

00721
209 9



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

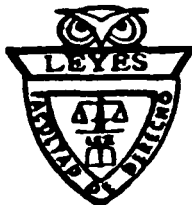
FACULTAD DE DERECHO

**"EL DERECHO DE LAS MINORIAS 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 :
CRUZ MENDEZ ALEJANDRO**

ASESOR: MTRO. GUILLERMO SOLORZANO LEIRO



CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO, D. F.,

2003



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 esta 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.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo mencionado.

NOMBRE: Cruz Méndez Alejandro

FECHA: 31/Oct/03

FIRMA: Cruz Méndez

A mi padre y a mi madre, María de la Luz Méndez Cerón y Alejandro Cruz Sánchez, a quienes debo la vida e infinito agradecimiento, ustedes también son los autores de este trabajo.

A Georgina García Varela, con amor. Gracias por tu apoyo incondicional, este logro también es tuyo.

C

A mis hermanos Jorge Cruz Méndez y Lidia Cruz Méndez, porque siempre estuvieron conmigo.

Al licenciado José Antonio Manzanero Escutia, notario 138 del Distrito Federal, con admiración y respeto, de quien aprendí que la disciplina puede prescindir de rigorismos excesivos.

d

*Al maestro Guillermo Javier Solórzano
Leiro y al Doctor Alberto Fabián
Mondragón Pedrero, por sus valiosas
aportaciones a esta tesis y porque sin
su asesoría y dirección, no hubiese
sido posible este trabajo.*

*Al licenciado Miguel Angel Calzada
Ruisánchez, compañero, pero sobre
todo, excelente amigo.*

INDICE

INTRODUCCION I

CAPITULO PRIMERO. SOCIEDADES MERCANTILES 1

1.1. Sociedades Mercantiles 1
 1.1.1. Tipos de Sociedades Mercantiles 1
 1.1.2. Sociedades de personas y de capitales 4
 1.2. Concepto 8
 1.3. Elementos fundamentales de la Sociedad Anónima 12
 1.3.1. Denominación 16
 1.3.2. Domicilio 18
 1.3.3. Duración 19
 1.3.4. Capital Social 21
 1.3.5. Objeto 23
 1.4. Las acciones en la Sociedad Anónima 24
 1.5. Resumen 27

CAPITULO SEGUNDO. ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS 29

2.1. Asambleas Ordinarias 29
 2.2. Asambleas Extraordinarias 31
 2.3. Convocatoria 32
 2.3.1. Plazo para formular convocatoria 32
 2.3.2. Personas que deben formular convocatoria 33
 2.3.3. Contenido de la convocatoria 34
 2.4. Aplazamiento y continuación de las asambleas 36
 2.5. Quórum 36
 2.5.1. Concepto 37
 2.5.2. Quórum en Asamblea Ordinaria 37
 2.5.2.1. En primera convocatoria 38
 2.5.2.1.1. De instalación 38
 2.5.2.1.1.1. Comparación con el derecho español 39
 2.5.2.1.2. De decisión 39
 2.5.2.2. En segunda convocatoria 39
 2.5.2.2.1. De instalación 39
 2.5.2.2.2. De decisión 40

F

2.5.2.2.2.1. Comparación con el derecho español	40
2.5.3. Quórum en asamblea extraordinaria	40
2.5.3.1. En primera convocatoria	41
2.5.3.1.1. De instalación	41
2.5.3.1.1.1. Comparación con el derecho español	41
2.5.3.1.2. De decisión	41
2.5.3.2. En segunda convocatoria	42
2.5.3.2.1. De instalación	42
2.5.3.2.2. De decisión	42
2.6. Resumen	43

CAPITULO TERCERO. EL ACCIONISTA Y LA SOCIEDAD ANÓNIMA

3.1. Derechos del accionista	45
3.1.1. Clasificación	46
3.1.1.1. Patrimoniales	46
3.1.1.1.1. Principales	46
3.1.1.1.2. Accesorios	49
3.1.1.2. De consecución	51
3.1.1.2.1. Administrativos	51
3.1.1.2.2. De vigilancia	53
3.2. El derecho de impugnar las resoluciones de la Asamblea (propuesta de una Teoría de nulidades e impugnaciones de los acuerdos de las asambleas de accionistas)	54
3.2.1. Requisitos y propuestas de reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles	63
3.3. Resumen	70

CAPITULO CUARTO. EL ACCIONISTA MINORITARIO Y LA SOCIEDAD ANÓNIMA

4.1. El problema minoritario	73
4.2. El principio mayoritario	75
4.3. Desequilibrio entre mayorías y minorías	76
4.4. La tutela del derecho de las minorías en la Ley General de Sociedades Mercantiles	78
4.4.1. Derecho de exigir la formulación de convocatoria. Propuesta de Reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles	80
4.4.2. Derecho de exigir la suspensión de la asamblea y su reenvío	91
4.4.3. Derecho de tener representación en el órgano de administración y en el de vigilancia. El artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Necesidad de una adecuada regulación estatutaria	93

4.4.4. Derecho de denuncia 102

 4.4.4.1. Exigir responsabilidad de los administradores y comisarios. Propuesta de
 reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles 104

4.4.5. Derecho de separación o retiro 108

4.4.6. Derecho de información 111

4.4.7. Derecho de suscripción preferente de acciones 112

4.4.8. Prohibición a la restricción del derecho de voto 114

4.5. Resumen 115

**CAPITULO QUINTO. LA TUTELA DE LAS MINORÍAS ES UNA
FORMA DE PROTECCION DEL INTERES SOCIETARIO** 118

5.1. Las minorías son un medio de protección del interés societario 118

5.2. Límites al dominio de la mayoría 120

 5.2.1. El derecho individual de cada accionista 121

5.3. Cuestionamiento sobre si las minorías tienen reales y efectivos derechos 122

5.4. El conflicto de intereses entre mayorías y minorías 124

5.5. Resumen 124

CONCLUSIONES 126

BIBLIOGRAFIA 135

INTRODUCCION

El modelo legal de las sociedades anónimas se inspira en las exigencias de la llamada estructura corporativa, que se caracteriza, entre otros aspectos, porque la formación de la voluntad social se lleva a cabo conforme al principio de la mayoría, mayoría que se determina en el órgano supremo de la sociedad, al que corresponden las decisiones básicas sobre la estructura de la misma.

De este principio básico e ineliminable por razones obvias, se derivan potenciales conflictos de intereses entre los accionistas, sin duda, la mayoría dispone en forma directa o indirecta de un poder que incide sobre los intereses legítimos de los demás accionistas excluidos de la decisión o del grupo de control.

Dentro de este conflicto de intereses, la sociedad anónima juega un papel muy importante, ya que es el instrumento más eficaz para participar en la economía actual y hacer posible el manejo de la empresa, que de no ser por la figura de las sociedades mercantiles, resultaría muy arriesgado emprenderla y, mas aún, participar activamente en la economía de capitales privados, en la que la gran mayoría de las empresas revisten la forma de las sociedades anónimas.

El problema que se aborda en este trabajo, no es el de la posición que guarda la sociedad anónima dentro del ámbito económico, sino de un problema interno, de indudable y evidente trascendencia, pero que se presenta en el marco de las relaciones de los integrantes de las sociedades anónimas entre sí y que es la cuestión de la protección de las minorías dentro de las mismas.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, aunque regula los derechos de minoría con amplitud, no es suficiente para proteger los derechos de los grupos minoritarios, materia considerada por la exposición de motivos de la ley, como una de las más importantes.

Las minorías no encuentran en la Ley General de Sociedades Mercantiles, reales y efectivos derechos para protegerse de los abusos de poder que ejercen los grupos mayoritarios o que detentan el control en la sociedad anónima.

Este trabajo se divide en cinco capítulos, los dos primeros hacen referencia a los conceptos que son necesarios analizar para el estudio de las minorías, los capítulos

tercero y cuarto son la parte propositiva y el capítulo quinto es una reflexión sobre si las minorías tienen reales y efectivos derechos, concluyendo que su regulación en la Ley General de Sociedades Mercantiles obedece a una forma de protección del interés societario.

En el capítulo primero se analizarán las sociedades mercantiles en general, abordando los tipos de sociedades mercantiles que existen en la ley y en la doctrina y después su desarrollo se limitará exclusivamente a la sociedad anónima, tema principal de este trabajo. Estudiaré el concepto de sociedad en general, de sociedad mercantil y de sociedad anónima, de ésta última analizaré sus elementos fundamentales que en mi opinión son la denominación, el domicilio, la duración, el capital social y el objeto o finalidad y en la última parte, se tratará el tema de las acciones en la sociedad anónima, advirtiendo que el llamado *principio de igualdad de las acciones* regulado por el artículo 112 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no es absoluto y no tiene la trascendencia que pudiera creerse dado el tenor literal de la ley.

En el segundo capítulo se tratarán a las asambleas de accionistas, estudiando solamente el criterio de clasificación que para el autor de este trabajo es el más importante y que es el que distingue entre asambleas ordinarias y extraordinarias, ya que es en éste tipo de asambleas en donde los derechos de los socios se ejercen con mayor amplitud, generando el conflicto de intereses entre las mayorías y las minorías de accionistas, sin excluir, desde luego, el interés académico que pudiese tener el estudio de otros tipos de asambleas, tales como la asamblea constitutiva o las asambleas especiales de accionistas.

Haré mención de las formalidades que deben observarse para que una asamblea se considere válidamente instalada y válidos los acuerdos que en ella se tomen, por eso, los temas de la convocatoria a asamblea y de los *quora*, tanto de instalación como de decisión, serán tratados en la parte final de este capítulo.

En el capítulo tercero se estudiarán los derechos del accionista, abordaré su clasificación, adoptando la que distingue entre derechos patrimoniales y derechos de consecución y estableceré un catálogo de derechos que tienen los socios en general.

En este capítulo le doy más importancia al derecho que tienen los accionistas de impugnar las resoluciones de la asamblea, ya que propondré una "Teoría de nulidades e

impugnaciones de los acuerdos de las asambleas de accionistas". Advertiré que no se regula en la Ley General de Sociedades Mercantiles la acción de nulidad de los acuerdos tomados por la asamblea, y que sólo se establece una acción de oposición concedida a una minoría calificada del 33% del capital social, porcentaje que considero muy elevado, ya que en mi opinión, hubo una imprevisión del legislador al momento de regular esta situación, pues no consideró que limitar la acción de oposición sólo a un porcentaje determinado del capital social, puede dar lugar a abusos por parte de los accionistas y eso resulta más peligroso que el riesgo de soportar impugnaciones infundadas por no reunir dicho porcentaje del 33%.

Estos problemas deben ser considerados en una reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles, por ello propondré una reforma a sus artículos 200 a 204 y expondré las razones para que el artículo 205 se derogue.

En el cuarto capítulo se desarrollará la problemática que presenta el confrontar el problema minoritario con el principio mayoritario y el desequilibrio que se genera entre mayorías y minorías de accionistas, ya que por un lado parece necesario proteger los intereses de la sociedad, respetando el principio mayoritario que es, por excelencia, la forma en que se toman las decisiones en las asambleas de accionistas, pero por otro lado, existe la tutela de la minoría en oposición a la mayoría, pero sin contradecir los principios básicos de la misma, es decir, no se pretende convertir al derecho societario en un *derecho del socio minoritario*, pues se debe tomar en cuenta que la protección de las minorías en la Ley General de Sociedades Mercantiles debe respetar el principio mayoritario, evitando que todo se vea en función de la minoría, pues el poder de la mayoría expresado en forma regular, provoca resultados que deben ser respetados y acatados por todos los accionistas.

Estudiaré cada uno de los derechos que la Ley General de Sociedades Mercantiles concede a los grupos minoritarios, analizaré los límites legales que tienen estos derechos y sólo respecto de algunos de ellos propondré reformas a la ley, tal es el caso de los derechos de exigir la formulación de convocatoria a asamblea y de exigir responsabilidad de los administradores y comisarios, en donde pretendo disminuir las cuotas legales del 33%, pues trataré de probar que la seriedad o garantía en el ejercicio de estos derechos no radica en la tenencia de un número determinado de acciones que

representen cierto porcentaje del capital social, sino en el interés mismo de la sociedad, para dar mayor flexibilidad a sus órganos y eliminar obstáculos o formalismos inútiles, además de que propondré adicionar algunos otros requisitos para el correcto ejercicio de estos derechos.

Por lo que se refiere al derecho de las minorías de tener representación en los órganos de administración y vigilancia, plantearé la necesidad de que se le dé una adecuada regulación en los estatutos sociales, ya que en la práctica estatutaria mexicana, la redacción de las cláusulas que se refieren a este derecho, suele incurrir en fallas, principalmente porque en lugar de limitarse a regular el derecho de nombramiento por parte de la minoría, se establece un sistema diferente de elección de consejeros y comisarios.

Finalmente, en el capítulo quinto desarrollaré la idea de que las minorías son una forma de protección del interés societario y para alcanzar ese interés, es necesario que se tomen en cuenta las reformas propuestas en este trabajo.

Concluiré con el cuestionamiento de si las minorías tienen reales y efectivos derechos y afirmaré que no es posible hablar de minoría sin referirse a la mayoría, pues vigente el principio mayoritario, la necesidad de proteger a los ausentes, disidentes o no pertenecientes al grupo de control siempre estará presente.

Al terminar cada capítulo he incluido un pequeño resumen que servirá para retomar lo tratado en el mismo y enlazar al siguiente capítulo, éstos resúmenes servirán para llegar a las conclusiones finales que se encuentran en un último capítulo no numerado al final de este trabajo.

CAPITULO PRIMERO. SOCIEDADES MERCANTILES

1.1. Sociedades Mercantiles.

La sociedad ha sido definida como una agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria u obligatoria, que se compone de socios que aportan bienes o servicios para la consecución de un fin común, de carácter lícito, que la ley le atribuye una personalidad jurídica distinta de la de los socios que la componen y que, cuando se constituye bajo alguno de los tipos sociales que señala el artículo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles, adquiere el carácter mercantil.¹

Este ente jurídico llamado persona moral, tiene participación en el campo jurídico, porque es un ente capaz de derechos y obligaciones que convive al lado de las personas físicas, toda vez que la ley le atribuye a las personas morales capacidad jurídica.

Por eso, el tema principal de este trabajo es, precisamente, el ente colectivo llamado persona moral de carácter mercantil, cuyo origen es un acto constitutivo de naturaleza contractual, es decir, la sociedad mercantil surge de un contrato y aunque algunos autores le nieguen la naturaleza contractual, como se expondrá mas adelante en el apartado 1.2. de este capítulo, es evidente que a la luz de nuestro derecho positivo mexicano, la sociedad es un contrato.

Del tema de las sociedades mercantiles, sólo abordaré los derechos que la ley establece para los grupos minoritarios, pero es importante hacer mención, antes de entrar al estudio de los llamados *derechos de minoría*, de los elementos principales de que se compone toda sociedad mercantil, empezando por los tipos de sociedades mercantiles en la ley y en la doctrina para determinar el concepto de sociedad y, posteriormente, delimitar este trabajo exclusivamente a la Sociedad Anónima.

1.1.1. Tipos de Sociedades Mercantiles.

¹ Sobre éste tema coinciden varios autores, entre ellos: Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 24ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999; BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2ª reimpresión, Edit. Porrúa, México, 1998 y MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*, 29ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998.

PAGINACION

DISCONTINUA

Algunos autores distinguen varios tipos de sociedades mercantiles, considerando, para su clasificación, distintos puntos de vista, así, hay quienes distinguen entre sociedades mexicanas y extranjeras; sociedades ocultas, durmientes e irregulares;² sociedades unipersonales y pluripersonales;³ etc.

El autor Manuel García Rendón⁴ propone la siguiente clasificación:

- a) **“De personas** Se caracterizan porque se constituyen atendiendo a la calidad de las personas que las integran, cuyos nombres forman el nombre de la sociedad (razón social) y quienes, en cierta medida, son responsables de las operaciones que aquella celebra. El tipo clásico de esta clase de sociedades es la *colectiva*.
- b) **De capitales** Su principal característica consiste en que su constitución atiende no tanto a la calidad de sus integrantes, sino al monto de las aportaciones que éstos realizan. Existen al amparo de un nombre (denominación social) que no se forma con el nombre de los socios quienes, en principio, solamente están obligados al pago de sus aportaciones. La *anónima* es el tipo clásico de esta especie de sociedades.
- c) **Mixtas** Son aquellas que participan de las características tanto de las sociedades de personas como de las de capitales, por cuanto su nombre (razón social) se forma con el de los socios, de los cuales unos responden de las obligaciones sociales con su patrimonio y otros únicamente están obligados al pago de sus aportaciones. La sociedad *en comandita* es el tipo clásico de estas sociedades.
- d) **Elásticas o Flexibles** En atención a las circunstancias especiales que determinen a los socios a constituir esta clase de sociedades, éstos pueden destacar las características de las denominadas *intuitu personae*, o bien de las *intuitu pecuniae*. Por consiguiente, pueden existir con arreglo a una razón social o a una denominación social. El prototipo de estas sociedades es el de *responsabilidad limitada*.

² Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2ª reimpresión, Edit. Porrúa, México, 1998, Pág. 253 y SS.

³ Cfr. FRISCH PHILIPP, Walter. *Sociedad Anónima Mexicana*, 4ª ed., Edit. Harla Oxford University Press, México, 1996, Pág. 9.

⁴ GARCIA RENDON, Manuel. *Sociedades Mercantiles*, 2ª ed., Edit. Harla, México, 1993, Pág. 7.

- e) **Cerradas** Reciben este nombre las anónimas cuyas acciones son propiedad de un grupo pequeño de socios, generalmente constituido por una familia.
- f) **Abiertas** Se les llama así a las anónimas cuyas acciones se cotizan en bolsa y, en consecuencia, son controladas por un gran número de personas.
- g) **Regulares** Son aquellas cuya constitución ha sido formalizada en escritura pública y están inscritas en el Registro Público de Comercio.
- h) **Irregulares** La LGSM considera como irregulares a las sociedades que no están inscritas en el Registro Público de Comercio, consten o no en escritura pública.
- i) **De hecho** La jurisprudencia mexicana y una parte de la doctrina dan el nombre de sociedades de hecho a las irregulares. Sin embargo, otra parte de la doctrina llama sociedades de hecho a las verbales o a las que consten por escrito, pero no en escritura pública.
- j) **Incompletas** Se les denomina así a las sociedades regulares o irregulares a las que les falta uno o varios de los requisitos legales de constitución.
- k) **Aparentes** También se les conoce como sociedades de papel o de comodidad. Son las constituidas por un sólo socio y en las que figuran uno o varios testaferros, sin verdadero interés económico y jurídico en la sociedad, para cumplir con el requisito del número de socios mínimo establecido por la ley.
- l) **Durmientes** Este nombre es aplicado a las sociedades formalmente constituidas e inscritas en el Registro Público de Comercio que no llegan a funcionar, pero cuya creación y mantenimiento se hace con el propósito de proteger ciertas denominaciones, nombres comerciales o ciertas marcas.
- m) **Ocultas** Son aquellas que no se exteriorizan como tales frente a terceros como. La figura típica de esta especie de sociedades es la *asociación en participación*.
- n) **Paraestatales o de participación estatal** Como su nombre lo indica, son aquellas en las que participa el Estado como socio, ya sea directamente o por conducto de un organismo público descentralizado. La ley las clasifica en empresas de participación estatal mayoritaria, si el Estado directa o

indirectamente controla más de 50% del capital social, y minoritaria, si controla menos de 25% del capital social.

- o) **Controladoras** Son las que controlan el capital social, generalmente representado por acciones de otra u otras sociedades mercantiles que en conjunto constituyen un grupo. A esta clase de sociedades, también se les denomina sociedades madre, sociedades tenedoras o *holdings*.
- p) **Controladas** También se les conoce como sociedades filiales, subsidiarias o consolidadas, porque su capital social es controlado por otra sociedad mercantil.”

Sin embargo, todas éstas clasificaciones son doctrinales, ya que en el derecho positivo mexicano, solamente existen seis tipos de sociedades mercantiles y son las que señala el Art. 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece:

“Art. 1. - Esta ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

- I. *Sociedad en nombre colectivo;*
- II. *Sociedad en comandita simple;*
- III. *Sociedad de responsabilidad limitada;*
- IV. *Sociedad anónima;*
- V. *Sociedad en comandita por acciones; y*
- VI. *Sociedad cooperativa... ”*

Esta enumeración que hace la ley precisamente es limitativa, por lo tanto, cualquiera de las sociedades que se constituyan en alguna de las formas que establece el Art. 1º serán mercantiles, las demás, por exclusión, serán civiles o de otro tipo, pero nunca mercantiles.

1.1.2. Sociedades de personas y de capitales.

De la clasificación que propone el jurista Manuel García Rendón, merece especial atención la que se refiere a las sociedades de personas y de capitales, toda vez que la ley atribuye características especiales a cada uno de estos tipos societarios y, éstas características, son la base que la doctrina ha tomado en cuenta para distinguir entre aquéllas sociedades que tienen un carácter personalizado y aquéllas que no lo tienen. “Se distinguen tradicionalmente unas de las otras en función de la importancia y

trascendencia de la persona de los socios que forman la sociedad en las personales, o de su función secundaria y hasta intrascendente en las de capitales, en las cuales, como su nombre lo indica, la característica predominante consiste en las cantidades (capitales) que los socios aportan para constituir el ente"⁵

En las sociedades de personas juega un papel muy importante el *intuitu personae*, ya que para constituirse se atiende a las cualidades personales de los socios que la integran y no al monto de sus aportaciones; en este tipo de sociedades "se hace el contrato con los demás no por lo que cada uno pone, sino por lo que cada uno es".⁶ En las sociedades de capital lo que importa es lo que cada socio aporta a la sociedad y no sus características personales, se atiende preferentemente al capital aportado y se constituye un *intuitu pecuniae*.

Para el maestro Roberto Mantilla Molina, es fácil criticar la terminología de la clasificación, pues según él, no hay sociedades de personas sin aportación, ni sociedades de capital sin personas que lo aporten, "en realidad la importancia de las cualidades personales es cuestión de grado y no de esencia,"⁷ porque el *intuitu pecuniae* tiene mucho que ver con las sociedades personales y el *intuitu personae* cada vez va avasallando más a las sociedades anónimas, que son las sociedades de capitales por excelencia. La Sociedad de Responsabilidad Limitada, por ejemplo, tiene elementos que le permiten encuadrarse en el concepto de sociedades de capital (se puede constituir bajo una denominación y el voto se ejerce en función de las aportaciones), pero tiene también características que son propias de las sociedades de personas (las partes sociales no pueden estar representadas por títulos negociables a la orden o al portador, con lo cual la ley establece la posibilidad de que sólo se puedan ceder con el consentimiento de todos los socios, si así se previno en los estatutos), por ello es difícil clasificarla dentro de alguno de los tipos societarios que se están analizando en este apartado.

Históricamente, las sociedades personales aparecieron y se regularon antes que las de capitales. Las sociedades personales tienen sus antecedentes en el derecho romano a través de las *societas vectigalium y publicanorum*, se reconocieron y practicaron en la Edad Media, a través de la *compañía*, mientras que las de capitales surgen en el siglo

⁵ BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit. Pág. 345.

⁶ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 62.

⁷ MANTILLA MOLINA, Roberto. Op. Cit. Pág. 254.

XVII con las *compañías holandesas, inglesas y francesas* para el comercio con las Indias.⁸

Considero que las sociedades de personas han entrado actualmente en crisis, pues su ámbito de aplicación es cada vez más limitado y han sido desplazadas por las de capital, en virtud de que son sociedades más flexibles y abiertas; sin embargo, y no obstante lo anterior, la distinción entre sociedades personales y de capitales tiene singular importancia, porque permite establecer algunas notas características en cada una de ellas como se verá enseguida.

Las sociedades de personas presentan las siguientes características:

1. El concurso mercantil o incapacidad de uno de los socios puede ser causa de disolución de la sociedad (Art. 50 frac. V de la Ley General de Sociedades Mercantiles.)
2. La muerte de un socio es motivo de disolución de la misma (Art. 32 y 230.)
3. El voto es por persona y no por capital, en principio, porque puede convenirse el voto por capital (Art. 46 y 57.)
4. La administración puede recaer en socios o en terceros, pero el nombramiento de un extraño para desempeñar la dirección y representación de la sociedad, da derecho a los inconformes a ejercer su derecho de separación, que es uno de los derechos que la ley tutela para los grupos minoritarios. En las sociedades de personas, la participación en la administración y vigilancia de la sociedad es más directa.
5. Los estatutos son modificables pero con el consentimiento de todos los socios.
6. La admisión de nuevos socios y la cesión de partes sociales sólo puede hacerse con el consentimiento de todos los demás socios (Art. 31 y 57.)
7. Los compromisos sociales están garantizados con la responsabilidad ilimitada de los socios.

⁸ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit. Pág. 345. Véase su opinión en el sentido de que las sociedades personales se utilizan generalmente en grupos familiares, es decir, se trata de sociedades cerradas, cuyas acciones son propiedad de un grupo pequeño de socios, generalmente constituido por una familia, en tanto que las sociedades de capitales, atienden necesidades más amplias, que exigen grandes capitales y agrupan intereses económicos muy variados.

8. La exclusión de socios y la disolución de la sociedad puede darse por causas personales según lo disponen los Arts. 50 y 229 a 231 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
9. Es más viable la participación de socios industriales en este tipo de sociedades.
10. Están protegidas por la ley contra actos competitivos de sus socios (Art. 35.)
11. En cuanto a su funcionamiento, la ley establece un sistema que da un mayor margen a la autonomía de la voluntad de las partes para fijar normas bajo las cuales deben regirse.

Por su parte, las sociedades de capitales tienen las siguientes notas características:

1. La muerte, incapacidad o concurso mercantil de sus socios, o cualquiera otra vicisitud en la vida o capacidad de los mismos, no tiene repercusión alguna en la vida de la sociedad.
2. La cesión de las partes sociales, por regla general, se hace sin necesitar del consentimiento de los socios.
3. La administración puede recaer sobre extraños sin que ello dé derecho a los inconformes para separarse de la sociedad.
4. Las votaciones se establecen sobre la base de un voto por acción, es decir, el voto está en función del capital aportado salvo que los estatutos establezcan votaciones económicas.
5. No se da la responsabilidad ilimitada de los socios para garantizar las deudas sociales, pues en principio responden sólo con el monto de sus aportaciones.
6. La exclusión de socios sólo se da en los casos de incumplimiento de exhibición de aportaciones y reducción del capital social (Art. 118, 135 y 136.)
7. Las causas de disolución son más objetivas y menos personales.
8. Difícilmente participan socios industriales.
9. Las modificaciones estatutarias son más fáciles en los casos de sociedades de capitales.

10. El accionista está más limitado en su derecho de retiro que el socio de sociedades de personas, al cual se le protege por el legislador en esta forma contra cambios en su ambiente societario, en tanto que el accionista se encuentra en una esfera despersonalizada (Art. 34, 38, 42 y 206.)
11. En cuanto a su funcionamiento, la ley establece un sistema de normación imperativa, ya que permite su constitución y funcionamiento sujeto a ciertas normas inderogables por la voluntad de las partes, aunque hay reglas que son renunciables.

De acuerdo con estas características, se puede observar que la organización corporativa de las sociedades de capitales es más desarrollada que la de las personales y por ello se afirma la debilidad de éstas y el éxito de aquéllas.

1.2. Concepto.

A continuación analizaré el concepto de sociedad en general, para después definir a la sociedad mercantil y a la anónima y, posteriormente, entrar en el estudio de sus elementos fundamentales.

Hay negocios jurídicos en los cuales, los fines de quienes en ellos intervienen coinciden totalmente, se trata de realizar un fin común, de satisfacción coordinada, en el que las partes no se intercambian prestaciones, ya que las mismas constituyen un fondo común y en los que se crea una personalidad jurídica que persiste después y a causa de la realización de las prestaciones; éstos negocios jurídicos constituyen lo que en la doctrina se le conoce como *negocio social* o más propiamente dicho, el *concepto de sociedad*.

Para determinar la naturaleza jurídica del ente colectivo llamado *persona moral* o *sociedad*, la doctrina se ha dividido principalmente en dos posturas, una de ellas afirma que la sociedad es un contrato y la otra le niega ese carácter contractual.

Dentro de las tesis doctrinales que le atribuyen el carácter contractual a la sociedad, destaca la *teoría del contrato de organización*, cuyo autor principal es Tulio Ascarelli,⁹ quien afirma que la sociedad es un contrato, pero no con el concepto clásico en que se le conoce al contrato, en donde los intereses de los contratantes son

⁹ Cfr. GARCIA RENDON, Manuel. Op. Cit. Pág. 20.

contradictorios, es decir, en donde existe - a decir del autor Ramón Sánchez Meda¹⁰ - "una estrecha interdependencia entre las prestaciones de las partes", lo cual constituye una de las características principales del contrato bilateral.

El contrato de organización es plurilateral en oposición a bilateral, debido a que cada una de las partes no tiene una sino varias contrapartes, las prestaciones son atípicas, ya que se puede aportar a la sociedad bienes o derechos de diversa naturaleza y no como en los contratos de cambio o bilaterales, en donde el contenido de las prestaciones es determinado (por ejemplo la cosa y el precio en la compraventa), además, las partes están obligadas a realizar su prestación pero no tienen el derecho de hacerlo, cosa distinta en los contratos de organización, en donde las partes no sólo tienen la obligación de realizar su aportación, sino que además tienen el derecho de hacerlo.

Esta teoría fue recogida por el jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez,¹¹ quien opina que "la sociedad es un auténtico contrato, pero tiene características especiales que le hacen merecer una calificación especial y es la del *contrato de organización*", que se distingue de los contratos de cambio de acuerdo con el siguiente cuadro comparativo que propone:

CONTRATO DE CAMBIO	CONTRATO DE ORGANIZACION
1. Se presupone un cruzamiento de prestaciones	1. Las partes no se cambian las prestaciones, ya que las mismas constituyen un fondo común.
2. Se agota con la realización de las prestaciones.	2. Crea generalmente una personalidad jurídica que persiste después y a causa de la realización de las prestaciones.
2. Hay intercambio de prestaciones.	3. Las prestaciones no se intercambian sino lo que cada parte aporta, constituye el patrimonio de un nuevo sujeto jurídico creado en virtud del contrato.
3. Los intereses de los contratantes son opuestos y de satisfacción contradictoria.	4. Los intereses siguen siendo opuestos, pero de satisfacción coordinada.
4. Sólo hay dos partes.	5. Puede haber muchas partes.
5. La entrada o salida de partes en el contrato, implica la novación del mismo sin que en ningún caso pueda alterarse el número de dos.	6. La entrada o salida de socios se efectúa sin que se alteren las bases contractuales fundamentales, pudiendo aumentar o disminuir el número de partes adheridas.

¹⁰ SANCHEZ MEDAL, Ramón. *De los contratos civiles*. 16ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998, Pág. 114.

¹¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 44.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que se refiere a las tesis doctrinales que niegan que la sociedad es un contrato, la más importante es la que expone León Duguit,¹² quien considera que el contrato no es todo acuerdo de voluntades por virtud del cual se crean derechos y obligaciones, porque existe toda una gama de actos jurídicos plurilaterales que sin ser contratos, suponen un acuerdo de voluntades que producen efectos jurídicos. Para este autor la sociedad no es un contrato, sino un *acto colectivo*.

Sin embargo y, a pesar de la tesis del acto colectivo, la cual es cuestionable desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, es indiscutible que la sociedad es un contrato, así lo establece el Código Civil en sus artículos 2671 y 2688 y la Ley General de Sociedades Mercantiles que, aunque no establece una definición de sociedad mercantil, sí le llama en muchas de sus disposiciones contrato.

En mi opinión, se debe atender a lo que la ley establece y considerar que la sociedad es un contrato, pero es importante, desde el punto de vista doctrinal, emitir mi parecer acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad.

La sociedad es una ficción jurídica, tomando en cuenta la definición que propone el Doctor Ernesto Gutiérrez y González:¹³ "por ficción jurídica se entiende un procedimiento de la técnica jurídica, en virtud del cual se atribuye a algo, una naturaleza jurídica distinta de la que en rigor le corresponde, con el fin de obtener ciertas consecuencias de derecho que de otra manera no podrían alcanzarse."¹³

En efecto, la sociedad como ficción jurídica, es un ente creado por el legislador, al cual la ley le atribuye una naturaleza jurídica que en estricto rigor no le corresponde y

¹²Cfr. citado por LOZANO NORIEGA, Francisco. *Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos*, 5ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., México, 1987, Pág. 438. Para Duguit, existen tres especies de actos jurídicos plurilaterales, que son el contrato, el acto colectivo y el acto unión. El *contrato* es el acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear y transferir derechos y obligaciones, sin embargo, esta nota no es suficiente para definirlo, porque es común para los demás actos jurídicos plurilaterales; lo más importante, para este autor, es tomar en cuenta cual es el contenido y la finalidad de esa declaración de voluntad para cada uno de los contratantes, ya que en el contrato es diferente, porque esas declaraciones convergen entre sí.

En el *acto colectivo*, el contenido y la finalidad del acuerdo de voluntades de quienes lo celebran es la misma, no hay oposición de intereses y por eso, no se le puede considerar contrato, ya que en el acto colectivo las declaraciones de voluntad son en el mismo sentido y tienen como propósito la consecución de un fin común, sin importar si todos estuvieron de acuerdo, porque en este acto jurídico la mayoría vincula a la totalidad y la voluntad minoritaria se ve sacrificada. La sociedad es, precisamente, un acto colectivo, porque los socios manifiestan su voluntad en el mismo sentido, es decir, el contenido y la finalidad son los mismos.

Finalmente, en el *acto unión*, el contenido de las prestaciones es el mismo, pero la finalidad es diferente.

¹³ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, 10ª ed., Edit. Porrúa, México, 1995, Pág. 68.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que es la de contrato, pero que se la da con el fin de obtener ciertas consecuencias de derecho que de otra manera no podrían obtenerse y que son, entre otras, la de crear una personalidad jurídica distinta a la de los contratantes que perdura durante toda la vida del contrato y aún después de terminado para efectos de su liquidación.

Conviene ahora precisar los conceptos de sociedad mercantil y anónima, tema principal de este apartado.

La Ley General de Sociedades Mercantiles no establece un concepto de sociedad mercantil, solamente fija un criterio rigurosamente formal para determinar el carácter mercantil de las sociedades a través de una enumeración limitativa que se menciona en el artículo 1º y que se refiere a los tipos de sociedades mercantiles.

Sin embargo, el Código Civil sí da una definición de sociedad civil, la cual puede servir para definir a la mercantil; así, en su artículo 2688 establece:

"Art. 2688. - Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial."

En términos generales, este artículo define a la sociedad como una agrupación de personas, la cual se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, que para la sociedad mercantil no sólo es de carácter preponderantemente económico, sino además, la finalidad está encaminada a realizar actividades catalogadas por nuestro derecho como mercantiles y que al adoptar una determinada forma, la hacen sujeto jurídico del derecho mercantil.

Para ser más preciso, adoptaré la definición que el maestro Roberto Mantilla Molina expone para las sociedades mercantiles:

*"...puede definirse a la sociedad mercantil como el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para alguno de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil"*¹⁴

Por lo que se refiere a la sociedad anónima, la ley establece en su artículo 87 lo siguiente:

¹⁴ MANTILLA MOLINA, Roberto L. Op. Cit. Pág. 188.



"Art. 87. - Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones."

El Jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez, recoge esta definición y la perfecciona, definiendo a la sociedad anónima como: "una sociedad mercantil, con denominación, de capital fundacional dividido en acciones, cuyos socios limitan su responsabilidad al pago de las mismas."¹⁵

De la anterior definición se pueden mencionar las siguientes notas características:

1. Se constituyen bajo una denominación.
2. La responsabilidad de los socios se limita al pago de sus aportaciones.
3. Los derechos de los socios se incorporan en documentos denominados acciones, fácilmente negociables.

La sociedad anónima es la estructura ideal para realizar tareas que requieren grandes sumas de capital, lo que les sucede a los socios no trasciende en la vida de la sociedad, pueden participar miles de socios los cuales no sienten el temor de sufrir pérdidas que puedan comprometer toda su situación patrimonial en virtud de que se trata de una sociedad de capitales en donde sólo importa lo que cada socio aporta, y sólo con esa aportación responden de los compromisos sociales.

1.3. Elementos fundamentales de la Sociedad Anónima.

El artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece en trece fracciones el contenido mínimo de todo contrato de sociedad que, junto con las reglas que se convengan sobre la organización y funcionamiento de la sociedad, constituyen los estatutos de la misma, pero además, en tratándose de la sociedad anónima, el artículo 91 adiciona al contenido legal mínimo del contrato otros seis requisitos.

Por lo que se refiere al artículo 6º, las fracciones I a VII son consideradas por la Ley General de Sociedades Mercantiles como elementos esenciales porque sin ellos no puede haber contrato, mientras que las fracciones VIII a XIII, que se refieren a la administración de la sociedad, manera de distribuir utilidades y pérdidas, importe del fondo de reserva, los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente y las

¹⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 77.



bases para la liquidación y el nombramiento de liquidadores, son subsanables por la propia ley.

Los elementos esenciales según el citado artículo son los siguientes:

"Art. 6. - La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

- I. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan a la sociedad;*
- II. El objeto de la sociedad;*
- III. Su razón social o denominación;*
- IV. Su duración;*
- V. El importe del capital social.*
- VI. La expresión de los que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización..."*

La fracción I establece tres requisitos básicos que giran en torno a la figura de los socios, los nombres de las personas que constituyen a la sociedad, son el elemento personal de todo contrato y es importante que se mencionen en la escritura constitutiva porque es necesario saber con quién se contrata.

La nacionalidad de los socios se debe mencionar para evitar que se transgredan disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento, que establecen que toda sociedad que se constituya sin *cláusula de exclusión de extranjeros*, deberá incluir en sus estatutos, el convenio o pacto expreso, que en la doctrina se le conoce con el nombre de *Cláusula Calvo*, según la cual, los socios extranjeros de la sociedad, se obligan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores a considerarse como nacionales respecto de las acciones, partes sociales o derechos que adquieran de dichas sociedades, los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses de que sean titulares tales sociedades y los derechos y obligaciones que deriven de los contratos en que sean parte las propias sociedades y renuncian a invocar la protección de sus gobiernos bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la Nación los derechos y bienes que hubiesen adquirido.¹⁶

¹⁶ Artículo 14 del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de septiembre de 1998, precisamente cinco años después que la Ley.

Finalmente el domicilio de los socios se debe precisar para el caso de convocatorias a asambleas que por disposición legal, estatutaria o por acuerdo, tuvieren que celebrarse ahí, así como para demandar a los socios por cualquier causa.

Las fracciones II a VI de éste artículo merecen especial atención y se tratarán en los siguientes apartados.

La lista de requisitos que debe contener la escritura constitutiva de una Sociedad Anónima, se adiciona con otros seis requisitos que señala el artículo 91:

I.- La parte exhibida del capital social. Supone que el capital no esté cubierto en su totalidad en el momento en que se suscriban las acciones que lo integran, lo que puede ocurrir al constituirse la sociedad, o al aumentar posteriormente su capital social.

II.- El número, valor nominal y naturaleza de las acciones. El número de acciones, si no se indicó expresamente, se obtiene dividiendo el importe del capital social entre el valor de cada acción, el valor nominal de cada acción puede omitirse, según lo dispone el artículo 125, fracción IV, al referirse a las acciones sin valor nominal; la naturaleza de las acciones, se refiere a si son liberadas o pagadoras, de voto limitado, de circulación restringida, etc.

III.- La forma y términos en que debe pagarse la parte insoluta de las acciones. Hace mención al cómo y en qué plazos se deben cubrir los dividendos pasivos. En cuanto al cómo, las acciones pueden cubrirse en dinero o en otros bienes, si es en dinero su pago se puede diferir, pero si es con bienes distintos del numerario, deben ser pagadas en su totalidad (Art. 89 frac. IV.)

Por lo que a los plazos concierne, en la escritura constitutiva se puede señalar un plazo o varios, sin embargo, si no lo señala, quedará a cargo de la asamblea de accionistas o del órgano de administración señalar él o los plazos respectivos y los pagos de los accionistas.

Si el plazo consta en las acciones, una vez transcurrido, la sociedad puede exigir judicialmente el pago de la exhibición o decidir la venta de las acciones; si no consta el plazo, se debe hacer una publicación en el periódico oficial de la localidad en donde tenga su domicilio la sociedad, con por lo menos treinta días de anticipación señalando la fecha para el pago y si transcurre dicho plazo sin que se haya verificado la exhibición, la sociedad procederá de la misma manera que en el caso anterior, pero en ambos casos

la venta de las acciones deberá hacerse por medio de corredor público. El derecho de la sociedad de reclamar judicialmente la exhibición o de proceder a la venta de las acciones, tiene una vigencia de un mes contado a partir de la fecha en que debió hacerse el pago, si no se ejercita el derecho en este tiempo, las acciones se declararán extinguidas y se procederá a la consiguiente reducción del capital social, dicha reducción deberá hacerse atendiendo a lo que establece el artículo 9º de la Ley, toda vez que considero que la reducción se efectúa mediante liberación concedida a los socios de exhibiciones no realizadas.

IV.- La participación en las utilidades concedida a los fundadores. Los otorgantes del contrato social y los redactores del programa a que se refiere el artículo 92 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, son fundadores y el instrumento constitutivo puede concederles ciertos derechos, entre ellos, participar en las utilidades, las cuales no pueden exceder del 10% ni podrán abarcar un período de más de diez años contados a partir de la constitución de la sociedad, ésta participación no podrá cubrirse sino después de haber pagado a los accionistas un dividendo del 5% sobre el valor de sus acciones.

V.- El nombramiento de uno o varios comisarios. Según la Ley General de Sociedades Mercantiles, el contrato social debe establecer qué personas integrarán el órgano de vigilancia o comisarios, los cuales pueden ser accionistas o personas extrañas a la sociedad.

VI.- Facultades de las asambleas. Por último, la fracción VI establece que la escritura constitutiva de la sociedad anónima debe contener *las facultades de la asamblea general y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales pueden ser modificadas por la voluntad de los socios.* Por lo que se refiere a las facultades de la asamblea general, se debe fijar su competencia, es decir, que asuntos se deben tratar en cada tipo de asambleas, por ejemplo, la asamblea ordinaria no puede ocuparse de asuntos que corresponden a la extraordinaria, pero ésta sí puede tratar asuntos de la ordinaria. La Ley General de Sociedades Mercantiles establece en sus artículos 181 y 182 la competencia de cada tipo de asamblea, según se trate de ordinarias o extraordinarias y éstas normas no pueden ser derogadas por la voluntad de los

contratantes, salvo el caso que se ha mencionado que en la extraordinaria se traten asuntos de la ordinaria.

Los requisitos de convocatoria y los *quora* de asistencia y de votación, constituyen las condiciones para que se consideren válidas las deliberaciones de las asambleas, los requisitos de convocatoria en principio no son modificables, sin embargo, el contrato social puede establecer que si se toman resoluciones fuera de asamblea, tendrán la misma validez como si se hubiesen tomado reunidos en asamblea, siempre que se confirmen por escrito y exista unanimidad de votos, unanimidad que, finalmente, deberá computarse dentro de una asamblea de accionistas, lo cual hace inútil y poco práctico que se establezca esta disposición en los estatutos, además, si la asamblea es totalitaria no es necesaria la convocatoria; los *quora* de asistencia y de votación pueden ser modificados pero nunca en menor cuantía, sólo se pueden aumentar los porcentajes legales de asistencia y de votación para que se consideren válidamente adoptadas las resoluciones.

En cuanto a las condiciones para el ejercicio del derecho de voto, algunos estatutos establecen que los accionistas, previamente a la asamblea, depositen los títulos representativos de sus acciones en la tesorería de la sociedad o en una institución bancaria, asimismo, se prevé que los accionistas puedan comparecer representados a la asamblea.

1.3.1. Denominación.

El nombre de las sociedades es un elemento importante del contrato social; de acuerdo con la ley, es un elemento esencial y ello se debe a las siguientes razones:

1. Es una manera de identificar a la sociedad.
2. Es un requisito de existencia del contrato social según la fracción III del artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que es a través del nombre como la sociedad se ostenta al público y se relaciona con terceros a través de su representante.
3. Es un requisito para funcionar porque constituye un dato necesario para realizar su actividad, es decir, adquirir derechos y asumir obligaciones.

4. Constituye una manifestación del carácter de las sociedades, porque con excepción de la Sociedad en Nombre Colectivo, debe agregarse al nombre el tipo social de que se trate.

El nombre de la sociedad puede ser, según la ley, una razón social o una denominación. Doctrinalmente se distingue a la razón social de la denominación, en que la primera se forma con el nombre de uno o varios de los socios y la segunda no, es decir, la denominación se forma tomando en cuenta aspectos más objetivos.¹⁷

Esta apreciación, en mi opinión, resulta errónea a la luz de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que establece en su artículo 88 que la denominación de las sociedades anónimas se formará libremente, lo que significa que se puede formar con los nombres de los socios o con cualquier otro elemento, siempre y cuando sea distinta a la de cualquier otra sociedad y que al emplearse vaya seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de sus abreviaturas S. A.

Se puede afirmar que la manera como se forma la denominación o la razón social, no es suficiente para distinguir una de la otra, porque la denominación puede formarse con los nombres de los socios sin que ello transgreda disposición legal alguna y la razón social podría no formarse con el nombre de los socios y esto no afectaría ni su existencia ni la validez del contrato, toda vez que no existe en la ley sanción alguna, a pesar de lo que establezcan los artículos 59, 60 y 210 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, porque la única sanción prevista en estos artículos es sujetar a los socios a la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria por los compromisos sociales, que sólo se aplica en los casos de que se omita el tipo social o que alguna persona extraña a la sociedad permita que su nombre figure en la razón social.

La ley es contradictoria al distinguir la razón social de la denominación, porque mientras ordena que la razón social se forme con el nombre de uno o varios socios, permite que la denominación se forme libremente, sin prohibir que se incluyan los nombres de los socios, esto hace inútil la distinción, considero que debería hablarse solamente de nombre social sin entrar en discusiones de si es razón social o denominación, por las siguientes razones:

¹⁷ Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 49.

- a) En la práctica existen sociedades anónimas que utilizan en su denominación nombres de los socios o accionistas y ello no afecta ni su funcionamiento ni su validez.
- b) En consecuencia, distinguir entre denominación y razón social no es nada práctico, además de que se presta a múltiples confusiones, porque podría pensarse que una sociedad anónima que incluye nombres en su denominación es una sociedad de personas o viceversa.
- c) Además, una sociedad anónima que utiliza nombres de personas en su denominación, no estará sujeta a la sanción que establece la ley, de que esas personas responderán de modo subsidiario, ilimitado y solidario, porque una de las características más importantes de la S.A., es que los accionistas responden hasta por el monto de su aportación.

El autor Walter Frisch Philipp, afirma que la existencia de nombres de personas en la denominación de la sociedad anónima es ilegal; "considero- expone el autor- que en el derecho mexicano no se admite, a diferencia del alemán, la *firma mixta* y se limita así en forma estricta la denominación, a una exclusión absoluta de cualesquiera nombres y apellidos de personas."¹⁸ Inexplicablemente, el autor no expone las razones por las cuales no deben emplearse nombres en la denominación y al referirse a las sanciones, sólo explica la concerniente a la omisión de incluir en la denominación las palabras "Sociedad Anónima" o sus abreviaturas S. A., pero no menciona la relativa a la inclusión de nombres.

1.3.2. Domicilio.

La ley exige como requisito necesario, que los estatutos determinen el domicilio de la sociedad anónima, así lo establece el artículo 6º fracción VII de la Ley General de Sociedades Mercantiles. El domicilio tiene relevancia para la fijación de la competencia judicial para el caso de que la sociedad anónima sea demandada.

El artículo 33 del Código Civil señala que las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración, ésta es una regla

¹⁸ FRISCH PHILIPP, Walter. Op. Cit. Pág. 136

general y se refiere a la ciudad o localidad en la que la sociedad se encuentre domiciliada y no a la dirección de la sociedad.

La importancia del domicilio, recae en la publicidad que debe dársele a la sociedad anónima, a través de la inscripción en el Registro Público de Comercio de la localidad en donde la sociedad haya establecido su domicilio, para que la sociedad adquiera personalidad jurídica, lo que trae como consecuencia que no pueda ser declarada nula salvo que se constituya con un objeto ilícito o ejecute habitualmente actos ilícitos (Art. 2 y 3 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.) Un cambio de domicilio implica reforma a los estatutos y la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio del domicilio modificado, con la consecuente nueva inscripción en el del nuevo domicilio.

Si los estatutos omiten la indicación del domicilio, se aplicarán las reglas del artículo 33 del Código Civil, esto me permite afirmar que el domicilio no es un requisito esencial del contrato de sociedad porque a falta de su determinación, se estará a lo previsto por la ley.

El domicilio debe estar ubicado dentro de la República Mexicana, ello determina la nacionalidad de la sociedad, de conformidad con la Ley de Nacionalidad publicada en el Diario Oficial de la federación el 23 de enero de 1998 que en su artículo 8° señala:

"Art. 8° Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal."

Por otra parte, el domicilio es importante para efectos fiscales, ya que la fracción III del artículo 28 del Código Fiscal de la Federación, establece que las personas que de acuerdo con las disposiciones fiscales estén obligadas a llevar contabilidad, entre ellas la sociedad anónima, deberán llevarla en su domicilio.

Las asambleas de accionistas deberán celebrarse en el domicilio social, bajo sanción de nulidad de los acuerdos tomados, en caso de que no se celebren en el domicilio de la sociedad.

1.3.3. Duración.

La duración equivale al tiempo durante el cual los socios se comprometen a mantener en el patrimonio social los bienes que forman sus respectivas aportaciones.

Existen dos posturas con relación a la duración de la sociedad, la primera sostiene que en el contrato social necesariamente debe determinarse su duración, es decir, cuántos días, meses, años, etc.; tendrá duración esa sociedad; la segunda menciona que se puede pactar una duración por tiempo indeterminado. Estas posturas están reconocidas por el Código Civil en tratándose de sociedades civiles, según lo dispuesto por el artículo 2720 que establece que la sociedad se disuelve, entre otras causas, por haberse cumplido el término prefijado en el contrato de sociedad (frac. II) o por la renuncia de uno de los socios, cuando se trate de sociedades de duración indeterminada y los otros socios no deseen continuar asociados, siempre que esa renuncia no sea maliciosa ni extemporánea (frac. VI.)

El artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles solamente señala en su fracción IV que el contrato social debe contener su duración sin reconocer en ningún otro artículo la posibilidad de pactar un plazo determinado o indeterminado, sin embargo, considero válida la disposición estatutaria que establezca que la sociedad se constituya con una duración indefinida, pero con los efectos de que la sociedad podrá liquidarse por acuerdo mayoritario sin modificación estatutaria alguna, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 229 fracción III, que establece que las sociedades se disuelven por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley, no se aplicaría la fracción I de dicho artículo porque para que la sociedad se disuelva por la expiración del término fijado en el contrato social, debería expresarse con precisión los días, meses o años que durará.

La duración se debe hacer constar en la escritura pública, porque implica la sumisión de los socios de manera temporal o indefinida al negocio social y a la existencia de la sociedad como persona moral.

La duración de la sociedad constituye el límite temporal de la vinculación de cada socio a la sociedad anónima, para prorrogarse requiere del acuerdo de los socios tomado de conformidad con los requisitos que establece la ley para la validez de los acuerdos tomados en asamblea extraordinaria.

Considero válida la estipulación en los estatutos de la prórroga automática de la duración por tiempo indefinido; esta norma sí existe respecto de las sociedades civiles pero no respecto de las sociedades anónimas.

Si no se incluye en la escritura constitutiva la duración de la sociedad, el Registro Público de Comercio correspondiente podría negar la inscripción de la sociedad, pero lo más importante en relación con este trabajo, es que se genera un *derecho de retiro* en favor del socio que ya no desee seguir vinculado por el contrato social; sin embargo, se debe aclarar lo siguiente: a) éste derecho de retiro se produce no sólo por la omisión de la duración en el contrato social, sino también por pactarse una duración indefinida; b) el contrato que es omiso en la duración no es nulo, se considera que la duración es indefinida y c) si el contrato social establece una duración determinada, no se genera el derecho de retiro, pero si hay modificación estatutaria con posterioridad, cambiando la duración de la sociedad de un tiempo determinado a uno indefinido, entonces surge el derecho en cuestión.

1.3.4. Capital social.

Son muchas las definiciones que la doctrina propone al referirse al capital de la sociedad, sin embargo, puedo afirmar que el capital social es un concepto aritmético y que equivale a la suma de las aportaciones de los socios.

El doctrinario Walter Frisch Philipp afirma que el capital social "es el total de los valores nominales de las acciones suscritas de una sociedad anónima";¹⁹ por su parte, el maestro Jorge Barrera Graf indica que el capital social "se integra por la suma de las obligaciones de dar que los socios asumen frente a la sociedad"²⁰ y el Jurista Roberto Mantilla Molina lo define como: "la cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios y señala el nivel mínimo que debe alcanzar el patrimonio social para que los socios puedan disfrutar de las ganancias de la sociedad."²¹

El capital social representa uno de los más importantes elementos esenciales en la sociedad anónima, ya que si no se indicara, no habría garantía para los acreedores de la sociedad, porque se dejaría a la misma sin contenido patrimonial. Las variaciones en el capital social suponen modificación a los estatutos, excepto en las sociedades de capital variable, en donde los aumentos y disminuciones en el capital máximo o variable, se presentan sin modificación estatutaria alguna.

¹⁹ FRISCH PHILIPP, Walter. Op Cit. Pág. 161.

²⁰ BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit. Pág. 289

²¹ MANTILLA MOLINA, Roberto. Op. Cit. Pág. 212.

El capital social es el reflejo de la reserva legal, uno de los principios que consagra la ley para la protección del patrimonio social, es en base al capital como los accionistas reportan utilidades y pérdidas, pero lo más importante, es que es la base fundamental del *principio de mayoría de socios y de votos*.

El principio mayoritario parece ser, a la luz del derecho positivo mexicano, el eje rector en la vida de la sociedad anónima, pero no es absoluto, ya que no se debe dejar que los derechos más importantes de los socios queden confiados al arbitrio de un grupo de personas, que por detentar la mayoría del capital, conviertan el principio mayoritario en un libertinaje en la toma de decisiones. Por eso, se debe de poner más atención en los derechos que la ley concede unas veces a todos y cada uno de los socios, otras a ciertas *minorías*, cuyo fin específico es establecer de manera taxativa el principio de que también ellos intervienen en la vida de la sociedad, adoptando decisiones que conciernen a la misma y cooperando de diversas maneras a la recta administración de la sociedad y vigilando el estricto cumplimiento de las obligaciones señaladas por la ley y de los acuerdos adoptados por las asambleas.

La tutela de los derechos de minorías en la ley, es una manera de proteger los intereses de la sociedad, y la máxima expresión de estos derechos están en el ejercicio del derecho del voto y en función del *principio de mayorías*.

La misión del capital social es la de constituir la cifra de responsabilidad de la sociedad frente a los acreedores,²² por ello, el legislador ha establecido una serie de principios rectores del capital social, entre ellos, el *principio de la intervención privada*, que es el que representa una marcada reacción en contra del principio liberal en materia de sociedad anónima tutelando los derechos de las minorías.²³

Además la ley regula ciertas normas protectoras del capital social que son:

1. Sólo pueden repartirse utilidades cuando los estados financieros efectivamente las arrojen (Art. 19 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.)
2. La amortización de acciones no implica reducción del capital social, ya que se pagan con utilidades repartibles.

²² Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 80.

²³ Ibidem. Pág. 81.

3. Se prohíbe que las sociedades anónimas adquieran sus propias acciones y,
4. El capital social constituye garantía en favor de los acreedores, es decir, debe haber un capital fijo y determinado que ha de servir de garantía a los acreedores y a los socios.

Cada sociedad tiene un capital que constituye una unidad económica y jurídica, debe ser determinado, no sólo en su cuantía, sino por la especificación de su situación, es decir, si éste fue exhibido o no, debe ser estable, porque fijado el capital social, salvo las sociedades anónimas de capital variable, no puede aumentarse ni disminuirse, si no es observando las formalidades que establece la ley y tomando el acuerdo según las reglas establecidas para las asambleas extraordinarias, reformando los estatutos sociales.

Finalmente, no puede haber sociedad anónima, si su capital suscrito no es por lo menos de cincuenta mil pesos.

1.3.5. Objeto.

La palabra objeto, en derecho mexicano, tiene múltiples acepciones, como objeto del contrato se entiende la cosa que el socio debe dar o el hecho que el socio debe hacer, es decir, la aportación de los socios; ésta acepción no es materia de este apartado.

Por objeto social se entiende, en tratándose de la fracción II del artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el tipo de actividad que ha de realizar la sociedad, sin entrar en cuestionamientos de si la expresión es errónea porque la finalidad social no es, en estricto sentido, el objeto del contrato.

La finalidad de una sociedad anónima puede ser muy variada y no necesariamente debe tener un contenido mercantil, porque no es el objeto social el indicador para determinar el carácter mercantil de la sociedad, sino el carácter formal adoptado por la Ley General de Sociedades Mercantiles, según el cual, serán mercantiles aquellas sociedades que se constituyan en alguna de las formas que señala el artículo 1°, así lo dispone el artículo 4°; por lo tanto, la sociedad anónima puede constituirse para cualquier objeto, inclusive con finalidades que no tienen nada en común con una actividad mercantil, salvo lo que establezcan las leyes para casos concretos y determinados.²⁴

²⁴ Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto. Op. Cit. Pág. 235.

En la práctica, el objeto social suele redactarse dividido en dos partes, el objeto principal o específico como: "la compra, venta y construcción de inmuebles", y el secundario o complementario como: "la realización de todos los actos tendientes a realizar la actividad principal".

El objeto social constituye el límite a la capacidad de la sociedad anónima, ya que una sociedad que se constituye para comprar o vender inmuebles, no puede dedicarse a la compra y venta de computadoras, si no se estableció expresamente en el contrato social.

1.4. Las acciones en la Sociedad Anónima.

El artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que las acciones están representadas por títulos nominativos que sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, considerándolas como verdaderos títulos valor; por su parte, el maestro Jorge Barrera Graf la define como "el documento que emiten las S por A como fracción de su capital social y que incorpora los derechos de su titular (el accionista), atribuyéndole la calidad o status de socio."²⁵

La acción ha sido considerada desde tres puntos de vista, a saber:²⁶

1. Como partes o fracciones del capital social,
2. Como título valor y,
3. Como un bien o una cosa.

El primer punto de vista tiene singular importancia para el autor de este trabajo, porque la acción como partes o fracciones del capital social constituye un medio o instrumento de las sociedades anónimas para captar recursos que lo incrementen, pero sobre todo, juega un papel muy importante en relación con los derechos patrimoniales del socio y, más aun, con los derechos corporativos como son, entre otros, el derecho de voto, ya que permite la constitución de la mayoría necesaria para adoptar ciertos acuerdos o de las *minorías* con derechos propios.

El artículo 125 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala los requisitos que deben contener los títulos representativos de las acciones y entre ellos se encuentra,

²⁵ BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit., Pág. 481.

²⁶ Cfr. Ibidem., Pág. 483.

el de los derechos y obligaciones que confieren a su titular y, en su caso, las limitaciones del derecho de voto, tales como los derechos de los accionistas para integrar los *quora* de asistencia y de votación en las asambleas de accionistas; asimismo, el artículo 112 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos, pero establece una excepción y es que se puede pactar en el contrato social la posibilidad de que existan diversas clases de acciones con derechos especiales para cada clase, como es el caso de las acciones de voto limitado, las cuales gozan de un dividendo preferente al de las acciones ordinarias.

Esta igualdad que indica el primer párrafo del artículo 112 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se le conoce en la doctrina como el *principio de igualdad de las acciones*, el cual considero que no es absoluto, porque en realidad, no siempre las acciones confieren a sus titulares iguales derechos, como veremos enseguida.

La primera excepción a este principio la establece el segundo párrafo del mismo artículo, cuando el contrato social prevea que el capital se divida en varias clases de acciones, en cuyo caso, cada clase gozará de derechos especiales, pero aun cuando no haya diversas clases de acciones, los accionistas de una misma categoría no tienen iguales derechos, según lo dispone el artículo 117 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en virtud del cual, las utilidades se distribuirán tomando en cuenta el importe exhibido del capital social, consecuentemente, los titulares de acciones pagadoras no tendrán los mismos derechos que los titulares de acciones liberadas.

El artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece un derecho de las minorías, consistente en poder ejercitar el derecho de retiro, cuando el accionista haya votado en contra de los acuerdos de la asamblea extraordinaria de accionistas que tengan como propósito cambiar el objeto o la nacionalidad de la sociedad, o bien, transformarla; el ejercicio de este derecho de retiro trae como consecuencia que el accionista inconforme obtenga el reembolso de sus acciones en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea, pero este derecho no lo tiene aquel que no asistió a la asamblea y por lo tanto, no hay igualdad de derechos.²⁷

²⁷ Sobre el derecho de retiro véase *infra*. Apartado 4.4.5.

Otro caso de desigualdad lo establece el artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece que los accionistas que representan el 33% del capital social tienen derecho de exigir la responsabilidad civil de los administradores, derecho que no tiene el titular de una sola acción ni los accionistas que representen menor proporción del capital social que la mencionada.

El artículo 196 de la Ley General de Sociedades Mercantiles también prevé otro caso de desigualdad, ya que el accionista que tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad en un asunto determinado, no gozará del derecho de voto en las asambleas de accionistas respecto de dicho asunto.

Existen otros casos, principalmente en tratándose de los derechos de minoría, en donde el principio de igualdad de las acciones se ve suprimido, pero esto será materia del capítulo cuarto.

Para el maestro Roberto Mantilla Molina, la proclamación del principio de igualdad de las acciones, "se explica como una reacción contra el régimen de las primitivas sociedades anónimas, en las cuales preponderaban los grandes accionistas, pero modestamente, a través de los derechos de las minorías, de las acciones de voto limitado... se está volviendo al sistema de desigualdad de los accionistas."²⁸

Por lo anteriormente expuesto, me atrevo a decir que el llamado *principio de igualdad de las acciones* no es absoluto y, más aun, no tiene la trascendencia que pudiera creerse dado el tenor literal de la ley.

El autor Walter Frisch Philipp²⁹ sostiene que la afirmación de que no siempre las acciones confieren iguales derechos a sus dueños no puede ser referida, porque la igualdad que ordena el artículo 112 exige iguales consecuencias relacionadas a iguales supuestos, aún tratándose de acciones pertenecientes a la misma clase, es decir, en opinión de este autor, para que un accionista pueda exigir que se le trate en forma igual a los otros, debe tomar en consideración la igualdad de los supuestos, o sea, trato igual en igualdad de circunstancias.

A mi parecer, el espíritu de la ley es precisamente no considerar las circunstancias para establecer igualdad de acciones, ya que dicha igualdad proviene de

²⁸ MANTILLA MOLINA, Roberto. Op. Cit., Pág. 380.

²⁹ Cf. FRISCH PHILIPP, Walter. Op. Cit., Pág. 232.

aspectos más objetivos como son la aportación pecuniaria de cada accionista y, no puede el titular de una acción, cuyo valor es exactamente el mismo que otro, gozar de más o menos derechos.

1.5. Resumen.

La Sociedad Anónima es la estructura ideal para realizar tareas que requieren grandes sumas de capital, es estable porque lo que sucede a los socios no trasciende en la vida de la sociedad, pueden participar miles de accionistas, los cuales, no sienten el temor de sufrir pérdidas que puedan comprometer toda su situación patrimonial, en virtud de que se trata de una sociedad de capitales en donde sólo importa lo que cada accionista aporta y sólo con esa aportación responden de los compromisos sociales.

Los tipos de sociedades mercantiles que señala la doctrina, son exclusivamente para fines académicos, porque en realidad, solamente existen seis tipos de sociedades mercantiles y son los que señala el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual, solamente fija un criterio rigurosamente formal para determinar el carácter mercantil de las sociedades, a través de una enumeración limitativa, sin que la ley establezca un concepto de sociedad mercantil.

Sin embargo, el Código Civil sí establece una definición de sociedad civil, la cual, al ser adoptada por la doctrina, ha permitido desarrollar un concepto de sociedad mercantil, entendiéndose como tal, al acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para algunos de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil.

Por lo que se refiere a la Sociedad Anónima, la ley la define como aquélla que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, establece elementos fundamentales de la Sociedad Anónima, pero también establece elementos que son subsanables por la propia ley. De aquellos elementos fundamentales, merece especial atención el de la denominación, porque la ley es contradictoria al distinguirla de la razón social, ya que

mientras ordena que la razón social se forme con el nombre de uno o varios socios, permite que la denominación se forme libremente, sin prohibir que se incluyan nombres de los accionistas. Esto hace inútil la distinción, porque en la práctica existen sociedades anónimas que utilizan en su denominación los nombres de los socios y ello no afecta ni su funcionamiento ni su validez, además de que distinguir entre denominación y razón social, puede ocasionar confusión, toda vez que podría pensarse que una sociedad anónima que incluya nombres de los socios en su denominación es una sociedad de personas o viceversa.

Una sociedad anónima que utiliza los nombres de los socios en su denominación, no ocasiona que los mismos respondan de modo subsidiario, ilimitado y solidario por los compromisos sociales, porque esta sanción es exclusiva de las sociedades de personas y no de las de capitales, porque en estas, los accionistas responden hasta por el monto de su aportación.

Las acciones en la sociedad anónima como partes o fracciones del capital social, juegan un papel importante en relación con los derechos corporativos del accionista, porque es a través del derecho de voto, como se constituyen las mayorías necesarias para adoptar determinados acuerdos o las minorías con derechos propios.

El derecho de voto se ejerce en la asamblea de accionistas, órgano principal de la Sociedad Anónima, de donde surge la voluntad del ente, que posteriormente se manifiesta en el exterior, creando relaciones jurídicas.

La asamblea de accionistas es, entonces, el órgano en donde se forma la voluntad social y es a través del mismo como los socios detentan el control de la sociedad, convirtiéndose en el cuerpo supremo de ésta. De ella emanan las decisiones con base en las cuales la sociedad debe gobernarse y por ello merece especial atención.

En el capítulo segundo analizaré al órgano deliberante asamblea de accionistas, distinguiré entre asambleas ordinarias y extraordinarias y estudiaré sus requisitos legales, tales como la convocatoria y los *quora* necesarios para instalarla y decidir en cada caso.

CAPITULO SEGUNDO ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS

Para que la sociedad pueda actuar válidamente en el mundo jurídico, requiere de órganos que la representen, pero sobre todo, de órganos que decidan y expresen la voluntad social, la manera de hacerlo, es por medio de la asamblea de accionistas que constituye el órgano más importante de la Sociedad Anónima y se convierte en el órgano rector de la vida social. La asamblea de accionistas es, por lo tanto, el órgano deliberante porque manifiesta la voluntad social y es el cuerpo supremo, porque dirige la marcha de los negocios sociales; no es un órgano permanente porque debe ser convocada de acuerdo con las disposiciones legales y con las formalidades que en su caso establezcan los estatutos y, aunque su competencia la delimita la propia ley o el contrato social, en ella se puede tratar cualquier asunto que sea de interés para la sociedad.

La asamblea es un órgano de la sociedad³⁰ y se ha definido como "la reunión de accionistas que, convocados conforme a lo dispuesto por la ley o los estatutos, deliberan y resuelven sobre los puntos previamente establecidos en la convocatoria".³¹

Existen varias clases de asambleas como son las ordinarias, extraordinarias, constitutivas, especiales, mixtas y las celebradas durante el periodo de liquidación,³² pero para el autor de este trabajo el criterio de clasificación más importante es el que distingue las asambleas ordinarias de las extraordinarias, no sólo por ser el criterio más común, sino porque es en éste tipo de asambleas en donde los derechos de los socios se ejercen con mayor amplitud, generando el conflicto de intereses entre las mayorías y las minorías de accionistas.

A continuación distinguiré brevemente entre asambleas ordinarias y extraordinarias.

2.1. Asambleas ordinarias.

³⁰ Cfr. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Asambleas, fusión, liquidación y Escisión de Sociedades Mercantiles*. 7ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999, Pág. 29. Conceptúa al órgano como: "aquella institución que sirve para formar y ejecutar la voluntad del ente y a la cual está adscrita y en la que se basan los individuos de los que materialmente emana la voluntad."

³¹ Ibidem. Pág. 37.

³² Cfr. Ibidem. Pág. 38.

Existen básicamente dos criterios para distinguir entre asambleas ordinarias y extraordinarias, tales criterios son la época en que se convocan y la materia que tratan o su competencia. Con base en el primer criterio, las asambleas serán ordinarias cuando se celebran anualmente, dentro de los cuatro meses siguientes a la clausura del ejercicio social, según lo dispone el Art. 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y serán extraordinarias las que se reúnan en cualquier tiempo, cuando así lo exija el interés social para tratar asuntos de mayor importancia. El maestro Joaquín Garrigues adopta este criterio y distingue entre asambleas ordinarias y extraordinarias tomando en cuenta la previsibilidad de los asuntos que se tratan y no la competencia de cada asamblea, es decir, será extraordinaria la asamblea que se reúna fuera de la época prevista en la ley.³³ Este criterio no es bien recogido en la doctrina mexicana, ya que aunque la ley establece en qué tiempo pueden reunirse las asambleas ordinarias y extraordinarias, establece una lista de asuntos sobre los cuáles ha de tratar la asamblea extraordinaria, tales como la prórroga de la duración de la sociedad, la disolución anticipada de la misma, el aumento o reducción del capital social, el cambio de objeto o de nacionalidad de la sociedad, la transformación o fusión, la emisión de acciones privilegiadas, la amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce, la emisión de bonos, cualquier modificación al contrato social y en general, cualquier asunto para el que la ley o el contrato social exija un quórum especial y si trata cualquier asunto que no sea propio de las extraordinarias, por exclusión, la asamblea será ordinaria.

En efecto, el criterio de la competencia de las asambleas es el que adopta nuestra ley, así lo disponen los artículos 180 y 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que establecen que la asamblea ordinaria no podrá tratar ninguno de los asuntos que son competencia de la asamblea extraordinaria y a su vez, enumera cuáles son los asuntos competencia de las asambleas extraordinarias.

En conclusión, la asamblea ordinaria es la que se celebra por lo general cada año, aunque puede reunirse en cualquier tiempo, siempre que no se ocupe de los asuntos propios de las asambleas extraordinarias, y su competencia se limita básicamente al nombramiento de funcionarios, otorgamiento de poderes, designación del órgano de

³³ Cfr. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 9ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998. En Derecho Español, los asuntos que se tratan en asamblea extraordinaria de acuerdo con nuestra ley, podrían tratarse en ordinaria si ésta se celebra en la época que previene la Ley de Sociedades Anónimas española.

administración y el de vigilancia, así como la determinación de sus emolumentos, la aprobación de los estados financieros de la sociedad y el informe del comisario y cualquier otro asunto que no sea de los enumerados en el artículo 182 de la Ley.

2.2. Asambleas extraordinarias.

La asamblea es extraordinaria cuando no reúne las características de la ordinaria, es decir, puede o no celebrarse y su competencia abarca materias que no corresponden a la gestión normal del ente, tales como la prórroga de la duración de la sociedad, disolución anticipada, aumento o reducción del capital, cambio de objeto, cambio de nacionalidad, transformación, fusión, emisión de acciones privilegiadas, amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce, emisión de bonos, modificaciones a los estatutos y cualquier otro asunto respecto del cual la ley o los estatutos requieran un quórum especial. (artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles)

Además, considero que las asambleas extraordinarias pueden tratar aún de los asuntos que corresponden a la ordinaria, pero no así al contrario, tal es el caso de la asamblea general anual que se celebra para aprobar los estados financieros y ratificar a los órganos de administración y vigilancia, pero en la que, además, se decide sobre el aumento de capital social fijo y la consecuente reforma a los estatutos sociales. Dicha asamblea, por su competencia tendrá que ser extraordinaria, sin importar que también trate asuntos de la ordinaria.

Otro caso, es la asamblea que se celebra para reformar los estatutos sociales en el sentido de incluir dentro de su objeto social, la posibilidad de otorgar avals y obligarse solidariamente, así como constituir garantías a favor de terceros, pero al mismo tiempo autoriza a un miembro del consejo de administración para otorgar una garantía hipotecaria para garantizar obligaciones de uno de los socios frente a un tercero. Esta asamblea es extraordinaria porque reforma los estatutos, pero trató asuntos de la ordinaria al otorgar un poder especial a uno de los consejeros para otorgar la garantía referida.

2.3. Convocatoria.

La validez de las asambleas depende de que se observen ciertos requisitos legales y estatutarios, ya que de no ser así, los acuerdos tomados en la asamblea podrían ser inválidos o nulos; tales requisitos son los de convocación, reunión y deliberación.

Estas formalidades se incluyen en un procedimiento que inicia con la convocatoria a asamblea y termina en la toma de decisiones y ejecución de las mismas por parte del órgano de administración de la sociedad o de quien expresamente ha designado la propia asamblea.

La convocatoria es un elemento esencial para la existencia de la asamblea, salvo en el caso de asamblea totalitaria,³⁴ y se ha definido como: "un aviso adecuado a los accionistas para advertirles la fecha, el lugar y el motivo de la reunión."³⁵

Si no se realizó la convocatoria, la asamblea no se habrá instalado válidamente y los acuerdos que se tomen en la reunión serán nulos, salvo que se trate de asambleas totalitarias según lo establecido por el artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que autoriza que no será necesaria la publicación de la convocatoria cuando en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones que integran el capital social, lo cual supone que la asamblea deberá ser totalitaria no sólo al momento de instalarse, sino al momento de decidir, aún cuando no haya unanimidad, porque cabe la posibilidad de que al momento de integrar quórum de instalación estén presentes la totalidad de las acciones en que se divide el capital social, pero en su desarrollo se ausente una o varias acciones y al momento de votar en el asunto respectivo, no se encuentran representadas todas las acciones, en este caso las resoluciones serán nulas porque la asamblea fue totalitaria al momento de instalarse, pero no al momento de votar o decidir.

2.3.1. Plazo para formular convocatoria.

³⁴ Cfr. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Op. Cit. Pág. 53.

³⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Tratado de Sociedades Mercantiles*, Tomo II, 5ª ed., Edit. Porrúa, México, 1977, Pág. 25.

Quien convoque a asamblea es libre de hacerlo el día y a la hora que estime pertinente, con excepción de la asamblea general ordinaria anual, la cual deberá celebrarse dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social, respetándose el derecho que tienen los accionistas de acceder con quince días de anticipación al balance, sus anexos y al dictamen del comisario, salvo que los estatutos establezcan que la convocatoria deberá realizarse con mayor anticipación.

Por lo que se refiere a asamblea general extraordinaria, se puede convocar a ella en cualquier tiempo, siempre que así lo requiera el interés social.

2.3.2. Personas que deben formular convocatoria.

El derecho de formular la convocatoria sólo le asiste a los órganos de administración y de vigilancia, los socios tienen derecho, no de hacerla, sino de pedir que se haga y, en este caso le compete a un juez formular la convocatoria cuando después de habérsela solicitado al administrador o al comisario, éstos no convocaron a asamblea.

Quiénes están capacitados entonces para hacer la convocatoria son el órgano de administración, el de vigilancia y el juez. A continuación me referiré a cada uno de ellos.

El órgano de administración. Puede ser administrador único o consejo de administración y cuando se trate de éste último deberá considerarse que la convocatoria la debe realizar como órgano colegiado y no como personas individualmente consideradas, es decir, el consejo debe sesionar y convocar a asamblea en virtud de una resolución tomada por la mayoría de los consejeros presentes en la sesión, siempre que hayan asistido por lo menos la mitad de sus miembros (Art. 143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.) En este caso, corresponde al presidente del consejo de administración realizar la convocatoria respectiva.

Ahora bien, ¿qué pasaría si la decisión de convocar a asamblea haya sido tomada fuera de sesión de consejo?, es decir, la ley prevé que se puede establecer en los estatutos que las resoluciones tomadas fuera de sesión de consejo tendrán la misma validez que si se hubieren tomado en sesión, siempre que haya unanimidad de los

consejeros y se confirmen por escrito (Art.143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.)

Considero que lo anterior responde a una falta de apreciación por parte del legislador, porque cabe la posibilidad de que la resolución se confirme después de haberse hecho la convocatoria, situación que no distingue la propia ley, toda vez que no establece en que tiempo ha de realizarse dicha confirmación por escrito. Tomar decisiones de esta manera me parece poco serio porque la asamblea así convocada podría verse afectada de invalidez, ya que se argumentaría que la convocatoria no se hizo por persona u órgano autorizado para ello.

El órgano de administración deberá realizar la convocatoria aún cuando haya concluido su cargo, porque el administrador único o los miembros del consejo de administración deben permanecer en sus cargos hasta la toma de posesión de los que los sustituyan (Art. 154 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.)

Ni el consejo de administración ni el administrador único pueden delegar la función de convocatoria, a no ser que los estatutos lo permitan.

El órgano de vigilancia. A diferencia del consejo de administración, cuando el órgano de vigilancia está integrado por varios comisarios, cada uno por sí, puede convocar a asamblea porque de acuerdo con el artículo 169 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los comisarios son individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de sus obligaciones.

Los comisarios deberán convocar no sólo en los casos de omisión de los administradores, sino a su arbitrio, cuando lo juzguen conveniente.

El juez. En realidad los socios no tienen derecho de convocar a asamblea, pero tienen el derecho de pedir al órgano de administración o de vigilancia que formulen la convocatoria y en caso de no hacerlo, solicitar a la autoridad judicial para que ésta haga la convocatoria.

Resulta atractivo proponer que los socios bajo determinadas condiciones pudieran tener derecho de convocar a asamblea y no de pedir que se haga, pero éste tema se abordará en el apartado 4.4.1.

2.3.3. Contenido de la convocatoria.

La convocatoria para las asambleas generales deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en el periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio (Art. 186 de la Ley General de sociedades Mercantiles) y deberá hacer mención de la fecha, hora, lugar de reunión y la orden del día; además, si los estatutos hubiesen previsto una forma especial de legitimación para el ejercicio del derecho de voto contendrá las indicaciones correspondientes.

En cuanto a la fecha, puede indicarse cualquier día y cualquier hora, con la única excepción de que cuando se convoque para asamblea general ordinaria anual, deberá hacerse dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social, con la anticipación señalada en los estatutos o, en su defecto, con por lo menos quince días antes de la fecha señalada para la reunión, tiempo durante el cual, los accionistas pueden acceder al balance y al dictamen del comisario.

Por lo que se refiere al lugar, el artículo 179 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que las asambleas se celebrarán en el domicilio de la sociedad,³⁶ pero no basta decir en la convocatoria que se celebrará en el domicilio de la sociedad o en las oficinas sociales, ya que éstas son expresiones que por sí solas no determinan con claridad el lugar material en que se celebrará aquélla.

La lista de materias que deberán tratarse en la asamblea y que delimitan la competencia de la misma, constituye la orden del día definida por el Jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez como: "la relación de asuntos sometidos a la discusión y aprobación de la asamblea general."³⁷

La asamblea sólo debe resolver sobre los asuntos comprendidos en la orden del día y no sobre los asuntos no incluidos en la misma.

La indicación de los asuntos sobre los cuales la asamblea debe deliberar debe ser clara y precisa y no debe versar sobre el sentido de las resoluciones que puedan adoptarse, ya que la asamblea, como órgano supremo, puede modificar o rechazar las propuestas contenidas en la orden del día.

³⁶ Véase supra apartado 1.3.2. en donde se menciona lo que se entiende por domicilio social.

³⁷ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Op. Cit., Pág. 30.

La expresión clara y concreta de los temas de la orden del día, no significa que no se puedan discutir los asuntos relacionados con el tema a tratar, ya que si hubiere una cuestión anexa, pero que es consecuencia normal del punto sometido a consideración de los accionistas, dicha situación debe resolverse.

Corresponde a quien formula la convocatoria qué temas deberán insertarse en la orden del día, pero esta inserción considero que no deberá ser arbitraria y habrá de sujetarse a lo que el interés social establezca, por ello, afirmo que sería muy conveniente que la ley regulase un derecho de minorías para que un determinado número de accionistas pueda pedir que se inserten en la orden del día los puntos que consideren pertinentes, lo anterior con el fin de evitar que ciertos accionistas puedan verse afectados al celebrarse la asamblea porque no se trataron aquellos temas que son necesarios para el buen desempeño de la sociedad.

2.4. Aplazamiento y continuación de las asambleas.

Reunida una asamblea general, puede ocurrir que no se agote la orden del día. En este caso puede suceder que la convocatoria haya previsto varios días para la celebración de las sesiones pertinentes; pero en todo caso, aunque así no sea, la asamblea podrá resolver su continuación hasta concluir la orden del día.

Caso distinto es el aplazamiento de asamblea previsto en el artículo 199 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y que se comentará en el apartado 4.4.2.

2.5. Quórum.

El Jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez considera que, para que un organismo, corporación o institución pueda deliberar válidamente, es necesario el acuerdo de la mayoría de sus miembros. Esta mayoría legitima la facultad decisoria de dichas corporaciones. El principio mayoritario es pues, piedra angular para la existencia de organismos pluripersonales.³⁸

³⁸ Cfr. *Ibidem*. Pág. 38.

La Sociedad Anónima también se rige por el principio mayoritario, pero su funcionamiento presenta características especiales, ya que en la S. A. cada acción vale un voto, consecuentemente, cada socio tiene tantos votos como acciones posea, rompiéndose la regla de que cada socio vale un voto.

El principio mayoritario puro podría llevar a que la sociedad esté controlada por un número mínimo de socios y aún hasta por un sólo socio cuando detenta mayoría de capital.

Puede darse el caso de que este grupo minoritario de personas (no de socios que detenten menor número de acciones), alcance el quórum de instalación y decisión exigido por la ley para tomar acuerdos en la asamblea, por ello es importante una adecuada regulación de los derechos de minoría en las sociedades anónimas para poder establecer un verdadero sistema de pesos y contrapesos.

La Ley General de Sociedades Mercantiles pretende alterar el principio mayoritario puro, de modo que para que la asamblea pueda decidir, no basta una simple mayoría, sino que son necesarias, además, otras condiciones.

2.5.1. Concepto.

Por quórum se debe entender “el número de acciones representadas en una asamblea y que constituyen una parte del capital social, no inferior al señalado por la ley o por los estatutos, para que la asamblea pueda deliberar válidamente”.³⁹

Para determinar el quórum deben tomarse en consideración los dos factores siguientes: cuáles son las acciones que pueden estar representadas y cuáles las que tienen derecho a voto. El quórum siempre debe calcularse únicamente sobre las acciones con derecho a voto y cuando todas las acciones tienen derecho a voto, el quórum deberá establecerse en relación con la totalidad de las mismas.

El número de acciones que deban estar representadas varía, según se trate de asambleas ordinarias o extraordinarias.

2.5.2. Quórum en Asamblea Ordinaria.

³⁹ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Op. Cit. Pág. 85.

El legislador mexicano ha requerido dos clases de mayoría, distintas en importancia numérica y en finalidad, es decir, para que la asamblea pueda reunirse válidamente, es necesario que estén representadas un número mínimo de acciones y para que la asamblea pueda decidir, es indispensable que de ese mismo número de acciones representadas en la asamblea, otro mínimo determinado se pronuncie favorablemente en un sentido.

Para que la asamblea pueda instalarse requiere de un quórum de instalación, y para que la asamblea pueda decidir, requiere de un quórum de decisión.

Quórum de instalación "es el número mínimo de acciones que deben estar presentes para que una asamblea pueda estimarse válidamente reunida".⁴⁰

Quórum de decisión "es el número mínimo de las acciones presentes que ha de formular su voto favorable a una propuesta de resolución, para que ésta pueda estimarse eficaz y válidamente adoptada".⁴¹

Además, si la asamblea no reúne el quórum necesario para instalarse, la ley prevé que se publique una segunda convocatoria pero autoriza un quórum menor.

2.5.2.1. En primera convocatoria.

Lo normal es que se convoque a asamblea de accionistas una sola vez y que en la primera reunión se verifique el quórum necesario para poder instalar la asamblea.

2.5.2.1.1. De instalación.

El artículo 189 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que, para que una Asamblea Ordinaria se considere legalmente reunida, deberá estar representada, por lo menos, la mitad del capital social.

De la lectura de la primera parte del mencionado artículo se desprende que deberán formar quórum de instalación las acciones que representen cuando menos la mitad del capital social, no siendo necesaria la mayoría de las mismas, ello porque los

⁴⁰ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Tratado...*, Op. Cit., Pág. 39.

⁴¹ Idem.

acuerdos que se toman en asamblea ordinaria son de menor trascendencia que en las extraordinarias.

2.5.2.1.1. Comparación con el Derecho Español.

En Derecho Español, las asambleas ordinarias se reúnen anualmente, tienen un índice de asuntos típicos y queda válidamente constituida en primera convocatoria cuando concurren a ella la mayoría de los socios o cualquiera que sea el número de ellos, si los concurrentes representan, por lo menos, la mitad del capital desembolsado.⁴²

2.5.2.1.2. De decisión.

La segunda parte del artículo 189 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que las resoluciones de la asamblea ordinaria en primera convocatoria, sólo serán válidas cuando se tomen por mayoría de votos presentes, es decir, del número de acciones representadas para instalar la asamblea y que están presentes al momento de la votación, basta la simple mayoría para integrar quórum de decisión.

2.5.2.2. En segunda convocatoria.

Como una sanción para los accionistas que muestran indiferencia no acudiendo a asamblea en primera convocatoria y ocasionaron que la asamblea no reuniera el quórum suficiente, la ley ha establecido menor quórum y ha disminuido considerablemente el número de acciones que deben estar presentes tanto para instalar como para decidir.

2.5.2.2.1. De instalación.

El artículo 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que, si la asamblea no pudiere celebrarse el día señalado para su reunión, se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia y en la junta se resolverá sobre los

⁴² Cfr. GARRIGUES, Joaquín. Op. Cit. Pág. 498.

asuntos indicados en el orden del día, cualquiera que sea el número de acciones representadas. Consecuentemente, la asamblea podrá instalarse estando presente cualquier número de acciones.

2.5.2.2.2. De decisión.

La ley no menciona nada en cuanto al quórum de decisión en segunda convocatoria, pero de la interpretación sistemática del artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se puede entender que en la asamblea ordinaria convocada en segunda convocatoria se deberán tomar las resoluciones por mayoría de votos presentes.

2.5.2.2.2.1. Comparación con el Derecho Español.

La Ley de Sociedades Anónimas española establece un criterio similar, sólo que no distingue entre acciones representadas y número de socios, porque establece que la junta general de accionistas podrá decidir cualquiera que sea el número de socios concurrentes a la misma.⁴³

2.5.3. Quórum en asamblea extraordinaria.

Los temas que suelen tratarse en una asamblea extraordinaria son de mayor importancia. Por ello, el legislador ha previsto un quórum distinto al de las asambleas ordinarias aumentando el número de acciones que deben estar representadas para que la asamblea pueda instalarse y decidir válidamente. Este quórum no puede ser reducido por acuerdo de los socios porque se considera de interés para la sociedad el que un mínimo de socios que representan una cifra determinada del capital social deba decidir sobre éstos asuntos de gran importancia para el desarrollo y funcionamiento de la sociedad. puede, sin embargo, aumentarse y exigirse en estatutos la presencia de un mayor número de acciones.

⁴³ Cfr. Idem. Nótese que no se habla de acciones sino de socios.

2.5.3.1. En primera convocatoria.

De igual manera que en la asamblea ordinaria, en la extraordinaria se establecen dos clases de quórum para que la asamblea pueda declararse válidamente reunida y resolver sobre los asuntos contenidos en la orden del día.

2.5.3.1.1. De instalación.

El artículo 190 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que, salvo que en el contrato social se fije una mayoría más elevada, en las asambleas extraordinarias deberán estar representadas, por lo menos, las tres cuartas partes del capital social. Esta disposición no puede ser modificada por los estatutos salvo que sea para establecer un quórum más elevado porque se considera que los asuntos que se tratan en una asamblea extraordinaria son de mayor jerarquía que los que se tratan en la ordinaria.

2.5.3.1.1.1. Comparación con el Derecho Español.

En derecho español no se dice nada sobre el quórum en asamblea extraordinaria y se presume que sea el mismo que en las ordinarias, toda vez que en la Ley de Sociedades Anónimas española, la junta es extraordinaria cuando no se celebra en la época fijada. Sin embargo, hay un quórum especial para las juntas que traten sobre determinados asuntos, tales como emisión de obligaciones, aumento o disminución de capital, transformación, fusión, disolución de la sociedad y cualquier modificación de los estatutos sociales, en cuyo caso se requiere las dos terceras partes del número de socios y del capital desembolsado.⁴⁴

2.5.3.1.2. De decisión.

⁴⁴ Cfr. Idem.

La segunda parte del artículo 190 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que las resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social.

2.5.3.2. En segunda convocatoria.

La ley también establece *quora* menores para el caso de asambleas extraordinarias, pero solamente para el caso del quórum de instalación porque el de decisión no se disminuye, en virtud de la naturaleza de los asuntos que se tratan en este tipo de asambleas.

2.5.3.2.1. De instalación.

Lo establece el propio artículo 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando dispone que, en segunda convocatoria, la junta resolverá sobre los asuntos contenidos en la orden del día, cualquiera que sea el número de acciones representadas, lo cual podría hacer caer en una confusión porque se puede interpretar que el quórum de instalación es el mismo para las asambleas ordinarias que para las extraordinarias, es decir, se instalan sin importar cuál es el número de acciones que están presentes en la asamblea. Sin embargo, esto no es cierto, porque en las asambleas extraordinarias hay un quórum mínimo de decisión que es la mitad del capital social, ya que sólo con este quórum puede resolver válidamente la asamblea y aunque puede instalarse con cualquier número de acciones, es necesario que ese número no sea menor al número de acciones que representen la mitad del capital, pues no tendría sentido que la asamblea se instalase con un número de acciones con el cual al momento de decidir no podría tomar resoluciones válidas.

2.5.3.2.2. De decisión.

El artículo 191 segundo párrafo de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que, tratándose de asambleas extraordinarias, las decisiones se tomarán

siempre por el voto favorable del número de acciones que representen, por lo menos, la mitad del capital social.

Este quórum no es menor en segunda convocatoria, es decir, es el mismo en primera y en segunda convocatoria, con la única diferencia de que si la asamblea se instaló con la mitad del capital social, las resoluciones deberán tomarse por unanimidad de acciones presentes para que sean válidas.

2.6. Resumen.

La asamblea de accionistas es el órgano mas importante que tiene la Sociedad Anónima, ya que es el órgano rector de la vida social. En la asamblea es donde se toman las decisiones más importantes, además de ser el órgano encargado de manifestar la voluntad social.

La asamblea es la reunión de accionistas que, convocados conforme a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles o los estatutos sociales, deliberan y resuelven sobre los puntos previamente establecidos en la convocatoria como orden del día. En las asambleas, los derechos de los socios se ejercen con tal amplitud, que generan verdaderos conflictos de intereses entre mayorías y minorías, siendo éstas las que tutela y reconoce la ley, protegiéndolas en función del derecho de voto y del principio de mayorías, piedra angular para la existencia de organismos pluripersonales.

Nuestra ley adopta el criterio de la competencia para distinguir entre asambleas ordinarias y extraordinarias, así lo disponen los artículos 180 y 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La validez de las asambleas depende de que se observen ciertos requisitos legales y estatutarios, tales requisitos son, la convocatoria, la reunión y la deliberación.

La convocatoria es un elemento esencial. Si no se realizó la convocatoria, la asamblea no se habrá instalado válidamente y los acuerdos que se tomen en la reunión serán nulos, excepción hecha de la asamblea totalitaria regulada por el artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La reunión es necesaria, porque si no hubo reunión, la asamblea nunca existió.

La deliberación supone el acuerdo mayoritario de los accionistas, sin embargo, de conformidad con nuestra ley, para que la asamblea pueda decidir, no basta una simple mayoría, sino que son necesarias, además, otras condiciones: la asamblea requiere, entonces, de un número determinado de acciones representadas y que constituyen una parte del capital social para que pueda deliberar válidamente.

Dicho número de acciones constituye el quórum, que es de instalación cuando se toma en cuenta para determinar si hubo o no reunión de accionistas y es de decisión cuando se considera para que las resoluciones puedan estimarse eficaz y válidamente adoptadas.

Los *quora* varían según se trate de primera o segunda convocatoria y si es asamblea ordinaria o extraordinaria.

En el siguiente capítulo analizaré los derechos del accionista, los clasificaré, según el Jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez, en patrimoniales y de consecución y haré mención a cada una de sus subclasificaciones.

El tema principal del capítulo tercero será el analizar el derecho de impugnar las resoluciones de las Asambleas, ya que propondré una Teoría de nulidades e impugnaciones de los acuerdos de las asambleas de accionistas y reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Advertiré, finalmente, que es oportuno legitimar al socio individualmente considerado para ejercer las acciones de nulidad e impugnación de los acuerdos sociales, ya que como se expondrá, no existe razón alguna para restringir este derecho solamente al 33% del capital social.

CAPITULO TERCERO

EL ACCIONISTA Y LA SOCIEDAD ANONIMA

3.1. Derechos del accionista.

Uno de los efectos del contrato de sociedad, es establecer derechos y obligaciones entre los socios y entre los socios y la sociedad; dichos derechos se contienen en los estatutos y en las normas modificables por los socios, previstas en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El que es titular de una acción es socio, y como tal, goza de derechos y tiene a su cargo obligaciones frente a la sociedad; tal conjunto de derechos y obligaciones constituyen un *status* jurídico.⁴⁵

La condición de accionista está unida a la titularidad de la acción, ya que la acción es la expresión de la condición jurídica o *status* de socio como conjunto de derechos y obligaciones, así lo establece el artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles al disponer que las acciones servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio; por lo tanto, la cualidad de socio en la Sociedad Anónima es de carácter fungible, pudiendo ser sustituidos unos socios por otros con la simple transmisión de las acciones.⁴⁶

Las acciones, en principio, confieren a sus dueños iguales derechos y obligaciones, pero dicho postulado de absoluta igualdad de acciones se ha debilitado de manera considerable según ya apunté en el apartado 1.4. al referirme a las acciones en la Sociedad Anónima. Hoy, el ámbito de aplicación del principio de igualdad de acciones es muy relativo, pues se limita al terreno concreto de cada clase de acciones y, aún dentro de cada clase de acciones, el principio suele derogarse por los propios accionistas.

Los derechos integrantes de la condición de accionista están contenidos en la Ley General de Sociedades Mercantiles, divididos principalmente en dos grupos, unos de carácter pecuniario o patrimonial y otros de carácter funcional o de administración.

⁴⁵ Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Op. Cit. Pág. 53.

⁴⁶ Cfr. URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, 24ª ed., Edit. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 1997, Pág. 266.

3.1.1. Clasificación.

El Jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez,⁴⁷ adopta como base para clasificar los derechos de socio, la que distingue entre derechos patrimoniales y derechos de consecución, dividiendo los primeros en principales y accesorios y los segundos en administrativos y de vigilancia.

Los derechos patrimoniales principales consisten en participar en los beneficios y en obtener una cuota de liquidación, mientras que los accesorios comprenden el derecho de transmitir la calidad de socio, obtener el título de su acción y el de aportación limitada.

Los derechos de consecución, por su parte, comprenden los de participar en la asamblea, nombrar administradores y aprobar los estados financieros, dentro del grupo de derechos administrativos y aprobar las gestiones de los administradores y nombrar comisario, dentro del grupo de derechos de vigilancia.

3.1.1.1. Patrimoniales.

Por derechos patrimoniales se entienden los de contenido económico, en interés particular y exclusivo del socio, que se ejercen frente a la sociedad.⁴⁸ Pueden ser de dos tipos, principales y accesorios.

3.1.1.1.1. Principales.

Son principalmente dos derechos: participar en las utilidades de la sociedad y obtener una cuota de liquidación.

A) Derecho de participar en las utilidades de la sociedad. También se le conoce como derecho al dividendo y es el derecho más importante que la ley concede a los socios dada la naturaleza de la sociedad anónima, ya que se trata de una sociedad mercantil cuya finalidad primordial es participar activamente en el intercambio

⁴⁷ Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Op. Cit. Pág. 53.

⁴⁸ Idem.

comercial volviéndose su objeto de carácter esencialmente capitalista. Es por ello que se le enuncia como primer derecho del accionista, como el más importante que cualquier otro, porque es el que satisface el interés lucrativo que persigue un accionista al ser titular de la acción.

Este derecho no se ejerce una sola vez, sino que tienen un carácter abstracto, es decir, constituye -al decir del maestro Rodrigo Uria- una especie de: "proclamación programática de un derecho abstracto que habrá de proyectarse en su día sobre futuros beneficios o ganancias concretas, determinadas y repartibles."⁴⁹

En efecto, el artículo 19 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que la distribución de utilidades sólo podrá hacerse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea de socios o accionistas, los estados financieros que las arrojen, consecuentemente, el derecho al dividendo sólo se ejerce en un determinado ejercicio económico y por cada vez que se aprueben los estados financieros que efectivamente arrojen utilidades y que se repartirán según lo determine la asamblea general de accionistas.

El derecho al dividendo no puede ser excluido por los estatutos, ello responde a que la Ley protege al accionista de ser privado de sus derechos patrimoniales, por lo tanto, no producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias (Art. 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.)

Existe la posibilidad de que en la asamblea general de accionistas se acuerde por mayoría de votos que las ganancias o utilidades no se repartirán, imponiendo la acumulación de utilidades año tras año. Considero que lo anterior es sólo una práctica viciosa que no responde al carácter primordialmente económico y de especulación comercial que tienen las sociedades anónimas, porque priva a las minorías de percibir utilidades, violando en consecuencia, el artículo 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Lo anterior se puede evitar si se establece en los estatutos el reparto obligatorio de utilidades, pero cuando no haya norma alguna que prevea lo anterior, los accionistas de la minoría carecen de acción para impugnar tales decisiones, ya que no hay en la

⁴⁹ URÍA, Rodrigo. Op. Cit., Pág. 270.

actual Ley General de Sociedades Mercantiles ningún precepto que permita impugnar las deliberaciones sociales sobre el no reparto de utilidades.

La redacción del artículo 17 de la ley en mención es poco clara, porque sólo prohíbe la desigualdad entre los socios cuando unos se reparten las utilidades y otros no, pero no prohíbe que a las ganancias se les dé un destino diferente al de repartirlas entre los socios. Cuando a las utilidades se les da un destino distinto al reparto para satisfacer necesidades de interés social, el acuerdo de la asamblea no es condenable, pero cuando se hace sólo con la finalidad de acumular utilidades en beneficio de una mayoría que se impone a las minorías ignorando el interés social, la práctica es viciosa y condenable, por lo tanto, se requieren en este caso de disposiciones legales que permitan impugnar el acuerdo de no reparto de utilidades sin causa justificada.

Aunque la posibilidad de darle un destino a las ganancias no es ilícita, esta práctica debe llevarse a cabo con la prudencia debida y necesaria para no caer en excesos que hagan intolerable la decisión por anular prácticamente los derechos de los accionistas que no están conformes. En otras palabras, la decisión mayoritaria de la asamblea de no hacer reparto alguno de utilidades constituiría un abuso de poder de la mayoría en contra de los derechos de la minoría.⁵⁰

La ley no establece nada sobre lo anterior, no existe disposición alguna que prohíba el abuso de poder cuando se acuerda no repartir utilidades de manera indefinida. Existe, sin embargo, el artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal que prevé una responsabilidad para el caso de abuso de un derecho. Según el Código Civil, si por ende, un grupo de accionistas ejerce el voto u observa otra forma de conducta con el fin de causar un daño a la sociedad anónima, sin utilidad para el mismo, responderá del daño y de los perjuicios ocasionados a la sociedad anónima, por ejemplo, si el accionista vota para que no se haga cierta operación con la finalidad mencionada y sin utilidad para él.

Considero que la aplicación del artículo 1912 del Código Civil no es suficiente para atacar la resolución que no permita el reparto de dividendos y resulta necesaria la regulación por parte de la Ley General de Sociedades Mercantiles de esta situación, para

⁵⁰ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit., Pág. 526.

impedir así, que un grupo de accionistas que detenten el control de la sociedad abusen de sus derechos en virtud de la calidad de socios que les confiere la Ley.

B) Derecho de obtener una cuota de liquidación. Se trata de un derecho complementario del anterior y se ejerce cuando la sociedad se ha disuelto y entrado en proceso de liquidación, una vez que se haya aprobado por la asamblea el balance final de liquidación y resulte un patrimonio repartible superior al importe nominal del patrimonio social, después de que se han pagado las deudas de la sociedad y concluidas las operaciones pendientes al momento de disolverse la sociedad.

No se trata pues, de la simple devolución a los socios de todo o parte del capital aportado, sino que son necesarios ciertos requisitos formales, es decir, convertidos los bienes en dinero o dada la existencia de bienes inconvertibles, procede su distribución entre los socios de acuerdo con lo previsto por los artículos 247 y 248 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Cada socio participa en la liquidación en la proporción que tenga en el capital social, salvo las estipulaciones relativas del contrato social o la resolución que tomen los socios al acordarse o reconocerse la disolución de la sociedad.

3.1.1.1.2. Accesorios.

Son derechos en los que el socio también participa económicamente, pero de una manera accesoria, ya que son los derechos patrimoniales principales los que tienen esa participación directa.

Los derechos patrimoniales accesorios son principalmente tres: transmitir la calidad de socio, obtener el comprobante de su calidad de socio y el de aportación limitada.

A) Derecho de transmitir la calidad de socio. La acción como título valor, es un documento destinado a la circulación y, como la ley atribuye a su titular los derechos de acreditar y transmitir la calidad de socio, no existe, en principio, impedimento alguno para que el accionista pueda transmitir sus acciones.

La acción es un título eminentemente negociable, pero pueden imponerse restricciones a la circulación de las acciones a través del establecimiento de normas en el

contrato social, tal es el caso del artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que regula las acciones de circulación restringida y dispone que las acciones se pueden transmitir pero con autorización del órgano de administración, el cual, podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado. No es una prohibición absoluta para enajenar sino sólo una restricción regida por el órgano de administración, situación que considero significa introducir el carácter de *intuitus personae* a las sociedades de capitales, es decir, introducir el elemento personal a las sociedades que por su naturaleza no son personalistas.

Las acciones son títulos nominativos y de acuerdo con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, su transmisión se efectúa por medio del endoso y entrega del título, además se requiere de la inscripción de la transmisión en el libro de registro de acciones, según lo dispuesto por el artículo 129 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Otra restricción a la libre circulación de las acciones la constituye el derecho del tanto, consistente en que los accionistas deban ser preferidos en caso de que alguno de ellos quiera vender sus acciones, pero esta limitación debe estar prevista en los estatutos porque la ley no la contempla, aunque no la prohíbe.

B) Derecho de obtener el comprobante de su calidad de socio. Como ya se ha apuntado, la calidad de socio se traduce en un *status* que se incorpora a un título-valor con todos los derechos que se deriven del mismo. Dicho título se denomina acción y corresponde emitirlo al órgano de administración.

C) Derecho de aportación limitada. El contrato de sociedad impone obligaciones entre los socios y la sociedad, y entre la sociedad y terceros. El derecho de aportación tiene su correlativa obligación de transmitir a la sociedad lo que se pactó, obligación que nace desde que se adquiere la calidad de socio, creándose la obligación de aportar existente entre los socios y la sociedad.

Por aportación se debe entender "la cosa que el obligado (el socio) debe dar o el hecho que debe hacer (Art. 1824 C. Civ.); o sea, aportación de bienes o derechos en

aqué caso (aportaciones de capital) y su trabajo o servicios en este caso (aportaciones de industria)".⁵¹

Una vez hecha la aportación, es decir, cumplida la obligación de dar o hacer que asumió el socio, no puede exigírsele más, ni cosa distinta a la pactada. La aportación es limitada, es decir, no se entrega a la sociedad más de lo que se convino, en la cantidad y calidad establecidas, con las modalidades pactadas, lo cual significa que la aportación tiene que ser cierta y determinada, como es el objeto de todo contrato.⁵²

3.1.1.2. De consecución.

"Estos derechos no tienen en sí mismos contenido patrimonial, en el sentido de que no conceden pretensión para obtener una prestación en dinero o valores; su contenido tiene por objeto garantizar los derechos patrimoniales del accionista. Esta garantía se obtiene en un doble orden: en primer lugar, en cuanto los socios tienen derecho a cooperar en la formación de la voluntad social y en la ejecución de la misma; en segundo, en cuanto tienen derecho a vigilar toda gestión de la sociedad".⁵³

Los derechos de consecución se dividen para su estudio en administrativos y de vigilancia.

3.1.1.2.1. Administrativos.

Dentro de este tipo de derechos se incluyen todos aquellos por los cuales el socio interviene directa o indirectamente en la realización o resolución de actividades administrativas y consisten en participar en las asambleas, nombrar administradores y aprobar el balance de la sociedad o los estados financieros.

A) Derecho de participar en las asambleas. El derecho que tiene todo socio de asistir a las asambleas de accionistas y participar con su voto en la formación de la voluntad social, les permite una mínima oportunidad de participar en los negocios sociales y fiscalizar el desempeño del órgano de administración. Este derecho le concede

⁵¹ BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit. Pág. 272.

⁵² Cf. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Tratado...* Op. Cit. Pág. 85.

⁵³ *Ibidem.* Pág. 406.

al accionista la posibilidad de no ser desplazado en la toma de decisiones por parte de la sociedad; sin embargo, en ocasiones, el accionista singular puede verse afectado en sus derechos por el control que detenta en la sociedad una mayoría cuya actuación responde solamente a excesos o abusos de poder.

En la asamblea cada accionista goza de un número de votos igual al número de acciones de que sea titular, además goza de un derecho secundario, que es el de votar, el cual es intangible porque no se admiten privilegios que directa o indirectamente lo disminuyan, ya que ni los estatutos pueden limitarlo por razón de sexo, edad o nacionalización, salvo el supuesto que prevé la ley para el caso de las acciones de voto limitado establecido por el artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en donde a cambio de un dividendo preferente se priva a las acciones del derecho de votar en asuntos determinados.

Con excepción de las acciones de voto limitado, toda limitación al derecho de voto pugnaría con su naturaleza. Propongo, sin embargo, una disposición legal que permita fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedad pertenecientes a un mismo grupo, con lo que se adoptaría una medida que permita recortar la influencia de los grandes accionistas en el seno de la asamblea, facilitando la defensa de las minorías frente a la acumulación de grandes poderes sociales y administrativos en una sola mano.

A diferencia de los derechos patrimoniales del accionista, el derecho de voto es personalísimo y por su naturaleza no puede ser enajenado si no es conjuntamente con el título de la acción y habrá de ser ejercitado necesariamente por el propio accionista, por sí o por medio de representante. De varios preceptos legales se infiere con claridad que sólo los accionistas pueden contribuir a la formación de la voluntad social, y que únicamente por vía de excepción es admisible que los estatutos autoricen a votar en las asambleas a personas no accionistas titulares de derechos reales de usufructo o de prenda sobre acciones.

B) El derecho de nombrar administradores. Este derecho es de carácter imperativo, lo cual significa que los particulares no pueden modificarlo y consiste en nombrar a un administrador único o a un consejo de administración por parte de la asamblea general ordinaria de accionistas; sobre éste tema me remito al apartado 4.4.3.

C) Derecho de aprobar el balance o los estados financieros. Es un derecho relacionado con el derecho de votar en las asambleas y está consagrado en el artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que establece la competencia de la Asamblea General Ordinaria Anual de Accionistas, la cual se ocupará, entre otros asuntos, de discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores sobre la situación financiera de la sociedad, tomando en cuenta el informe de los comisarios.

3.1.1.2.2. De vigilancia.

Entre los derechos de vigilancia se comprenden aquellos por los cuales los socios pueden informarse y denunciar las actividades sociales, bien sea en relación directa con la sociedad o bien a través de órganos específicos de vigilancia como son aprobar las gestiones de los administradores y nombrar comisarios.

A) Derecho de aprobar las gestiones de los administradores. Es un derecho que consiste en permitir a los accionistas vigilar, controlar y exigir responsabilidades, datos e información sobre su gestión a los administradores, además de ser un medio de protección para los accionistas frente al poder de los administradores, ya que se fortalece el régimen de responsabilidad de los mismos.

Además, los administradores tienen el control de la sociedad, detentan cierto poder con la obligación de gestionar bien los negocios sociales, pero existe la posibilidad de causar daño, de administrar mal, de cometer errores que causen perjuicio no sólo a la sociedad, sino también a sus accionistas o, incluso, a terceros acreedores; por ello es necesario un adecuado sistema de responsabilidad de los administradores.

B) Derecho de nombrar comisarios. Es un derecho que el legislador ha reconocido debido a la escasa participación de los socios en la administración de los negocios sociales y a veces en el poco entendimiento que pudieran tener en la interpretación de los estados financieros, haciendo necesaria la existencia de un órgano encargado de vigilar la gestión de los negocios sociales encomendada a los administradores y que recae en los comisarios, los cuales sólo pueden ser designados por los accionistas ya sea en la escritura constitutiva o en asamblea ordinaria.

3.2. El derecho de impugnar las resoluciones de la Asamblea (propuesta de una Teoría de nulidades e impugnaciones de los acuerdos de las asambleas de accionistas)

La Ley General de Sociedades Mercantiles en sus artículos 201 a 205, prevé la acción de oposición en favor de los accionistas, para que puedan impugnar los acuerdos de las asambleas, al parecer legalmente constituidas.

El artículo 201 establece que para la procedencia de la oposición es necesario que la demanda se presente dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea y por accionistas que representen el 33% del capital social; dicha oposición trae como consecuencia que el juez pueda suspender la ejecución de las resoluciones impugnadas siempre que los actores dieren fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad por la inexecución de dichas resoluciones, en caso de que la sentencia declare infundada la oposición.

El maestro Roberto Mantilla Molina sostiene que esta acción de oposición es totalmente distinta a la acción de nulidad de las asambleas que le asiste a cualquier accionista, un acreedor de la sociedad y aún a los órganos de ésta. Para este autor, se trata de dos acciones procesales distintas y afirma que el artículo 201: "establece una acción de oposición distinta y paralela a la acción de nulidad: aquélla permite suspender provisionalmente los efectos de la resolución impugnada (Art. 202), al paso que la segunda permite que los surta hasta que sea declarada judicialmente nula y sus efectos destruidos de modo retroactivo (Art. 2226 del Código Civil)."⁵⁴

En esa virtud, es necesario analizar si las asambleas como actos jurídicos que son, quedan sujetos al derecho común sobre inexistencia y nulidad, ya sea absoluta o relativa. Yo considero que no, porque la Teoría de las nulidades de los actos jurídicos no se aplica sino con restricciones a las asambleas.

En efecto, en Derecho Civil Mexicano el acto nulo existe y puede producir provisionalmente sus efectos y es nulo porque uno de sus elementos se realizó de manera imperfecta, ya sea porque el objeto que se persigue es ilícito, porque la voluntad

⁵⁴ MANTILLA MOLINA Roberto. Op. Cit., Pág. 414.

de los sujetos que interviene en él, no sea libre, no sean capaces y no den cumplimiento a las formas que establezca la ley, teniéndose como causales de nulidad las siguientes:

- a) Que la voluntad de las partes persigan un objeto, motivo o fin ilícito;
- b) Que sea incapaz cualquiera de las dos o las dos partes que intervienen en el acto;
- c) Que la voluntad de las partes o de una, esté viciada;
- d) Que no se cumpla con la forma que determina la ley deba revestir el acto jurídico.

En materia de sociedades anónimas, no todo lo que es nulo puede producir provisionalmente sus efectos jurídicos, pues en mi opinión, los acuerdos de las asambleas, cuando son nulos, pueden dejar de producir sus efectos, lo que implica que la ejecución de los acuerdos afectados de nulidad puedan suspenderse por el juez hasta que se dicte sentencia de nulidad, misma que tendrá efectos declarativos, porque la nulidad de los acuerdos debe operar *ipso jure* y llegado el caso, el juez no la declarará, sino solo la constatará.

Además, la naturaleza de los acuerdos de las asambleas no es necesariamente la de un acto jurídico puro, sino la de un acto jurídico complejo de carácter unilateral y en este supuesto, no siempre es la voluntad o voluntades, el objeto, la capacidad o la forma realizados de manera imperfecta lo que determina su nulidad, sino otros elementos extrínsecos, muy propios de las asambleas de accionistas, tales como la infracción a las normas sobre constitución y competencia, la falta de legitimación respecto de la deliberación de que en concreto se trate o la inexistencia o irregularidad de la sociedad.

La Ley General de Sociedades Mercantiles legitima al 33% del capital para interponer la acción de impugnación en contra de los acuerdos tomados por la asamblea de accionistas, negando esta acción, al parecer, al accionista individualmente considerado. En este sentido considero que no habrá razón alguna para negar al tenedor de un solo título, la acción de nulidad respecto de resoluciones que, aunque tomadas de acuerdo con las leyes que rigen el funcionamiento de las asambleas, son antijurídicas por su contenido, si se señala para el artículo 201 un campo de aplicación diverso de la oposición. Pero la Ley General de Sociedades Mercantiles no regula la acción de nulidad de los acuerdos de la asamblea a la cual podría acudir cualquier accionista o interesado

para pedir la nulidad de los mismos y solo establece que los accionistas que posean el 33% del capital social tienen la acción de oposición, mediante la cual pueden obtener la suspensión provisional de los acuerdos impugnados.

Reconocer por la ley la acción de nulidad y permitir que sea ejercida por el accionista individualmente considerado, aún cuando sea titular de una sola acción, tiene las siguientes ventajas:

- A) Se regularía en el Derecho Mercantil la nulidad de los acuerdos de la asamblea a través de una reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles, sin dejar a cargo del Derecho Civil su regulación.
- B) Permite un mejor desenvolvimiento de la sociedad al darle mayor operatividad a sus órganos.
- C) Se les da mayor protección y seguridad, no solo al titular de una sola acción sino a todos los accionistas de la Sociedad Anónima, pues reconocer que un acuerdo puede ser nulo por ser contrario a las normas sobre constitución y competencia de las asambleas, sobre causas u objetos imposibles o ilícitos o sobre inexistencia o incapacidad de la sociedad, no solo es acorde con las disposiciones legales, sino que además protege el interés de la sociedad en su actuación en el campo del derecho, eliminando, con ello, absurdos tales como considerar que cualquier accionista que represente menos del 33% del capital social, no tiene posibilidad alguna de atacar los acuerdos tomados con manifiesta violación de sus derechos.
- D) Finalmente se pone fin al conflicto generado entre la acción de oposición y la acción de nulidad de los acuerdos de las asambleas, porque la acción de nulidad tendría una regulación específica en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El Jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez reconoce las grandes dificultades que presenta el estudio de este problema y explica que es necesario distinguir entre la reunión válida de una asamblea y la adopción válida de acuerdos, para así determinar la nulidad o la impugnación de los acuerdos de la asamblea.⁵⁵

⁵⁵ Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Tratado...* Op. Cit. Pág. 50 y SS.

Toma como referencia los planteamientos del derecho extranjero llegando a las siguientes conclusiones:

1ª Es patente la evolución legislativa que va desde el desconocimiento del problema hasta la completa regulación de las acciones de nulidad y de impugnación, pasando por la etapa intermedia del reconocimiento de la acción de impugnación, confiando el régimen de la nulidad al sistema del derecho común;

2ª Como consecuencia de lo anterior, deben distinguirse los acuerdos nulos de los acuerdos impugnados;

3ª Debe separarse el problema de la ineficacia del voto de un socio del concerniente a la validez del acuerdo tomado. El voto es medido en su eficacia por las reglas generales de los negocios jurídicos y su repercusión sobre la validez de los acuerdos de asamblea depende de la llamada prueba de resistencia de la que se aclarará después el concepto;

4ª Se tiende a proteger a los terceros que de buena fe adquirieron derechos de la sociedad en virtud de una apariencia de legalidad, en cumplimiento de acuerdos ineficaces;

5ª En atención a la seguridad jurídica se reconoce la posibilidad de la convalidación de los acuerdos ineficaces por otros posteriores, válidamente adoptados, y

6ª Es general la tendencia a restringir los casos de nulidad al menor número posible".⁵⁶

En el derecho mexicano, la ley regula este problema de la siguiente manera:

- A) Si los acuerdos de la asamblea adolecen de nulidad, se rigen por el derecho común aplicando las reglas del Código Civil. Esta acción puede ser ejercida por cualquier interesado y en cualquier tiempo.
- B) Si el acuerdo es simplemente impugnabile, se rige por las reglas de la Ley General de Sociedades Mercantiles y la acción sólo corresponde a un grupo de accionistas que represente el 33% del capital social y está sujeta a la prescripción brevísima de quince días.

Se deben reconocer dos clases de acciones, la de nulidad y la de impugnación, sin dejar la primera a la suerte de las normas de derecho común porque su regulación

⁵⁶ Ibidem. Pág. 58.

debe constar en la norma especial, que es la Ley General de Sociedades Mercantiles y para ello se proponen las siguientes premisas:

- A) Será nulo todo acuerdo que ataque derechos de terceros, derechos de crédito de los accionistas o infrinja una norma coactiva o prohibición legal o sea contrario a las buenas costumbres.
- B) Será simplemente impugnabile el acuerdo que perjudique los derechos especiales de los accionistas a no ser que la nulidad se deduzca de preceptos imperativos.
- C) Las asambleas serán válidas, cuando sean de sociedades existentes y estén convocadas según la ley y los estatutos y los socios que las componen se reúnan en el número y condiciones que fija la ley.
- D) Los acuerdos serán válidos, si siendo válida la asamblea se toman resoluciones por las mayorías legalmente fijadas, sobre objetos lícitos y posibles en asuntos de su competencia.

La invalidez de los acuerdos se divide entonces en dos vertientes: 1º Acuerdos nulos y 2º Acuerdos impugnables. Los acuerdos impugnables encuentran una regulación específica en la ley, en tanto que los acuerdos nulos no son reconocidos por la legislación mercantil creando una laguna muy importante en su regulación.

Siendo los acuerdos de la asamblea actos jurídicos complejos de carácter unilateral⁵⁷ y dada la estructura de los mismos, no es posible concebir que puedan ser regulados por la Teoría de la nulidad de los actos jurídicos establecida en el Código Civil ya que no siempre es la voluntad, el objeto, la forma o el fin realizados de manera imperfecta los que determinan su nulidad, sino otros elementos extrínsecos muy propios de las asambleas, tales como la infracción a las normas sobre constitución y competencia, la falta de legitimación respecto de la deliberación de que en concreto se trate o acuerdos de asambleas inexistentes o de sociedades irregulares.

En Derecho Civil, los acuerdos de las asambleas son nulos por dos causas:

1º Cuando carecen por completo de un elemento de validez tal como: capacidad o legitimación del sujeto, falta de voluntad, manifestación o forma determinada o falta de una causa o un objeto determinado y posible física y jurídicamente.

⁵⁷ *Ibidem.* Pág. 60. //

2º Cuando por el objeto o por la causa pugna directamente con la ley prohibitiva establecida en interés general o por las buenas costumbres.

En Derecho Mercantil, los acuerdos de las asambleas son impugnables por las siguientes causas:

1º Cuando es contrario a la escritura constitutiva, a los estatutos o a la ley, sin ser válido ni nulo.

2º Cuando en su contenido pugna con una norma imperativa prohibitiva de la ley, dictada en interés particular, con una norma imperativa prohibitiva de la escritura constitutiva o de los estatutos.

El acuerdo impugnado no puede ser nulo a la luz de los principios de derecho civil, toda vez que el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles no puede resumir ni resume las diferentes hipótesis de nulidad e impugnación, pues se limita a regular una acción de impugnación lisa y llana y deja al margen la acción de nulidad.

Desde éste punto de vista no es posible concebir que el legislador haya tratado de privar el ejercicio de las acciones de nulidad a los socios individualmente considerados, para atribuirlo sólo a minorías que representan tan elevado porcentaje del capital social (33%); consecuentemente el artículo 201 nos lleva directamente a la conclusión de que dicho precepto sólo regula una acción especial de impugnación convirtiéndola en una acción de minoría calificada concreta y determinada, dejando aparte y sin regulación el ejercicio de las acciones de nulidad.

Es por ello que quiero proponer una *Teoría de nulidades e impugnaciones de los acuerdos de las asambleas de accionistas* que permita dar paso a una posible reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles y distinga los acuerdos nulos de los acuerdos impugnables.

Me apoyo en los planteamientos del doctrinario Joaquín Rodríguez Rodríguez⁵⁸ expuestos en su *Tratado de Sociedades Mercantiles* y en las ideas del autor español Javier Juste Mencía⁵⁹ para desarrollar la siguiente Teoría:

1.- *Inexistencia, incapacidad y legitimación de la sociedad.*

⁵⁸ Ibidem. Pág. 66 y SS.

⁵⁹ Cfr. JUSTE MENCIA, Javier. *Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima*, Edit. Aranzandi, Madrid, 1995, Págs.383 y SS.

- ⌚ Si no hay sociedad, no puede haber asamblea ni puede haber acuerdos válidos, aunque la sociedad existe, no obstante que sea irregular, desde que se realiza el pago de las aportaciones y se conviene sobre el contrato. La validez de la asamblea no queda afectada por la sola irregularidad de la sociedad y, por lo tanto, las asambleas de sociedades irregulares pueden adoptar acuerdos válidos, ello supone que se trata de sociedades existentes pero irregulares. Son nulos todos los acuerdos de las asambleas de sociedades inexistentes.
- ⌚ El objeto social o finalidad de la sociedad constituye el límite de la capacidad de la misma. Son nulos los acuerdos que la sociedad no pueda adoptar por falta de capacidad para ello, en función de la finalidad que persigue según su propia escritura.
- ⌚ Los acuerdos de las asambleas no deben afectar derechos de tercero ni derechos de los socios considerados como tales y como terceros. Los acuerdos de las asambleas que desconozcan derechos especiales de los socios serán nulos, asimismo, "la deliberación de la asamblea que disponga de los derechos de terceros o de socios como terceros, o que les imponga nuevas o ulteriores obligaciones es nula por falta de legitimación del sujeto agente, es decir, de la sociedad".⁶⁰

2.-Infracción de las normas sobre constitución y competencia de las asambleas.

- ⌚ No hay asamblea si no hay reunión, y si no hay asamblea no puede haber acuerdos válidos de la misma. Serán nulos los acuerdos de las asambleas que no se hayan constituido debidamente.
- ⌚ Inexistencia de la convocatoria.⁶¹ No hay convocatoria si no la hace quien pueda legalmente hacerla, si carece de menciones especiales tales como la fecha y la orden del día, no ha tenido la publicación adecuada o no hay suficiente información a los socios. Si no hay convocatoria los acuerdos de la asamblea serán nulos en términos de lo dispuesto por los artículos 186 a 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁶⁰ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Tratado...* Op. Cit. Pág. 67.

⁶¹ Véase infra. Apartado 2.3 todo lo relacionado con la convocatoria.

- ① **Falta de reunión.** No hay reunión si nadie ocurre, tampoco hay reunión si no concurren accionistas que integren quórum⁶² o si se realiza en lugar o fecha distintos de los indicados en la convocatoria. Si no hay reunión hay nulidad de los acuerdos.
 - ① **Vicios de convocatoria y reunión.** La infracción de normas estatutarias sobre segunda convocatoria, sobre la forma y publicidad de la convocatoria o la exclusión arbitraria o admisión caprichosa de los socios en la asamblea, la falta de comprobación del quórum de asistencia y la indebida constitución de la presidencia de la asamblea, darán lugar a que los acuerdos sean simplemente impugnables y caen de lleno en los supuestos del artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
 - ① **Incompetencia.** Habrá incompetencia cuando la asamblea tome acuerdos cuya adopción correspondía a otros órganos, por ejemplo, la elaboración del informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que esta función corresponde exclusivamente al órgano de administración. Si hay incompetencia, los acuerdos serán impugnables.
- 3.- *Vicios en la declaración de voluntad o en su forma.*
- ① **Vicios de la voluntad.** Si no hay voluntad colectiva, el acuerdo será nulo (votación.)
 - ① Si la voluntad adolece de vicios en su formación, los acuerdos serán impugnables.
 - ① La participación en las deliberaciones de quien no tiene título para ello o la exclusión de ellas de quien tiene derecho a participar en las mismas, es motivo para impugnar los acuerdos adoptados, lo mismo que si la discusión se realiza con desorden o que si se desconoce la norma del artículo 199 de la Ley General de Sociedades Mercantiles sobre suspensión de la deliberación.
 - ① No prevé nada la ley sobre sistemas de votación y sobre efectos de admisión o exclusión del voto de quienes no tengan derecho para ello o de quien

⁶² Véase infra. Apartado 2.5 todo lo relacionado con el quórum.

teniéndolo ha sido arbitrariamente privado del ejercicio de esta facultad. Considero que en este supuesto los acuerdos serán simplemente impugnables.

4.- Causa u objeto imposibles o ilícitos.

- ⊙ Serán nulas aquellas deliberaciones que pueden ser comprendidas en el supuesto del artículo 1795 fracción III del Código Civil.

Estos razonamientos demuestran que los acuerdos de las asambleas pueden ser nulos, pero no por las causas que en el Código Civil se señalan, sino por otras circunstancias muy propias de las Sociedades Mercantiles.

La acción de nulidad debe corresponder a cualquier interesado, es decir, no sólo a los socios, sino también al Consejo de Administración, sus miembros individualmente considerados, sean accionistas o no lo sean, los comisarios y los terceros en general. No está sujeta a plazo alguno.

La acción de impugnación tiene una titularidad reservada exclusivamente a la minoría que represente el 33% del capital social y su ejercicio está sujeto a un plazo muy breve de 15 días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea. Sobre este tema el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez opina:

"No solamente nos parece arbitraria la restricción de la titularidad a una minoría tan elevada, sino que resulta contradictorio con la estructura general de esta acción el que se niegue la posibilidad de su ejercicio a los administradores o comisarios, cuando ellos tienen un interés marcadísimo en el mantenimiento del orden jurídico legal y estatutario..."

La minoría que impugna el acuerdo no tiene que basarse en la oportunidad o inconveniencia del mismo para la sociedad ni tendrá que probar el sufrimiento de un perjuicio, sino que basta con que alegue y posteriormente pruebe la existencia de un precepto legal o estatutario infringido y el motivo por el cual esa infracción se considera inexistente".⁶³

Finalmente se debe considerar que la suspensión del acto reclamado debe aplicarse también a los acuerdos nulos y no sólo a los impugnables, de tal manera que quien tiene la acción de nulidad, debe tener la posibilidad de oponerse a la ejecución del

⁶³ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Tratado...* Op. Cit., Pág. 77.

acuerdo nulo, dándole así al artículo 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, un campo de aplicación más amplio.

3.2.1. Requisitos y propuesta de reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Para las sociedades mercantiles organizadas, como es la Sociedad Anónima, debe el legislador instituir en forma especial la nulidad de las resoluciones tomadas por las asambleas de accionistas, debido a que las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre la nulidad de los actos jurídicos, no corresponde a las circunstancias específicas del ámbito de tales sociedades, las razones de que la Ley General de Sociedades Mercantiles reconozca y regule esta acción, han sido expuestas en el apartado anterior.

La acción de nulidad, en cuanto a su titularidad, prescriptibilidad y demás condiciones, se rige por las disposiciones del derecho civil. El legislador no forma, por lo tanto, un propio sistema de causales de nulidad, sino aplica las generales del derecho civil: el Código Civil para el Distrito Federal.

La acción de impugnación, por su parte, es concedida a una minoría que representa el 33% del capital social y el requisito de fondo para la impugnación consiste, según el artículo 201, fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en que por la resolución impugnada se haya infringido el contrato social o un precepto legal, además de que es necesario que exista una *resolución de la asamblea general de accionistas*, motivo por el cual, las resoluciones tomadas fuera de asamblea en términos del artículo 178 no podrán ser objeto de impugnación, lo mismo sucede con las resoluciones de asambleas especiales de accionistas y de minorías de accionistas sobre el ejercicio de derechos minoritarios, dado que el texto del artículo 201 se limita a resoluciones de asambleas generales y sólo por la vía de la nulidad pueden atacarse dichas resoluciones.

Por otra parte, el derecho de impugnar las asambleas de accionistas constituye un medio de tutela de las minorías que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles, dotando a los socios minoritarios calificados por la propia ley como aquellos que

representan el 33% del capital social, del derecho de oponerse a los acuerdos de las asambleas que son contrarios al interés social (a la ley o a los estatutos sociales.)

Desde este punto de vista, sólo podrán ser atacados acuerdos lesivos y donde exista conflicto de intereses, reduciendo el derecho de impugnación a que su ejercicio se lleve a cabo únicamente por una minoría del capital social; por tanto, se debe afirmar que los derechos de minoría calificada (aquellos que representen el 33% del capital social) no sirven a la función de tutela estricta de la minoría.

Es importante considerar el papel que el legislador ha reservado a los accionistas que representan el porcentaje requerido, así como los problemas que se derivan de esta atribución. Si la impugnación de los acuerdos sociales constituye un medio de tutela de las minorías, el legislador debe ampliar los medios de esa tutela hasta el punto de legitimar directamente a los accionistas individualmente considerados.

En cuanto a la oportunidad de señalar un porcentaje fijo del 33%, pueden realizarse consideraciones críticas que favorezcan tanto que se eleve, como que se reduzca el porcentaje. El problema en realidad radica en la imprevisión del legislador a la hora de regular una institución tan delicada y existen razones para pensar que el limitar la acción de impugnación o nulidad de los acuerdos sólo a un porcentaje determinado del capital social, puede dar lugar a abusos por parte de los accionistas mayoritarios, dada la estructura de la Sociedad Anónima.

Considero que es oportuno legitimar al socio individual para ejercitar las acciones de nulidad e impugnación de los acuerdos sociales ya que no existe razón alguna para restringir este derecho solamente al 33% del capital social, pues "negar al accionista este derecho individual a ejercitar la acción de impugnación de un acuerdo nulo por contrario a la ley, transformándolo en derecho corporativo o de minoría y condicionar su legitimación a la posesión de un determinado porcentaje del capital social, creemos no sólo que no es ajustado a Derecho, sino que es más peligroso para la sociedad que el riesgo de soportar impugnaciones fútiles e infundadas".⁶⁴

Es posible argumentar que el legislador ha pretendido evitar acciones abusivas y así ha regulado la acción de impugnación limitando su ejercicio a una minoría calificada para asegurar seriedad en las impugnaciones, sin embargo, esta posición aunque

⁶⁴ JUSTE MENCIA, Javier. Op. Cit., Pág. 396.

acertada, resulta excesiva cuando se trata de acuerdos que lesionan profundamente el ordenamiento jurídico y social de la Sociedad Anónima. El problema debe ser considerado en una reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que el estado actual de la norma no parece satisfacer los intereses de la sociedad.

La reforma que propongo consiste en un cambio integral de los artículos 200 a 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles tomando como base las siguientes razones:

- A) *La Ley establece que los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, podrán oponerse judicialmente A LAS RESOLUCIONES DE LAS ASAMBLEAS GENERALES. Esta disposición es errónea porque no solo pueden impugnarse las resoluciones de las asambleas generales de accionistas, sino también cualquier resolución tomada válidamente por los accionistas, ejemplo, las resoluciones tomadas fuera de asamblea en términos de lo dispuesto por el artículo 178, las asambleas especiales y las de minorías sobre derechos especiales de los accionistas.*
- B) *Debe reconocerse, además de la acción de impugnación, la acción de nulidad de los acuerdos de las asambleas, para evitar conflictos sobre si esta acción debe regularse o no por las disposiciones del Código Civil, pero lo más importante es que los acuerdos de las asambleas, dada su naturaleza de actos jurídicos unilaterales de carácter complejo, no quedan sujetos a las disposiciones del Código Civil sobre inexistencia y nulidad, ya que los acuerdos de las asambleas son nulos o inexistentes por causas muy propias de las sociedades mercantiles y muy especialmente en tratándose de Sociedades Anónimas.*
- C) *Deben establecerse causales de nulidad y de impugnación de los acuerdos, para no caer en el error de considerar un acuerdo nulo cuando no lo es o interponer la acción de impugnación cuando es causa de nulidad.*

- D) *La acción de impugnación debe corresponder exclusivamente a los accionistas de la sociedad, porque solamente a ellos les causa perjuicio las resoluciones tomadas con infracción de normas estatutarias; sin embargo, el porcentaje del treinta y tres por ciento para ejercer dicha acción considero que es muy elevado, porque lejos de evitar impugnaciones infundadas o poco serias, solo provoca acciones abusivas por parte de los accionistas, ya que si no se reúne ese 33% no podrá impugnarse un acuerdo que es lesivo a los intereses del accionista afectado y ello trae como consecuencia que la sociedad también se vea afectada porque lo que le sucede a un accionista, trasciende indudablemente a la S.A. Lo mejor es legitimar al socio individualmente considerado, sea o no titular del 33% del capital social, para ejercer las acciones de nulidad e impugnación de los acuerdos de las asambleas para darle mayor operatividad y flexibilidad al régimen de las asambleas y con ello evitar que se corra el riesgo de soportar impugnaciones fútiles e infundadas.*
- E) *Considero que el plazo de quince días para ejercer la acción de impugnación es muy breve porque no da el tiempo suficiente para entablar la demanda de oposición de manera correcta: si se piensa que la impugnación se realiza no solo por el socio disidente, sino también por el socio ausente en la asamblea de accionistas, quince días no son suficientes para preparar la demanda de oposición. Propongo que dicho plazo se amplie a un mes.*
- F) *La acción de nulidad corresponde no solo a los accionistas de la sociedad, sino también a los acreedores y a los órganos de ésta, tales como el consejo de administración, el administrador único o el órgano de vigilancia y en general a cualquier interesado, porque a diferencia de la oposición, la nulidad no solo afecta a los accionistas.*
- G) *La ejecución de las resoluciones impugnadas o afectadas de nulidad pueden suspenderse por el juez hasta que se dicte sentencia definitiva que decida procedente la impugnación o declare la nulidad de los*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

acuerdos de la asamblea, teniendo dicha sentencia efectos declarativos respecto de la nulidad y desapareciendo la apariencia de legalidad del acuerdo en cuestión, porque la nulidad de los acuerdos sólo se constata por el juez. La sentencia que se dicte con motivo de la oposición, en cambio, tiene efectos constitutivos o extintivos de derechos respecto del socio afectado.

H) *El artículo 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles debe ser derogado por las razones que enseña expongo.*

Como una última observación a este apartado, considero que el artículo 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles debe ser derogado dada la inoperatividad del mismo.

El artículo 205 establece:

“ART. 205.- Para el ejercicio de las acciones judiciales a que se refieren los artículos 185 y 201, los accionistas depositarán los títulos de sus acciones ante notario o en una institución de crédito, quienes expedirán el certificado correspondiente para acompañarse a la demanda y los demás que sean necesarios para hacer efectivos los derechos sociales.

Las acciones depositadas no se devolverán sino hasta la conclusión del juicio.”

La *ratio legis* del legislador al redactar el artículo 205, considero que es la seguridad jurídica vista desde dos posturas: i) que quien impugna el acuerdo de la asamblea o quien solicita la convocatoria a asamblea, realmente es accionista de la sociedad y, ii) que efectivamente se reúne el número mínimo de acciones para ejercer las acciones judiciales que establecen los artículos que se mencionan.

No me cabe duda alguna de que el notario público al redactar el acta correspondiente, se cerciorará de que quien comparece es accionista de la sociedad, sin embargo, ésta constatación será sólo a través de la exhibición del o los títulos respectivos que quizá transcriba o agregue al apéndice del instrumento respectivo, además de que la diligencia permitirá explicar al notario de que las acciones quedarán en depósito hasta la conclusión del juicio, momento en que tendrá que redactar una nueva

acta para la devolución de las acciones teniendo a la vista la sentencia del juez que conoció del asunto.

La labor del notario en este sentido es impecable porque un notario tiene la obligación de ser muy diligente, sin embargo, considero que ésta diligencia corresponde al juez que conoce de la demanda de impugnación o de la solicitud de convocatoria a asamblea, es decir, esto es trabajo del juez y no del notario, ya que el juez al conocer del asunto, también tendrá que verificar que quien demanda es accionista y reúne el quórum legal suficiente para legitimar su actuación.

Por lo que a las instituciones de crédito corresponde, los Bancos normalmente no prestan este servicio, o realmente quienes laboran en el mismo no conocen el contenido del artículo 205 y casi siempre rechazan a sus clientes cuando solicitan este servicio.

Pero lo más importante es que este artículo casi no se aplica y me atrevería a decir que ni los notarios ni las instituciones de crédito tienen mucho trabajo al intervenir en el depósito de acciones para el ejercicio de las acciones judiciales que señalan los artículos 185 y 201 de la Ley en mención.

Con la derogación del artículo 205, además, se protegen mejor los derechos de las minorías y se vuelve congruente mi propuesta de reforma considerando las razones expuestas anteriormente, quedando los artículos 200 a 205 redactados de la siguiente manera:

"ART. 200.- Las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas y cualquier otra resolución tomada válidamente por los accionistas, son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo la nulidad de los acuerdos o el derecho de impugnación en los términos de esta ley.

ART. 201.- Los acuerdos de las asambleas y cualquier otra resolución tomada por los accionistas, son impugnables por las siguientes causas:

- I. *Cuando hayan sido adoptados con defectos en la convocatoria o en la reunión de la asamblea.*
- II. *Cuando invadan la competencia de otros órganos sociales.*
- III. *Los que se tomen con infracción de normas estatutarias relativas a la formación de la voluntad colectiva.*

- IV. *Los que no consten en acta; y*
- V. *En general, todos los actos que infrinjan la ley o los estatutos cuando no quepa respecto de ellos la acción de nulidad.*

ART. 201A.- Son causas de nulidad de los acuerdos de las asambleas y de cualquier otra resolución tomada por los accionistas, las siguientes:

- I. *Si son tomados por asambleas de sociedades inexistentes.*
- II. *Los que no pueda adoptar la sociedad por falta de capacidad para ello, en función de la finalidad que persigue según sus propios estatutos.*
- III. *Por falta de convocatoria o de reunión, en los términos de lo dispuesto por los artículos 186 a 188 de esta ley.*
- IV. *Los acuerdos con objeto imposible o ilícito.*
- V. *Los acuerdos contrarios a normas imperativas establecidas en favor de terceros o que sean contrarios a las normas básicas de la estructura de la sociedad anónima; y*
- VI. *Los acuerdos sobre derechos de tercero y sobre los derechos especiales de los socios, si no se toman con el consentimiento de estos últimos.*

ART 201B.- La acción de impugnación a que se refiere el artículo 201, puede ser ejercida por cualquier accionista, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

Que la demanda se presente dentro del mes siguiente a la fecha de la clausura de la asamblea o de que se hubiere tomado alguna resolución por los accionistas.

Que los impugnantes no hayan concurrido a la asamblea ni tomado parte en las resoluciones adoptadas o habiendo asistido hayan dado su voto en contra de la resolución; y

Que la demanda señale la causa legal de impugnación, o el precepto legal infringido y el concepto de violación.

ART. 201C.- La acción de nulidad a que se refiere el artículo 201 A podrá ejercerse por cualquier accionista, un acreedor de la sociedad y aun los órganos de ésta, sin más requisito que el de acreditar que el acuerdo adolece de nulidad según las causas establecidas por esta ley y que se causa un daño a la sociedad.

ART. 202.- La ejecución de las resoluciones impugnadas o afectadas de nulidad podrá suspenderse por el juez hasta que se dicte sentencia de nulidad o de impugnación, según sea el caso, siempre que los actores dieren fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad por la inejecución de dichas resoluciones, en caso de que la sentencia declare infundada la oposición o improcedente la acción de nulidad.

ART. 203.-La sentencia que se dicte con motivo de la oposición o de la nulidad, surtirá efectos respecto de todos los socios, los acreedores y aún los órganos de la sociedad, en su caso.

La nulidad de los acuerdos opera de pleno derecho, pero es necesario obtener la declaración de nulidad para desaparecer la apariencia de legalidad del acuerdo, teniendo dicha sentencia efectos declarativos.

La sentencia de impugnación tiene efectos constitutivos o extintivos de derechos respecto del socio afectado.

ART. 204.- Todas las oposiciones contra una misma resolución deberán decidirse en una sola sentencia, lo mismo ocurrirá para el caso de que se interpongan varias acciones de nulidad contra una misma resolución.

ART.205.-Derogado.

3.3. Resumen.

Uno de los efectos del contrato de sociedad es establecer derechos y obligaciones entre los socios y entre los socios y la sociedad; dichos derechos se contienen en los estatutos y en las normas que son modificables por los socios previstas en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que, para la procedencia de la oposición, es necesario que la demanda se presente dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea y por accionistas que representen el 33% del capital social; dicha oposición trae como consecuencia que el juez pueda suspender la ejecución de las resoluciones impugnadas siempre que los actores dieren fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la

sociedad por la inexecución de dichas resoluciones, en caso de que la sentencia declare infundada la oposición.

Los acuerdos de las asambleas son actos jurídicos complejos de carácter unilateral y por lo tanto, no quedan sujetos a las reglas del Derecho Civil sobre nulidad e inexistencia, ya que la Teoría de las nulidades de los actos jurídicos no se aplica, sino con restricciones, a las asambleas.

La Ley General de Sociedades Mercantiles no regula la acción de nulidad de los acuerdos de la asamblea y sólo establece que los accionistas que posean el 33% del capital social, tienen la acción de oposición, mediante la cual, pueden obtener la suspensión provisional de los acuerdos impugnados.

Es necesario que la Ley General de Sociedades Mercantiles regule la acción de nulidad de los acuerdos de la asamblea y no deje al Derecho Civil su regulación, porque ello significaría absurdos tales como considerar que cualquier accionista que represente menos del 33% del capital social, no tiene posibilidad alguna de atacar los acuerdos tomados con manifiesta violación de sus derechos. El acuerdo impugnado no puede ser nulo a la luz de los principios del Derecho Civil, pero al mismo tiempo, el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles no regula las diferentes hipótesis de nulidad e impugnación, pues se limita a regular una acción de impugnación lisa y llana y deja al margen la acción de nulidad.

En consecuencia, deben distinguirse los acuerdos nulos de los acuerdos impugnables y en opinión del autor de este trabajo, es oportuno legitimar al socio individualmente considerado para ejercitar ambas acciones, ya que no existe razón alguna para restringir estos derechos solamente al 33% del capital social, al contrario, dejar ese porcentaje tan elevado, los convierte en derechos de minoría corporativos al condicionar la legitimación del ejercicio de las acciones de nulidad e impugnación a un porcentaje determinado, se vuelve mas peligroso para la sociedad que el riesgo de soportar impugnaciones infundadas.

El problema debe ser considerado en una reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles en los términos expuestos en el apartado 3.2.1.

No obstante ello, todavía surge un problema interno en la sociedad anónima, que se presenta en el marco de las relaciones de los integrantes de la misma y que es la

cuestión de la protección de las minorías en el ejercicio de los derechos que consagra la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En el siguiente capítulo abordaré el problema minoritario y lo confrontaré con el principio mayoritario, explicaré que existe un desequilibrio entre mayorías y minorías, ya que existe, por un lado, la tutela de las minorías en la Ley General de Sociedades Mercantiles y por otro, la aplicación del principio mayoritario que trae consigo el efecto de que algunos sujetos puedan vincular la voluntad de otros en contra del consentimiento de éstos últimos y que el problema minoritario aparece ligado directamente a la producción de ese efecto, como situación opuesta al de mayoría de socios reunidos en asamblea de accionistas.

Analizaré cada uno de los derechos minoritarios que consagra la Ley General de Sociedades Mercantiles, advirtiéndole que en algunos casos es conveniente disminuir las cuotas legales, expresadas en porcentajes del capital social, para el ejercicio de esos derechos, proponiendo una reforma a la ley en mención.

CAPITULO CUARTO

EL ACCIONISTA MINORITARIO Y LA SOCIEDAD ANONIMA

4.1. El problema minoritario.

La Sociedad Anónima, es el instrumento eficaz para participar en la economía actual y hacer posible el manejo de la empresa, que de no ser por la figura de las sociedades mercantiles, resultaría muy arriesgado emprenderla y más aún, participar activamente en la economía de capitales privados, en la que la mayoría de las grandes empresas revisten la forma de las sociedades anónimas. Por ello, es necesario que nuestra legislación lleve la justicia a las relaciones internas de los integrantes de la Sociedad Anónima, para procurar, de esa manera, que prospere y con ello favorezca la expansión de toda la economía.

El problema que aquí abordo, sin embargo, no es el de la posición que guarda la Sociedad Anónima dentro del ámbito económico, sino de un problema interno de ella misma, de indudable y evidente trascendencia, pero que se presenta en el marco de las relaciones de los integrantes de las sociedades anónimas entre sí y que es la cuestión de la protección de las minorías dentro de las mismas.

Cuando se habla de minorías, no necesariamente se está hablando de quienes numéricamente son los menos, ni tampoco de quienes poseen menor cantidad de acciones, ya que tal como lo afirma el autor Gregorini Clusellas: "a nuestro entender con la expresión minoría, estamos haciendo referencia a una relación cuantitativa de poder que nada tiene que ver con la cantidad de personas y que puede o no estar unida a la circunstancia de la tenencia de un mayor número de acciones."⁶⁵

Nuestro ordenamiento jurídico establece en favor de los accionistas ciertos derechos⁶⁶ que merecen diversas clasificaciones según el punto de vista de cada autor. Estas clasificaciones siempre se vinculan con los derechos que el accionista posee de una manera intangible y que la mayoría no puede afectar por cuanto son el motivo por el

⁶⁵ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *La protección de las minorías en las sociedades anónimas*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, Pág. 11.

⁶⁶ Véase supra, apartado 3.1. sobre el catálogo de derechos que la ley concede a los accionistas.

cual el titular se ha incorporado a la sociedad y hacen la esencia de su condición de accionista. La ley concede a todos los accionistas los mismos derechos y los mismos medios para hacer valer esos derechos, lo que en principio nos lleva a la conclusión de que existe una igualdad entre los mismos, pero en el ejercicio de esos derechos surge una realidad totalmente distinta, y es que el derecho de las minorías nace cuando la mayoría ha abusado de su poder en razón de ese abuso y para contrarrestar los efectos del mismo.

Todos los socios, en principio, están en igualdad de condiciones y al proteger a las minorías no se les está otorgando derechos por su condición de tales, sino por el hecho de que son socios o grupos de socios privados de poder en relación con otros que tienen la mayoría y, por ende, el control y dirección de la sociedad. Lo que se busca es dar a esos socios en inferioridad de condiciones, medios legales o derechos cuyo ejercicio está condicionado al eventual mal uso de ese mayor poder por parte de quienes lo detentan y sólo en la medida necesaria para actuar contra ese abuso.

Sin embargo, no obstante que las minorías deben ser protegidas, también se debe considerar que los derechos que se les concede no son para invertir los papeles y dotar de mayor poder a los grupos minoritarios, pues como dice el citado autor Gregorini Clusellas: "tan perjudicial es dejar a la sociedad bajo el dominio incontrolado de una mayoría arbitraria como dar entrada a la acción perturbadora de una minoría irresponsable y temeraria integrada por quienes no tiene la responsabilidad de la gestión social y a menudo carecen de suficiente experiencia o competencia o conocimiento cabal de las cuestiones y que puede estar integrada por accidentales adquirentes de ayer de las acciones."⁶⁷

No debemos caer, entonces, en el error de proteger a las minorías frente a las mayorías otorgándoles facultades excesivas que podrían entorpecer la marcha de la sociedad, ya que se afectaría a los accionistas y a la sociedad y sus derechos, trabando o dificultando viciosamente la acción del grupo mayoritario sin beneficio alguno para ambos grupos. Resulta difícil, por consecuencia, precisar cuándo la voluntad de la minoría merece de la tutela de la ley para oponerse a la decisión de la mayoría y cuándo, por el contrario, no merece protección.

⁶⁷ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *La protección...* Op. Cit., Pág. 19.

La solución a este problema se reduce principalmente a tres premisas:

- A) Si el grupo mayoritario toma decisiones totalmente contrarias al interés de la sociedad y perjudica los derechos de la minoría, ésta merece protección.
- B) Si perjudica a la empresa y al accionista minoritario, la defensa de la primera debe ser preocupación fundamental de la ley y conlleva a la protección de la minoría.
- C) Si se perjudica a la minoría pero acorde al interés de la sociedad, los intereses del accionista minoritario no pueden ser considerados legítimos ni dignos de protección, y surge así una manera de proteger el interés societario.⁶⁸

Como quiera que sea, el problema de la tutela de la minoría siempre se planteará como consecuencia de la vigencia del *principio mayoritario* dentro de la Sociedad Anónima y en atención a los medios que la ley prevé para proteger a quien resulta disidente del parecer de aquellos accionistas que están legitimados para decidir por el hecho de ser más y en consecuencia tener más poder.

4.2. El principio mayoritario.

Las asambleas de accionistas se rigen siempre de acuerdo con el *principio mayoritario*, el cual, al igual que el concepto de minoría, no necesariamente implica mayor número de socios, sino en realidad representa mayor cantidad del capital social representado.

Conforme al *principio mayoritario*, "la voluntad social es la de la mayoría, 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 no concurrieron a la asamblea."⁶⁹

Este principio está regulado en la Ley en el artículo 200, del que he hecho una crítica y he propuesto se reforme en los términos que comenté en el apartado 3.2.1., ya que en las sociedades los acuerdos y las resoluciones que no son unánimes, se adoptan por mayoría de votos, y legalmente todos los socios quedan vinculados por la decisión

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Asambleas, Fusión...* Op. Cit. Pág. 34.

de la mayoría, así lo establece el mencionado artículo al disponer que "las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta ley."

"Se requiere que las resoluciones sean adoptadas legalmente por las asambleas, lo cual, a su vez, exige que en ellas esté presente y vote una mayoría. Se habla en estos casos, de *quórum de asistencia* y *quórum de votación*. Aquél, es la mayoría de acciones necesarias para que una asamblea pueda constituirse y pase a deliberar; éste, se refiere al número mínimo de ellos que debe votar para que la resolución sea válida. En ambos casos, pues, la mayoría se refiere a acciones representativas del capital social de la SA; no a la presencia o al voto personal del socio (como sucede en las sociedades personales.)"⁷⁰

4.3. Desequilibrio entre mayorías y minorías.

Un aspecto particularmente relevante de la cuestión, está constituido por el desequilibrio entre mayorías y minorías; por un lado parece necesario proteger los intereses de la sociedad, respetando el principio mayoritario como consecuencia de la naturaleza contractual de la sociedad y considerando que es, por excelencia, la forma en que se toman las decisiones en las asambleas de las sociedades anónimas y en general en cualquier órgano colegiado, pero por otro lado, el legislador debe establecer una institución capaz de procurar el desarrollo de la actividad de la empresa, sin que intereses excesivamente particulares u obstruccionistas de algunos socios puedan producir la paralización de la vida social, ya que debemos considerar que una excesiva tutela de las minorías puede invertir los papeles y hacer imposible la funcionalidad misma de la sociedad.

En principio, como he dicho, corresponde a la mayoría la determinación de la voluntad de la sociedad en el escenario natural en que dicha voluntad se manifieste, pero la discrecionalidad de la asamblea no es absoluta, ya que no debe traspasar los límites

⁷⁰ BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones...* Op. Cit. Pág. 541; Véase además supra apartado 2.5. todo lo relativo al quórum.

que fijan su competencia y que están determinados por los propios estatutos y por las disposiciones legales.

Existe, sin embargo, la tutela de la minoría en oposición a la mayoría como una forma de proteger el interés de la sociedad y es cuando surge el desequilibrio entre estos grupos, pero ambos grupos, a pesar de ser contrapuestos, deben formar la voluntad social.

"Mayoría y minoría contribuyen a la formación de una sola voluntad jurídica y normalmente no puede admitirse la formación de entidades o titulares de derechos en pugna dentro de la sociedad, lo cual sería lógicamente contrario a los intereses de la misma. Mayoría y minoría no son tampoco grupos determinados en cuanto a su integración, pues ella está dada por una situación pasajera como es el control de la sociedad, y quien hoy integra la mayoría puede que mañana no lo haga y viceversa."⁷¹

Estas observaciones que he hecho, me permiten distinguir que el tema de la tutela de la minoría es muy amplio, pero al mismo tiempo, tal amplitud plantea la necesidad de encuadrarlo rigurosamente en la sistemática de la sociedad anónima, sin contradecir los principios básicos de la misma, sin convertir al derecho societario en un *derecho del socio minoritario* y evitando que todo se vea en función de la minoría, pues debemos de tomar en cuenta, que el poder de la mayoría expresado en forma regular, es un poder legítimo y que el principio mayoritario provoca resultados que deben ser respetados y acatados por todos los socios.

El problema minoritario guarda estrecha relación con este desequilibrio entre mayorías y minorías, tal como lo he señalado, con todos los problemas que encuadra el derecho societario y precisamente la vinculación con ellos está dedicado el desarrollo de este capítulo, para establecer si los derechos que corresponden a las minorías, es decir, aquellas cuya participación en el capital alcance una determinada cuota, cumplen con la función de proteger a la minoría en la sociedad anónima sin descuidar el interés societario.

La aplicación del principio mayoritario en las asambleas de accionistas trae consigo diversos efectos, entre los que se encuentra el que algunos sujetos puedan vincular la voluntad de otros en contra del consentimiento de esos últimos. El problema

⁷¹ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *La protección de las Minorías...* Op. Cit., Pág.18.

minoritario aparece ligado directamente a la producción de ese efecto, como situación opuesta al de mayoría de socios reunidos en asamblea de accionistas.

El legislador, a la hora de regular este problema, parece haberse limitado exclusivamente al principio mayoritario, porque las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Ante tal supuesto, el medio de protección de las minorías será el de impugnación de los acuerdos sociales y la nulidad de los mismos, cuando no han sido adoptados de acuerdo con la ley o los estatutos o, específicamente, cuando beneficien a uno o varios socios o terceros en perjuicio del interés societario.⁷² Esta situación marca el desequilibrio entre mayorías y minorías pero no es la única que lo determina como veremos a continuación.

4.4. La tutela del derecho de las minorías en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Para tratar el tema de la tutela de las minorías, es importante tener presente un concepto en torno al cual gira el tratamiento legal del derecho de las minorías y que es el interés societario, el cual no puede ser dañado por las decisiones de los accionistas, ya que se trata de un concepto que está directamente ligado al requisito del fin común, esencial al concepto mismo de sociedad,⁷³ toda vez que la concesión de facultades a las minorías, puede explicarse por la relación que se establece entre su actuación y el interés de la colectividad en que deben inspirarse las decisiones sociales.⁷⁴

Bajo esta idea, es como analizaré los medios propuestos por el legislador para tutelar a la minoría, pues la función de proteger a ésta es innegable y parece razonable que las normas relativas a las relaciones internas de la sociedad estén siempre sujetas a la consecución del fin común, sin dejar que surjan conflictos de otra índole que sólo provocarían un reflejo en la legislación.

⁷² Véase supra. Apartado 3.2. sobre la nulidad e impugnación de los acuerdos de la asamblea en el que se ha propuesto una reforma integral a la Ley General de Sociedades Mercantiles en los artículos que regulan el derecho de oposición.

⁷³ Sobre este punto insistiré más adelante, véase infra. Apartado 5.1.

⁷⁴ Cfr. JUSTE MENCIA, Javier. *Los Derechos de minoría...* Op. Cit. Pág. 50.

La manera en que la Ley General de Sociedades Mercantiles tutela al grupo minoritario frente a la mayoría, es a través de normas imperativas que regulan directamente las relaciones internas de la sociedad y, más concretamente, al proceso de formación de la voluntad social, sin que ello provoque, como he dicho, que el Derecho societario se vuelva un derecho de las minorías y se les dé una protección excesiva, porque no cabe duda que la ley establece normas que disciplinan la formación de la voluntad social a través de reglas que deben ser observadas como son, la manera de convocar a asamblea, el derecho de suspenderla, el derecho de tener representación en los órganos de administración y vigilancia y de exigir responsabilidad de los mismos, etc., que tienen una función protectora del socio y, en esa medida, constituyen auténticos medios de tutela de la minoría, aunque la finalidad de éstas normas sea la de disciplinar una adecuada y eficaz forma de deliberación. En efecto, la sujeción de las mayorías a tales formalidades implica un deber de respeto a la voluntad de los socios eventualmente disidentes o inconformes con la decisión mayoritaria.

La Ley General de Sociedades Mercantiles tutela a las minorías concediéndoles facultades o derechos al socio o socios que alcancen una determinada participación en el capital social adoptando un factor meramente numérico. "Se confía un poder a la minoría, sin que su ejercicio dependa de otra circunstancia que no sea la posesión misma del suficiente número de acciones que alcance la cuota requerida por la ley, y sin necesidad de probar la adecuación del actuar minoritario al interés social."⁷⁵

Parece que el legislador no consideró otra institución en favor de las minorías que los derechos de minoría cualificada, es decir, aquellos que alcancen un determinado porcentaje del capital social, dejando de lado otros aspectos de singular importancia, tales como el abuso de poder y la protección del interés societario.

En efecto, la ley ha concedido a determinadas minorías derechos que se consideran de carácter imperativo, irrenunciable e irrevocable y que son siempre, atendiendo a un determinado porcentaje del capital social. Estos derechos son:

1º El de nombrar un administrador cuando son tres o más, derecho atribuido a los accionistas que representan un 25% del capital social.

2º El de nombrar un comisario, en las mismas condiciones que el caso anterior.

⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 70.

3° El de pedir la convocatoria de la asamblea para tratar de los puntos que determinen.

4° El de ejercer la acción de responsabilidad civil contra los administradores.

5° El de pedir el aplazamiento de las decisiones sociales.

6° El de impugnar los acuerdos sociales y,

7° El de pedir que se suspenda la ejecución de los acuerdos impugnados.

Los derechos indicados en los casos 3° a 6°, corresponden a minorías que representen el 33% del capital social. Estas minorías del 25% y 33%, respectivamente, pueden ser rebajadas estatutariamente, pero en ningún caso ni circunstancia pueden ser aumentadas.

En lo que se refiere a éstos derechos minoritarios, debe reconocerse que son muchas las razones que justifican la conveniencia de protegerlos frente a la voluntad mayoritaria, de tal modo que ésta no pueda atentar contra los derechos substanciales de aquellos grupos. Sin embargo, es preciso reconocer que los derechos deben ser de naturaleza excepcional y que conviene que la mayoría, expresión normal de los intereses sociales más extensos, tenga amplia capacidad de decisión.

4.4.1. Derecho de exigir la formulación de convocatoria. Propuesta de reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Sobre el tema de la convocatoria ya me he referido en apartados anteriores, en los que he dicho que es el primer requisito para que la reunión de los accionistas sea válida,⁷⁶ siendo un elemento esencial para la existencia de la asamblea, salvo en el caso de la asamblea totalitaria.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, en forma muy clara establece en el artículo 188 que toda resolución de la asamblea será nula, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones, cuando no se cumplan los requisitos que señalan los artículos 186 y 187, los cuales prescriben la forma en que deberá hacerse la convocatoria para las asambleas generales, reconociendo de esta

⁷⁶ Véase supra. Apartado 2.3.

manera, que la convocatoria es un requisito esencial para que una deliberación sea válida.

En principio, la facultad de convocar a toda clase de asambleas, sean generales o especiales, ordinarias o extraordinarias, corresponde al administrador único o, en su caso, al consejo de administración, los cuales podrán formular convocatoria cuando lo estimen conveniente, según lo dispuesto por el artículo 183. No obstante, los comisarios también tienen la facultad legal de convocar a asambleas si así lo juzgan conveniente, así lo establece el artículo 166, fracción VI.

Tanto los administradores como los comisarios pueden hacer la convocatoria *motu proprio*, como quedó dicho, o bien a instancia de uno o varios accionistas o porque las circunstancias y la ley así lo exijan.

Los accionistas en ningún caso tienen derecho a convocar a asamblea, pero sí a pedir por escrito a los administradores, al comisario o a la autoridad judicial que hagan la convocatoria.

El derecho de pedir que se convoque a asamblea podrá ser ejercitado por el titular de una sola acción:

- A) Cuando no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios sociales consecutivos, o
- B) Cuando las asambleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores o de nombrar administradores y comisarios o de determinar los emolumentos de éstos.

En cualquier otro caso se requerirá que la solicitud de convocatoria sea hecha por accionistas que representen por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social.

Presentado el pedido de convocatoria por los accionistas, los administradores y comisarios deberán llamar a asamblea dentro de un término de quince días desde que hayan recibido la solicitud y, si no lo hicieren dentro del mismo, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad.

En el supuesto de que la solicitud fuere hecha por el titular de una sola acción, el juez correrá traslado de la petición al administrador o consejo de administración y a los comisarios, para que el punto se decida siguiéndose la tramitación prevista en los artículos 1349 a 1385 del Código de Comercio, que establecen la regulación de los

incidentes de los juicios mercantiles. Si los administradores o comisarios no pudieren probar sus defensas o excepciones el juez hará la convocatoria.

Obsérvese que cuando la solicitud de convocatoria es presentada por accionistas que representan el 33% del capital social, el incidente no tiene que substanciar, a este respecto el maestro Manuel García Rendón opina:

"La razón por la cual la solicitud del titular de una sola acción debe decidirse siguiendo el procedimiento incidental es obvia: se trata de evitar que los accionistas que representan un escaso interés en la sociedad abusen del derecho que les confiere la ley. Esta situación no se produce, por supuesto, cuando un solo accionista es titular de treinta y tres por ciento de las acciones en que se divida el capital social, pues en este caso el juez deberá hacer la convocatoria sin substanciar el incidente."⁷⁷

Debe advertirse que, si la acción judicial para solicitar la convocatoria a asamblea fuere hecha por accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, éstos deberán exhibir ante el juez los títulos de las acciones y que en el otro caso, o sea, cuando la solicitud la hiciera el titular de una sola acción, éste deberá depositar el título de su acción ante notario o en una institución de crédito que expedirán el certificado correspondiente para ser acompañado a la demanda, bien entendido que las acciones depositadas no se devolverán hasta la conclusión del procedimiento. Este problema ya lo he analizado en el apartado 3.2.1. en donde propuse se derogara el artículo 205 por considerarlo inoperante o encontrarse en desuso.

Los otros casos en los cuales los administradores están obligados a convocar a asamblea, son:

- A) Cuando se trate de la asamblea general ordinaria anual, la cual debe celebrarse por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social, y
- B) Cuando por cualquier causa faltaren la totalidad de los comisarios.

Por su parte, los comisarios están obligados a convocar a asamblea:

- A) En caso de omisión de los administradores, y

⁷⁷ GARCÍA RENDÓN, Manuel. *Sociedades Mercantiles*. Op. Cit. Pág. 362.

- B) En los casos en que la falta de los administradores, por cualquier causa, impida que los restantes desempeñen la administración por no reunirse el quórum legal estatutario.

Esta es la manera en que la Ley General de Sociedades Mercantiles regula los derechos de los órganos de la sociedad y de los accionistas para formular convocatoria a asamblea general o pedir que ésta se formule.

Insisto en que, en el Derecho mexicano, a los accionistas se les confiere únicamente el derecho de solicitar que se convoque a asamblea y no el de convocar ellos mismos, lo que considero una omisión grave por parte del legislador, problema que trataré de resolver a través de una propuesta para reformar la ley y permitir que los accionistas, bajo determinadas condiciones, puedan pedir directamente a la autoridad judicial la formulación de convocatoria a asamblea. No se trata de un supuesto en el que el socio, individualmente o agrupado con otros, reaccione contra un acto lesivo de la mayoría, sino de un modo de contribuir a la voluntad social.

El requisito de la posesión de un cierto número de acciones responde a un aspecto meramente histórico y de gran tradición, ya que se piensa que el derecho de pedir se convoque a asamblea por parte de los accionistas, acreditando la titularidad de cierto porcentaje del capital social, confiere el carácter de mínima seriedad a la solicitud, reduciendo el peligro de abusos que tendría lugar en caso de atribuir el derecho al socio individual. "En efecto, la solicitud de convocatoria por parte de una minoría cualificada aparece ya en la mayoría de los textos legislativos desde el siglo XIX, con una estructura normativa bastante similar a la que encontramos actualmente..."⁷⁸

En mi opinión, esto sólo es un atavismo, porque en nada afecta a la sociedad que los accionistas que representen un menor porcentaje del capital social puedan solicitar directamente a la autoridad judicial la formulación de la convocatoria. Negar éste derecho al titular de un menor porcentaje del capital social no reduce el peligro de soportar abusos o de quitarle seriedad a la solicitud, pues tan serio es que se legitime al 33% del capital social como al 5% o más aún, al accionista individualmente considerado.

⁷⁸ JUSTE MENCIA, Javier. *Las Derechos de Minoría...* Op. Cit., Pág. 209.

La seriedad o garantía de no presentar solicitudes de convocatorias infundadas no radica en la tenencia de un número determinado de acciones, sino en el interés que se persigue, interés que por supuesto no debe ser personal o egoísta, sino estrictamente en beneficio de la sociedad, para darle mayor flexibilidad a sus órganos y eliminar obstáculos o formalismos inútiles como el depósito de acciones ante notario o en una institución de crédito para acompañar el certificado correspondiente a la demanda de convocatoria.

El derecho de convocar a asamblea obedece a la estructura tradicional de la sociedad anónima, en donde es característico el poder supremo de la Asamblea General de Accionistas y el órgano de administración se configura como un simple mandatario del órgano de deliberación, considerándose que las minorías se configuran hasta la hora de votar y decidir, sin embargo, la solicitud de convocatoria viene a probar la existencia de minorías de capital, tenidas en cuenta por el legislador, antes de la celebración de la Asamblea, contradiciendo un concepto más restringido de minoría, como conjunto de socios disidentes del acuerdo mayoritario, imposible de integrarse, siguiendo éste último concepto, antes de la reunión.

La Ley establece dos requisitos básicos para el ejercicio del derecho de solicitud, que son desde el punto de vista del socio o socios legitimados para ello y desde el punto de vista de los asuntos a tratar en la asamblea cuya convocatoria se está solicitando. Por lo que se refiere al primer requisito, la ley exige la titularidad de al menos el 33% del capital social para convocar a cualquier tipo de asamblea y la titularidad de una sola acción para convocar a asamblea general ordinaria anual, sólo en determinados casos. En cuanto al segundo requisito, los asuntos a tratar en la asamblea solicitada varían según lo pida el 33% del capital social o el titular de una sola acción, porque en el primer caso los temas pueden ser competencia de asamblea ordinaria o extraordinaria, ya que se puede tratar cualquier asunto que indiquen en su petición y en el segundo caso, el titular de una sola acción sólo puede solicitar la convocatoria para tratar asuntos propios de la asamblea general ordinaria anual de accionistas, que son los enumerados en el artículo 181 de la ley.

He dicho ya, que la exigencia de la posesión de un determinado número de acciones que represente una cuota del capital social tiene una indudable función de

garantía de seriedad de la solicitud, que permite evitar acciones tendientes a entorpecer la marcha de la sociedad, sin embargo, es dudoso que tal exigencia constituya el remedio más eficaz para evitar daños al interés de la sociedad, dada la cuota del capital requerida y la ausencia de una regulación eficaz de los asuntos a tratar en la asamblea solicitada.

En este apartado, trataré de estudiar el derecho de solicitud de convocatoria a asamblea general de accionistas, comentando la eficacia que podría tener la reducción del quórum y propondré una reforma a la ley.

En primer lugar, debo mencionar que la ley omite la expresión "capital suscrito y pagado" aunque se ha dicho por muchos autores que el espíritu de la ley siempre ha sido ese, sin embargo no se menciona de manera específica. En segundo lugar, debe notarse que reunir el 33% del capital social resulta difícil si nos referimos a empresas de gran magnitud, lo cual resulta un obstáculo para la funcionalidad del derecho en tales sociedades, cuyas acciones se encuentran distribuidas entre el gran público inversionista.

No cabe duda que el derecho de exigir la formulación de convocatoria es eficaz en tratándose de sociedades cuyo número de accionistas no es elevado y en este punto radica uno de los principales problemas a tratar, ya que el derecho de convocatoria encuentra su campo de aplicación en sociedades pequeñas o cerradas, en las que no se reflejan claramente los principios corporativos de la gran anónima.

De este modo, la exigencia de una cuota fija de capital trae consigo dos consecuencias: la citada dificultad de ejercicio en las sociedades abiertas, por una parte y la necesidad de adecuar, por otra, la interpretación del precepto a los fines y estructura de la sociedad cerrada.

Una cláusula estatutaria que reduzca el porcentaje exigido por la ley, debe considerarse ilícita por ser contraria a la norma imperativa, por lo tanto, no puede considerarse una solución al problema; además no sólo es el porcentaje el que agrava las condiciones de ejercicio del derecho, sino otras exigencias como la necesidad de depositar los títulos de las acciones ante notario o en una institución de crédito. En este sentido, para que nazca la obligación de convocar a asamblea, sólo debería ser necesario probar la titularidad de las acciones ante el órgano de administración o autoridad judicial sin necesidad de depósito alguno de acciones.

La intervención del notario debería ser para efectos de determinar cuándo nace la obligación de convocar a asamblea si ésta no se hace en los términos que establece la ley, es decir, para efectos de solicitar, a través de una diligencia extrajudicial (notificación o fe de hechos), al órgano de administración la formulación de la convocatoria a efecto de que empiece a correr el plazo, no de quince días, sino de un mes, para convocar a asamblea y en caso de no hacerlo, la convocatoria la hará el juez a solicitud de cualquier accionista, no del 33% del capital social.

Otro aspecto importante es la convocatoria que se formula ante la autoridad judicial, la cual tiene en nuestro ordenamiento, carácter subsidiario, ya que solamente se puede hacer la solicitud de convocatoria ante el juez competente si el órgano de administración o el de vigilancia se rehusaren a hacer la convocatoria o no la hicieron dentro del término de quince días desde que hayan recibido la solicitud.

El primer requisito que yo propongo para el ejercicio del derecho de solicitud de convocatoria, es la indicación de los asuntos a tratar en la asamblea, es decir, correr traslado a los administradores y/o comisarios, de una propuesta de orden del día, de tal manera que los socios deberán expresar en la solicitud los asuntos a tratar en la asamblea, con la posibilidad de que los administradores y/o los comisarios, puedan integrar libremente la propuesta de la minoría con nuevos asuntos a tratar, toda vez que el derecho minoritario no incluye la facultad de convocar una asamblea que adopte acuerdos exclusivamente sobre los temas indicados por la minoría, sino de coadyuvar a los intereses de la sociedad para su mejor desempeño.

Por otra parte, resulta necesario que la solicitud de convocatoria se realice a través de requerimiento notarial, siendo éste un requisito de forma, indispensable para computar el plazo a partir del cual, si no se convoca por el administrador o los comisarios, se pueda llevar a cabo la convocatoria judicial, ya que una solicitud no documentada mediante la interpelación extrajudicial ante notario, provocaría la ausencia de una obligación en cuanto al tiempo en que la convocatoria debe ser realizada, aun cuando estuviese presente el deber de los administradores para convocar, no quedaría claro en qué momento dejan de atender sus obligaciones los administradores y hasta cuando estaría justificado el recurso de la convocatoria judicial. Por tal razón, debe considerarse que el formular la solicitud de convocatoria a través de una interpelación

ante notario, es un auténtico requisito de forma, necesario para evitar que los administradores o los comisarios no den curso a la solicitud.

Se observa, consecuentemente, que los derechos de minoría se interpretan en la ley, como aquellos para cuyo ejercicio se atiende a una razón meramente cuantitativa, es decir, la reunión del número suficiente de acciones agrupadas, en este caso, el 33% del capital social.

Estas facultades que concede la ley a las minorías miran siempre a la consecución del interés social, que en ocasiones puede verse dañado por un ejercicio irresponsable o perjudicial por parte de los accionistas. Reunir el 33% del capital social, he dicho ya, resulta difícil, y aun más si se trata de sociedades de gran magnitud, por ello propongo se reduzca la cuota exigida por la ley al 5%. Pueden darse razones válidas para que dicho porcentaje se aumente o se disminuya, lo cierto es que reduciendo el porcentaje al cinco por ciento permitimos un mejor desempeño de la sociedad y las minorías tendrán que ejercer su derecho con mayor responsabilidad, respetando, sin duda, las reglas que habrán de establecerse para que dicho ejercicio realmente sea responsable.

En mi propuesta, la solicitud de convocatoria deberá ser instada por accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, pero deberán expresar los asuntos a tratar mediante requerimiento notarial, acompañando a la solicitud un proyecto de *orden del día*. Además, la resolución del juez que convoca a la Asamblea de manera subsidiaria sólo tendrá lugar cuando los administradores y/o los comisarios no provean sobre el caso, es decir, cuando no decidan sobre la solicitud o no motiven suficientemente el sentido de su negativa a darle curso dentro de un plazo determinado.

El órgano de administración tendrá derecho de rechazar la solicitud de convocatoria instada por la minoría en determinados casos, sin perjuicio de que ésta pueda volver a formular la solicitud; lo anterior para resguardar un principio fundamental en materia societaria y que es el "principio de autonomía de los administradores", porque no puede dejarse a la sociedad en manos de minorías obstruccionistas cuyo propósito no es más que dañar los intereses de la misma. Tales supuestos que podrían habilitar a los administradores para denegar la solicitud de convocatoria y que en consecuencia pueden dañar a la sociedad, son los siguientes:

- A) Solicitudes que pretendan la deliberación sobre objetos ilícitos o imposibles, y;
- B) Cuando la solicitud proponga la deliberación de asuntos recientemente tratados y rechazados por una asamblea de accionistas anterior.

Con estos supuestos trato de comprobar que existe la necesidad de un control por parte del órgano de administración del contenido del orden del día que formule en su propuesta la minoría que represente el cinco por ciento del capital social, ya que de otro modo no se podría apreciar con claridad que pueden existir causas que motiven la negativa a realizar la convocatoria, sin con el consiguiente riesgo de incurrir en responsabilidad.

Ahora bien, si existe tal necesidad, también debe afirmarse que el control del que se habla debe tener ciertos límites, para evitar dejar sin contenido los derechos que la ley concede en este supuesto a las minorías y no caer en el grave error de convertir al órgano de administración en juez y parte al mismo tiempo.

En efecto, tomando en cuenta estos problemas, conviene señalar la naturaleza y límites del control que puede ser llevado a cabo por los administradores y para ello establezco los siguientes principios:

- A) Si se admite lo propuesto en este apartado, se puede deducir la insuficiencia de los artículos 184 y 185 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que si la actividad de los administradores se limita a verificar la constitución de la minoría requerida y la presencia de asuntos que indiquen en su petición, podría convocarse la asamblea para la discusión de asuntos ilícitos o perjudiciales para la sociedad.
- B) Si la verificación de los requisitos que señalan los artículos mencionado no basta, se debe concluir que el control de los administradores ha de extenderse hasta el examen del contenido de la solicitud, sin llegar a decisiones arbitrarias, con la finalidad de poder evitar los problemas antes mencionados.
- C) El órgano de administración no puede denegar la solicitud sobre la base de mera inconveniencia de celebrar la asamblea sino que debe ser por causas concretas y determinadas.

Otro aspecto de mi propuesta, es el plazo dentro del cual se debe convocar a asamblea una vez que la minoría ha pedido por escrito al administrador o consejo de administración la formulación de la convocatoria.

Nuestra ley establece un término máximo de quince días contado a partir de que el administrador, el consejo de administración o los comisarios hayan recibido la solicitud para que convoquen a asamblea, ya que si no lo hacen, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de quienes representen el 33% del capital social.

Conviene observar que dicho plazo se concede para que se produzca la convocatoria y no para la celebración de la asamblea, situación que, de admitirse mi propuesta, provocaría que estuviésemos en un problema severo, ya que estaríamos frente a un tiempo muy breve para que los administradores fundamenten su negativa a dar curso a la solicitud de convocatoria por las causas ya mencionadas. Esta circunstancia plantea dificultades, porque un plazo tan breve no permite desarrollar el control de los administradores que deben ejercer a la propuesta del orden del día y no daría tiempo de interponer adecuadamente el recurso de la convocatoria judicial, por ello considero que un mes es suficiente para que esto pueda ocurrir.

Como ya he señalado, la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé un mecanismo subsidiario de tutela externa del interés de la minoría, mediante recurso a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, legitimando directamente al juez, para realizar la convocatoria, llevando a cabo una obligación que los administradores y/o los comisarios han incumplido, esto es, la convocatoria de la asamblea.

Sin embargo, considero que no en todos los casos están obligados los administradores a realizar la convocatoria, sin que con ello se deje de cumplir con la obligación impuesta por la ley, con lo que se relativiza la obligación del juez de provocar la deliberación, ya que podría condenar a la sociedad a actuar en contra de su propio interés apreciado por los administradores; por ello los administradores están legitimados a rechazar la convocatoria solicitada por la minoría en casos concretos y determinados, ello sin perjuicio de que se pueda volver a solicitar la convocatoria, subsanando los puntos que se consideran ilícitos o ya discutidos en asamblea anterior.

Propongo que el presupuesto de la actuación del juez sea además de la no convocatoria, la no inclusión en el orden del día de los puntos a tratar redactados por los solicitantes en su proyecto, dentro del plazo legal de un mes, contado a partir de que los administradores reciban la solicitud. Con ello, se encarga la tutela del derecho de la minoría a una figura distinta y ajena a la estructura de la sociedad, sin dejarla únicamente en manos de los administradores, ni permitir un ejercicio abusivo y antisocial por parte de los socios. Al juez se le encomienda, entonces, la función de *filtro* de las decisiones de los administradores, y la protección de las minorías que no sea irrespetuosa del interés social.

Reducido el porcentaje para que la minoría pueda ejercer el derecho de solicitud de convocatoria y con una adecuada regulación de los asuntos a tratar en el orden del día, los artículos 185 y 205 de la Ley tendrían que ser derogados, dada la inoperatividad de los mismos.

Si se admite mi propuesta, la Ley General de Sociedades Mercantiles quedaría redactada de la siguiente manera:

ART. 184.- Los accionistas que representen el cinco por ciento del capital social suscrito y pagado como mínimo, podrán pedir por escrito y ante notario, en cualquier tiempo, al administrador, al consejo de administración o a los comisarios, la formulación de convocatoria a asamblea general de accionistas, para tratar los asuntos que se indiquen en el proyecto de orden del día que remitirán en unión de su solicitud.

El administrador, el consejo de administración y el o los comisarios, tendrán derecho de examinar el contenido de la orden del día, quienes podrán integrarla con nuevos asuntos a tratar en la asamblea que se convoque, siempre y cuando dicha modificación no sea maliciosa y sea acorde con los intereses de la sociedad. Asimismo, podrán rechazar la solicitud de convocatoria formulada por la minoría, sin perjuicio de que se puedan subsanar los vicios de la misma, por las siguientes causas:

I.- Cuando en la solicitud se pretenda la deliberación sobre objetos ilícitos o imposibles y,

II.- Cuando la solicitud proponga la deliberación de asuntos recientemente tratados y rechazados por una asamblea de accionistas anterior.

Si el administrador o consejo de administración o los comisarios no hicieron la convocatoria dentro del término de un mes contado a partir de que se haya recibido la solicitud, o no se incluyeren en el orden del día los puntos a tratar propuestos por la minoría, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de cualquier accionista, sin más requisito que el de acreditar su carácter de tal, exhibiendo al efecto el o los títulos de las acciones.

ART. 185.-Derogado.

ART. 205.-Derogado.

4.4.2. Derecho de exigir la suspensión de la asamblea y su reconvocación.

Nuestra ley establece que a solicitud de los accionistas que reúnan el treinta y tres por ciento de las acciones representadas en una asamblea, se aplazará para dentro de tres días y sin necesidad de una nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados. Este derecho no podrá ejercerse sino una sola vez para el mismo asunto.

No se trata de la celebración de asamblea realizada en segunda convocatoria, sino el de prórroga de la asamblea, pues como dice el maestro Oscar Vásquez del Mercado, "la reunión en segunda convocatoria presupone que la asamblea no se celebró en la primera ocasión mientras que la prórroga de las asambleas implica que la asamblea tuvo lugar".⁷⁹

La asamblea se suspenderá a pedimento de un determinado número de accionistas que representan una cuota del capital social que es del 33%; esto se debe a que no puede dejarse que una minoría mal intencionada se valga de esa facultad, para retardar una resolución, por ello el porcentaje mínimo de capital.

A diferencia de lo tratado en apartados anteriores no considero necesario que se reduzca la cuota del capital social, ya que previo a la celebración de la asamblea, los accionistas tuvieron toda la información necesaria para la discusión de los asuntos, aun más, es su deber informarse sobre los temas a deliberar, pues ya los conocían desde que se publicó el orden del día en la convocatoria. Caso distinto es el de la asamblea

⁷⁹ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Op. Cit., Pág. 72.

totalitaria en la que no se publicó la convocatoria, pues ésta se instaló sin contar con la información necesaria y el objeto que debe tratarse resultó no ser lo suficientemente claro y hay necesidad de un estudio más profundo o bien, cuando es claro, los accionistas no se consideran lo suficientemente enterados para resolver sobre él. Entonces, la asamblea puede suspenderse para continuar en fecha posterior sin necesidad de convocatoria.

El precepto sólo hace mención al aplazamiento de la votación, no a la suspensión de los temas a tratar en el orden del día, lo cual podría llevar a interpretaciones tales como creerse que una asamblea no puede suspenderse sin antes agotar la discusión de los puntos del orden del día. Ello no debe interpretarse así porque una asamblea puede suspenderse aun sin haber agotado la discusión de los puntos de la orden del día, pues puede suceder que los accionistas no tengan materialmente tiempo de hacerlo y se vean obligados a suspender válidamente la sesión para continuarla en otra fecha.

Una asamblea puede ser suspendida y prorrogada para una fecha posterior a fin de continuar la discusión de los mismos puntos que se señalaron en la orden del día para la primera asamblea, sin necesidad de una nueva convocatoria, pero no se podrán conocer puntos no contenidos en la orden del día de la primera asamblea.

No es obligatorio que a la asamblea prorrogada, asistan solamente los accionistas que concurrieron a la primera asamblea, pues no se puede negar el derecho de asistir a un accionista que no asistió a la primera asamblea, y aun más, es motivo para que pueda impugnarse la resolución de la asamblea en términos de la fracción V del artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual he propuesto se reforme en el apartado 3.2.1.⁸⁰

El citado artículo 199, establece el término de tres días, dentro del cual deben continuarse las discusiones por la asamblea cuando ésta ha sido suspendida y prorrogada. Este término opera en el caso de que sea un grupo de socios que represente el treinta y tres por ciento de las acciones en una asamblea, quien haga la solicitud de prórroga.

⁸⁰ El actual artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles sólo tiene tres fracciones, la fracción V que se cita corresponde a la propuesta de reforma a dicho artículo; véase supra. Pág. 70.

La ley no prevé el caso cuando no es la minoría quien solicita la prórroga de la asamblea, sino por el contrario, el grupo de socios que detenten la mayoría del capital social o que representen mayor porcentaje del mismo. En consecuencia, existe la posibilidad de que pueda fijarse un plazo mayor al de tres días que marca la ley.

Aun cuando pudiera pensarse que la ley no permite prorrogar la asamblea más allá del término señalado, porque la misma indica el mínimo respecto de las acciones representadas y por lo tanto queda implícito el número mayor, creo que si es posible que se dé esta hipótesis, ya que la facultad de suspender y determinar la prórroga de la asamblea corresponde al grupo mayoritario, el cual, en un cuerpo colegiado puede tomar el acuerdo como en cualquier otro punto que se ponga a su consideración.

No considero ilícita una disposición estatutaria que amplíe el término para reenviar la discusión de los temas en una asamblea, no así al contrario, para que se reduzca.

4.4.3. Derecho de tener representación en el órgano de administración y en el de vigilancia. El artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Necesidad de una adecuada regulación estatutaria.

Ahora me toca analizar el sistema de representación de las minorías en los órganos de administración y de vigilancia de las sociedades anónimas, que consagra nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles.

El artículo 144 establece:

"ART. 144.- Cuando los administradores sean tres o más, el contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación, pero en todo caso la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero. Este porcentaje será del diez por ciento, cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores."

El artículo antes transcrito plantea cuestiones que pueden ser de gran relevancia en las sociedades anónimas, grandes o pequeñas, con o sin acciones registradas en bolsa o con participación minoritaria extranjera, por ello parece evidente que la problemática

de este artículo resulte atractiva para un enfoque desde el punto de vista estatutario sin dejar de considerar que este tema presenta interés teórico y doctrinal, no sólo porque se vincula con la competencia de la asamblea para el nombramiento de los administradores y con el ya referido principio mayoritario,⁸¹ sino también porque involucra la determinación de la función que debe atribuirse a los derechos otorgados en este caso a las minorías, es decir, si se le da un enfoque meramente defensivo o de tutela, o bien se trata de un mecanismo de participación en la vida social.

En mi opinión, el segundo enfoque es el más correcto, por lo que en este apartado no voy a proponer reformar la Ley General de Sociedades Mercantiles, sino plantear la necesidad de que dentro del marco legal, se le dé a este tema, una adecuada regulación en los estatutos de las sociedades anónimas, comenzando por tratar el alcance del artículo 144, sus antecedentes nacionales y extranjeros y la amplitud y límites de la libertad estatutaria, procurando precisar su función específica.

La primera parte del artículo 144 establece como requisitos para su aplicación, la existencia de un consejo de administración integrado por tres o más consejeros y una minoría del veinticinco por ciento del capital suscrito. Pero además consagra al mismo tiempo dos regímenes, uno de carácter imperativo y otro convencional o dispositivo que da pauta para que el tema se regule en los estatutos.⁸²

El régimen imperativo consiste en el otorgamiento explícito, a una determinada minoría de capital, de un derecho a designar directamente cuando menos un consejero, derecho que, en estricto rigor, no requiere para su ejercicio de estipulación estatutaria alguna.⁸³ La sociedad está en consecuencia, obligada a aceptar y reconocer la designación de un consejero por parte de la minoría, siendo esta facultad insuprímible e inderogable.

Por su parte, el régimen dispositivo está contenido en la fórmula legal que declara que "el contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación", lo cual denota que por encima del derecho mínimo de nombrar a un consejero, los estatutos pueden incorporar y regular diversas modalidades de

⁸¹ Véase supra. Apartado 4.2.

⁸² Cf. SALINAS MARTÍNEZ, Arturo. "El nombramiento de consejeros por una minoría de accionistas", en *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, Tomo II, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM, México, 1989, Pág. 1261.

⁸³ Idem.

representación minoritaria, en cuanto se respeten ciertos principios generales y ciertas bases.⁸⁴

Para delimitar el alcance que quiso darle nuestro legislador al artículo 144 es necesario tomar en cuenta, en primer lugar, lo dicho en la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y en segundo lugar, los antecedentes de la legislación mexicana que pudieron haber influido en el sentir del legislador.

La exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, expresa lo siguiente:

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

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

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

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

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

Como antecedente en el derecho mexicano, el artículo 16 de la Ley de Instituciones de Crédito de 1932,⁸⁵ establecía que "en la escritura deberán estipularse las

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Diario Oficial de la Federación, 29 de junio de 1932.

bases para que... en la designación de los miembros del Consejo de Administración, tengan representación las minorías" y además establecía que "toda fracción mayor al 15% de las acciones representadas en la Asamblea, pueda nombrar un Consejero por lo menos". Al parecer esta ley es el texto mexicano más antiguo que confería derechos a las minorías para tener representación en el órgano de administración.

En cuanto a la posible vinculación de nuestro artículo 144 con legislaciones o proyectos extranjeros, debo mencionar que ni los códigos de comercio o leyes especiales de España, Francia o Italia, que normalmente servían de modelo a nuestros legisladores, regulaban una institución o mecanismo de nombramiento semejante, ni tampoco los proyectos de Vivante, de la Confederación General de la Industria Italiana o el Proyecto D' Amelio.⁸⁶

Tanto en la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, como en la Ley de Instituciones de Crédito de 1932 se reconocía el principio de la competencia exclusiva de la asamblea para nombrar administradores, durante el funcionamiento normal de la sociedad, sin excepción alguna.

En cuanto a derecho extranjero se refiere, el Código de las Obligaciones de Suiza de 1936 establecía en su artículo 708, párrafos 4º y 5º, lo siguiente:⁸⁷

"Si hay varios grupos de accionistas cuya situación jurídica es diferente, los estatutos asegurarán a cada uno de ellos la elección de un representante, cuando menos, en la administración. Asimismo, los grupos importantes tienen el derecho de estar representados en un comité constituido en el seno del consejo de administración.

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

El párrafo cuarto admite un régimen imperativo, mientras que el quinto establece el régimen convencional, similar a lo que establece nuestro artículo 144 y aunque hubo otros textos europeos que se referían a las minorías, en Europa, la doctrina, jurisprudencia, la práctica y la legislación suizas fueron pioneras en este campo.

Sin embargo, dicho ordenamiento no representa un modelo directo o inmediato del precepto formulado por nuestro legislador, aunque pudo servirle de fuente de

⁸⁶ Cf. SALINAS MARTINEZ, Arturo, Op. Cit. Pág. 1263.

⁸⁷ *Ibidem*, Pág., 1264.

inspiración, con lo que puedo afirmar el mérito de nuestros redactores de haber incorporado en el texto de la Ley, una disposición como el artículo 144, planteando excepciones al entonces inderogable principio mayoritario.

La redacción del artículo 144 impide que puedan existir dos minorías de capital, que sumadas alcanzarían el 50 %, por lo tanto la minoría del 25% es única, no habiendo pluralidad de minorías, ya que el propósito de otorgar, con carácter imperativo, el derecho de nombramiento a una minoría de capital del 25%, fue el de fijar una garantía mínima, no susceptible de ser reducida con porcentajes superiores a través de estipulaciones estatutarias, confirmándose lo anterior por la redacción de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando establece "pero en todo caso", con lo que nos da a entender que aunque haya una regulación estatutaria, no podrá restringirse el derecho que tienen las minorías.

Cuando se adicionó el artículo 144 en 1981, según publicación en el Diario Oficial de la Federación del 23 de enero de 1981, con la frase "Este porcentaje será del diez por ciento, cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores," se creyó que se incorporaba un concepto plural de minoría y que, en consecuencia, podrían existir varios grupos minoritarios con derechos cada uno de ellos para designar administrador. Sin embargo se ha sostenido por la doctrina que las minorías del 10% o del 25%, son únicas, no plurales.⁸⁸

En efecto, la formulación literal del segundo párrafo añadido al artículo 144 en 1981 no hace sino rebajar el porcentaje obligatorio, sin indicio alguno que revelara el propósito de pasar del sistema de la minoría única al de minoría plural, además, es razonable pensar que si se hubiese pretendido establecer la minoría plural, se hubiera redactado el artículo en otro sentido, amén de que en las grandes sociedades anónimas con acciones inscritas en una bolsa de valores, es difícil que existan minorías que lleguen a representar el 25% del capital suscrito, por el hecho mismo de la difusión de las acciones entre el público inversionista.

Me parece indudable que el dato del 25% y el número mínimo de un consejero, son susceptibles de modificación por los estatutos: el porcentaje puede reducirse y el número de administradores designados por la minoría puede aumentarse.

⁸⁸ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit. Págs. 573

El autor Walter Frisch Philipp sostiene en cuanto al número de consejeros designados por la minoría que solo podrá aumentarse estatutariamente, sin que pueda llegar al grado de favorecer a una minoría haciendo nugatorio el derecho de las mayorías,⁸⁹ con lo que nos da a entender que la autonomía estatutaria en este punto tiene un límite, ya que el número de consejeros nombrados por la minoría no podrá superar el número de consejeros nombrados por la mayoría en la Asamblea General. Sin embargo niega en forma explícita la posibilidad de que el porcentaje del 25% se reduzca en los estatutos.⁹⁰

Coincidiendo en parte con la postura de este autor, en el régimen dispositivo que consagra nuestro artículo 144, del cual ya he hablado, soy de la opinión de que la libertad estatutaria reconocida por nuestra ley tiene sus límites, en el sentido de que en nuestro derecho este sistema convencional no es totalmente abierto, ya que no cualquier cláusula estatutaria relativa al sistema de elección en general o al nombramiento de consejeros por la minoría, podría considerarse automáticamente válida porque atentaría un principio básico del derecho de sociedades que es que la Asamblea General, es el único órgano con competencia para designar administradores, salvo las excepciones legalmente reconocidas por la ley en cuanto al derecho de las minorías.

Nuestra ley no autoriza que se pacten otras formas o modos de elección de consejeros que vayan en contra del principio básico de que la mayoría del capital social tiene derecho a designar siempre a la mayoría de los administradores. La minoría de capital sólo podrá nombrar un número de consejeros que no afecte el principio mayoritario, es decir, el derecho de las minorías en ningún caso puede hacer nugatorio el principio mayoritario. El mencionado autor Frisch Philipp sostiene que los estatutos no pueden "favorecer a una minoría en tal grado que el derecho legal de la mayoría (Art. 181, frac, II, LGS), quede prácticamente suprimido."⁹¹

En la práctica estatutaria mexicana, la redacción de las cláusulas que se refieren al derecho minoritario de designar administrador, suele incurrir en fallas, principalmente porque en lugar de limitarse a regular el derecho de nombramiento por parte de la

⁸⁹ Cfr. FRISCH PHILIPP, Walter. Op. Cit. Pág. 380.

⁹⁰ Idem. Ver su posición negativa en la Pág. 380 al explicar que "los requisitos fijados en este artículo en cuanto a una minoría de por lo menos 25% o de 10% del capital social, respectivamente, y al número mínimo de tres administradores no son modificables por los estatutos."

⁹¹ Idem.

minoría, se pretende establecer un sistema diferente de elección de consejeros, rompiendo con ello, el marco que fija nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, además, en lugar de proceder a reglamentar la limitación de la competencia exclusiva de la asamblea respecto del nombramiento de consejeros, se llega a veces al extremo de eliminar dicha competencia, lo cual afecta la estructura misma de la sociedad anónima.

A continuación voy a analizar algunos supuestos que considero representativos de lo anteriormente dicho:

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

En este supuesto podría comentarse que la cláusula elimina la posibilidad de que la minoría haga su designación previamente a la votación, aunque debo aceptar que dicha cláusula es lícita en cuanto respecta los elementos básicos que constituyen el mínimo de protección a la minoría que consagra nuestra ley y que a los estatutos corresponde determinar no solamente los derechos reconocidos a la minoría, que pueden ser superiores a los legales, sino también la mecánica o el procedimiento que deba seguirse, dentro de ciertos límites.

Cabe mencionar, sin embargo, que este tipo de cláusula no se compagina muy bien ni con el espíritu del legislador, ni con el propósito de la norma, porque la ley confiere el derecho sin exigir la disidencia o una minoría vencida, además de que para ejercer el derecho habría que aparentar una oposición o una discrepancia que de hecho no existe, toda vez que el legislador no supone un espíritu de oposición o conflicto, sino que está otorgando un derecho con propósitos de participación y transparencia.

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

En este caso surge el problema de saber qué procedimiento debe seguirse, es decir, la designación por parte de la minoría, ¿deberá hacerse antes de la votación o después de concluida la elección?

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

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

3. Otros estatutos mencionan que todo accionista o grupo de accionistas que representen el 7% de las acciones en circulación tendrán derecho a designar uno de los consejeros propietarios y su respectivo suplente.

La aplicación literal de la cláusula llevaría a la elección de catorce consejeros, cada uno nombrado por un grupo de accionistas que representan un 7% del capital social, pero con este sistema de designación fraccionada, se hace a un lado la participación de la asamblea de accionistas como tal y la aplicación del principio mayoritario, que como ya vimos son esenciales en la estructura y regulación de nuestra Ley.

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

4. Un cuarto tipo de cláusula estatutaria lo representan aquellas que prescriben que el consejo de administración esté integrado por siete miembros y la serie I tenga derecho a nombrar dos consejeros y la serie II a otros dos consejeros, en la inteligencia que los tres miembros restantes serán elegidos conjuntamente por los accionistas de las series I y II, otorgando a los accionistas de cada serie, que representen el 25% del capital pagado, el derecho de designar a uno de los miembros del consejo que los accionistas

minoritarios de cada serie tienen derecho a nombrar y el otro consejero será elegido por la mayoría de votos de cada serie.

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

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

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

Finalmente, el artículo 171 establece que el artículo 144 es aplicable a los comisarios, por lo que todo lo dicho en este apartado también debe entenderse en relación con el órgano de vigilancia.

Con este ejemplo me propongo demostrar que el régimen dispositivo regulado por el artículo 144 debe tener una adecuada regulación en los estatutos, para no caer en fallas o errores y a la hora de que en el contrato social se establezcan "los derechos que corresponden a la minoría en la designación" se cumpla con el espíritu del legislador y con los principios básicos del derecho de sociedades, por ello, al momento de redactar una cláusula estatutaria que regule los derechos de las minorías en la designación de consejeros deberán considerarse las siguientes premisas, a manera de conclusiones:

- A) La Ley General de Sociedades Mercantiles consagra junto a un régimen imperativo el sistema dispositivo o convencional. El primero es inderogable y autoaplicativo.

- B) El régimen imperativo sólo opera cuando el consejo de administración está formado por tres o más consejeros y cuando la minoría represente el 25% o más del capital social total suscrito.
- C) El derecho minoritario representa una excepción a la competencia de la asamblea general y al principio mayoritario.
- D) La minoría puede estar integrada ya sea por uno o varios accionistas, por un grupo más o menos permanente y estructurado, o bien por una categoría de accionistas con derechos especiales.
- E) El derecho de nombramiento se ejercita en el marco de una asamblea general o especial, ya que la minoría debe estar presente o representada.
- F) Puede hacerse uso de él en forma directa, antes de la votación, o bien, manifestando previamente la discrepancia o disidencia.
- G) El texto del artículo 144, en su aspecto imperativo, no admite sino una minoría única.
- H) El régimen dispositivo o convencional del artículo 144 permite amplia flexibilidad estatutaria, pero tiene los límites que deriven de la competencia inalienable de la asamblea para designar a la mayoría de los administradores y del principio mayoritario.
- I) Que dicho régimen dispositivo debe encontrar una adecuada regulación en los estatutos para no incurrir en fallas que traigan como consecuencia la existencia de cláusulas estatutarias que no reflejen una comprensión clara de nuestro sistema y adolezcan en consecuencia de imprecisiones e ilegalidades.
- J) La función del derecho minoritario no es meramente defensiva de intereses parciales o egoístas, sino de participación, de información y de supervisión en vista del interés general de la sociedad.

4.4.4. Derecho de denuncia.

La Ley General de Sociedades Mercantiles ha tratado de fortalecer los derechos individuales de los accionistas, tras el riesgo de verse sometidos sin posibilidad de reaccionar rápida y fácilmente al poder de los administradores. Por ello, ha establecido

algunas garantías en favor de los accionistas y, particularmente en favor de los minoritarios, a través del establecimiento del régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad.

Si los administradores tienen las más amplias facultades para el desarrollo del objeto social, también es cierto que tienen una mayor posibilidad de causar daño, de administrar mal, de cometer errores que causen perjuicio no sólo a la sociedad, sino también a sus accionistas, a los terceros acreedores o, incluso, a los terceros no acreedores que ninguna relación contractual tienen con la sociedad de la que el administrador es responsable.

El artículo 157 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece: "*Los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen.*" Esto significa que el administrador único, los consejeros y los gerentes tienen la obligación de reparar los daños y perjuicios que causen a la sociedad como consecuencia de los actos dolosos, ilícitos y culposos que ejecuten en contra de la ley y del contrato social en el desempeño de sus funciones.

"Los administradores responden de sus actos, frente a la sociedad o frente a terceros, de forma individual o solidaria, ya sea en razón de su número o en razón de las funciones que desempeñen."⁹²

Por ser el consejo de administración, un órgano colegiado, cuyo funcionamiento supone el concurso de la voluntad de sus miembros para formar la llamada *voluntad social*, los consejeros responden en forma solidaria de sus deberes de buena gestión de los negocios sociales y de las demás obligaciones que la ley y los estatutos les imponen.⁹³

La responsabilidad de los administradores puede darse frente a la sociedad, frente a los acreedores de la misma y frente a los socios, ya sea solidaria o mancomunada, según determine la ley, por ello, el artículo 161 establece que la responsabilidad de los administradores solo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente. Ahora bien, dado que el artículo 182 no reserva esta facultad a la asamblea

⁹² GARCIA RENDON, Manuel, Op. Cit, Pág. 446.

⁹³ Cfr. Ibidem, Pág. 447.

extraordinaria, es lógico concluir que la responsabilidad debe denunciarse por la asamblea ordinaria de accionistas.

**4.4.4.1. Exigir responsabilidad de los administradores y comisarios.
Propuesta de reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles.**

Para el caso de que la asamblea ordinaria resuelva no ejercitar la acción de responsabilidad en contra de los administradores, el artículo 163 otorga a los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social el derecho de ejercitar directamente dicha acción, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

- a) Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes, y
- b) Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas respecto a que no haya lugar a proceder contra los administradores demandados.

En cualquier caso, los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibidos por la sociedad.

La Ley General de Sociedades Mercantiles contempla únicamente dos casos de exclusión de responsabilidad de los administradores, que son cuando están exentos de culpa, según el artículo 159 y cuando denuncian las irregularidades en que hubieren incurrido los administradores que los precedieron (Art. 160.)

Para que la exclusión de responsabilidad sea procedente se requiere, en el primer caso, que los administradores manifiesten su inconformidad en el momento de la deliberación y resolución del acto de que se trate y, en el segundo caso, que denuncien a los comisarios las irregularidades de los que los precedieron en el cargo.

En el derecho mexicano, ni los administradores ni los comisarios están legitimados para resolver que se exija la responsabilidad de los administradores respectivos, debido a que solamente los accionistas poseen tal legitimación, aun cuando no en forma individual, sino corporativa.

El derecho minoritario que asiste al 33% del capital social para ejercer directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, puede ser

ejercido en los casos en que la mayoría haya negado previamente que se exigiera la responsabilidad y también en los casos en que la mayoría no haya resuelto de manera alguna exigir la responsabilidad, teniendo dicha minoría la facultad y legitimación activa exclusivas para entablar la demanda dentro de un plazo adecuado que la ley no determina. Con lo anterior interpreto que la finalidad de la ley es conceder a la minoría un derecho independiente de la mayoría.

Dado que el artículo 163, fracción II, solamente exige: *"que los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados"*, los accionistas que hayan asistido a la asamblea general mencionada y se hayan abstenido de su voto o los que hayan estado ausentes, no perderán su legitimación para resolver según el Art. 163.⁹⁴

La minoría en su acción actúa en nombre propio, sin embargo, el contenido de su pretensión no puede ser de tipo individual; es decir, no puede limitarse al daño causado personalmente a los accionistas minoritarios, sino que su demanda debe ser completa, lo cual significa que debe abarcar el daño sufrido por la sociedad anónima, la que deberá recibir los bienes obtenidos por el proceso.

La manera en como está regulado este derecho en la Ley General de Sociedades Mercantiles, tiene como finalidad que los administradores respondan frente a la sociedad del daño que ocasionen al patrimonio de ésta, por actos contrarios a la ley, a los estatutos o realizados sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo.

A través del artículo 163, considero que el legislador quiso provocar dos consecuencias, a saber:

- a) el efectivo resarcimiento de los daños producidos a la sociedad, y
- b) estimular a los administradores para que realicen sus funciones con diligencia.

También es cierto que este derecho solo se ejerce de manera subsidiaria, cuando en la asamblea general de accionistas no se acordó, según las reglas del principio mayoritario, el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores.

"Se hace necesario subrayar cómo la voluntad legal de fortalecer el sistema de responsabilidad tiene una influencia directa sobre la mayor eficacia de la acción social,

⁹⁴ Cfr. FRISCH PHILIPP, Walter, Op. Cit. Pág. 413.

respecto de las funciones preventiva y represiva que el ordenamiento le confiere".⁹⁵ En este sentido, conviene recordar que el objeto de la acción social de responsabilidad es el de obtener la reparación del daño causado en el patrimonio de la sociedad, como consecuencia de la actividad de los administradores.

Dicho lo anterior, se hace necesario aludir a la insuficiencia del artículo 163 para que la acción social de responsabilidad pueda cumplir eficazmente las dos funciones anteriormente señaladas. En efecto, no puedo dejar de comentar que los administradores generalmente ejecutan acuerdos tomados por las asambleas que han sido tomados por la mayoría, por lo que raramente tendrá lugar el ejercicio de la acción de responsabilidad por iniciativa de la propia asamblea.

Precisamente para evitar que la relación de confianza entre mayoría y administración pueda producir un daño a la sociedad, se concede a una minoría de accionistas un derecho que ejerce control sobre los administradores, legitimándolos directamente para el ejercicio de la acción.

Pero desde el punto de vista de la relación que guarda la acción de responsabilidad con evitar que se cause un daño a la sociedad, resulta necesario que el derecho de minoría se conceda a quienes representen el cinco por ciento del capital social suscrito y pagado, reduciendo la cuota del treinta y tres por ciento que actualmente pide la norma. A este respecto me remito al apartado 4.4.1. en donde hemos expuesto las razones por las que es necesario que se disminuya la cuota del capital social requerida.

Debo mencionar que se está ante la presencia de un derecho de protección o defensa, pero sobre todo conviene subrayar, que al establecer este derecho, el legislador ha tenido presente una especial consideración del interés societario, ya que encuentra razones para sospechar que la mayoría de los socios no están en las mejores condiciones para determinar correctamente la responsabilidad del órgano de administración y del de vigilancia, derogando el principio mayoritario.

Consecuentemente debo señalar desde el punto de vista de la configuración del derecho de minoría, un defecto técnico del artículo 163 que podría ser subsanado con una reforma. La Ley debe tener en cuenta que el no ejercicio de la acción de

⁹⁵ JUSTE MENCIA, Javier, Op. Cit., Pág. 410.

responsabilidad por parte de la mayoría del capital social, debe fortalecer el derecho de la minoría para ejercer directamente dicha acción de responsabilidad. En este sentido, bien podría haber previsto el legislador, además del poder de impulso de la minoría, la posibilidad de influir en el proceso a través de un representante especial nombrado por aquélla o a su instancia.

Al entender que la mayoría puede atentar contra el interés social, perjudicando el patrimonio de la sociedad, debo concebir que la legitimación directa y subsidiaria de los socios de ejercer la acción de responsabilidad, debe estar representada por el cinco por ciento del capital social.

El artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles quedaría redactado de la siguiente manera:

"ART. 163.- Los accionistas que representen por lo menos el cinco por ciento del capital social suscrito y pagado, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que se satisfagan los requisitos siguientes:

- I. Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes.*
- II. Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados; y*
- III. Que los demandantes designen a la o las personas que ejercerán la acción en representación de los accionistas que representen el cinco por ciento del capital social.*

Los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibidos por la sociedad."

Finalmente, el artículo 171 establece que son aplicables a los comisarios las disposiciones contenidas en el artículo 163, por lo que lo dicho en este apartado, tiene aplicación al órgano de vigilancia.

4.4.5. Derecho de separación o retiro.

En este apartado analizaré el derecho de retiro que tienen los accionistas de una sociedad anónima y los límites legales que podrían establecerse sobre el mismo.

La Ley General de Sociedades Mercantiles otorga a los socios de sociedades mercantiles el derecho de separarse de ésta bajo ciertas circunstancias. Dos son las clases de separación que regula la Ley: la separación por disidencia en materia grave y la separación en ejercicio del derecho de retiro que la ley otorga a los titulares de acciones representativas de la porción variable del capital social de una sociedad.

Con independencia del derecho de retiro inherente a las acciones representativas de la porción variable del capital social de una sociedad, la Ley General de Sociedades Mercantiles, he dicho ya, otorga a los accionistas el derecho de separarse de la sociedad cuando los socios de ella, por mayoría y en contra del voto del accionista en cuestión, acuerda asuntos en materia grave. El derecho de separación se establece en los artículos 206 y 228 bis.

"ART.206.-Cuando la asamblea general de accionistas adopte resoluciones sobre los asuntos comprendidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 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 los solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea."

Las fracciones IV, V y VI del artículo 182, se refieren al cambio de objeto de la sociedad, cambio de nacionalidad y transformación de la sociedad, respectivamente.

"ART. 228 bis.- [...] La escisión se regirá por lo siguiente:

VIII. Los accionistas o socios que voten en contra de la resolución de escisión gozará del derecho a separarse de la sociedad, aplicándose en lo conducente lo previsto en el artículo 206 de esta ley;... "

Cuando un socio ejercita el derecho de retiro al amparo de los artículos 206 y 228 bis, tiene aplicación el artículo 14 que establece:

"ART. 14.-El socio que se separe o fuere excluido de una sociedad, quedará responsable para con los terceros de todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión.

El pacto en contrario no producirá efecto en perjuicio de tercero."

Por su parte, en las sociedades de capital variable, los artículos 213 y 220 establecen:

"ART. 213.- En las sociedades de capital variable, el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios, y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas por este capítulo.

ART. 220.- El retiro parcial o total de las aportaciones de un socio deberá notificarse a la sociedad de manera fehaciente, y no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el fin del ejercicio siguiente, si se hiciere después."

El derecho de retiro tiene limitaciones legales. En primer lugar, el plazo, que se menciona en el citado artículo 220 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; en segundo lugar, dicho derecho no podrá ejercitarse si trae como consecuencia la reducción del capital por abajo del mínimo establecido en los estatutos sociales,⁹⁶ que no puede ser menor a \$50,000 en las sociedades anónimas,⁹⁷ pero sí mayor.⁹⁸

La Ley no establece cuál debe ser el precio al que deben reembolsarse las acciones al accionista que ejercita su derecho de retiro bajo el artículo 213 y el artículo 206 se refiere sólo a retiro por disidencia grave. En ese caso, el valor de las acciones es el que resulte del último balance aprobado; este valor muy probablemente sea desproporcionado, será muy alto si la sociedad tuvo un mal desempeño desde que se aprobó el balance; o muy bajo si tuvo un excelente desempeño desde entonces. Considero que el artículo 206 debe aplicarse por analogía, pero la doctrina no es

⁹⁶ El artículo 221, establece que no podrá ejercitarse el derecho de separación cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo el capital social. El mínimo se pacta en los estatutos sociales, sin que pueda ser menor de \$50,000 para las sociedades anónimas.

⁹⁷ Artículo 89, fracción II.

⁹⁸ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge, Op. Cit., Pág. 309.

unánime al respecto, ya que parece inclinarse a que debe ser el valor estipulado en libros.⁹⁹

La doctrina considera que en este caso de retiro también es aplicable el artículo 14, que se citó anteriormente.¹⁰⁰

El derecho de retiro otorgado por la Ley General de Sociedades Mercantiles a los titulares de acciones representativas del capital variable, es limitable por la voluntad de las partes; en cambio, el derecho de retirarse de la sociedad por disidencia en materia grave no puede limitarse sino ampliarse.¹⁰¹

Las limitaciones en materia de retiro de la porción variable del capital social son válidas, pero no al grado de eliminar el derecho. En este sentido el jurista Jorge Barrera Graf opina: "por otra parte, este libre derecho de retiro de los socios puede limitarse en la escritura social; pero no puede negarse del todo, porque ello contrariaría la índole y la naturaleza del sistema mismo de CV, que concede a los accionistas dicho derecho con extensión más o menos amplia, para lograr una gran y fácil movilidad del capital social".¹⁰²

En contra, sosteniendo que el derecho de retiro puede eliminarse del todo, el autor Walter Frisch Philipp explica: "El derecho de retiro podrá ser excluido en los estatutos de una sociedad con capital variable, de modo que para ella se queda solamente como elemento específico la simplificación de aumento de capital social (capital autorizado)..."¹⁰³

La doctrina no abunda en cuanto a cuáles son esas restricciones, pero considero que pueden pactarse en cuanto:

- a) la causa de retiro (retiro por cualquier causa o sólo por ciertas causas)
- b) el tiempo a partir del cual puede ejercitarse el derecho de retiro (vgr. Tres años a partir de que se haya hecho la aportación.)
- c) el valor de la cuota de retiro (vgr. Un valor castigado, para desalentar el retiro), y

⁹⁹ En este sentido véase, BARRERA GRAF, Op. Cit., Pág. 641; RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, Op. Cit., tomo II, Pág. 512 y 513; y FRISCH PHILIPP, Walter, Op. Cit., Pág. 561.

¹⁰⁰ Idem

¹⁰¹ Véase BARRERA GRAF, Jorge, Op. Cit., Pág. 358; MANTILLA MOLINA, Roberto L. Op. Cit. Pág. 435 y RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, Op. Cit. Pág. 546.

¹⁰² BARRERA GRAF, Jorge, Op. Cit., Pág. 641.

¹⁰³ FRISCH PHILIPP, Walter, Op. Cit., Pág. 569.

d) el plazo y forma del pago de la cuota de retiro (vgr. A los dos años de ejercerse el derecho, en especie o en efectivo.)

Finalmente dentro del marco del derecho de retiro por disidencia grave, conviene comentar que la ley no establece el derecho de retiro por pactar una duración indefinida de la sociedad. Lo anterior encuentra su razón porque la duración de la sociedad constituye el límite temporal de la vinculación de cada socio a la sociedad de la que forma parte,¹⁰⁴ ya que si el estatuto no estableciera plazo alguno de duración de la sociedad, o bien, preceptuara que éste fuera indefinido, el socio que obre de buena fe, podría demandar su retiro después del transcurso de un lapso razonable en relación con la finalidad para la cual se hubiese constituido la sociedad, porque en efecto, una vinculación permanente, sin limitación temporal alguna, resultaría contraria al principio de libertad contractual, y si no al texto sí al espíritu del Art. 5º, párrafo sexto de la Constitución.

4.4.6. Derecho de información.

Publicada la convocatoria para la celebración de la asamblea general, los accionistas tienen el derecho de acudir a las oficinas de la sociedad para enterarse de la situación financiera de la misma. Pueden enterarse de esta situación a través del examen de los libros y documentos relacionados con la misma sociedad.

La adquisición del *status* de socio trae implícito el derecho de información, como un derecho extrapatrimonial, atribuido al socio individual de manera que pueda obtener, en el ejercicio del mismo, los datos y aclaraciones necesarios, que le sirvan para conocer y formarse un juicio de manera que pueda participar en la asamblea, discutir con conocimiento de causa y emitir su voto para la formación de la voluntad social.

Este derecho tiene una función importante, por lo tanto no debe considerarse como secundario, aunque tiene sus límites, ya que el accionista debe obrar en interés propio pero no en contra del interés social, porque en caso contrario estaríamos en presencia del abuso del derecho.

¹⁰⁴ Véase infra. Apartado 1.3.3., lo dicho en relación con la duración de la sociedad.

Con este derecho, los socios que acuden a la asamblea se encuentran en condiciones de poder discutir los asuntos que se traten con todo conocimiento de los mismos. En nuestra ley, el artículo 186 establece que durante el periodo comprendido entre la publicación de la convocatoria y la celebración de la asamblea, cualquier accionista puede enterarse en las oficinas de la sociedad, de los libros y documentos relacionados con la asamblea. El artículo 188 preceptúa que la resolución tomada con infracción a lo dispuesto por el artículo 186, será nula, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones.

La redacción del artículo 186 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, parece que restringe el derecho de información a los documentos que tengan relación con el objeto de la asamblea, ya que no aclara si los accionistas pueden pedir que se les informe acerca de otros documentos, que sin estar relacionados con los objetos de la asamblea, pertenecen a la sociedad (vgr. Los documentos de ejercicios anteriores.)

Soy de la opinión de que todos los documentos pertenecientes a la sociedad deben estar a la disposición de los accionistas.

4.4.7. Derecho de suscripción preferente de acciones.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, en su artículo 132, previene, de manera imperativa:

“Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento del capital social. Este derecho deberá ejercitarse dentro de los quince días siguientes de la publicación, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la asamblea sobre el aumento del capital.”

Además, la ley exige que los aumentos se realicen mediante acuerdo de la asamblea general extraordinaria de accionistas (artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.)

El ejercicio del derecho de preferencia para suscribir acciones que se emitan con motivo del aumento de capital social, corresponde, sin lugar a dudas al propietario de ellas.

En derecho mexicano no existe prohibición expresa para que los accionistas puedan transmitir por cualquier título legal, el derecho de preferencia para suscribir acciones, sin embargo, si existe la posibilidad de que se dé una adecuada regulación estatutaria al respecto, como sería apoyarse en el artículo 130 para restringir la circulación, no solo de las acciones, sino de los derechos a ellas incorporados, salvo que haya autorización del consejo de administración.

Los accionistas deberán ejercitar su derecho de preferencia dentro de los quince días siguientes a la publicación en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la asamblea que haya decretado el aumento de capital, por lo que una vez transcurridos los quince días, el consejo de administración queda en libertad para ofrecer las acciones desiertas a cualquier interesado en suscribirlas. Dicho plazo puede ser ampliado pero no reducido.

No obstante, este derecho de preferencia encuentra algunas limitaciones legales, según advierte el Jurista Manuel García Rendón¹⁰³ y son las siguientes:

- a) *Emisión de obligaciones convertibles en acciones.* El artículo 210 bis fracción II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, previene que cuando se emitan obligaciones convertibles en acciones, los accionistas no tendrán el derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pues de no ser así, de hecho se estaría privando al obligacionista de su derecho de conversión.
- b) *Emisión de acciones de tesorería.* El artículo 81 de la Ley del Mercado de Valores autoriza a las sociedades anónimas de capital fijo a emitir acciones de tesorería para ser colocadas entre el gran público inversionista y condiciona la emisión a la renuncia previa que hagan los accionistas al derecho de preferencia que les concede el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
- c) *Conversión de pasivos.* La capitalización de pasivos a cargo de la sociedad únicamente podría dar lugar al ejercicio del derecho de preferencia en el caso de que los accionistas fueran acreedores de la sociedad por una cantidad igual al monto del aumento del capital y en una proporción igual al monto de sus

¹⁰³ Cfr. GARCÍA RENDÓN, Manuel. Op. Cit. Pág. 301 y 302.

participaciones en el mismo. En consecuencia, si no se produce este supuesto, o sea en el caso de que uno o varios accionistas, pero no todos ellos, sean titulares de los créditos que se capitalicen o cuando los acreedores sean personas extrañas a la sociedad, es lógico concluir que el derecho de preferencia no se materializa en beneficio de los socios no acreedores.

- d) *Fusión*. En los casos de fusión deben distinguirse dos supuestos: el de la fusión por integración y el de fusión por absorción. En el primer caso, que supone la constitución de una sociedad fusionante distinta a las fusionadas, el derecho de preferencia sí procede para los accionistas de éstas en proporción a la cuota accionaria que les corresponda con motivo de la fusión. Pero, en el caso de la fusión por absorción, el derecho de preferencia para suscribir las acciones que la fusionante emita para ser entregadas a los socios de la o las fusionadas, no tendrá lugar, porque las nuevas acciones no se crean para destinatarios determinados, sino para destinatarios forzosos, en caso de que la fusión haya de realizarse.
- e) *Capitalización de utilidades y reservas*. Tampoco tiene lugar el derecho de preferencia en esta hipótesis, en la cual las acciones les son atribuidas a los accionistas en proporción a sus derechos que les corresponden sobre la cuota patrimonial; esto es, en proporción al número de acciones que poseen. Sin embargo, en el discutible caso de las acciones preferentes no participantes en el haber social, los tenedores de estos títulos no tendrían el derecho de preferencia para suscribir las acciones que se emitan con motivo de los aumentos del capital social por capitalización de utilidades y reservas puesto que no otorgan el derecho a participar en ellas.

4.4.8. Prohibición a la restricción del derecho de voto.

Por disposición legal, las restricciones al derecho de voto en las sociedades anónimas acarrearán la nulidad del pacto que las imponga (artículo 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), excepto cuando se emitan acciones de voto limitado (artículo 113 de la ley en mención.)

El derecho que tiene todo socio de asistir a las asambleas de accionistas y participar con su voto en la formación de la voluntad social les permite una mínima oportunidad de participar en los negocios sociales y fiscalizar el desempeño de los órganos de administración y vigilancia. Este derecho le concede al accionista la posibilidad de no ser desplazado en la toma de decisiones por parte de la sociedad, sin embargo, en ocasiones, el accionista singular puede verse afectado en sus derechos por el control que detenta en la sociedad una mayoría cuya actuación responde solamente a excesos o abusos de poder.

En la asamblea cada accionista goza de un número de votos igual al número de acciones de que sea titular, además goza de un derecho secundario, que es el de votar, el cual es intangible porque no se admiten privilegios que directa o indirectamente lo disminuyan ya que ni los estatutos pueden limitarlo por razón de sexo, edad o nacionalización, salvo el supuesto que prevé la ley para el caso de las acciones de voto limitado establecido por el artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en donde a cambio de un dividendo preferente se priva a los accionistas del derecho de votar en asuntos determinados.

Con excepción de las acciones de voto limitado, toda limitación al derecho de voto pugnaría con su naturaleza.

A diferencia de los derechos patrimoniales del accionista, el derecho de voto es personalísimo y por su naturaleza no puede ser enajenado si no es conjuntamente con el título de la acción y habrá de ser ejercitado necesariamente por el propio accionista, por sí o por medio de representante. De varios preceptos legales se infiere con claridad que sólo los accionistas pueden contribuir a la formación de la voluntad social, y que únicamente por vía de excepción es admisible que los estatutos autoricen a votar en las asambleas a personas no accionistas titulares de derechos reales de usufructo o de prenda sobre acciones.

4.5. Resumen.

El principio mayoritario, a la luz del derecho positivo mexicano, es el eje rector en la vida de la sociedad anónima, pero este principio no es absoluto, ya que no se debe

dejar que los derechos más importantes de los socios, queden confiados al arbitrio de un grupo de personas, que por detentar la mayoría del capital, conviertan el principio mayoritario en un libertinaje en la toma de decisiones.

Por eso, se debe poner más atención en los derechos que la ley concede, unas veces a todos y cada uno de los socios, otras a ciertas minorías, cuyo fin específico es establecer de manera taxativa, el principio de que también ellos intervienen en la vida de la sociedad, adoptando decisiones que conciernen a la misma y cooperando de diversas maneras a la recta administración de la sociedad y vigilando el estricto cumplimiento de las obligaciones señaladas por la ley y de los acuerdos adoptados por las asambleas.

Con la expresión *minoría*, estoy haciendo referencia a una relación cuantitativa de poder que nada tiene que ver con la cantidad de personas y que puede o no estar unida a la circunstancia de un mayor número de acciones.

El derecho de las minorías nace cuando la mayoría ha abusado de su poder, en razón de ese abuso y para contrarrestar los efectos del mismo; por ello, el legislador debe establecer una institución capaz de procurar el desarrollo de la actividad de la sociedad, sin que intereses excesivamente particulares u obstruccionistas de algunos accionistas, puedan producir la paralización de la vida social, ya que se debe considerar, además, que una excesiva tutela de las minorías puede invertir los papeles y hacer imposible la funcionalidad de la sociedad.

En Derecho mexicano, a los accionistas se les confiere únicamente el derecho de solicitar que se convoque a asamblea y no el de convocar ellos mismos, lo que considero una omisión por parte del legislador, pues en mi opinión, la ley debe permitir que los accionistas, bajo determinadas condiciones, puedan pedir directamente a la autoridad judicial la formulación de la convocatoria a asamblea, por ello he propuesto reformar los artículos 184, 185 y 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en los términos expuestos en el apartado 4.4.1.

El régimen dispositivo regulado por el artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, debe tener una adecuada regulación en los estatutos, para no caer en fallas o errores y, a la hora de que en los estatutos sociales se establezcan “los derechos que corresponden a la minoría en la designación”, se cumpla con el espíritu del legislador y con los principios básicos del derecho de sociedades.

Es necesario aludir a la insuficiencia del artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles para que la acción social de responsabilidad en contra de los administradores y comisarios, pueda cumplir con las funciones de efectivo resarcimiento de los daños producidos a la sociedad y estimular a los administradores para que realicen sus funciones con diligencia, por ello, he propuesto una reforma a dicho artículo en los términos expuestos en el apartado 4.4.4.1.

Dentro del marco del derecho de retiro por disidencia grave, conviene comentar que la ley no establece el derecho de retiro por pactar una duración indefinida de la sociedad. Lo anterior encuentra su razón porque la duración de la sociedad constituye el límite temporal de la vinculación de cada socio a la sociedad de la que forma parte, ya que si el estatuto no estableciera plazo alguno de duración de la sociedad, o bien, preceptuara que éste fuera indefinido, el socio que obre de buena fe, podría demandar su retiro después del transcurso de un lapso razonable en relación con la finalidad para la cual se hubiese constituido la sociedad, porque en efecto, una vinculación permanente, sin limitación temporal alguna, resultaría contraria al principio de libertad contractual, y si no al texto sí al espíritu del Art. 5º, párrafo sexto de la Constitución.

Las minorías merecen una adecuada regulación en la Ley General de Sociedades Mercantiles, por eso he propuesto se reformen algunas de sus disposiciones para encuadrarlas a nuestro actual entorno jurídico, aun cuando todavía pueda surgir la interrogante de si las minorías tienen reales y efectivos derechos, cuestión que trataré de resolver en el siguiente capítulo, en donde afirmaré que las minorías son una forma de protección del interés societario, que el dominio de las mayorías realmente tiene limitaciones, pero que sin duda alguna no es posible hablar de minorías sin referirse a la mayoría, ya que existe una estrecha interdependencia entre ambos grupos de poder que inciden de manera directa en la vida de la sociedad.

CAPITULO QUINTO

LA TUTELA DE LAS MINORIAS ES UNA FORMA DE PROTECCION DEL INTERES SOCIETARIO

5.1. Las minorías son un medio de protección del interés societario.

Para entender los medios de tutela de las minorías, es necesario considerar el interés societario que en torno a él gira, en gran medida, el tratamiento por parte de la ley del uso del poder en la sociedad anónima.

Es a través del derecho de las minorías como se justifica la existencia de reglas establecidas por la ley para tutelar a los accionistas, en la medida en que las decisiones sociales no puedan dañar el interés societario, o dicho en otras palabras, la concesión de facultades a las minorías puede explicarse por la relación que puede establecerse entre su actuación y el interés de la colectividad en que deben inspirarse las decisiones sociales.

Para llegar a un concepto de interés societario, conviene observar cuáles son los sujetos a los que se confía su consecución y, por tanto, al referirme a una entidad que tiene personalidad jurídica, se debe mencionar cuáles son los órganos encargados de manifestar su voluntad. Puede afirmarse que la valoración del interés societario se atribuye, en principio, a la mayoría de accionistas expresada en la asamblea general de accionistas, ya que a su voluntad estarán sujetos todos los demás órganos de la sociedad.

Ciertamente hay decisiones que corresponden a órganos distintos a la asamblea general, tal es el caso del órgano de administración que, si bien no goza de una autonomía absoluta en materia de gestión, es evidente que desempeña sus funciones con un cierto ámbito de independencia, que refuerza su régimen de responsabilidad, según ya se apuntó en el apartado 4.4.4.1. Pero no debe olvidarse que, en última instancia, los administradores deben procurar el interés de los accionistas, en lo que influye el que a éstos corresponda el poder revocarlos libremente.

No debe olvidarse también que los sujetos legitimados o tenidos en cuenta por la ley para la determinación del interés societario son exclusivamente los accionistas, lo que permite afirmar la coincidencia entre las esferas del interés societario e interés personal de los socios. Aquí radica el punto principal que consagra nuestra ley.

Vigente el principio mayoritario en nuestro derecho mercantil y siendo la asamblea general de accionistas el órgano encargado de asumir las decisiones más importantes para la vida de la sociedad, la necesidad de tutelar a los ausentes, disidentes o no pertenecientes al grupo de control, estará siempre presente, es decir, pueden establecerse normas que determinen la responsabilidad de los órganos o se pueden votar acuerdos que sean contrarios a lo que nuestra legislación prevé, pero el problema de la tutela de la minoría siempre surgirá, mientras esté vigente el principio mayoritario y a él se encomiende la adopción de éstas decisiones.

Puede, por tanto, afirmarse que el interés societario que ha de tomarse en cuenta en el ámbito de las relaciones internas en la sociedad anónima, se identifica con el interés común de los socios y que dentro de ese ámbito de relaciones internas pueden surgir conflictos de interés muy variados, como consecuencia de la aplicación del principio mayoritario, entre socios mayoritarios y socios minoritarios.

El legislador otorga medios de solución de esos conflictos, en el sentido de que tanto el establecimiento de normas imperativas, como los derechos del socio y de las minorías, especialmente los que ofrecen la posibilidad de reaccionar ante los acuerdos de la asamblea general o del órgano de administración, deben ser entendidos a la luz de los intereses de la sociedad.

Los medios de tutela de la minoría y las posibilidades de dominio de la mayoría, tienen su razón de ser y su limitación en el interés societario y en las reglas de la buena fe que deben regir las relaciones internas, sin excluir con esta afirmación, la tutela de los intereses propios del accionista o de los demás sujetos que intervienen en éstos conflictos.

Parece razonable, consecuentemente, que las normas relativas a las relaciones internas de la sociedad estén siempre subordinadas a la consecución del fin común, sin dar entrada a conflictos de otra índole, que sólo tendrán en la búsqueda de aquél un reflejo legislativo.

La Ley General de Sociedades Mercantiles modera los efectos del principio de mayoría a través de los derechos de minoría, sin embargo, parece ser que se limita exclusivamente al ejercicio del poder por parte de la mayoría, es decir, cuando se ha

producido un acuerdo. Por ello considero que se debe poner más atención a los derechos preventivos de conflictos que tienen también su justificación en el interés societario.

De este modo, los derechos de minoría sirven para tutelar a ésta, no sólo en la medida de ser un grupo disidente o vencido, sino en un aspecto más amplio, como grupo de socios no pertenecientes al grupo de poder. Desde estas perspectivas las figuras que me interesan han sido tratadas en el capítulo anterior, en donde he propuesto reformar algunas, pero también enfatizando en la importancia que deben tener para el desarrollo de la voluntad social, cumpliendo una función de mayor o menor control de la mayoría.

No busco con este trabajo, ignorar el principio mayoritario, pues considero que éste es el eje rector de las decisiones sociales. Sólo pretendo persuadir sobre la importancia que tendría la modificación de algunas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles para hacer más efectiva la protección de las minorías sin perjuicio de las bases del sistema corporativo o del principio mayoritario.

No he propuesto reformar todas las disposiciones relativas a los derechos de las minorías, sino sólo algunas, ello demuestra que nuestra ley consagra derechos a favor de los grupos disidentes o no pertenecientes al grupo de poder que están vigentes, pero que no siempre son aplicados adecuadamente, por ello, respecto de los artículos que no propuse reformar analicé los límites legales que tienen éstos y advertí sobre la importancia que tiene su adecuada aplicación.

5.2. Límites al dominio de la mayoría.

En principio, como he dicho, corresponde a la mayoría la determinación de la voluntad de la sociedad, pero la discrecionalidad de la asamblea no es absoluta ya que ésta tiene su límite en los estatutos y las disposiciones legales que sobre derechos de minoría establece la ley, pero también encuentra sus límites en la manera de proteger a los accionistas que se ven perjudicados en sus derechos esenciales y propios, es decir, en derechos intangibles de los accionistas que son: "aquellos derechos que corresponden a los accionistas en su carácter de tales y que por disposición de la ley o los estatutos son

independientes de las resoluciones de la asamblea o de la administración, o que derivan del derecho de participación en la asamblea general.¹⁰⁶

A continuación trataré brevemente este concepto en los siguientes apartados.

5.2.1. El derecho individual de cada accionista.

Existen ciertos derechos de los socios que no pueden ser afectados por resoluciones mayoritarias de los accionistas a causa de límites legales fijados.

A este respecto, las leyes no disponen, por ejemplo, casos de inmodificabilidad de los estatutos, toda vez que es la voluntad mayoritaria la que resuelve tales modificaciones y aunque en nuestro derecho se debe considerar nula aquella disposición que pretenda no reformar los estatutos de manera alguna, "las cuestiones sobre la inmodificabilidad de los estatutos pertenecen al complejo de los llamados derechos individuales, dado que se trata del problema de si una minoría puede válidamente oponerse a la mayoría de accionistas que tiende a reformar los estatutos de la sociedad anónima, en el sentido de una futura inmodificabilidad de los mismos o de una futura restricción exagerada de modificabilidad de los estatutos."¹⁰⁷

Otro de los derechos que comprende el llamado complejo: "derechos individuales de los accionistas", son los derechos especiales, los resultantes de normas legales o estatutarias imperativas y los derechos crediticios, no corporativos de los accionistas.¹⁰⁸

Los derechos especiales son aquellos que tienen solamente unos accionistas, pero no todos, o sea, son tenedores de acciones privilegiadas, ya que no están supeditados a la mayoría y que encuentran su protección en la ley, al establecer que se requiere de una resolución especial de los titulares de acciones con derechos especiales, para que los mismos se vean afectados (Art. 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.)

Pero también las normas estatutarias pueden establecer límites a la voluntad mayoritaria, siempre y cuando dichas normas se encuentren acordes con las disposiciones legales.

¹⁰⁶ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. Op. Cit., Pág. 25.

¹⁰⁷ FIRSCH PHILIPP, Walter. Op. Cit., Pág. 361.

¹⁰⁸ Idem.

Por último, los accionistas pueden tener derechos crediticios frente a la sociedad, por ejemplo, con relación a los intereses a cargo de la sociedad y a favor de los accionistas. Tales derechos no pueden ser afectados por voluntad mayoritaria alguna, ya que tales mayorías tienen alcance en el ámbito corporativo del socio, pero no en el ámbito crediticio.

Los beneficios de los fundadores tienen carácter crediticio y no son afectables por la voluntad mayoritaria de los accionistas y, por lo tanto, no serán suprimibles ni modificable sin el consentimiento individual de los beneficiarios.

El término "derechos individuales" también es aplicado con relación a las facultades que tiene cada uno de los accionistas en forma individual para participar en la vida corporativa de la sociedad anónima, por ejemplo, a que se convoque a asamblea general, según el artículo 185.

5.3. Cuestionamiento sobre si las minorías tienen reales y efectivos derechos.

No hay lugar a dudas que la Ley General de Sociedades Mercantiles establece todo un sistema de protección de las minorías, ya que establece en muchas de sus disposiciones derechos en favor de los grupos minoritarios, que sin embargo y según lo estudiado en este trabajo, es importante modificar algunas de éstas disposiciones para asegurar el interés en favor de la sociedad y contribuir de una mejor manera a la voluntad social.

En cada uno de los derechos de minoría consagrados por nuestra Ley he hecho comentarios que sin duda pueden ser de gran importancia para un mejor tratamiento de las minorías, sin llegar al extremo de ser muy generosos con estos grupos, porque ello provocaría un abuso en el ejercicio de estos derechos, además de que desvirtuaría el principio mayoritario que es la médula espinal en las relaciones internas de la sociedad anónima.

Veo plausibles las disposiciones en materia de minorías establecidas en nuestra ley, pero también considero que algunas de ellas merecen una adecuación a nuestro entorno actual, por ello se proponen ciertas modificaciones a la Ley General de Sociedades Mercantiles, principalmente en lo relativo a la disminución de las cuotas

legales establecidas para el ejercicio del derecho y en una adecuada regulación de las impugnaciones y nulidades de los acuerdos de las asambleas, tema de por sí muy tratado por la doctrina, pero no reflejado en nuestra legislación.

No se regula la acción de nulidad de los acuerdos tomados por la asamblea y sólo se establece una acción de oposición concedida a una minoría calificada del 33% del capital social. La Ley General de Sociedades Mercantiles debe regular ambas acciones, la de nulidad y la de impugnación.

El requisito de representar por lo menos el 33% del capital social para oponerse a las resoluciones de la asamblea, es un porcentaje muy elevado, ya que, en mi opinión, hubo una imprevisión del legislador al momento de regular esta situación, pues no consideró que limitar la acción de oposición sólo a un porcentaje determinado del capital social, puede dar lugar a abusos por parte de los accionistas. En este sentido considero que es oportuno legitimar al socio individualmente considerado para ejercitar las acciones de nulidad e impugnación.

La solicitud de convocatoria a asamblea de accionistas se debe realizar a través de una interpelación extrajudicial con la intervención de un notario público, ya que una solicitud no documentada de esta manera, provocaría una incertidumbre en cuanto al tiempo en que la convocatoria debe ser realizada, es decir, no quedaría claro en qué momento el órgano de administración o el de vigilancia dejan de cumplir con su obligación de convocar, justificando el recurso de la convocatoria judicial.

El porcentaje del 33% del capital social para solicitar la formulación de convocatoria es muy elevado: en nada afecta a la sociedad que los accionistas que representan un menor porcentaje del capital social, puedan solicitar la formulación de convocatoria, al mismo tiempo que los casos en que lo puede hacer el titular de una sola acción no son suficientes.

El artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles es insuficiente para ejercer la acción social de responsabilidad en contra de los administradores y comisarios, pero sobre todo, para cumplir eficazmente su función, que es la de provocar el efectivo resarcimiento de los daños producidos a la sociedad y estimular a los administradores y comisarios para que realicen sus funciones con diligencia, la cuota del 33% del capital social resulta muy elevada.

La tutela de las minorías es una forma de protección del interés societario y para alcanzar ese interés, es necesario reformar, en algunos casos, la Ley General de Sociedades Mercantiles y en otros, analizar los límites legales que tienen los derechos de los grupos minoritarios.

Concluyo este apartado diciendo que las minorías tienen reales y efectivos derechos si se considera lo estudiado en este trabajo.

5.4. El conflicto de intereses entre mayorías y minorías.

A manera de colofón, debo decir que no es posible hablar de minoría sin referirnos a la mayoría y que no basta concebir el término minoría como el mero resultado de una votación, ya que se debe tener en cuenta la previa constitución de grupos de poder en la colectividad, no necesariamente mayoritarios, puesto que quienes lo ostentan pueden representar con relación al valor del capital social, una minoría.

La anterior observación sirve para relativizar aquella opinión que se refiere al concepto de derechos de minoría como contrapuestos, no sólo al de mayoría, sino también al del socio individual.

Por ello, se puede afirmar que en algunas grandes sociedades se presentan problemas en la eficacia de los poderes de la minoría. Pero ello no obsta para que los mecanismos establecidos por el legislador estén al servicio, por lo menos, de todo miembro no perteneciente al grupo de control de una sociedad anónima.

5.5. Resumen.

La tutela de las minorías es una forma de protección del interés societario, entendiéndose por éste, aquel que surge de las relaciones internas en la sociedad anónima y que se identifica con el interés común de todos los accionistas, en donde se entablan conflictos muy variados, como consecuencia de la aplicación del principio mayoritario.

Los medios de tutela de la minoría y las posibilidades de dominio de la mayoría, tienen su razón de ser y su limitación en el interés societario, ya que vigente el principio

mayoritario en nuestro derecho y siendo la asamblea general de accionistas el órgano encargado de asumir las decisiones más importantes para la vida de la sociedad, la necesidad de tutelar a los ausentes, disidentes o no pertenecientes al grupo de control, estará siempre presente, es decir, pueden establecerse normas que determinen la responsabilidad de los órganos o se pueden votar acuerdos que sean contrarios a lo que nuestra legislación prevé, pero el problema de la tutela de la minoría siempre surgirá, mientras esté vigente el principio mayoritario y a él se encomiende la adopción de éstas decisiones.

CONCLUSIONES.

Al iniciar el desarrollo de este trabajo, afirmé que la Ley General de Sociedades Mercantiles, aunque regula los derechos de minoría con amplitud, no es suficiente para proteger los derechos de los grupos minoritarios. También advertí que las minorías no encuentran en la Ley General de Sociedades Mercantiles, reales y efectivos derechos para protegerse de los abusos de poder que ejercen los grupos mayoritarios o que detentan el control de la sociedad anónima.

El alcance que se quiso obtener con este trabajo fue el de convencer que los derechos de minoría requieren un mejor tratamiento en la Ley General de Sociedades Mercantiles y al cuestionarse sobre si las minorías realmente tienen derechos que protegen el interés societario se planteó que LA TUTELA DE LAS MINORIAS ES UNA FORMA DE PROTECCIÓN DEL INTERES SOCIETARIO Y PARA ALCANZAR ESE INTERES, ES NECESARIO REFORMAR, EN ALGUNOS CASOS, LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, Y EN OTROS, ANALIZAR LOS LIMITES LEGALES QUE TIENEN LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS MINORITARIOS.

En efecto, el principio mayoritario parece ser, a la luz del derecho positivo mexicano, el eje rector en la vida de la sociedad anónima, pero no es absoluto, ya que no se debe dejar que los derechos más importantes de los socios queden confiados al arbitrio de un grupo de personas, que por detentar la mayoría del capital, conviertan el principio mayoritario en un libertinaje en la toma de decisiones. Por eso, se debe poner más atención en los derechos que la ley concede unas veces a todos y cada uno de los socios, otras a ciertas *minorías*, cuyo fin específico es establecer de manera taxativa el principio de que también ellos intervienen en la vida de la sociedad, adoptando decisiones que conciernen a la misma y cooperando de diversas maneras a la recta administración de la sociedad y vigilando el estricto cumplimiento de las obligaciones señaladas por la ley y de los acuerdos adoptados por las asambleas. Por ello, **la tutela de los derechos de minorías en la Ley General de Sociedades Mercantiles, es una manera de protección del interés societario** y la máxima expresión de estos derechos están en el ejercicio del derecho de voto y en función del *principio mayoritario*.

Vigente el *principio mayoritario* en nuestro derecho mercantil y siendo la asamblea general de accionistas el órgano encargado de asumir las decisiones más importantes para la vida de la sociedad, la necesidad de tutelar a los ausentes, disidentes o no pertenecientes al grupo de control, estará siempre presente, es decir, pueden establecerse normas que determinen la responsabilidad de los órganos o se pueden votar acuerdos que sean contrarios a lo que nuestra legislación prevé, pero el problema de la tutela de la minoría siempre surgirá, mientras esté vigente el principio mayoritario y a él se encomiende la adopción de éstas decisiones.

LA TUTELA DE LAS MINORÍAS ES UNA FORMA DE PROTECCIÓN DEL INTERES SOCIETARIO y por ello, es necesario reformar la Ley General de Sociedades Mercantiles en los siguientes casos:

A.- En cuanto al derecho de impugnar las resoluciones de la Asamblea de Accionistas, se concluye lo siguiente:

1.- El artículo 201 establece que, para la procedencia de la oposición, es necesario que la demanda se presente dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea y por accionistas que representen el 33% del capital social; dicha oposición trae como consecuencia que el juez pueda suspender la ejecución de las resoluciones impugnadas siempre que los actores dieran fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad por la inejecución de dichas resoluciones, en caso de que la sentencia declare infundada la oposición.

2.- Dicho artículo establece que los accionistas que representen el 33% del capital social, podrán oponerse judicialmente A LAS RESOLUCIONES DE LAS ASAMBLEAS GENERALES. Esta disposición es errónea, porque no solo pueden impugnarse las resoluciones de las asambleas generales de accionistas, sino también cualquier resolución tomada válidamente por los accionistas, por ejemplo, las resoluciones tomadas fuera de asamblea en términos de lo dispuesto por el artículo 178, las asambleas especiales y las de minorías sobre derechos especiales de los accionistas.

3.- La Ley General de Sociedades Mercantiles no regula la acción de nulidad de los acuerdos de la asamblea a la cual podría acudir cualquier accionista o interesado para pedir la nulidad de los mismos y legitima al 33% del capital para interponer la acción de impugnación en contra de los acuerdos tomados por la asamblea, negando esta acción al

accionista individualmente considerado, dejando al Derecho Civil, la regulación de la acción de nulidad.

4.- Dada la naturaleza jurídica de los acuerdos de las asambleas como actos jurídicos complejos de carácter unilateral, es necesario que la Ley General de Sociedades Mercantiles regule la nulidad de los mismos y no deje su regulación al Derecho Civil, ya que en este supuesto, no siempre es la voluntad o voluntades, el objeto, la capacidad o la forma realizados de manera imperfecta, lo que determina su nulidad, sino otros elementos extrínsecos, muy propios de las asambleas de accionistas, tales como la infracción a las normas sobre constitución y competencia, la falta de legitimación respecto de la deliberación de que en concreto se trate o la inexistencia o irregularidad de la sociedad. En este sentido, no se puede concebir que cualquier accionista que represente menos del 33% del capital social no tenga la posibilidad de atacar los acuerdos tomados con manifiesta violación de sus derechos, ya que el acuerdo impugnado no puede ser nulo a la luz de lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles, toda vez que el artículo 201 no puede resumir ni resume, las diferentes hipótesis de nulidad e impugnación, pues se limita a regular una acción de impugnación lisa y llana y no regula la acción de nulidad.

5.- Como consecuencia de lo anterior, deben distinguirse los acuerdos nulos de los acuerdos impugnables y reconocerse dos clases de acciones, la de nulidad y la de impugnación, sin dejar la primera a la suerte de las normas del Derecho Civil, porque su regulación debe constar en la norma especial, que es la Ley General de Sociedades Mercantiles y evitar con ello, conflictos sobre si ésta acción debe regularse o no por las disposiciones del Código Civil.

6.- Además, deben establecerse causales de nulidad y de impugnación de los acuerdos, para no caer en el error de considerar un acuerdo nulo cuando no lo es, o interponer la acción de impugnación cuando es causa de nulidad.

7.- La acción de impugnación debe corresponder exclusivamente a los accionistas de la sociedad, porque solamente a ellos les causa perjuicio las resoluciones tomadas con infracción de normas estatutarias; sin embargo, el porcentaje del treinta y tres por ciento para ejercer dicha acción considero que es muy elevado, porque lejos de evitar impugnaciones infundadas o poco serias, sólo provoca acciones abusivas por parte

de los accionistas, ya que si no se reúne ese 33% no podrá impugnarse un acuerdo que es lesivo a los intereses del accionista afectado y ello trae como consecuencia que la sociedad también se vea afectada porque lo que le sucede a un accionista, trasciende indudablemente en la sociedad anónima. Lo mejor es legitimar al socio individualmente considerado, sea o no titular del 33% del capital social, para ejercer las acciones de nulidad e impugnación de los acuerdos de las asambleas para darle mayor operatividad y flexibilidad al régimen de las asambleas y con ello evitar que se corra el riesgo de soportar impugnaciones fútiles e infundadas.

8.- Considero que el plazo de quince días para ejercer la acción de impugnación es muy breve porque no da el tiempo suficiente para entablar la demanda de oposición de manera correcta: si se piensa que la impugnación se realiza no solo por el socio disidente, sino también por el socio ausente en la asamblea de accionistas, quince días no son suficientes para preparar la demanda de oposición. Propongo que dicho plazo se amplíe a un mes.

9.- La acción de nulidad corresponde no solo a los accionistas de la sociedad, sino también a los acreedores y a los órganos de ésta, tales como el consejo de administración, el administrador único o el órgano de vigilancia y en general a cualquier interesado porque, a diferencia de la oposición, la nulidad no solo afecta a los accionistas.

10.- La ejecución de las resoluciones impugnadas o afectadas de nulidad pueden suspenderse por el juez hasta que se dicte sentencia definitiva que decida procedente la impugnación o declare la nulidad de los acuerdos de la asamblea, teniendo dicha sentencia efectos declarativos respecto de la nulidad y desapareciendo la apariencia de legalidad del acuerdo en cuestión, porque la nulidad de los acuerdos sólo se constata por el juez. La sentencia que se dicte con motivo de la oposición, en cambio, tiene efectos constitutivos o extintivos de derechos respecto del socio afectado.

11.- El artículo 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles debe ser derogado dada la inoperatividad del mismo.

12.- Los artículos 200 a 205 deberían reformarse para quedar redactados como aparecen en el apartado 3.2.1.

B.- Por lo que se refiere al derecho de exigir la formulación de convocatoria a asamblea de accionistas, se concluye:

1.- En la Ley General de Sociedades Mercantiles, a los accionistas se les confiere únicamente el derecho de solicitar que se convoque a asamblea y no el de convocar ellos mismos, lo que considero una omisión grave por parte del legislador. Propongo reformar la ley para que se permita que los accionistas, bajo determinadas condiciones, puedan pedir directamente a la autoridad judicial la formulación de convocatoria a asamblea.

2.- El requisito de la posesión de un cierto número de acciones responde a un aspecto meramente histórico, ya que se piensa que el derecho de pedir se convoque a asamblea por parte de los accionistas, acreditando la titularidad de un cierto porcentaje del capital social, confiere el carácter de mínima seriedad a la solicitud, reduciendo el peligro de abusos que tendría lugar en caso de atribuir el derecho al socio individual. En mi opinión, esto sólo es un atavismo, porque en nada afecta a la sociedad que los accionistas que representen un menor porcentaje del capital social puedan solicitar directamente a la autoridad judicial la formulación de la convocatoria. Negar éste derecho al titular de un menor porcentaje del capital social no reduce el peligro de soportar abusos o de quitarle seriedad a la solicitud, pues tan serio es que se legitime al 33% del capital social, como al 5% o, más aún, al accionista individualmente considerado.

3.- La seriedad o garantía de no presentar solicitudes de convocatorias infundadas no radica en la tenencia de un número determinado de acciones, sino en el interés que se persigue, interés que por supuesto no debe ser personal o egoísta, sino estrictamente en beneficio de la sociedad, para darle mayor flexibilidad a sus órganos y eliminar obstáculos o formalismos inútiles como el depósito de acciones ante notario o en una institución de crédito.

4.- Debe notarse que reunir el 33% del capital social resulta difícil si nos referimos a sociedades de gran magnitud, lo cual resulta un obstáculo para la funcionalidad del derecho en tales sociedades cuyas acciones se encuentran distribuidas entre el gran público inversionista.

5.- La intervención del notario debería ser para efectos de determinar cuando nace la obligación de convocar a asamblea si ésta no se hace en los términos que

establece la ley, es decir, para efectos de solicitar, a través de una diligencia extrajudicial (notificación o fe de hechos), al órgano de administración la formulación de la convocatoria a efecto de que empiece a correr el plazo, no de quince días, sino de un mes, para convocar a asamblea y en caso de no hacerlo, la convocatoria la hará el juez a solicitud de cualquier accionista, no del 33% del capital social.

6.- Propongo que la solicitud de convocatoria sea instada por accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, pero deberán expresar los asuntos a tratar mediante requerimiento con la intervención de un notario, acompañando a la solicitud un proyecto de orden del día. El órgano de administración tendrá derecho a rechazar la solicitud de convocatoria instada por la minoría cuando se pretenda la deliberación sobre objetos ilícitos o imposibles o cuando la solicitud proponga la deliberación de asuntos recientemente tratados y rechazados por una asamblea de accionistas anterior, sin perjuicio de volver a formular solicitud; lo anterior para resguardar un principio fundamental en materia societaria y que es el *principio de autonomía de los administradores*, porque no puede dejarse a la sociedad en manos de minorías obstruccionistas cuyo propósito no es más que dañar los intereses de la misma.

7.- Con estos supuestos trato de comprobar que existe la necesidad de un control por parte del órgano de administración del contenido del orden del día que formule en su propuesta la minoría que represente el cinco por ciento del capital social, ya que de otro modo no se podría apreciar con claridad que pueden existir causas que motiven la negativa a realizar la convocatoria, sin el consiguiente riesgo de incurrir en responsabilidad.

8.- Se propone que el presupuesto de la actuación del juez sea además de la no convocatoria, la no inclusión en el orden del día de los puntos a tratar redactados por los solicitantes en su proyecto, dentro del plazo legal de un mes, contado a partir de que los administradores reciban la solicitud. Con ello, se encarga la tutela del derecho de la minoría a una figura distinta y ajena a la estructura de la sociedad, sin dejarla únicamente en manos de los administradores, ni permitir un ejercicio abusivo por parte de los socios. Al juez se le encomienda, entonces, la función de *"filtro"* de las decisiones de los administradores y la protección de las minorías que no sea irrespetuosa del interés societario.

9.- Reducido el porcentaje para que la minoría pueda ejercer el derecho de la solicitud de convocatoria y con una adecuada regulación de los asuntos a tratar en el orden del día, los artículos 185 y 205, tendrían que ser derogados, dada la inoperatividad de los mismos, quedando redactada la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su parte conducente, de la siguiente manera:

"ART. 184.- Los accionistas que representen el cinco por ciento del capital social suscrito y pagado como mínimo, podrán pedir por escrito y ante notario, en cualquier tiempo, al administrador, al consejo de administración o a los comisarios, la formulación de convocatoria a asamblea general de accionistas, para tratar los asuntos que se indiquen en el proyecto de orden del día que remitirán en unión de su solicitud.

El administrador, el consejo de administración y el o los comisarios, tendrán derecho de examinar el contenido de la orden del día, quienes podrán integrarla con nuevos asuntos a tratar en la asamblea que se convoque, siempre y cuando dicha modificación no sea maliciosa y sea acorde con los intereses de la sociedad. Asimismo, podrán rechazar la solicitud de convocatoria formulada por la minoría, sin perjuicio de que se puedan subsanar los vicios de la misma, por las siguientes causas:

I.- Cuando en la solicitud se pretenda la deliberación sobre objetos ilícitos o imposibles y,

II.- Cuando la solicitud proponga la deliberación de asuntos recientemente tratados y rechazados por una asamblea de accionistas anterior.

Si el administrador o consejo de administración o los comisarios no hicieren la convocatoria dentro del término de un mes contado a partir de que se haya recibido la solicitud, o no se incluyeren en el orden del día los puntos a tratar propuestos por la minoría, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de cualquier accionista, sin más requisito que el de acreditar su carácter de tal, exhibiendo al efecto el o los títulos de las acciones.

ART. 185.-Derogado.

ART. 205.-Derogado."

C.- En cuanto al derecho de tener representación en el órgano de administración y en el de vigilancia, no propongo reformar la Ley General de Sociedades Mercantiles, sino sólo apuntar la necesidad de que el régimen dispositivo que regula el artículo 144

debe tener una adecuada regulación en los estatutos, para no caer en fallas o errores y a la hora de que en el contrato social se establezcan “los derechos que corresponden a la minoría en la designación”, se cumpla con el espíritu del legislador y con los principios básicos del derecho de sociedades.

D.- Por lo que se refiere al derecho de exigir responsabilidad de los administradores y comisarios, se concluye que:

I.- Es necesario aludir a la insuficiencia del artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles para que la acción social de responsabilidad en contra de los administradores y comisarios, pueda cumplir con las funciones de efectivo resarcimiento de los daños causados a la sociedad y estimular a los administradores para que realicen sus funciones con diligencia.

2.- Desde el punto de vista de la relación que guarda la acción de responsabilidad con evitar que se cause un daño a la sociedad, resulta necesario que el derecho de minorías se conceda a quienes representen el 5% del capital suscrito y pagado, reduciendo la cuota del 33% que actualmente pide la norma y reformando el artículo 163 para quedar redactado de la siguiente manera:

“ART. 163.- Los accionistas que representen por lo menos el cinco por ciento del capital social suscrito y pagado, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que se satisfagan los requisitos siguientes:

- I. Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades a favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes.*
- II. Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados y;*
- III. Que los demandantes designen a la o las personas que ejercerán la acción en representación de los accionistas que representen el cinco por ciento del capital social.*

Los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibidos por la sociedad.

E.- Finalmente, dentro del marco del derecho de retiro por disidencia grave, conviene comentar que la ley no establece el derecho de retiro por pactar una duración indefinida de la sociedad. Lo anterior encuentra su razón porque la duración de la sociedad constituye el límite temporal de la vinculación de cada socio a la sociedad de la que forma parte, ya que si el estatuto no estableciera plazo alguno de duración de la sociedad, o bien, preceptuara que éste fuera indefinido, el socio, que obre de buena fe, podría demandar su retiro después del transcurso de un lapso razonable en relación con la finalidad para la cual se hubiese constituido la sociedad, porque en efecto, una vinculación permanente, sin limitación temporal alguna, resultaría contraria al principio de libertad contractual, y si no al texto sí al espíritu del Art. 5º, párrafo sexto de la Constitución.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALCOVER GARAU, Guillermo, et. al. "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez", Tomo II, Sociedades Mercantiles, Edit. Civitas S. A., 1ª reimpresión, Madrid, 1997.
- 2.- AVILA NAVARRO, Pedro. "La Sociedad Anónima", Tomo I, Edit. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1997.
- 3.- ASCARELLI, Tullio. "Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas", Edit. Imprenta Universitaria, México, 1951.
- 4.- BARRERA GRAF, Jorge. "Instituciones de Derecho Mercantil", 2ª reimpresión, Edit. Porrúa, México, 1998.
- 5.- BOQUERA MATARREDONA, Josefina. "La concentración de acciones en un sólo socio en las Sociedades Anónimas", Edit. Tecnos, Madrid, 1990.
- 6.- CAMARA, Manuel de la, et. al. "Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima", Edit. Civitas S.A., Madrid, 1995.
- 7.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. "Derecho Mercantil". Edit. Herrero, México, 1982.
- 8.- DE PINA VARA, Rafael. "Derecho Mercantil Mexicano", 25ª ed., Edit. Porrúa, México, 1996.
- 9.- FRISCH PHILIPP, Walter. "Sociedad Anónima Mexicana", 4ª ed., Edit. Harla Oxford University Press, México, 1996.
- 10.- GARCIA RENDON, Manuel. "Sociedades Mercantiles", 2ª ed., 3ª reimpresión, Edit. Harla Oxford University Press, México, 1999.
- 11.- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, et. al. "Estudios sobre la Sociedad Anónima", Edit. Civitas, Madrid, 1993.
- 12.- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, et. al. "Las Sociedades de Capital conforme a la nueva Legislación", 3ª ed., Edit. Trivium, Madrid, 1990.
- 13.- GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil", Tomo I, 9ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998.
- 14.- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. "La Protección de las Minorías en las Sociedades Anónimas", Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

- 15.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones", 10ª ed., Edit. Porrúa, México, 1995.
- 16.- HALPERIN, Isaac. "Manual de Sociedades Anónimas", Edit. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958.
- 17.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. "Homenaje a Jorge Barrera Graf", Tomos I y II, UNAM, México 1989.
- 18.- JUSTE MENCIA , Javier. "Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima", Edit. Aranzandi, Madrid, 1995.
- 19.- LLEBOT MAJO, José Oriol. "Los deberes de los administradores en la Sociedad Anónima", Edit. Civitas S. A., Madrid, 1996.
- 20.- MANTILLA MOLINA, Roberto. "Derecho Mercantil", 29ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998.
- 21.- PALLARES, Jacinto. "Derecho Mercantil Mexicano", Edición facsimilar, UNAM, México, 1987.
- 22.- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil", Tomo I, 24ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999.
- 23.- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. "Tratado de Sociedades Mercantiles", 5ª ed., Edit. Porrúa, México, 1977.
- 24.- SANCHEZ MEDAL, Ramón. "De los Contratos Civiles", 16ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998.
- 25.- SOLA CAÑIZARES, Felipe de. "Tratado de Sociedades por Acciones en Derecho Comparado", Tomos I, II y III, Edit. Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1957.
- 26.- URÍA, Rodrigo. "Derecho Mercantil", 24ª ed., Edit. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 1997.
- 27.- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo Ma. "La Sociedad Irregular", Edit. Aranzandi, Madrid, 1995.
- 28.- VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. "Asambleas, Fusión, Liquidación y Escisión de Sociedades Mercantiles", 7ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999.
- 29.- VEGA VEGA, José Antonio. "La Sociedad Anónima: Teoría y Praxis", Edit. Tecnos, Madrid, 1997.

30.- VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso. "Constitución de Sociedades Anónimas", Edit. COLEX, Madrid, 1991.

31.- VILLEGAS, Carlos Gilberto. "Sociedades Comerciales", Tomos I y II, Edit. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997.

OTRAS FUENTES

- Código Civil para el Distrito Federal.
- Diario Oficial de la Federación.
- Ley General de Sociedades Mercantiles.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.