.

Es primordial la diferencia entre actos inexistentes y afectados de nulidad, habiendo casos "en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar, en cuanto que no existe en él mas que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él no produce, sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo divergente. Por el contrario, la estimación de un negocio como nulo presupone, por lo menos, que el negocio existe como supuesto de hecho, que por tanto exista una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo a divergente, aunque esta figura se revele luego inconscientemente ante un análisis más profundo, si por ejemplo, nos encontramos con una propuesta contractua y una declaración en función de aceptación, - pero cuyo contenido sea tan evidente contrario al contenido de la propuesta que no pueda existir sobre ello ningún malentendido, la combinación de esos actos no da lugar a un contrato nulo, sino que no origina ningún contrato y por tanto, ni a una acción contractual, ni a una acción de daños-- por confianza fundada en la validez del contrato" (174).

B.3 INVALIDEZ DE LA SOCIEDAD ANONIMA.

El primer elemento que tendríamos que analizar, es la existencia de la Sociedad Anónima, pues las Asambleas generales o órganos que nacen derivados de la formación de la empresa, cuya función es expresar la voluntad social, y a falta de aquella, no puede existir las asambleas ni los acuerdos que a la luz del deban ser válidos.

Al avocarnos al estudio de la validez de la Sociedad Anónima, expusimos que es una institución de naturaleza contractual, en forma específica se considera un negocio jurídico, por lo que su legalidad va a estar sujeta al cumplimiento de los elementos esenciales y de validez consignados en la Ley y los Estatutos; por la omisión de alguno, la propia Sociedad puede ser considerada inexistente, o estar afectada de nulidad, según-

el caso, y consiguientemente, cualquier reunión de los supuestos socios - no formaría mas que una sedicente Asamblea de donde sus acuerdos serían eneficaces.

Sin embargo, como estamos ante cuestiones de Orden Público es indispensable tener una seguridad jurídica en la creación de las Sociedades, misma que se da cuando se logra la inscripción en el Registro de Comercio y por este hecho ya se considera legalmente constituida, sin poderse declarar nula (art. 2 L.G.S.M.), sin ser atacable, ni por los socios, ni por terceros, pero consideramos que si no se logra dicha inscripción, se deberá a que el acto no reúne las condiciones esenciales, siendo inexistente desde su constitución, o nulo absoluto, si su objeto es ilícito.

Es acertado el valor pleno que adquiere la inscripción, para la "protección de los terceros de buena fé que contratan con las Sociedades inscritas, confiados en la seguridad que la institución del registro mercantil les inspira, confianza que se vería burlada por la posible declaración de nulidad de esas sociedades y como consecuencia, la extinción de la persona moral" (175).

Pero por el solo hecho de la falta de inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio, no significa que esta sea inexistente o ilegal, pues la inscripción adquiere solamente efectos probatorios, y una Sociedad constituida pero no inscrita, que se haya exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública tendrán personalidad jurídica, estas sociedades son las que conocemos como irregulares, estando afectadas de nulidad relativa, subsanándose con la inscripción correspondiente y las asambleas que se realicen -- tendrán vâlidez si fueron efectuadas conforme a Derecho.

Especial atención merece el artículo 3 dela Ley General de Sociedades Mercantiles que actua como una excepción a las reglas generales antes expuestas, y que se refieren a las Sociedades que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos, las cuales serán --

nulas, al respecto creemos que de estos dos supuestos estaríamos ante una Sociedad que desde su constitución es nula absoluta, porque el objeto es ilícito y cuyos efectos de destruiran desde el nacimiento de la Sociedad, más creemos que son los actos realizados y no la propia Sociedad, además de que no se especifica cuantos actos deben ser considerados con la expresión "habitualmente", pues dicho término denota más de uno.

En los dos supuestos antes mencionados, la sanción será la -- liquidación de la Sociedad que en todo tiempo podra solicitar cualquier - persona, incluso el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabi- lidad penal a que hubiere lugar. La liquidación se limitara a la realiza- ción del activo social, para pagar las deudas dela Sociedad y el remanen- te se aplicará al pago de la responsabilidad civil y en defecto de esta, - a la Beneficiencia Pública de la localidad en que la Sociedad haya tenido su domicilio.

B.4. INVALIDEZ DE LAS ASAMBLEAS Y SUS ACUERDOS.

Hemos concluido de estudios anteriores que para determinar la invalidez de las Asambleas y sus acuerdos, son aplicables los conceptos - de inexistencia y nulidad relativa y absoluta en los términos del derecho común, que en forma supletoria son aplicables, sin embargo, la Ley Gene-- ral de Sociedades Mercantiles, no es ajena al concepto de nulidad, pues-- es mencionada en forma generica en algunos casos, sin establecer el grado de nulidad a que podría afectarse y por consiguiente determinar las conse- cuencias legales.

Primordialmente tenemos que una Asamblea y los acuerdos son - inexistentes si concurren alguna de estas circunstancias: 1. Que la Asam- blea y el acuerdo que de esta emana, deriven de una Sociedad que a la luz del Derecho es inexistente; 2. Por la falta material de la convocatoria, - o que le falte algún elemento esencial, siempre y cuando no se trate de - una Asamblea Totalitaria; 3.- Que se haya realizado la reunión sin el Quo- rum de presencia que la Ley establece como minimo para deliberar.

De la primer causa mencionada de inexistencia, es de deducción l6gica, toda vez que no puede crearse un 6rgano de un ente que legalmente no surte efectos jur6dicos, por lo que la Sociedad debe existir en el mundo jur6dico, para darle v6lidez a sus 6rganos; de igual suerte corren los acuerdos que no derivan de una Asamblea que es inexistente, pues es de entenderse que una resoluci6n nace de la deliberaci6n, por lo que es accesorio de esta, y lo accesorio corre la suerte de lo principal.

Con relaci6n a la falta material de convocatoria, manifestamos que de acuerdo con los fines destinados a esta son la de notificar a los socios la celebraci6n de una proxima Asamblea, cuyos efectos son los de reunirlos, y lo que se realizara mediante la publicaci6n que se haga en los t6rminos que la Ley establece; por su ausencia los accionistas no podr6n enterarse de dicha reuni6n, por lo tanto no estaran en aptitud de reunirse, para externar su voluntad en lo concerniente a la vida de la Sociedad.

La convocatoria como un elemento previo y esencial para la reuni6n, tiene sus propios requisitos que debe cubrir para que surta sus efectos, debiendo contener la orden del d6a, fecha y lugar de reuni6n y ser firmada por persona que este facultada para ello; como elemento esencial consideramos que son la fecha y el orden del d6a, y a falta de alguno la convocatoria sera inexistente, las razones son obvias, si no se le agraga la fecha, entonces como se sabr6a el d6a mes y hora en que sera la reuni6n; y si la orden del d6a no se especifica, los socios no ir6an preparados para los asuntos a deliberar, lo que podr6a dar lugar a toma de decisiones precipitadas que afecten a la Sociedad, los dem6s son elementos de v6lidez que m6s adelante los estudiaremos.

No debemos olvidar que para estos casos de inv6lidez motivados por la falta o vicios en la convocatoria, tenemos una excepci6n dada por la propia Ley, consistente en los efectos que produce la Asamblea totalitaria, que son los de sanear estas irregularidades.

El 6ltimo caso que tenemos se refiere a la falta efectiva del Quor6m que como m6nimo a determinado la Ley para que se considere en apti

tud de poder deliberar, dado que no se considerara integrada la Asamblea conforme a Derecho, sin que se pueda formar la voluntad social, pues esta es el resultado de la suma de las voluntades individuales que es la de -- los socios.

Expusimos que los acuerdos son inexistentes si la Asamblea es inexistente, corre igual suerte si ese órgano deliberante es nulo absoluto, más un acuerdo puede ser inexistente aunque la Asamblea sea válida si concurren las circunstancias de la falta de mayoría legalmente fijada para integrar el quorúm de votación, o si el objeto no es posible realizarse física o jurídicamente.

Las causas principales para considerar una Asamblea afectada de nulidad absoluta, derivan de que el objeto, motivo o fin sean ilícito, se vulneren normas de orden público o sean contrarios a los derechos de -- los derechos de los accionistas; partiendo de estas bases, en el funciona miento de la Asamblea se dan varios casos como son:

Si la convocatoria la realiza persona distinta a quién legalmente este facultada para lanzarla, en virtud de que es ilegal que un ter cero o cualquier socio por sí, convoque a Asamblea debido a que no tiene las facultades legales para esta acción.

Creemos que estamos ante una causa de nulidad absoluta, si no se encuentran en las oficinas de la Sociedad y a disposición de los So-- cios durante todo el tiempo desde la fecha de la publicación de la convocatoria, hasta la celebración de la Asamblea, los libros y documentos referentes al objeto de la Asamblea, incluyendo los relacionados para el -- caso de balance, de acuerdo con el artículo 175 de la Ley en comento, esto es en virtud de que sería contrario al derecho de información que tie nen los socios, para poder deliberar con bases sólidas, por no estar ente rados de la real situación de la Sociedad.

El Lugar en que deben de celebrarse las Asambleas Generales -- es el domicilio social (art. 179), en caso contrario habra una nulidad -- absoluta, pues es disposición expresa en la Ley, pudiendo "reunirse den--

tro de los términos del municipio que la Sociedad haya declarado como su domicilio; pero a falta de otra mención, también puede interpretarse en su sentido restringido como oficina sociales, de manera que deba considerarse que la Sociedad se reunira en las mismas si no hay ninguna mención específica en contrario en la convocatoria" (176).

Haciendo la exposición de algunos casos de los cuales son determinables de nulidad absoluta por "ser considerados contrarios a normas prohibitivas dictadas en interes general o de terceros o de ser contrarios al orden público o a la estructura básica de las sociedades Anónimas, de los cuales tendríamos, el nombramiento de administradores con caracter de irrevocables o indefinido (art. 142), la prohibición de que los socios se hagan representar en las Asambleas (art. 192), las restricciones al voto que no sean de las permitidas por el artículo 113; la emisión de acciones a la orden (art. 117 y 128), las restricciones a la libre circulación de las acciones distintas de las permitidas (art. 130), y todas las que contraríen la formación de reservas en la forma legal o dispongan el reparto de dividendos inexistentes (art. 19 y 20)" (177).

Asimismo, "adquisición de acciones de la Sociedad en infracción del art. 220; aprobación de un balance sin las reservas correspondientes o se afecta los derechos de terceros (como sería la que disminuye los derechos especiales de una categoría de accionistas), o se viola el deber de lealtad, tal cuando se atribuye a los directores u otros funcionarios de la empresa retribuciones desproporcionadas o se venden bienes de la Sociedad en desmedro de los intereses sociales para favorecer al adquirente, se elige directores irrevocables, o se aprueba un balance con feccionado con error o fraude o se crean categorías especiales de accionistas privilegiadas en desmedro de las existentes y sin interes social, o se aumenta el capital con emisión de acciones por debajo de su valor real" (178).

(176). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus Cit. Pág. 70.

(177). *Ibidem*. Pág. 75.

(178). HOLPERIN, Issac. Curso de Derecho Comercial. Vol. II. Parte especial. Sociedades. (edición póstuma 2a. Reimpresión) Ediciones DePalma. Buenos Aires. 1980. Pág. 189.

Por exclusión, los demás casos que no esten comprendidos en - los principios generales de inexistencia y nulidad absoluta, serán consi- derados afectados de nulidad relativa, tomando en cuenta que sean convali- dables o prescriptibles, como ejemplo tendríamos la falta de depósito de- las acciones o los títulos amparados por ellos en las oficinas de la So- ciedad, con el fin de acreditar la calidad de socios y aptitud para deli- berar; la exclusión arbitraria, admisión caprichosa de los socios y una - formación de la presidencia en forma indebida.

También se puede dar el caso que en los estatutos se amplien- los términos o algunas condiciones que esten especificados en la Ley, si- se llega a violar estas disposiciones, sin rebasar los límites que como - mínimo a establecido la Ley, estaremos ante una causa de nulidad relativa.

La formación de la voluntad de la Sociedad materializada en - la resolución, puede ser invalidada, siendo nula absoluta si no hubo pro- nunciamiento, pero si adolece de vicios en su formación será anulable, -- "Distinguiéndose en las deliberaciones vicios subjetivos derivados de la - incapacidad y vicios del consentimiento de los miembros de la mayoría, -- además de vicios objetivos derivados de las violaciones de normas achaca- das al contenido y a la forma de la deliberación" (179).

La formación de la Voluntad social, se caracteriza por estar- integrada en tres aspectos, la discusión, votación y la declaración que - se logra con el anuncio del resultado de la votación; aquí no hablamos de inexistencia, pues aunque no se exprese la voluntad o sea, no haya discu- sión, ni votación, solo será nulo en virtud de que existió la Asamblea, - pero no se formó debidamente esa voluntad.

-Del análisis de estos tres aspectos tenemos que :

A.- La discusión. Puede ver nulidad absoluta si existe viola- ción de normas legales o estatutarias sobre algunos presupuestos (tales - como orden del día incompletos o impreciso, formalidades previos a la con-

sideración del balance, su distribución, etc., o sobre la discusión o ejercicio del derecho de discusión e información, intervención de personas ajenas, etc., todo el proceso esta viciado;

B.- La votación entre los cuales cabe incluir el anuncio de de cisiones que no han alcanzado la mayoría legales o estatutarias; mayorías aparentes por incluir votos nulos o anulables en donde se formula una regla de que la declaración de mayorías que es basada en votos nulos es nula absoluta, o bien descansa en casos de fuerza mayor o de error, y en el caso de que haya discrepancia entre la voluntad expresa y la declarada en el voto, por otro lado sera nulidad relativa si el acuerdo que se tomo, tiene su acentamiento en votos otorgados por incapaces o con el consentimiento viciado por error, dolo o violencia; y

C.- La declaración de la voluntad diremos que solo será anulable cuando en virtud de los vicios ha afectado intrisecamente la resolución o en su forma, esto es, en el primer caso cuando no se produce la pro clamación pública en la Asamblea del resultado de la votación, y en la for ma cuando no sea redactada para constatar los acuerdos, o bien no se haya rubricado, dado que solo tiene efectos probatorios no es requisito esencial para la vál idez de la deliberación y la resolución.

CAPITULO V. IMPUGNACION DE LA ASAMBLEA Y SUS ACUERDOS.

1. INTRODUCCION.

Anteriormente expusimos que cuando un acuerdo es adoptado en --
fragante violación de las disposiciones legales o estatutarias ya sea por --
causas derivadas al contenido de los mismos o aquellas inherentes a su forma
ción, entonces se considera que es ineficaz a la luz del Derecho, cuando es-
to sucede no es aceptable que simplemente se considere nulo un acuerdo y no
se cumpla, sino que las personas afectadas por una resolución de esta ind--
le, la Ley les ha otorgado el Derecho a impugnarlas, de esta forma no verse-
sometidos a aquellas desiciones que afecten sus intereses y los de la propia
Sociedad.

En este capítulo nos avocaremos al estudio de las acciones --
que se han establecido para el ejercicio mismo del derecho para impugnar an-
te el órgano competente la válidez o legalidad de los acuerdos adoptados, es-
te es un Derecho Subjetivo que el socio readquiere para exigir que se respe-
ten las normas legales y estatutarias, aunque se haya subordinado a la volun-
tad colectiva.

Con estas medidas se trata de proteger el interes común, "de-
manera que si con la deliberación se persigue un interés en contraste con el
interés social, se considere que adolece de vicios y por consiguiente se bus-
que destruir la aparente válidez de la misma. La sociedad no puede concebir-
se como un ente sobrepuesto a los socios si estos intereses no son los pro-
pios de la Sociedad. La estipulación establecida en el acto constitutivo, --
contenidas en los estatutos, tienen que ser respetadas, de ahí que una deli-
beración viola las normas estatutarias, provocará que nazca en el accionista
el derecho para impugnarla" (180).

(180). VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Opus cit. Pág. 245 y 246.

En la Ley General de Sociedades Mercantiles, al referirse a los casos que es procedente la nulidad, es confusa, pues no especifica la clase de nulidad a que se refiere, de donde que se tenga que aplicar en forma supletoria las disposiciones del Derecho común, lo que representa una deducción de nuestra realidad legislativa, más sin embargo las acciones de nulidad van a ser procedentes con ciertas restricciones a los acuerdos de las Asambleas, siendo sobre todo indispensable que exista un interés subjetivo lesionado.

En virtud de ser negocios jurídicos los que se han creado, - estos van a ser nulos absolutos o relativos y "la acción de anulabilidad no se identifica con la acción de impugnación ya que la primera se da y la segunda se atribuye" (181), de donde encontramos dos momentos importantes: -- 1. El denominado pasivo en el cuál la acción existe pero no se pone en práctica; y 2. La acción existe y cuando se esta en la posibilidad de impugnar el acuerdo se pone en ejecución.

Hablamos de nulidad en virtud de que la inexistencia dada -- sus características, en la nada y por consiguiente la nada no puede producir efectos de ninguna especie, por lo que debemos estar consientes que para la libre existencia de un acuerdo, deberá en todo caso esta consiente de la existencia de la Asamblea, la cual va a presuponer la existencia del ente social, y una vez determinada va a ver dos ambitos por los cuales se --- aplicara la acción de nulidad, el primero a las asambleas nulas y el segundo a los acuerdos que son nulos.

2. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN. ACCION DE NULIDAD.

Partiendo de la base de que no esta permitida la nulidad de pleno derecho, debiendo ser declarada por la autoridad judicial competente, se han implantado los medios para impugnar los acuerdos que se estimen no sean apegados a Derecho, por defectos ya sea en el fondo o en su forma--- ción. Ante Tal situación, tenemos las acciones, que son el derecho, facul-

(181). DONATI, Antígono. Opus cit. Pág, 82.

tad poder o posibilidad jurídica de las partes para provocar la actividad -- del órgano jurisdiccional del Estado, con el objeto de que resuelva sobre -- una pretensión litigiosa.

Impugnar "deriva del vocablo impugnare, proviene de in y pug-nare, que significa luchar, contra, combatir, atacar" (192), que es el acto mismo para atacar o combatir una resolución inexistente o sin válidez jurídica, por medio de las acciones que se establecen en la Ley.

La terminología que se ha usado en materia mercantil ha varia do de acuerdo con el autor, tal es el caso del maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, al reducir a dos las categorías de impugnación para las asambleas y los acuerdos, refiriéndose en concreto a la "nulidad e impugnación" (183),-- considerando a la nulidad (que es lo que conocemos como inexistencia y nulidad absoluta), cuando carezca la asamblea o sus acuerdos de un elemento bási co, rigiéndose por el derecho común, ejercitandola cualquier interesado, en cualquier tiempo; la impugnación en los términos prescritos por el tratadista mencionado, dice que es cuando una asamblea o el acuerdo respectivo nace en forma imperfecta y es susceptible de corregirse, no puede ejercitarse en los términos del derecho común (por cualquier interesado y dentro de los -- plazos de prescripción ordinaria), correspondiendo en exclusiva a un grupo -- de accionistas que representen el 33% del capital social, sujetandose a la-- prescripción de 15 días para ejercitarla.

Creemos que el maestro mencionado, hace una mezcla de las dís tintas acciones, esto es, lo que el denomina como nulidad le aporta características tanto de la inexistencia como de la nulidad absoluta y lo que llama impugnación lo entremezcla con el derecho de oposición y la nulidad relativa.

El maestro Mantilla Molina, hace una crítica a la teoría an-- tes expuesta, sosteniendo que "no hay nada en el artículo 201 de la Ley Gene

(182). OVALLE FAVELA, Jose. Derecho Procesal Civil. Colección textos Jurídicos Universitarios. Edit. Harla Harper & Row latinoamericana. Pág.179.
 (183). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. Pág. 60.

ral de Sociedades Mercantiles, que permita sostener que es aplicable solamente a los casos de nulidad relativa o impugnabilidad y ello ya basta para considerar arbitraria la conclusión del distinguido mercantilista, pero hay más, su enseñanza lleva a la conclusión que es completamente contraria a la equidad y a las necesidades de la práctica, sostiene que es simplemente impugnabile la resolución tomada con exclusión de accionistas a quienes no se permite tomar parte de las deliberaciones de la asamblea y emitir su voto, de modo que los accionistas excluidos, si no llegan a representar el treinta y tres por ciento del capital social, no tienen posibilidad jurídica alguna de atacar los acuerdos tomados con manifiesta violación de sus Derechos" (184).

La Ley de Sociedades Mercantiles nos especifica algunos casos en que se puede invocar la nulidad por no cumplir con lo prescrito, así tenemos el artículo 179 al decir que las asambleas se reuniran en el domicilio social y sin este requisito serán nulas; el artículo 188, toda resolución de la asamblea tomada con infracción de lo que disponen los dos artículos anteriores será nula: artículo 189, para que una asamblea ordinaria se considere legalmente reunida, deberá estar representada por lo menos la mitad del capital social, y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes; artículo 197, en su parte que dice, en caso de contravenirse esta disposición, la resolución será nula cuando sin el voto del administrador o comisario no se habría logrado la mayoría requerida; artículo 198, es nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas.

En estos casos específicos el problema que encontramos deriva en no determinar la clase de nulidad a que se refiere, por consecuencia la acción a intentar y los efectos que producen, debido a que algunas causas en donde se encuentra elementos esenciales al contravenirse, la propia Ley expone la forma de convalidarse, como en el caso de falta de convocatoria, siendo convalidado el vicio con la integración de la asamblea totalitaria.

(184). MANTILLA MOLINA. Robertó. Opus cit. Pág. 413.

Debido a que en este tema de las nulidades se aplica supletoriamente los principios del derecho civil, conjugando las acciones de nulidad consignadas en nuestra ley de Sociedades Mercantiles, a nuestro entender, podríamos concluir la existencia de cuatro acciones que podrían intentarse en el momento de cuestionarse la eficacia de las asambleas y sus acuerdos, basándonos para ello en una "interpretación sistemática de la Ley como sería el caso del artículo 200 que dice que son obligatoria para los ausentes y disidentes las resoluciones legalmente adoptadas, no las que lo fueren de modo ilegal. Luego, cualquier ausente o disidente puede impugnar las resoluciones que se hubieren tomado sin observar las normas aplicables" (185).

Las acciones a que nos referimos son:

1. Inexistencia. A pesar de ser considerada la nada jurídica, o sea la no existencia del acto, procede cuando falta algún elemento esencial, y habiendo realizado algún acto con la pretensión de crearlo, -- siendo afectado por esta causa de inexistencia se puede concurrir ante el órgano jurisdiccional para lograr la confirmación de inexistencia y por -- consiguiente de que no produzca efecto legal alguno, pudiendo invocarse -- por todo interesado.

2. Acción de nulidad absoluta. Misma que es ejercitada -- cuando el objeto, motivo o fin sea ilícito o contravenga normas de orden -- público, pudiendo ejercitarla cualquier interesado y cuyo efecto que sur-- ten provisionalmente son destruidos de modo retroactivo con la declaración judicial, distinguiéndose porque no desaparece por la confirmación y pres-- cripción.

3. La acción de nulidad relativa. Que en los términos del Código Civil. procede cuando el acto es realizado faltando un elemento de -- válidez, ejercitandola solo los accionistas o los terceros que de alguna -- u otra forma esten conectados con la sociedad, pudiendo ser confirmable o -- prescriptible.

4. Acción de Oposición. Esta contemplada en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles en los artículos 200 y 201, refiriendonos con más detalle en el próximo apartado, limitandonos a manifestar que es una acción restringida en la posibilidad de impugnar las desiciones de la asamblea a por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social, limitandose su ejercicio a los 15 días siguientes a la fecha en que se adopto el acuerdo, y procedente solo cuando en la demanda se señale la clausula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación.

Hemos dicho tanto en la inexistencia, como en la nulidad absoluta, cualquier interesado puede ejercitarla, y en la nulidad relativa y la oposición sólo los socios afectados son titulares de esta acción, el problema a que deriva en saber cuando se esta en aptitud de impugnarla, estando de acuerdo que debido a que los primera y principalmente afectados por una resolución tomada en infracción a los preceptos legales o estatutarios son los socios, estos tienen este derecho, y los terceros interesados si sus intereses se ven afectados.

En base al principio de que nadie puede obrar en contra de su propia voluntad, en nuestra legislación mercantil, otorgó este derecho para impugnar en el hecho de que se cause perjuicio al accionista, por lo tanto "solo los accionistas que votaron en contra de la resolución o los que se abstuvieron de votar o bien los que no asistieron a la asamblea, podrán impugnar la deliberación, Si las deliberaciones de la asamblea general se tomaron irregularmente, dice Lanquest, puede atacarse por los accionistas que estuvieron presentes en la asamblea, pero que no las aprobaron y por los accionistas ausentes; aún cuando este autor no lo dice expresamente, puede incluirse, que para él, el accionista que aprobo la deliberación no puede impugnarla" (186).

Esta tesis es comprensible en virtud de que un socio al dar su voto favorable, se presume su conformidad con el acuerdo adoptado en

todos sus aspectos, pero hay tesis contrarias en el sentido de que "contra esta opinión esta la letra y el espíritu de la Ley. La oposición no se dirige a invalidar los votos de los socios que votaron a favor de la deliberación, sino a despojar del carácter de expresión válida de voluntad a la deliberación de la asamblea, considerando esta en sí y por sí, independientemente de las personas que la componen, El socio que voto en favor de la deliberación de ningún modo se vincula al mismo, sino que, obrando como -- elemento del órgano de la sociedad, concurre únicamente a la formación de la voluntad social, no hay, pues, ninguna razón para impedir el ejercicio de la acción, que la Ley le otorga para mayor garantía de la sinceridad y legalidad de las deliberaciones" (187).

Ambas doctrinas aún que opuestas, tienen un aspecto que se complementarían mutuamente y dar una solución positiva a los conflictos -- doctrinales sobre el tema, exponiendo al respecto la siguiente conclusión:

Si un socio vota favorablemente se presume su conformidad y que sus intereses están a salvo, pero si posteriormente demanda la nulidad se estaría contradiciendo, y si bien es cierto que su voluntad particular es independiente a la voluntad de la sociedad, también es cierto que con su voto ayudo a la formación de esta, siendo parte integral de ella.

Se puede dar el caso que posteriormente surjan vicios que -- estuvieran ocultos, que tenían el fin de inducir al socio a dar su voto favorable y de alguna forma intereses personales opuestos a la sociedad se -- beneficiaran, creemos que ante el socio que este en el supuesto, puede --- impugnar dicha resolución, en virtud de que su voluntad fue viciada, con -- la salvedad de que previamente o en la misma acción por ser homogénea, in -- tente la nulificación de su voto, demostrando que su voluntad fué viciada, misma que no tenía la intención de expresar, pues sería contraria a la -- voluntad de la Sociedad y si dicha deliberación viola las normas estatuta -- rias o legales, entonces perjudica el interés de la sociedad.

Cuando una persona adquiere la calidad de socio posteriormente a la celebración de la asamblea, también está en aptitud de poder impugnar el acuerdo que fuera tomado, por las mismas causas en que procedería las acciones señaladas, condicionadas desde luego, a las consecuencias de preclusión y límites que en derecho se conceden, en virtud de que "el derecho de impugnación es un derecho que deriva de la calidad del socio, inherente a la titularidad de una cuota del patrimonio social. Si como la transmisión de esta cuota implica la transmisión de toda la situación jurídica compleja, que se denomina status de socio, el adquirente se encuentra en la misma posición en la cual se encontraba quien le transmitió la acción y si a este correspondía el derecho para impugnar una determinada deliberación, no hay motivo para negar que este derecho se transmite al adquirente precisamente porque se trataba de un derecho inherente a la calidad de socio" (188).

Esta aptitud estará sujeta a que el accionista cedente haya votado en contra de la deliberación o no haya participado, y si el socio dió favorablemente su voto, puede ser este mismo impugnado si se perjudican intereses de la sociedad, por ser contrarios a la Ley o los estatutos.

La doctrina ha sostenido que el derecho para impugnar corresponde a cualquier persona que tenga interés en la sociedad, en ese caso también estarían los administradores, ya no como derecho sino como una obligación derivada de sus funciones, en virtud de que por su finalidad deben procurar que en ningún momento se viole la Ley o el acto constitutivo y cuya "obligación que tiene el órgano ejecutivo de la sociedad de obrar exclusivamente en favor del ente y de vigilar que las actividades de la persona moral se ejecuten de acuerdo a las normas legales y estatutarias" (189).

Por el contenido de los motivos por la cual puede proceder la impugnación de parte de los administradores, se limitaría a únicamente

(188). VAZQUEZ DEL MERCADO, Opuc cit. Pág. 250.

(189). Ibidem. Pág. 251.

al ejercicio de la acción de inexistencia y nulidad absoluta.

El mismo consejo de administración o administrador único -- según el caso, puede oponerse a los acuerdos que considere que son contrarios a las leyes o estatutos, sin necesidad de recurrir a la autoridad judicial, bastando con que simplemente se negaran a realizarlos o no quieran ejecutarlos, pues aunque sus entre sus atribuciones esta la debida ejecución de los acuerdos que hayan sido tomados por el cuerpo colegiado, existe una excepción en el artículo 159 en donde indica que "no será responsable el administrador que, estando exento de culpa, haya manifestado su inconformidad en el momento de la deliberación y resolución del acto de que se trate", pues "ellos tienen un interes marcadísimo en el mantenimiento del orden jurídico y estatutario" (190).

Por los mismos motivos, el órgano de vigilancia puede impugnar los acuerdos, otorgandosele a los comisarios esta facultad, pues de igual forma deben de cerciorarse de que se cumplan con los principios establecidos en nuestros ordenamientos legales que son aplicables y de los estatutos.

Otro aspecto importante es que los administradores pueden ser socios, por lo que tienen sus derechos como socios individualmente -- considerados, y llegar a actuar como tales mas no en función del representante de la sociedad anónima.

Mucho se ha dicho de que los terceros que tengan algún interes en la sociedad puede impugnar una resolución de la asamblea, cuando por su desición sus derechos han sido afectados, fundándose para ello -- en lo dispuesto por el artículo 2224 y 2226 del Código Civil del Distrito Federal y Territorio Federales, los cuales se refieren a la inexistencia y a la nulidad absoluta, respectivamente, en especial cuando se refiere a que puede ser invocado por todo interesado, aplicando estos preceptos en virtud de que en la Ley de Sociedades Mercantiles no hay dispo-

sición alguna al respecto, por las mismas razones las acciones de nulidad relativa y la de oposición no es plicable para los terceros interesados.

Tal criterio a sido sostenido por el profesor Joaquín Rodríguez Rodríguez, al decir, "la acción de nulidad en los términos del artículo 224 del Código Civil antes mencionado, le corresponde a cualquier interesado, merecen esta calificación no solo los socios, sino también - el consejo de administración, sus miembros individualmente considerados - sean accionistas o no lo sean, los comisarios y los terceros en general" (191).

El maestro Mantilla Molina, hace especial mención a los "acreedores de la Sociedad" (192), como titulares de la acción para pedir la declaración de nulidad de los acuerdos de la asamblea, fundandose para ello en el artículo 19 donde establece lo que conocemos como el derecho de repetir contra los accionistas que hayan percibido utilidades - indebidas o contra los administradores que las hayan decretado; y en el artículo 22 que se refiere al derecho para exigir que se constituya la reserva legal.

De acuerdo a nuestro entender, consideramos que los terceros por muchos intereses que tengan dentro de la Sociedad, no deberían - de ser titulares de estas acciones, en particular los acreedores, debido que entre estos y la sociedad, solo puede existir y de hecho existe una relación jurídica distinta a la de los socios y sus órganos, y por su incumplimiento no les da facultades para poder intervenir en la vida misma de la organización, teniendo tanto los acreedores como los demás terceros sus recursos para ejercitarlos y hacer cumplir la obligación a que estan sujetos.

"No obstante la disposición del Código Civil, consideramos que el derecho de oposición no debe ser atribuido al tercero, la Ley de Sociedades en forma precisa determina que sólo podrán oponerse a la resolución los accionistas. Otorgar este derecho a personas que no ostentaran tal caracter, sería atentatorio para la vida de la sociedad, los ter

(191). RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Opus cit. Pág. 76 citando a Donati.
 (192). MANTILLA MOLINA, Roberto. Opus cit. Pág. 412.

ceros interesados intervendrían constantemente en la marcha de la persona moral, bastaría que un sujeto que tuviese relación con la sociedad, se -- considere perjudicado en sus intereses por una resolución de la asamblea__ y apoyado en el artículo 2224 o 2226 del Código Civil, perturbe una organización, los terceros que contratan con una sociedad, tienen la acción-- correspondiente en caso de que la sociedad no cumpla con las obligaciones derivadas de la relación jurídica en la que intervinieron, independiente-- mente de que la deliberación sea nula o anulable, la sociedad tiene una - obligación frente a la persona con quién contrata, la cual, repetimos, -- tiene derecho para demandar su cumplimiento, sin que en nada influya en - el último de los casos, que la deliberación se haya tomado para eludir -- dicha obligación" (193).

Por último diremos que de acuerdo con el artículo 202 de la Ley que comentamos, la ejecución de las resoluciones impugnadas podrá --- suspenderse por el Juez, siempre que los actores dieren fianza bastante - para responder de los daños y perjuicios que pudieran causarse a la Socie-- dad por la inexecución de dichas resoluciones, en caso de que la senten-- cia declare infundada la oposición; la suspensión provisional a que se -- refiere, puede ser solicitada en cualquiera de las acciones que se inten-- te, aunque sólo demande un solo socio y siempre y cuando otorgue la fian-- za mencionada para garantizar los daños y perjuicios que pudiera ocasionarse por la suspensión.

3. ACCION DE OPOSICION.

La acción de oposición es un derecho que la Ley General de - Sociedades Mercantiles ha reservado a una minoría, con el objeto de estar en aptitud de impugnar las resoluciones ilegalmente adoptadas por el órga-- no supremo, teniendo su base legal en el artículo 200 de la Ley en comen-- to, que dice "las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de-- accionistas son obligatorias aún para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de Ley.

Posteriormente el artículo 201 da los presupuestos necesarios para el ejercicio de esta acción, manifestando que "los accionistas que representen el 33% del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

I. Que la demanda se presente dentro de los siguientes --- quince días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea;

II. Que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución.

III.- Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación.

Esta acción es independiente a las demás acciones enunciadas, otorgando sólo a una minoría de accionistas cuando están inconformes por las resoluciones antijurídicas, con el fin de no dejar en manos de la mayoría el manejo de la sociedad; en diversos países también se encuentra legislada esta acción, conocida con otras denominaciones, como por ejemplo podríamos mencionar al derecho Argentino, donde es conocida como "derecho de receso, otorgándose esta facultad a los ausentes o disidentes a una asamblea" (194).

Los antecedentes que podríamos mencionar, surgen del "artículo 163 del Código de Comercio Italiano, modificado en los diversos - proyectos, en particular en el artículo 166 del proyecto de las cámaras industriales y en el 215 del proyecto D'Amelio; preceptos y exposiciones de motivos respectivas que demuestran hasta la saciedad que con dichos - artículos solo se trata de regular una acción de impugnación, lo que conocemos como la acción de nulidad relativa, y en el proyecto del Código de Comercio mexicano de 1929, recogió en sus artículos 923 a 926 la ---- acción de nulidad relativa, tal como quedaba reglamentada en los mencio

(194). A. CALETI, Mario Alberto. Manual de Sociedades Comerciales. Edit. Roque de Palma, Buenos Aires. 1956. Pág. 179.

nados proyectos italianos, finalmente la Ley General de Sociedades Mercantiles, transcribió en su artículo 923 del proyecto mexicano, si bien convirtiendo la acción de impugnación individualmente en una acción de "minorías" (195).

Los motivos que originaron la creación de esta acción de -- oposición, están la de no dejar en manos de una mayoría de socios el -- control y manejo de la Sociedad, dado que la minoría quedaría desprotegida al libre capricho de un grupo de accionistas y llegaría el momento en que ni su presencia sería indispensable, pues el grupo mayoritario -- sería el único que decidiera sobre los asuntos de la Sociedad, otra --- razón de su nacimiento radica en el otorgamiento de dicha facultad a -- quienes sin sufrir una lesión, sólo tienen el deseo de mantener intacto el orden jurídico delineado por la Ley y los estatutos.

Por esas razones es una acción especial de impugnación, en la cual se han mezclado características de la nulidad absoluta, tales -- como ser procedentes en caso de violación a la Ley o a los estatutos; y a la nulidad relativa en que está sujeta a un término de caducidad (15- días), y no todo interesado puede invocarla sino únicamente los socios-- cuando representen por lo menos el 33% del capital social,

Ahora, una vez entendidos estas características, estamos en aptitud de exponer una definición, considerando al Derecho de oposición como un Derecho colectivo, para que el mínimo de socios que represente el 33% del capital social, impugne las asambleas y sus acuerdos que fue ron adoptados en infracción de la Ley o los estatutos, en un término no mayor de 15 días.

Por otro lado, esta acción de oposición esta restringida en su ejercicio, pues "no podrá formularse oposición judicial contra las - resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o --

los comisarios" (art. 201), es prudente esta limitación, por el hecho de que la minoría tendría un control ilimitado sobre la Sociedad, y pu diendo "oponerse judicialmente al acuerdo de la mayoría para el efecto de exigir la responsabilidad citada, entonces la misma minoría podría sostener en sus puestos a los consejeros que habían perdido la confian za de la mayoría que debe de nombrarlos, hasta el punto de planear el problema de su responsabilidad que implica dolo o culpa en el cumpli- miento de su misión" (196).

4. D E R E C H O D E R E T I R O .

Los medios de impugnación no significan la única forma de de- fensa que puedan tener los socios cuando sus intereses han sido afec tados, así tenemos que podríamos considerar como otro medio de defensa, el derecho de retirarse de la sociedad, pues este se ejerce cuando en una asamblea se han tomado decisiones que dada su naturaleza, modifi- can la estructura misma de la Sociedad, en los aspectos más esenciales, como son: el objeto, nacionalidad, variación del capital social ó adop ta un tipo distinto al que tenía como base constitutiva.

Este derecho para retirarse de la Sociedad y dejar a salvo sus intereses, es otorgado a cualquier socio de la Sociedad que este - en el supuesto del artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercan tiles.

Cuando la Asamblea General de accionistas adopte resolucio nes sobre los asuntos comprendidos en la fracción IV, V, VI del artícu lo 182, cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la Sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los 15 días siguientes a la clausura de la - Asamblea" (art. 206).

Derivado de la lectura del artículo antes citado, se desprenden de que los presupuestos para ejercer dicho derecho son:

1. Que de la Asamblea haya derivado una resolución que modifique lo estipulado en el contrato social, únicamente en lo referente a asuntos que se refieran al objeto de la Sociedad, cambio de nacionalidad y transformación de la Sociedad;

2.- Que el accionista que solicite la separación haya votado en contra, pudiéndose a nuestro entender ampliar para los ausentes y disidentes; y

3.- Debe solicitarse dentro de los 15 días siguientes a la clausura de la asamblea.

Este derecho actúa como una excepción a la regla general del principio mayoritario establecido en la Ley para ser aplicado en las Asambleas extraordinarias, pues la modificación a los asuntos antes mencionados que sean sometida a votación y dada su aprobación por la mayoría, supuestamente debe surtir efectos en el sentido de ser obligatoria para todos los integrantes de la Sociedad, más estos efectos se producen cuando se está en el supuesto del artículo 206 y "aunque al tenor de este artículo cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la Sociedad, creemos que si la transformación de este impone mayores obligaciones a los socios, pueden retirarse no solo los que votaron en contra, sino también los que no asistieron a la asamblea, y, por tanto, no emitieron su voto, pues la voluntad privada de los socios no puede imponer obligaciones a terceros" (197), si este derecho es solicitado en el término legal y negado se puede ocurrir ante la autoridad judicial correspondiente, a fin de hacer valer su derecho con sus consecuencias legales.

Por otro lado diremos, siguiendo al maestro Mantilla Molina, que "para que una Sociedad sea mexicana, se requiere: 1. Que este organizada conforme a las leyes mexicanas; y 2. Que tenga su domicilio en la República. Como una Sociedad no puede, subsistiendo como la misma, cambiar la Ley conforme a la cual se organizó, la única posibilidad para --

que pierda su nacionalidad es pués que traslade su domicilio al extranjero. Esta es, en realidad, la segunda clase de modificaciones de los estatutos que confiere a los inconformes el derecho de retiro.

La transformación rara vez ocurre en la Sociedad Anónima. Pero es obvio que si se realizara, y aumentase las obligaciones de los socios haciendolos ilimitadamente responsables, no sería eficaz, ni aún -- respecto a quienes no concurrieron a la Asamblea; porque la voluntad privada es insuficiente para imponer obligaciones a terceros.

El valor real de una acción puede obtener con cierta aproximación mediante la división del capital contable entre el número total de ellas. El capital contable (patrimonio neto), es la diferencia entre el activo y el pasivo. En consecuencia, es falsa literalmente la expresión del artículo 206 de que los socios disidentes tienen el derecho al reembolso de sus acciones, en proporción al activo social; este es insuficiente para determinar el valor de aquéllas, pués ha de deducírsele el importe del pasivo. También es impropio emplear la palabra reembolso, -- que sólo tendría exacta aplicación si hubiera de entregarse a los accionistas que ejerciten el derecho de retiro la misma cantidad que aportaron y no la diversa que resulte del balance" (198).

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

PRIMERA. La Asamblea General de accionistas es considerada el órgano supremo de la Sociedad Anónima, en virtud de ser la expresión de la voluntad social, sin embargo no es satisfactorio dicha característica de absoluta libertad, ya que tal concepto va a implicar una autoridad sin límites, y como consecuencia podría dar lugar a arbitrariedades e invada --- tras competencias.

SEGUNDA. Las Asambleas de accionistas dependiendo de su clase deliberan y resuelven sobre los puntos previamente establecidos y que son dados a conocer mediante la convocatoria, algunos asuntos son vitales para la existencia de la Sociedad, de donde sería conveniente que la Ley estableciera un sistema más riguroso para obligar a los accionistas de la empresa a asistir personalmente, sin que sea admisible la presencia de representantes y mandatarios.

TERCERA. Para que la convocatoria surta sus efectos legales de notificar a los socios para que acudan a la reunión, la Ley estableció un principio de publicidad por medio de un aviso que se realice en el periódico oficial de la entidad del domicilio de la Sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación, con anticipación de cuando menos 15 días; consideramos que este sistema es inseguro e ineficaz, en virtud de que muy poca gente de manera porcentual leen el periódico oficial de la entidad y más aún pocos saben de su existencia, por lo que para dar mayor seguridad de que los socios sean plenamente notificados, sería conveniente que se complemente este principio agregando como obligatorio, el aviso mediante correo certificado con el acuse de recibo correspondiente.

CUARTA. Consideramos que el sistema que se ha seguido para de liberar en las Asambleas extraordinarias, carece de una forma eficaz y segura para evitar infracciones a la Ley o a los estatutos, por lo que con el fin de prevenir cualquier contravención, y se asegure la validez, en virtud de que los asuntos tratados en este tipo de Asambleas son relevan--

tes para la Sociedad, creemos que debería de establecerse como obligatorio la presencia en la Asamblea de un Fedatario, o en su defecto y de preferencia que en el momento de hacerse las publicaciones de la convocatoria, a la vez sea solicitado por vía de Jurisdicción Voluntaria, ante un Juez de Distrito o un Juez de Primera Instancia de lo civil del fuero común, se comisione al Secretario de Acuerdos o Actuario adscrito, para previa habilitación, este presente en la celebración de la Asamblea y de fé de la legalidad de los actos realizados.

QUINTA. Las Asambleas que son consideradas como totalitarias, tienen los efectos de sanear los vicios derivados de la falta de convocatoria, algunas irregularidades en su formación, así como por la falta de informe de los administradores, representando una excepción a la regla general de considerar a las convocatorias como un elemento esencial, por lo que si no se da esta excepción, estaríamos ante una Asamblea inexistente, lo que es más común por la poca oportunidad de reunión de todos los socios en este tipo de Asambleas y que en todo caso sería circunstancial su integración.

SEXTA. En materia Mercantil, existen muchas lagunas cuando se refiere a la validez y en especial a la inválidez de las Asambleas y sus acuerdos, por lo que creemos que sería conveniente debido a la importancia de estos conceptos, que tanto en el Código de Comercio de aplicación genérica, como en la Ley General de Sociedades Mercantiles en forma específica, sean trasladados los principios del Derecho Civil que son aplicables de manera supletoria, debiendo nuestros legisladores por ser imperativo de conducta y necesidad social, legislar sobre el tema, adecuando los conceptos en materia societaria y determinando las causas de inexistencia, así como el grado de nulidad considerado, según sea el caso, lo que daría como resultado el no tener que recurrir a otros cuerpos de leyes y aplicarlos en forma supletoria.

SEPTIMA. La Ley General de Sociedades Mercantiles no especifica el término de inexistencia, aludiendo tan solo en forma genérica a algunas causas de nulidad, creemos que el funcionamiento de la Asamblea y la adopción de sus acuerdos pueden ser inexistentes con sus efectos subsecuentes, por lo que se debería de considerar en forma independiente a las nulidades, sin embargo la inexistencia surge aplicando preceptos supletorios,

teniendo en consecuencia que la Asamblea es inexistente si deviene de una Sociedad que es inexistente o nula absoluta desde su constitución, por la falta material de convocatoria, o falta de algún elemento esencial de esta, (excepto en Asambleas Totalitarias), y por la falta de Quórum para de liberar; los acuerdos serán inexistentes, si la Asamblea de la cual deriva no es válida, si no se cumple con la mayoría legalmente fijada para votación, o si el objeto no es posible ni física, ni jurídicamente realizarlo.

OCTAVA. Los acuerdos de la Asamblea pueden ser impugnados -- por un solo socio, por la minoría que represente cuando menos el 33% del capital social, y por los terceros interesados, dándose la titularidad de la siguiente forma: 1. Un acuerdo considerado inexistente o afectado de nulidad absoluta se hara valer por los socios, tanto individual como colectivamente, o por cualquier interesado; 2. En la Acción de nulidad relativa y derecho de oposición, solo los accionistas pueden intentarla, con la diferencia de que en la primera un solo socio o más la pueden intentar y en la segunda tendrán que ser cuando menos el 33% del capital social.

NOVENA. Por el Hecho de considerar a una Sociedad irregular - no afecta a que la Asamblea y los acuerdos adoptados tengan plena validez, si fueron realizados conforme a Derecho, pero sin embargo, creemos que -- dicha irregularidad debería estar sujeta a un término perentorio que empiese a correr a partir de la primera Asamblea, por el cual se regularice esta situación, imponiendo sanciones a los administradores o a quien se - obstante como representante legal, si transcurrido dicho término, no fué iniciado los tramites para la inscripción correspondiente.

DECIMA. Consideramos que en ningún de los casos los acreedores son titulares del ejercicio de impugnación de las Asambleas y sus --- acuerdos, toda vez que con esta facultad perturbaría a la Sociedad, estándo ante un caso de Intromisión dentro del seno de la Entidad Moral.

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

- A. CALETI, Mario Alberto. "Manual de Sociedades Comerciales". Edit. Roque de Palma. Buenos Aires 1956.
- ASCARELLI, Tullio. "Derecho Mercantil". Traducción del Lic. Felipe de J.-Tena. Distribuidores Porrúa Hnos y Cía. Mexico 1940.
- ASCARELLI, Tullio. "Principios y problemas de las Sociedades Anónimas". - Traducción de Rene Cacheaux Sanabria. México. Imprenta Universitaria 1951.
- BARRERA GRAF, Jorge. "Las Sociedades en el Derecho Mexicano". U.N.A.M. -- 1983.
- CARNELUTTI, Francisco. "Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano". - Edit. Barcenás.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. "Derecho Mercantil". Primer curso. Edit. Herrero S.A. Cuarta Edición. 1984.
- DE DIEGO, Clemente. "Instituciones de Derecho Civil Español. Madrid 1941. Tomo I.
- DE PINA, Rafael. "Diccionario de Derecho". 9a. Edición. Edit. Porrúa, - S.A. México 1980.
- DE PINA, Rafael. "Derecho Mercantil Mexicano". Edit. Porrúa, S.A.
- DE PINA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil". Introducción, personas y familia. Volumen primero. Decimo cuarta edición. Revisada y actualizada por Rafael De Pina Vara. Edit. Porrúa S.A. México. tomo I.
- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Tomo VI. Instituto de Investigaciones --- Jurídicas. U.N.A.M.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Madrid - 1970. 19a. edición.

- DONATI, Antigonio. 'Sociedades Anónimas. La inválidez de las declaraciones de la Asamblea' Edit. Porrúa, Hnos. México 1930. Traducción de Felipe de Jesús Tena.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XXV. Bibliografica Omeba. Buenos Aires.
- GARO J., Francisco. 'Sociedades Anónimas'. Edit. Ediar, Buenos Aires. Tomo-- II. 1954.
- GARRIGUEZ, Joaquín. 'Curso de Derecho Mercantil. 7a. edición. revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz. Tomo I. Edit. Porrúa, S.A. México 1977.
- GRAN DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO. Tomo I.II. Selecciones del Reader's Digest.
- GUTIERREZ GONZALEZ, Ernesto. 'Derecho de las Obligaciones' 5a. edición. --- Edit. Cajica, S.A.
- HOLPERIN, Issac. 'Cursos de derecho comercial'. Vol. II. Parte especial. So ciedades. (edición Póstuma 2a. reimpresión. Ediciones de Palma. Bue nos Aires. 1980.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L. 'Derecho Mercantil'. Introducción y conceptos -- fundamentales. Sociedades. 23ava. edición. Edit. Porrúa, S.A.
- MUROZ, Luis. 'Derecho Mercantil'. 1a. edición. Tomo Iv. Edit. Cardenas edi-- tor y distribuidor.
- MUROZ, Luis. 'Derecho Mercantil'. Tomo I. Libreria Herrero 1952.
- M.P. PRADIER-FODERE. 'Compendio de Derecho Mercantil'. Edit. Obregón y Here dia, S.A. México D.F. 1a. Edición. 1981.
- OVALLE FAVELA, Jose. 'Derecho Procesal civil'. Colección textos Jurídicos - Universitarios. Edit. Harla Herper & Row latinoamericana,
- PALLARES, Eduardo. 'Diccionario de Derecho Procesal Civil'. Deudecima Edic-- ción. Edit. Porrúa. S.A.

PUENTE Y FLORES, Arturo y Octavio Calvo Marroquín. "Derecho Mercantil".---
3ava. edición. Edit. Banca y Comercio, S.A.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. "Tratado de Sociedades Mercantiles". Tomo I.
y II. 5a. edición. Edit. Porrúa, S.A.

ROJINAS VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Introducción, Per-
sonas y Familia. Tomo I. Edit. Porrúa, S.A. 1979.

SOTO ALVAREZ, Clemente. "Prontuario de Derecho Mercantil. Edit. Limusa. Ter-
cera reimpresión. 1985.

VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. "Asambleas, fusión y liquidación de Sociedades -
Mercantiles". 2a. Edición. Edit. Porrúa, S.A.

WALTER FRISCH PHILIPP. "La Sociedad Anónima Mexicana". 2a. Edición. Edit.
Porrúa, S.A. México 1982.