



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

**"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y
ACCIÓN DE OPOSICIÓN, RESPECTO DE LOS ACUERDOS
TOMADOS EN LAS ASAMBLEAS DE LA SOCIEDAD
ANÓNIMA Y COMANDITA POR ACCIONES"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

CAIN ADAN DIAZ

ASESOR DE TESIS:

LIC. FRANCISCO JAVIER HUIZAR ORTEGA

NOVIEMBRE DE 2004



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.

Con inmensa gratitud:

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO.**

A mi Escuela:

**LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN.**

Con gran respeto:

A todos los miembros del sínodo.

Con todo mi amor:

**A mi esposa María de
Jesús Ana y las dos hijas
que me has dado: María
José y Natasha Abigail.**

**Y a ti mamá que
supiste esperar este
momento al igual que
la Familia Adán Díaz.**

**Con un recuerdo
imborrable a mi mamá
Viky (+) y mi señor
padre Tarcisio Adán
Alemán (+).**

**Para ti Ismael
Martínez Alemán que
sabes cuanto te
aprecio.**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y ACCIÓN DE
OPOSICIÓN, RESPECTO DE LOS ACUERDOS TOMADOS EN LAS
ASAMBLEAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y COMANDITA POR
ACCIONES.**

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Hacer un trabajo de investigación acerca de la acción de nulidad y oposición, en contra de los acuerdos tomados en una asamblea de una sociedad anónima y comandita por acciones, implica necesariamente hacer una investigación no sólo de Derecho Mercantil, sino también, de Derecho Civil y Procesal, que inevitablemente conducen a una complejidad alta, sin embargo, cuando un trabajo se entrelaza con el concepto jurídico fundamental "*acto jurídico*", el tema del que se hable se convierte aún más complicado, no sólo por la cantidad de doctrinas que existe al respecto, sino porque, llevan necesariamente a otros temas demasiados extensos, tal es el caso de la nulidad del acto jurídico, que en todo caso sería aplicable a la nulidad de un acuerdo tomado en una asamblea de una sociedad anónima y comandita por acciones.

El presente proyecto de tesis se justifica principalmente porque reúne la característica de ser un tema poco comentado, al menos por la doctrina nacional el tema ha sido explicado someramente y sólo hacen referencias al tema de impugnación, anulabilidad, revocabilidad de las resoluciones tomadas en asambleas de la sociedad mercantil en general, sin precisar que dicha acción se encuentra en la parte conducente de la sociedad anónima y que en todo caso sería aplicable a la propia anónima y comandita por acciones; Asimismo omiten hablar de *acción de nulidad u oposición*, únicamente hacen referencia "a cuando un acuerdo es anulable o impugnabile", dando algunos autores los requisitos de la procedencia para su impugnación, pero, no desarrollan el estudio desde el punto de vista procesal, cuestionamientos de *¿Cómo hacer efectivas éstas acciones?, la prestación que se debe reclamar en una demanda de nulidad o de oposición. Juez ante quien se debe de promover, términos para hacer efectivas éstas acciones, requisitos de procedencia de éstas acciones, régimen normativo aplicable a la acción de nulidad o de oposición, los efectos de una sentencia que declare fundada una acción de oposición o una acción de nulidad*; Cuestiones que sólo han sido abordadas por los procesalistas sólo en cuanto se refiere a la acción de nulidad de un acto jurídico en materia civil, pero no a lo que se refiere a la *acción de nulidad* de los acuerdos tomados en una asamblea de una sociedad anónima y comandita por acciones y menos aún hacen referencia a la *acción de oposición* respecto de las resoluciones tomadas en una asamblea de una sociedad anónima y comandita por acciones: temas que sería importante aclarar en el presente trabajo de tesis.

OBJETIVO

El presente proyecto de tesis tiene como propósito fundamental, dar a conocer los elementos jurídicos necesarios que se deben de tomar en cuenta, para ejercitar la *acción de nulidad u oposición* en contra de los acuerdos tomados en las asambleas de la sociedad anónima y comandita por acciones, asimismo analizar los requisitos de su procedencia y estudiar los efectos jurídicos de la sentencia, que declare procedente una acción de este tipo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1.

SOCIEDAD MERCANTIL.

1.1.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.....	1
1.1.1.	RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.....	8
1.2.	TIPOS DE SOCIEDADES MERCANTILES.....	12
1.2.1	SOCIEDAD PERSONALISTA.....	13
1.2.2	SOCIEDAD CAPITALISTA.....	17
1.3.	CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL.....	19
1.4.	ÓRGANOS QUE INTEGRAN Y REPRESENTAN A UNA SOCIEDAD MERCANTIL.....	28

CAPÍTULO 2.

ASAMBLEAS QUE SE CELEBRAN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y COMANDITA POR ACCIONES.

2.1.	ASAMBLEA CONSTITUTIVA.....	38
2.2.	ASAMBLEAS GENERAL, CLASES Y SU DIVISIÓN.....	41
2.3.	ASAMBLEA ORDINARIA.....	45
2.4.	ASAMBLEA EXTRAORDINARIA.....	51
2.5.	ASAMBLEAS MIXTAS.....	53
2.6.	ASAMBLEAS ESPECIALES.....	54
2.7.	ASAMBLEAS DURANTE EL ESTADO DE LIQUIDACIÓN.....	58

CAPÍTULO 3.

ACCIÓN DE NULIDAD.

3.1.	TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO.....	62
------	-------------------------------	----

3.2.	TEORÍAS DE LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO.....	68
3.3.	RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE AL ACTO DE COMERCIO.....	87
3.4.	LA ACCIÓN DE NULIDAD RESPECTO DE LOS ACUERDOS TOMADOS POR LA ASAMBLEA DE LAS SOCIEDADE ANÓNIMA Y COMANDITA POR ACCIONES.....	95
3.5.	REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD.....	110
3.6.	LA VIA PROCESAL PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD.....	113
3.7.	EFFECTOS JURIDICOS DE LA SENTENCIA, QUE DECLARE PROCEDENTE LA ACCIÓN DE NULIDAD.....	114

CAPÍTULO 4.

ACCIÓN DE OPOSICIÓN.

4.1.	CONCEPTO DE OPOSICIÓN.....	115
4.2.	LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN EN CONTRA DE LOS ACUERDOS TOMADOS EN LAS ASAMBLEAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y COMANDITA POR ACCIONES.....	117
4.3.	REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN.....	120
4.4.	LA VÍA PROCESAL DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPOSICIÓN.....	122
4.5.	EFFECTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA, QUE DECLARE PROCEDENTE LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN.....	123
4.6.	ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y OPOSICIÓN.....	124

CONCLUSIONES.

PROPUESTAS.

BIBLIOGRAFÍA.

1. SOCIEDAD MERCANTIL

1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.

Desde el punto de vista histórico, las diversas formas de sociedades mercantiles han tenido distintas raíces, cada una de estas formas principales han nacido de manera independiente entre ellas; así la sociedad en comandita, no es, históricamente, una sociedad en nombre colectivo modificada, y la sociedad por acciones no es una sociedad comandita modificada, sin embargo, una vez nacidas han tenido recíproca y diversa influencia entre sí.

En una primera etapa, las sociedades mercantiles se caracterizaron por su forma ocasional y transitoria, se constituían para la realización de un fin concreto que debería efectuarse en un plazo breve. Estas sociedades (de la antigua civilización europea) se formaron del tipo latino, *commenda*, contrato cuya esencia consistía en el encargo dado por el *commendator* al *tractator* para que éste operara con el dinero o mercancías que aquél le proporcionaba.

Tenían dos formas típicas: la *accomendatio* y la *collegantia o societas*, caracterizada esta última por que frente a terceros solamente actuaba el *tractator*. “Estas formas latinas tienen una estrechísima correspondencia en las formas germánicas denominadas *sendeve* y *wedderlegginge*.”¹

¹ JULIUS VON GIERKE, HANDELSRECHT, BERLIN, TERCERA EDICION, 1929, PAG. 163. CITADO POR JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ EN SU TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, PAG. 3, SEPTIMA EDICION, MEXICO 2001.

La segunda etapa se distinguió por la aparición de la sociedad de tipo permanente, que se estructuraron en dos formas y que persisten en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles hasta nuestros días: *la sociedad colectiva y la comandita simple*.

En la consideración del origen histórico de la sociedad colectiva, se perfilan tres grupos de teorías. “Para unos, se desconoce como principio general y fundamental la derivación de la sociedad colectiva del vínculo familiar, aunque admiten que si ocurrió en Italia, ya que sobre el vínculo familiar privaba siempre implícitamente el contrato de sociedad.”²

“Otros autores basan exclusivamente el origen de la sociedad colectiva en la organización y el vínculo de la familia germánica.”³

Opinión intermedia es la de NAVARRINI, para quien el origen de la sociedad colectiva debe de buscarse necesariamente en el vínculo familiar, tal y como se había manifestado en la edad media y en la que por diversas circunstancias obligaron a la familia a vivir en una misma casa.

La unidad de la residencia y la comunidad de vida en la que los gastos e ingresos eran comunes. Esta comunidad se veía reforzada cuando era necesaria la producción, más

² GOLDSCHMIDT, UNIVERSALGESCHICHTE DAS HANDELSRECHTS, PAG 271, CITADO POR JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ EN SU TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, PAG.188, SEPTIMA EDICIÓN, MÉXICO 2001.

³ LASTIG, EN LA Z. H. R., TOMO XXIX, PAG. 387 Y 55, CITADO POR JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ EN SU TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, PAG. 188, SEPTIMA EDICIÓN, MÉXICO 2001.

que por una simple unidad de consumo, era para la continuación del comercio de los padres y el concepto de la familia se fue ampliando no sólo a los que estaban ligados por la familia sino que se fue ampliando a personas extrañas a ella.

Ahora bien, ciertos ingresos ya no correspondían a todos, ni ciertas cargas recaían sólo en algunos, por lo que se hizo necesaria la rendición de cuentas. De ahí surge la opinión que para llegar a la aportación sólo requería un pequeño esfuerzo y que se pasara de la comunidad familiar a la contractual en la que no será necesario comprender todos los bienes, basando la voluntad libre al capital aportado a fines estrictamente sociales, de este modo, se empezó a vincular personas extrañas a la familia.

De la mezcla de todos estos principios y tendencias, surgió una sociedad completamente distinta a la romana, bien porque el origen familiar acentuaba la confianza mutua o bien por el interés individual constreñía el provecho del incremento de los fines sociales, dando como resultado el carácter orgánico que se adquiere en las relaciones internas y externas de una sociedad.

En Italia, aparece ya completamente organizada en el siglo XIII y por esa misma época es también conocida en España, en Alemania aparece en los siglos XIV y XV: Recogida en los estatutos mercantiles, pasa a la ordenanza General Francesa con el nombre de *societé générale* y de aquí a los demás países.

“Las Ordenanzas de Bilbao las reglamentan en su capítulo X, bajo el nombre de Compañías generales; En Francia recibe el nombre de *société ordinaire* y de *société libre* y es Pothier quien la llama *société en nombre colectivo*.”⁴

Como lo apunta Joaquín Rodríguez Rodríguez, la sociedad en nombre colectivo es la forma más espontánea de sociedad ya que como se anotó anteriormente siempre estuvo ligada a la vida familiar y a la continuidad del nombre ancestral en la que se reúnen un grupo de restrictivo de personas que cumple con una voluntad común para el ejercicio de un fin de una empresa.

“En esta misma etapa como se asentó al principio de este tema aparece la sociedad en *comandita simple* este tipo de sociedad para algunos autores se deriva directamente del contrato de *commenda*, contrato, que pese a su nombre era desconocido en el derecho romano, el contrato de *commenda* surge inicialmente en el comercio marítimo, y mediante él, una persona (*commendator*) se interesa en las resultas de un viaje que un comerciante va emprender, entregándole dinero o mercancías que pasan a la propiedad de aquél, quien contrataba en nombre propio y disponía de las cosas como si fueran suyas (*tractator*).”⁵

Cuando el comercio marítimo pasa al comercio terrestre, la *commenda* deja de referirse a los efectos de un solo viaje para hacerlo a una operación o serie de operaciones

⁴ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUÍN, OP. CIT., PAG 189.

⁵ IBIDEM

mercantiles realizadas por el *tractator*, en las que se interesaban diferentes personas que, por motivos de rango social y de la poca consideración que merecía el comercio, o por simples motivos de capacidad no aparecían en las operaciones y quedaban ocultas tras la pantalla que constituía el *tractator*.

Una ley dada en Florencia en 1408 exigió que estos contratos se registrasen para que se conociese claramente la posición y la aportación de los socios comanditarios y de los comanditados.

“Para unos, la exigencia de la publicidad del contrato fue una necesidad para proteger a los acreedores de los abusos de los socios de la condescendencia en caso de insolvencia, para lo cual era imperiosamente conocer claramente la calidad de los socios y las cuotas que cada uno había comprometido aportar.”⁶

Para otros, la publicidad a que se hace referencia en anterior párrafo nació de la necesidad de presentar el contrato de la *commenda* como un auténtico contrato de sociedad.

“Apartándose de esta concepción, se ha dicho también que la sociedad en comandita surge de la sociedad colectiva en decadencia en la que se introduce el principio de la

⁶ VIVANTE. CITADO POR JOAQUÍN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, EN SU TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES. SEPTIMA EDICION. PAG 206. EDITORIAL PORRÚA, MEXICO 2001.

limitación de la responsabilidad de algunos socios, opinión que no ha sido demostrada con la suficiencia debida.”⁷

Según la Ley de Florencia de 1408, de la cual cita y no hace mayor referencia de ella, Joaquín Rodríguez Rodríguez dice que la sociedad en comandita apareció en los estatutos de diversas Ciudades italianas de donde paso a la ordenanza francesa en 1673 y a las ordenanzas de Bilbao y de ahí a los diferentes Códigos de Comercio.

La tercera etapa se da en el transcurso de los siglos XVII al siglo XIX en las que aparecen las sociedades de capital, esta etapa es trascendental en la madurez de las sociedades mercantiles ya que en ella se encuentra el nacimiento de *la sociedad anónima*, la cual como claro antecedente se habla de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales de 1602 que ya contaban con las características principales de la actual sociedad anónima: limitación a la responsabilidad de socios y división del capital en acciones.

Surge verdaderamente la sociedad anónima dice el maestro Mantilla Molina “cuando se forman grandes empresas de descubrimiento y colonización de nuevas tierras, y para ello se organizan la compañía Holandesa, de las Indias Orientales (1602), la Compañías de las Indias Occidentales (1621), la compañía Sueca meridional (1626), etc.”⁸

⁷ ARCANGELI. CITADO POR JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ EN SU TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, SEPTIMA EDICION, PAG 206. EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 2001.

⁸ MANTILLA MOLINA, ROBERTO L. DERECHO MERCANTIL, MÉXICO VIGÉSIMA OCTAVA EDICIÓN, PAG 342, EDITORIAL PORRÚA, MEXICO 1992.

Según Macedo Hernández el condominio naval del tipo germánico *Reedere* es señalado por Karl Lehmann como el más directo antecedente de esta notable institución la fusión de varias *Reedere*; según el autor citado, dio como resultado a las compañías colonizadoras.

Originalmente su constitución requería de la expedición de carta o cédula real, pues implicaba privilegios y cesión de monopolios, que le otorgaban el carácter mercantil y público. El Código de Comercio Francés de 1807 desapareció la autorización de carácter administrativo, quitándole la concentración de monopolios y privilegios a la sociedad anónima pasando a constituir una institución típica de derecho privado.

Por otro lado también surgieron nuevas formas sociales en las que se trata de combinar la estructura personal de la sociedad colectiva con los principios de la sociedad anónima. Así vemos nacer a la *sociedad en comandita por acciones* y la *sociedad de responsabilidad limitada*, ambas producto de reflexión legislativa y no como formas espontáneas de organización, la primera creación del moderno derecho francés en el siglo XIX, se legisla como un medio de eludir las restricciones que se le imponía a la sociedad anónima, la segunda encuentra su antecedente en una ley alemana de 1892 y el objeto principal de su creación fue con el fin inmediato de adaptarla a las necesidades del pequeño y mediano comercio ya que en principio la sociedad anónima se creó para los grandes comerciantes.

Ya en el transcurso del siglo XX y muy particularmente en nuestros días, ha surgido una nueva etapa, que se caracteriza con las formas asociativas económicas y jurídicas de empresas y sociedades con alteraciones en su concepto tradicional, como consecuencia de dos fenómenos:

- a) La aparición de sociedades de economía mixta como una forma de actuación del Estado en el campo de la actividad mercantil.
- b) Las grandes agrupaciones o concentraciones industriales (*trusts, kartels, koncerts, holding, agrupaciones de sociedades, etc.*)

Lo que ha generado un desplazamiento, que aún incipiente, terminará imponiéndose sobre los tipos de sociedades mercantiles que recoge nuestra actual Ley General de Sociedades Mercantiles, esta etapa que comenzó en el siglo pasado y que persiste a paso lento a principios de este siglo XXI, creará un panorama diferente y tal vez las sociedades de carácter mercantil terminen siendo reguladas en su totalidad por el Derecho económico.

1.1.1. RECONOCIMIENTO JURIDICO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.

Como casi todas de las instituciones jurídicas de nuestro país han sido importadas de otros países de Europa, las sociedades mercantiles no fueron la excepción, en un principio

los diferentes tipos de sociedades mercantiles encontraron su reconocimiento jurídico en el Código de Napoleón, este reglamentaba a la sociedad colectiva, en comandita y la sociedad anónima, mismas que fueron acogidas por el Código de Comercio Español de 1829 y en nuestro Código de Comercio de 1854.

En el Código de Comercio Mexicano de 1854 ya reconocía las tres especies de sociedades de comercio.

- a) La sociedad colectiva.
- b) La sociedad en comandita.
- c) La sociedad anónima (Art. 231)

“Las mismas tres formas que se encontraban en el Código de Comercio de 1883 y que también estaban reguladas las compañías de capital variable y la de responsabilidad limitada (Art. 355 y 356) al tiempo que la sociedad comandita simple o en forma compuesta (o por acciones) (Art. 493 y siguientes y 507 y siguientes)”⁹

En esa época las sociedades de capital variable son una simple modalidad de la anónima y de la comandita compuesta, con las mismas características que contempla nuestra Ley de Sociedades Mercantiles (artículos 589 a 589 del Código de Comercio de 1883). En nuestro Código de Comercio de 1889, encontramos reconocidas cinco formas de sociedad:

⁹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. OB. CIT., PAG 6.

La sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple, la sociedad en comandita por acciones, la sociedad anónima y la sociedad cooperativa.

Finalmente, la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934 reconoce las mismas cinco formas, y, además, a la sociedad de responsabilidad Limitada.

Debe de advertirse que estas seis formas de sociedades mercantiles son *limitativas* según se advierte de la exposición de Motivos de la propia Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando dice:

“.....La enumeración de la ley no tiene el carácter de enunciativa, sino precisamente de limitativa y para asegurar la vigencia del sistema, el proyecto adopta un criterio rigurosamente formal en lo que toca a la determinación del carácter mercantil de las sociedades....”

De manera que cualquier sociedad mercantil tiene necesariamente que adoptar una de estas formas.

Es innegable que las sociedades atraen capitales y fomentan el desarrollo, es por eso que los Estados contemporáneos se han preocupado en regular y reconocer la personalidad jurídica de las mismas, sin embargo, el propio Estado en virtud de la anterior circunstancia, ha tenido tendencia a desregular lo menos posible respecto de la responsabilidad socios.

Hoy en día la sociedad mercantil forma dentro del mundo capitalista un elemento esencial de su economía quizá, por eso, dentro de todos los Estados contemporáneos lo mismo en los capitalistas liberales, que los de tendencia más o menos marcada por la intervención del Estado, inclusive aquellos que tienen un régimen socialista, les resulta necesaria la reglamentación de la sociedad mercantil, para la marcha moderna de la economía dentro de la comunidad de Estados.

En la actualidad la sociedad anónima es la forma capitalista por excelencia, el instrumento más ajustado a las necesidades de este régimen económico, ya que la sociedad anónima se ajusta coincidentemente con el desarrollo y evolución del capitalismo moderno.

Sin embargo encontramos la tendencia de utilizar las formas de sociedad mercantil en particular la de responsabilidad limitada, y la anónima como simple estructura de limitación de responsabilidades y no como formas de organización colectiva; es decir se propugna la admisión de sociedades que no son sociedades propiamente. Hoy en día la sociedad anónima ha sufrido una profunda crisis en cuanto a la forma de decisión mayoritarias y de supremacía de su asamblea general, haciendo prevalecer la voluntad de un socio mayoritario, que más bien, hace parecer patrón o jefe de los demás, desconectado de la influencia social.

1.2. TIPOS DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Al referirnos al tipo de sociedades mercantiles se hace alusión de su distinción que se hace de ellas y de lo cual he considerado para sus análisis y estudio dividir las en dos grandes grupos: *sociedades personalistas* y *sociedades de capitales*, aunque dicha distinción a veces no coincide dada la mezcla de varios elementos que existen dentro de la sociedad de responsabilidad limitada y comandita por acciones, considero sin embargo, que ésta división es la más conveniente para distinguirlas.

Al decir que se trata de sociedad personalista, queremos subrayar el papel especialmente importante que desempeña el *intuitu personae*; es decir, la consideración a la calidad individual de las personas que la forman.

Entre las sociedades personalistas podemos mencionar a la *sociedad en nombre colectivo* y *en comandita simple* y aunque no regulada por la nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, podemos decir que la sociedad cooperativa sería un tipo de estas.

Dentro de las sociedades capitales se puede mencionar principalmente a la *Sociedad Anónima* y muy discutible encuadrarlas dentro de este género a la *sociedad en Comandita*

por Acciones y de *Responsabilidad Limitada* aunque esta última reconocida de carácter capitalista, expresamente por Barrera Graf.¹⁰

1.2.1. SOCIEDAD PERSONALISTA.

Empezaré haciendo el análisis de las sociedades personalistas o de personas como la llaman algunos autores ya que históricamente fueron las primeras en aparecer y que desde luego se regularon antes que las de capitales; Las denominadas sociedades personalistas o de personas "*Intuitu persone* cuyos antecedentes se remontan en Roma a través de las *societas vectigalim* y *publicanorum*" se removieron y se practicaron en la edad media, a través de la compañía de la sociedad general".¹¹

Barrera Graf considera que las sociedades personales se utilizan y se utilizaban en círculos familiares, y se establecía para normar relaciones comerciales entre familiares y amigos.

Como consecuencia del carácter cerrado y privado de las sociedades de personas la gestión y la administración se reservan a los socios y se prohíbe la entrada de nuevos socios sin el consentimiento unánime de los fundadores.

Por otra parte los denominados socios colectivos responden de las deudas de las sociedades, con su propio patrimonio de manera personal e ilimitada.

¹⁰ BARRERA GRAF, JORGE. INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL, EDITORIAL PORRUA, PAG. 363, MEXICO 1989.

¹¹ GIRÓN TENA, CITADO POR BARRERA GRAF EN SU LIBRO DE INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL, PÁGINA 345, MEXICO 1989.

Esta responsabilidad personal e ilimitada de los socios colectivos, socios administradores o socios gestores (esta forma la denominaban el Código de Comercio de 1884 en su artículo 237), es la que explica la naturaleza y los demás atributos de los dos tipos de sociedad personalistas que actualmente regula la Ley General de Sociedades Mercantiles, es decir la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita simple, ya que la otra sociedad personalista la cooperativa, también personal no está regulada pero si nombrada en el artículo 1, fracción III y artículo 212 ambos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, además que esta sociedad tiene elementos públicos y sociales que la distinguen de los otros cinco tipos que enumera la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ambos tipos de sociedad personal tienen una esfera de acción cada vez más limitada, tanto entre nosotros como en otros países, cubren necesidades económicas menores, que se dan en pequeñas empresas y en talleres así como en actividades económicas familiares.

Ahora bien, los socios comanditados responden con todo su patrimonio de las obligaciones que asume la sociedad, normalmente realizaban una ocupación plena dentro de la sociedad.

En nuestro país, como en otros de igual tradición jurídica este tipo de sociedades tienden a desaparecer, no obstante, si ya no como figuras jurídicas frecuentes y regulares, la sociedad en nombre colectivo y la comandita son utilizadas hoy como sociedades anómalas

o irregulares en los campos familiares y de pequeña empresa en donde lo que hacen es simular una figura de sociedad (Sociedad en participación).

Es innegable que este tipo de sociedades también tiene ciertos atributos y ventajas y en los que podemos mencionar:

- La sociedad personal tienen los acreedores la garantía no solo sociedad sino de uno o de sus socios para el cumplimiento de sus obligaciones.
- Son en ellas posible combinar en cuanto a las aportaciones de sus socios, el trabajo de estos con capital dado que nada más en las sociedades personales cabe las aportaciones de industrias.

Se puede afirmar que el principal atributo de este tipo de sociedades se protege ampliamente a los acreedores sociales, no sin antes mencionar que se puede pactar dentro de las sociedades personalistas que algunos socios limiten su responsabilidad a una porción o cuota determinada (Art. 26 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) no produciendo dicho pacto efectos externos frente a terceros, sino sólo internos, entre los socios de manera que frente a los acreedores sociales el socio respectivo responderá con tal patrimonio, ahora bien, respecto de lo que hubiera pagado en exceso del pacto del limite su responsabilidad le corresponde un derecho en contra de los socios colectivos o cuyo favor no se hubiera pactado limitación alguna.

Por lo que respecta a la responsabilidad de los socios colectivos dentro de las sociedades personalistas cabe hacer las siguientes menciones: Que es ilimitada significa que responde con todo su patrimonio por cualquier cuantía de las obligaciones sociales, pero al mismo tiempo solidaria y subsidiaria, según Rodríguez y Rodríguez Joaquín.¹²

El que sea solidario puede significar dos cosas, una, que cualquiera de los socios responden del importe total de las obligaciones sociales por que solidaridad existe entre socios por el total de las obligaciones sociales por que la solidaridad existe entre socios, otra que todos los socios responden solidariamente a la sociedad.

Por lo que se refiere al calificativo del subsidiario se deduce lo siguiente:

- La responsabilidad de los socios es principalmente hablando y no subsidiaria en cuanto a que cabe que la sociedad y los socios pueden ser demandados conjuntamente.
- La responsabilidad es auténticamente subsidiaria desde el punto de vista de ejecución de una sentencia.
- La solidaridad es principal en ambos aspectos (sustantivo y procesal) en lo que atañe a los socios, sin perjuicio del derecho de pago para repetir contra los

12 SIN EMBARGO DICE RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ QUE EL ALCANCE EXACTO DE ESTE CONCEPTO ES EL SIGUIENTE: SUBSIDIARIO.- EN NUESTRO CASO, SIGNIFICA QUE TODO SOCIO PUEDE EXCEPCIONARSE FRENTE A UNA EXIGENCIA DE PAGO POR UNA DEUDA SOCIAL EL BENEFICIO DE EXCLUSIÓN. ESTO ES NINGÚN SOCIO PUEDE SER OBLIGADO AL PAGO DE DEUDAS SOCIALES EN TANTO QUE TODO EL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD NO HAYA SIDO DEDICADO INTEGRALMENTE A ESE MENESTER.

demás, en los términos del Art. 26 de la Ley General de Sociedades Mercantiles o de los pactos estipulados entre ellos.

La falta de la demanda simultánea contra la sociedad y contra un socio hace inejecutable respecto de este sino en virtud de un nuevo juicio.

1.2.2. SOCIEDAD CAPITALISTA.

Las llamadas sociedades capitalistas o *intuitus capitales* son aquellas en las que como su nombre lo indica la característica predominante son los capitales que los socios aportan para constituir las, tal y como quedó asentado en el tema anterior, podemos agrupar dentro de este tipo: *La sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad en comandita por acciones.*

La evolución de este tipo de sociedades inicia con la aparición de la sociedad anónima en el siglo XVII y tres siglos después se creó la sociedad de responsabilidad limitada, respecto de sociedad en comandita por acciones, es discutible doctrinalmente si se trata de una sociedad capitalista o personalista, sin embargo, en opinión particular me inclino más por agruparla dentro de las denominadas sociedades capitalistas teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 208 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dice:

Artículo 208.- La sociedad en comandita por acciones se regirá por las reglas relativas a la sociedad anónima, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

De lo que parece indiscutible su consideración como sociedad capitalista, salvo algunos aspectos concretos.

“En Alemania y en países de influencia germánica predomina el carácter personal de la sociedad en comandita por acciones, mientras que en Francia y en los países de influencia latina sobresale el carácter capitalista”¹³

Dentro de esta clase de sociedades en la sociedad anónima y en menor medida en la sociedad de responsabilidad limitada se permiten a terceros, no socios que sean los administradores y la calidad de socios es eminentemente transmisible, restringiéndose notablemente la causa de retiro y de exclusión.

La transmisibilidad se logra en este tipo sociedades al incorporar a que todos los socios no responden directamente ante los acreedores sociales, y solamente quedan obligados ante la sociedad (indirectamente ante los acreedores) a pagar el monto de las aportaciones que hubieran convenido dar, sobresaliendo pues, como principal características de este tipo de sociedades la *limitación de la responsabilidad de socios y división del capital en acciones*.

¹³ FISHER, EN EL HANDBUCH DIE ENRENBURG, III, PAG. 424 Y 425 DIE KOMANDITIGENGESELLSCHAFT AUF AKTIEN, CITADO EN EL TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES DE RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN, PAG. 866, SEPTIMA EDICION, MEXICO 2001.

1.3. CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL.

La constitución de una sociedad mercantil crea un nuevo sujeto jurídico *persona jurídico colectiva*, al mismo tiempo engendra derechos y obligaciones de los que son titulares las partes que en dicha constitución intervienen forman el estado o calidad de socio.

Sin embargo para que produzca la plenitud de estos derechos precisa la observancia de ciertas formas y requisitos, cuya omisión acarrea la irregularidad de la misma.

Es característica esencial que las denominadas personas morales al estar dotadas de voluntad presupone un fin a cuya realización está encaminada, el artículo 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, declara dotadas de personalidad jurídica tanto a las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, como a las que se hayan exteriorizado frente a terceros con tal carácter, con dicha aseveración sólo se confirma la inclusión de la sociedad mercantil entre las personas morales que refiere la fracción tercera del artículo 25 del Código Civil Federal.

Dicho reconocimiento de nuestro sistema jurídico dota de capacidad jurídica en la que se incluye la capacidad de goce y la de ejercicio. Ahora bien, para el ejercicio de los derechos y para el cumplimiento de las obligaciones necesariamente han de realizarse actos jurídicos en las que necesariamente deben de realizarse por sus órganos, es decir seres

humanos dotados de psique que deben de poner al servicio de la sociedad su capacidad cognoscitiva y volitiva.

Hablamos de constitución legal de la sociedad mercantil para referirse al proceso de formación que implica el otorgamiento de un contrato en escritura pública, el registro de la misma y el cumplimiento de ciertos trámites administrativos.

Conviene recordar que la sociedad mercantil resulta del acuerdo de voluntades que expresan los socios en el contrato respectivo y dentro del propio contrato de sociedad debemos incluir el propio contrato social y sus estatutos bajo los cuales se regirán.

Dicho lo anterior, cabe mencionar que Joaquín Rodríguez Rodríguez menciona que se debe de distinguir entre ambos conceptos, se hace mención del contrato social al acuerdo de voluntades de los socios, en tanto que los estatutos lo conforman el escrito otorgado ante Notario o Corredor Público, el artículo 5 de Ley General de Sociedades Mercantiles exige que para la constitución de las sociedades mercantiles la redacción de escritura pública y el artículo 2690 de Código Civil Federal establece la forma escrita para que una sociedad pueda constituirse.

Dentro de los estatutos figuran una serie de cláusulas que responden a disposición de la Ley o la simple conveniencia de los socios.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles refiere en su artículo 6° los requisitos que debe de contener la escritura constitutiva de cualquier sociedad, a efecto de darle una división podemos aglomerarlos en requisitos personales relativos a la sociedad, relativos a la sociedad, requisitos personales a ciertos órganos sociales.

REQUISITOS PERSONALES RELATIVOS A LA SOCIEDAD.

A) DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL.- En breves palabras, en la escritura constitutiva debe de indicarse el nombre que la sociedad vaya a utilizar; el nombre comercial puede ser personal o impersonal y objetivo.

La razón social es el nombre que se forma con los nombres personales de todos, de algunos o alguno de los socios de los que responden de manera ilimitada en las sociedades colectivas y comandita simple y comandita por acciones o de un socio cualquiera en la sociedad de Responsabilidad Limitada, la razón social debe de ir seguida de expresiones que especifiquen de la clase de sociedad de que se trate.

La sociedad anónima y la sociedad cooperativa son sociedades de denominación es decir de esa formación libre y a veces caprichosa de los socios o pudiendo hacerse esa denominación con referencia objetiva a su actividad principal y en la que no debe de faltar la mención de la clase de sociedad de la que se trate ya que según Joaquín Rodríguez Rodríguez equivale a la existencia de una sociedad colectiva.

La sociedad colectiva y en comandita son sociedades de razón social y la sociedad anónima y la sociedad cooperativa son de denominación, en tanto que en la sociedad de responsabilidad limitada y comandita por acciones, según la previsión de sus estatutos pueden llevar razón o denominación social.

B) DURACIÓN.- En cuanto a la duración no hay precepto en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles que limite ni en su mínimo ni en su máximo, sin embargo en un opinión personal considero que debe de indicar el tiempo preciso de la duración de la sociedad.

C) DOMICILIO.- Respecto de domicilio cabe señalar que el Código Civil Federal señala que es el lugar de residencia de una persona, lo mismo que si se trata de un persona física o jurídico colectiva, aunque en este último caso se refiere al lugar donde tenga la administración la sociedad, sin embargo en los estatutos puede pactarse un domicilio convencional con la condición que por lo menos en él deben de estar las oficinas de organización social y administrativa, esta libertad de pactar en los estatutos no puede llegar a la elección de un domicilio ficticio por no existir en la localidad indicada ni instalaciones de la sociedad.

REQUISITOS RELATIVOS A LOS SOCIOS

La fracción primera del artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles indica que deberán de mencionar los nombres nacionalidad y domicilio de las personas

físicas y morales, requisitos normales de identidad que el notario corredor debe de exigir, estos datos tiene relevancia si se consideran las disposiciones contenidas en la Ley de Inversión Extranjera la cual exige ciertos requisitos para que las personas físicas y morales obtengan previamente autorización por parte de la Secretaría de Economía por conducto de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

REQUISITOS REALES

A) CAPITAL SOCIAL.- La fracción V del artículo 6 de Ley General de Sociedades Mercantiles, exige que en la escritura se fije el importe del capital social. La propia Ley señala un capital mínimo para las sociedades de responsabilidad limitada y para la sociedad anónima.

Para las primeras, la cantidad es de tres mil pesos; para la segunda de cincuenta mil pesos y por extensión analógica la sociedad en comandita por acciones tienen el mismo capital de Sociedad Anónima.

B) APORTACIONES.- Requisito real es también el mencionado en la fracción VI del artículo 6 de Ley General de Sociedades Mercantiles, que se refiere a la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes.

C) RESERVAS.- La fracción XI del artículo antes citado indica también como requisito el importe del fondo de reserva el cual no debe de ser inferior de la quinta parte del

capital social como lo exige el artículo 20 de Ley General de Sociedades Mercantiles sin embargo podrá pactarse en los estatutos la formación de reservas superiores.

D) OBJETO DE LA SOCIEDAD.- Por objeto se entiende en este apartado el tipo de actividad que va a realizar la sociedad y según en comentarios de Joaquín Rodríguez Rodríguez, se trata de una acepción incorrecta¹⁴ del término ya que objeto del contrato es las obligaciones de los socios e indirectamente el contenido de éstas, la expresión objeto o mejor dicho finalidad social puede hacerse de un modo concreto y general. Sin embargo es importante hacer un paréntesis al respecto ya que en términos del artículo 26 del Código Civil Federal aplicable de manera supletoria a nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles establece que las personas morales sólo tienen capacidad para la realización de su objeto.

REQUISITOS FUNCIONALES

A) FORMAS DE ADMINISTRACIÓN.- Se debe precisar ante todo la manera en que se debe de administrar la sociedad y las facultades de los administradores.

B) UTILIDADES Y PERDIDAS.- También se debe de consignar desde luego la manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad, este requisito es precisamente la causa, motivo o fin del contrato de sociedad.¹⁵

¹⁴ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, OB. CIT., PAG. 59.

¹⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, OB. CIT., PAG. 69.

C) DISOLUCIÓN.- La fracción XII del multicitado artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles refiere a los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente y es evidente que en defecto de estas causas sólo serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 229 de la propia Ley.

D) LIQUIDACIÓN.- La fracción XIII del artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles refiere que en la escritura puede constar las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder de para la elección de los liquidadores cuando estos no hayan sido designados anticipadamente

Todos los requisitos que se precisaron anteriormente son obligatorios para que se conste en la escritura, para el caso de que se omitan los contenidos en las fracciones VIII al XIII, inclusive el artículo 6 serán aplicables las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, lo cual quiere decir que en todo caso deben constar los requisitos de la personalidad de los socios (fr.I); finalidad de la sociedad (fr. II); la razón social o denominación (fr.III); duración (IV); capital social (fr.V); aportaciones de los socios (VI), y el domicilio social (fr.VII) ya que la propia Ley no ofrece un régimen supletorio que cubra la omisión de la voluntad de los socios.

REGISTRO DE LA SOCIEDAD

El registro de la sociedad ante el Registro Público de Comercio es un requisito que el artículo 7º, párrafo segundo de Ley General de Sociedades Mercantiles exige a todas las

sociedades mercantiles para su debida constitución, el cual debe de darse en un plazo máximo de quince días después de haberse celebrado el contrato social así lo establece el propio precepto antes mencionado con relacionado al artículo 19 del Código de Comercio que a la letra dice:

Artículo 7º.- Si el contrato social no se hubiere otorgado en escritura ante Notario, pero contuviere los requisitos que señalan las fracciones I a VII del artículo 6º, cualquiera persona que figure como socio podrá demandar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura correspondiente.

En caso de que la escritura social no se presentare *dentro del término de quince días* a partir de su fecha, para su inscripción en el Registro Público de Comercio, cualquier socio podrá demandar en la vía sumaria dicho registro.

Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad, antes del registro de la escritura constitutiva, contraerán frente a terceros, responsabilidad ilimitada y solidaria por dichas operaciones.

Artículo 19. La inscripción ó matrícula en el Registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio, y *obligatoria para todas las sociedades mercantiles* y para los buques. Los primeros quedarán matriculados de oficio al inscribir cualquier documento cuyo registro sea necesario.

Otro criterio para dividir las cláusulas que debe de contener la escritura social es el que refiere el maestro Roberto L. Mantilla Molina en su libro de Derecho Mercantil que dice que la cláusulas se dividirán en cláusulas esenciales, naturales y accidentales.

Consistentes las primeras: en el objeto, razón social o denominación, su duración, domicilio, el capital social, con la expresión de lo que cada socio debe de aportar en dinero o en otros bienes.

El las cláusulas naturales se pueden incluir las fracciones consignadas en las fracciones VIII a la XIII y que hacen referencia a las normas sobre la administración de la sociedad (fracs. VIII y IX); reparto de utilidades y constitución de las reservas (fracs. X y XI); Causas de disolución de la sociedad.

Por otro lado están las cláusulas naturales que como se sabe son aquellas que las partes contratantes las crean por convenio específico; De lo que resultan coincidentes las opiniones de los autores citados en cuanto al contenido de las cláusulas que debe de contener la escritura social de una sociedad mercantil.

1.4. ÓRGANOS QUE INTEGRAN Y REPRESENTAN A UNA SOCIEDAD MERCANTIL.

El concepto de órgano se emplea con dos significados. El primero simple y rudimentario que indica al individuo por medio del cual el estado actúa; el segundo más amplio y el que en especial nos interesa se refiere al medio que sirve para ejecutar la voluntad del ente, en este caso la sociedad.

Se analizará dentro de las sociedades de estructura personalista los órganos que integran su estructura que pueden ser tres, la junta de socios, (no se denomina asamblea como en los otros tipos de sociales) el órgano de administración (a cargo de una persona, o personas que pueden ser socios o no socios) y el órgano de vigilancia que es facultativo pudiendo recaer a cargo de un interventor.

Al hacer referencia a la junta de socios se hace relación a que se debe de entender que para tomar acuerdos se requiere el consentimiento o el voto de todos los socios, o de una mayoría de ellos (artículos 31, 33, 34 a 38, 41, 42, 46, 49 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) cuando el acuerdo relativo se les someta.

Para Mantilla Molina expresamente recalca que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles no hace referencia a una junta de socios, sin embargo, hay un grupo de

funciones que corresponden esencial e indelegablemente, al conjunto de socios y de ahí que se afirme la existencia de un órgano formado por todos los socios dentro de las facultades se puede mencionar:

- a) Para autorizar la cesión de partes sociales a la admisión de nuevos socios.(artículo 31 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles)
- b) Para modificar la escritura social. (artículo 34)
- c) Para consentir que un socio se dedique a negocios similares a los de la sociedad. (artículo 35)
- d) Para nombrar y remover a los administradores. (artículo 37)
- e) Para facultar a los administradores a efecto de que enajenen los bienes inmuebles de sociales. (artículo 41)
- f) Para aprobar la delegación del cargo de administrador.(artículo 42)
- g) Para exigir la rendición de cuentas.(artículo 43)
- h) Para fijar la cantidad que han de percibir los socios industriales o capitalista administrador.(49)
- i) Para nombrar los liquidadores de la sociedad.(artículo 236)
- j) Para decidir el proyecto de partición.(artículo 246)

Aunque la Ley General de Sociedades Mercantiles no da reglas de convocatorias y de reunión de la junta de socios, excepto si se trata de aprobar el proyecto de partición (artículo 246, fracción III) la cual la debe de hacer el liquidador, si es conveniente saber que criterio se deben debe tomar para este efecto.

Al respecto el maestro Mantilla dice que sería necesario y conveniente el hecho de que se tomen las reglas contenidas en el artículo 183 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por lo que hace al órgano de administración es conveniente señalar que si dentro del clausulado no se contienen la forma que se debe hacer, esta, deberá de recaer en todos los socios y tendrán pues el carácter de administradores.

En lo que corresponde al órgano de vigilancia se debe de decir que los socios que no formen parte de la administración de la sociedad tienen la facultad de examinar la contabilidad y los papeles de la sociedad, desde luego recabar informes sobre el estado de administración; también pueden nombrar de modo permanente a un interventor que vigile los actos de la administración.

Respecto de la sociedad en comandita simple, se debe dejar en claro que esta no le es aplicable lo conducente a los socios comanditarios de conformidad con lo que establece el artículo 57 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles que a la letra dice:

“Son aplicables a la sociedad en comandita los artículos del 30 al 39, del 41 al 44 y del 46 al 50.

Los artículos 26, 29, 40 y 45 sólo se aplicarán con referencia a los socios comanditados”.

Ya que los socios comanditarios no pueden ser administradores o apoderados de los administradores, aunque, excepcionalmente pueden llegar a administrar por muerte o incapacidad del administrador y por lo que respecto a la vigilancia de la sociedad resulta aplicable lo conducente al artículo 47 que establece que:

Artículo 47.- Los socios no administradores podrán nombrar un interventor que vigile los actos de los administradores, y tendrán el derecho de examinar el estado de la administración y la contabilidad y papeles de la compañía, haciendo las reclamaciones que estimen convenientes.

Respecto de las sociedades capitalista prácticamente existen los mismos órganos sociales, sin embargo, se establece principalmente un órgano supremo denominado asamblea de accionistas, así también el órgano de administración y el órgano de vigilancia.

En la sociedad de responsabilidad limitada aparte de de la asamblea de socios como máximo órgano de decisión, se establece para su administración un cargo denominado de gerentes y para su vigilancia un órgano con existencia contingente denominado consejo de vigilancia.

En la sociedad de responsabilidad limitada el órgano máximo es el denominado asamblea de socios y nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles establece ciertas facultades a este órgano de asuntos que son de su competencia y de los cuales el artículo 78 de la propia Ley los enumera de la siguiente manera:

I.- Discutir, aprobar, modificar o reprobado el balance general correspondiente al ejercicio social clausurado y de tomar con estos motivos, las medidas que juzguen oportunas.

II.- Proceder al reparto de utilidades.

III.- Nombrar y remover a los gerentes.

IV.- Designar, en su caso, el Consejo de Vigilancia.

V.- Resolver sobre la división y amortización de las partes sociales.

VI.- Exigir, en su caso, las aportaciones suplementarias y las prestaciones accesorias.

VII.- Intentar contra los órganos sociales o contra los socios, las acciones que correspondan para exigirles daños y perjuicios.

VIII.- Modificar el contrato social.

IX.- Consentir en las cesiones de partes sociales y en la admisión de nuevos socios.

X.- Decidir sobre los aumentos y reducciones del capital social.

XI.- Decidir sobre la disolución de la sociedad, y

XII.- Las demás que les correspondan conforme a la Ley o al contrato social.

Dicha asamblea para reunirse debe de hacerse mediante convocatoria que hagan los gerentes a lo menos una vez al año, en la época fijada por en el acto constitutivo (Art. 80 y 81) si los gerentes no convocan lo puede hacer el consejo de vigilancia y en su defecto por los socios que representen la tercera parte del capital social (artículo 81 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y en el mismo se establece que las mismas se deben de hacer por medio de cartas certificadas con acuse de recibo, que deberán contener la orden del día y

dirigirse a cada socio por lo menos, con ocho días de anticipación a la celebración de la asamblea.

El lugar de reunión deberá de celebrarse en el domicilio social, por lo menos una vez al año, en la época fijada en el contrato (artículo 80 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

El quórum para que sus acuerdos sean válidos los establece el artículo 77 que a la letra dice:

Artículo 77.- La asamblea de los socios es el órgano supremo de la sociedad. Sus resoluciones se tomarán por mayoría de votos de los socios que representen, por lo menos, la mitad del capital social, a no ser que el contrato social exija una mayoría más elevada. Salvo estipulación en contrario, si esta cifra no se obtiene en la primera reunión, los socios serán convocados por segunda vez, tomándose las decisiones por mayoría de votos, cualquiera que sea la porción del capital representado.

Respecto al órgano de administración este le corresponde a los gerentes que podrán ser socios o persona extraña a ellos, dentro de este tipo de sociedad capitalista le corresponderá la representación de la sociedad y si hubiere varios puede dividirse la representación interna de la sociedad; pero si nada se establece al respecto, corresponde a todos la representación social y el uso de la firma social, así se establece en el artículo 74 y 75 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

Artículo 74.- La administración de las sociedades de responsabilidad limitada estará a cargo de uno o más gerentes, que podrán ser socios o personas extrañas a la sociedad, designados temporalmente o por

tiempo indeterminado. Salvo pacto en contrario, la sociedad tendrá el derecho para revocar en cualquier tiempo a sus administradores.

Cuando no aparezca hecha la designación de los gerentes, se observará lo dispuesto en el artículo 40.

Artículo 75.- Las resoluciones de los gerentes se tomarán por mayoría de votos, pero si el contrato social exige que obren conjuntamente, se necesitará la unanimidad, a no ser que la mayoría estime que la sociedad corre grave peligro con el retardo, pues entonces podrá dictar la resolución correspondiente.

Dentro de la sociedad anónima y comandita por acciones el *órgano máximo* dentro de su estructura también lo es la asamblea general de accionistas, precepto que establece el artículo 178 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, aseveración que expresa el poder legislativo en su exposición de motivos y que de un forma unánime lo sostiene la doctrina, ya que éste es el órgano de expresión de voluntad, y está tendrá dentro de sus facultades según se trate de asamblea ordinaria o extraordinaria; para el caso de una asamblea general ordinaria le corresponde conocer el lo establecido por el artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que a la letra dice:

Artículo 181.- La Asamblea Ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social y se ocupará, además de los asuntos incluidos en la orden del día, de los siguientes:

I.- Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172, tomando en cuenta el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas.

II.- En su caso, nombrar al Administrador o Consejo de Administración y a los Comisarios;

III.- Determinar los emolumentos correspondientes a los Administradores y Comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

Y respecto de sus asambleas extraordinarias el artículo 182 dice:

Artículo 182.- Son asambleas extraordinarias, las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

I.- Prórroga de la duración de la sociedad;

II.- Disolución anticipada de la sociedad;

III.- Aumento o reducción del capital social;

IV.- Cambio de objeto de la sociedad;

V.- Cambio de nacionalidad de la sociedad;

VI.- Transformación de la sociedad;

VII.- Fusión con otra sociedad;

VIII.- Emisión de acciones privilegiadas;

IX.- Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce;

X.- Emisión de bonos;

XI.- Cualquiera otra modificación del contrato social, y

XII.- Los demás asuntos para los que la Ley o el contrato social exija un quórum especial.

Además del órganos de la asamblea general de accionistas existe el órgano de administración representado dentro de la sociedad anónima y comandita por acciones por el

Administrador único o Consejo de administración que es el órgano encargado de la representación de los negocios sociales de este tipo de sociedades, el carácter de éstos órganos se establece en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles en los artículos 10 y 142 que a la letra dicen:

Artículo 10.-La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la Ley y el contrato social.

Artículo 142.-La administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

Haciendo la aclaración que el precepto precisado anteriormente habla de mandatarios situación que no es compatible para efecto de representación ya que la administración *es un órgano necesario* mientras que el carácter de mandatario se da con carácter voluntario.

El *órgano de control de vigilancia* que funciona de manera permanente de la gestión social dentro de las sociedades anónima y comandita por acciones, este nombramiento recae en el comisario o comisarios, y su principal tarea es vigilar la gestión social, y no, impropriamente son simples revisores de contabilidad como se atribuye a los artículos 166 fracciones II y II IV ya que dentro del propio artículo en su fracción IX.- *En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad.* La expresión en

cualquier tiempo dice Joaquín Rodríguez Rodríguez¹⁶ que pone de relieve que la función de los comisarios en cuanto se realiza de momento a momento, es decir, en todos los instantes de la vida social.

Con esto la Ley General de Sociedades Mercantiles creó un órgano capaz de enfrentar al consejo de administración, por lo que era necesario que la Ley les exigiera que no podían ser dependientes de la negociación ni parientes de los administradores, tal como lo expresa la fracción III del artículo 165 de la ley que dice no podrán ser comisarios: *Los parientes consanguíneos de los Administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.*

¹⁶ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, OB. CIT., PAG. 614.

CAPÍTULO 2. ASAMBLEAS QUE SE CELEBRAN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y COMANDITA POR ACCIONES.

2.1. ASAMBLEA CONSTITUTIVA.

Como se establece en la Ley General de Sociedades Mercantiles para constituir una sociedad debe de existir una asamblea y según se precisa en el artículo 5 de la propia Ley *que se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar con sus modificaciones*, ahora bien este es un acto en el cual los socios expresarán su voluntad respecto de algunas de las cláusulas que dicho pacto debe de contener como mínimo, al respecto el artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles los enuncia de la siguiente manera:

I.- Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan 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 lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización. Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije; VII.- El domicilio de la sociedad; VIII.- La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores; IX.- El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social; X.- La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad; XI.- El importe del fondo de reserva; XII.- Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente, y XIII.- Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.

Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma.

De dichas fracciones del artículo 6 la Ley General de Sociedades Mercantiles, se puede inferir que de la fracción VIII a la fracción XIII pueden pactar o no los socios constituyentes, ya que en su defecto se aplicaran de manera supletoria las disposiciones contenidas en la Ley de Sociedades, lo que también se desprende que el verdadero contenido de una asamblea constitutiva necesariamente debe de tratar los asuntos a que refieren las fracciones I a la XII y que por ningún motivo pueden omitir los socios en dicho acto ya que estamos en presencia de manifestación voluntad y la Ley no puede suplirla.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles para el caso de la sociedad anónima regula la constitución simultánea (artículo 90) y la sucesiva (artículo 92).

En la constitución de la sociedad anónima de manera simultánea los socios constituyentes concurren en un sólo acto para manifestar su voluntad de la escritura social ante el Notario o Corredor Público.

Por lo que respecta a la constitución sucesiva, primeramente los presuntos fundadores acuden a depositar ante el Registro Público de Comercio los estatutos que previamente hayan redactado, posteriormente a este acto las personas que deseen participar

como socios deberán suscribir el programa respectivo y cubrir las cantidades que los suscriptores se obliga a cubrir y posteriormente a estos actos viene una última etapa en la precisamente se da la asamblea constitutiva en la que se trataran los puntos a que se refiere el artículo 100 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

2.2. ASAMBLEAS GENERAL, CLASES Y SU DIVISIÓN.

Cuando La Ley de Sociedades Mercantiles afirma que la asamblea general de accionistas es órgano supremo de la sociedad (Art.178), no hace más que repetir lo que doctrina nacional y extranjera se ha pronunciado en afirmar de manera unánime.

La existencia de la asamblea como órgano de expresión de voluntad y desde luego corresponde a su estructura corporativa de la misma.

Se califica a la asamblea de órgano supremo, lo que ha de entenderse que desde el punto de vista jerárquico es quien en última instancia toma las decisiones y con su actuación somete a los demás órganos que la componen.

Es por eso que en el artículo antes citado dice que podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad, lo que se presume que si acuerda o ratifica, es por que expresa la voluntad colectiva de modo directo cuando acuerda y de modo indirecto cuando ratifica los actos de sus representantes, ahora bien dichos actos no puede recaer sobre cualquier acto sino sólo aquellos que son de su competencia, es decir, a los que hace referencia el artículo 178 de la Ley.

En este mismo sentido podemos decir que *la asamblea general es la reunión de accionista que legalmente convocados y reunidos expresan la voluntad social en materias de su competencia*

Algunos autores dicen que se trata de la asamblea general, por que en ella pueden concurrir todos los socios, ¹⁷la exposición de motivos señala las categorías más importantes de las asambleas de accionistas distinguiéndose las generales de las especiales y entre aquéllas las ordinarias y las extraordinarias.

Asambleas generales son las que se pueden formar o se forman con todos los accionistas y las especiales sólo con socios tenedores de acciones con derechos especiales

Dentro de las asambleas generales se debe de tener en cuenta la clasificación bipartita que la mayoría de la doctrina ha adoptado, esto es, asambleas ordinarias y asambleas extraordinarias.

No se puede de soslayar que dentro del las asambleas generales se han agregado las asambleas constitutivas, y en la opinión de Rodríguez Rodríguez manifiesta que se está en presencia de asamblea general pero con competencia legalmente tasada, otros han incluido

¹⁷ VAZQUEZ DEL MERCADO OSCAR . ASAMBLEAS FUSIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES. TERCERA EDICION. EDITORIAL POIRRUA, MEXICO 1991.

la de nominación de asamblea mixta, es decir, asambleas que tienen competencia de para tratar asuntos de asambleas ordinarias y extraordinarias; también se considera como otro tipo de asambleas las celebradas en estado de liquidación, período en el cual las facultades de los órganos están limitados al ejercicio de las operaciones de la liquidación.

Al referirse al tipo de asambleas especiales se hace mención a aquéllas en la que solamente pueden concurrir a ellas los socios tenedores de acciones de una clase o categoría especial y por las que se tratan asuntos por virtud de la cual haga referencias a sus derechos las mismas así lo establece el artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que establece

Artículo 195.- En caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar los derechos de una de ellas, deberá ser aceptada previamente por la categoría afectada, reunida en asamblea especial, en la que se requerirá la mayoría exigida para las modificaciones al contrato constitutivo, la cual se computará con relación al número total de acciones de la categoría de que se trate.

Las asambleas especiales se sujetarán a lo que disponen los artículos 179, 183 y del 190 al 194, y serán presididas por el accionista que designen los socios presentes.

Dadas las características del presente trabajo de tesis, me enfocaré en concreto a las asambleas que se celebran en la sociedad anónima, para poder comprender el objetivo del presente trabajo.

No se puede pasar por alto que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles solamente regula con mediana amplitud la asamblea general de accionistas en la anónima, siendo pues, aplicable dichas disposiciones a la sociedad en comandita por acciones, de conformidad a lo establecido por el artículo 208 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles.

2.3. ASAMBLEA ORDINARIA.

La asamblea es ordinaria se reúne cuando por exigencias de la vida social de la sociedad resulta necesaria, esta debe de convocarse en forma periódica y regular, para que en ella se discuta apruebe o modifique el balance que le es presentado a los socios accionistas (artículo 181), designar a los demás órganos de la sociedad (administradores y comisarios), (*fracción II*), removerlos y, eventualmente determinar sus emolumentos (*fracción III*); dichos órganos están obligados a rendir cuentas e informes para que la asamblea este en aptitud de tomar los acuerdos pertinentes (*fracción I*). Cabe aclarar que la propia asamblea general ordinaria puede ampliar sus facultades y tratar asuntos diversos del propio artículo si así lo convienen los socios accionistas en el contrato social. (sólo si es totalitaria)

Las asambleas ordinarias celebradas anualmente en cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los accionistas pueden reunirse en asamblea cuantas veces crean útil si fuera necesario para la buena marcha de la sociedad.

El carácter de la asamblea como órgano supremo de la sociedad, aparece en el artículo 77 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; esto es así, porque los demás órganos dimanar de ella y desde luego sus resoluciones tomadas por los accionistas sujeta e

impone a los demás órganos sociales y es ésta la que en última instancia puede acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la misma.

Para que los accionistas se reúnan en asamblea deben ser legalmente convocados, esta facultad de convocar a una asamblea corresponde en principio al órgano de administración (artículo 183) y en modo excepcional corresponderá a los comisarios convocar a asamblea (artículo 166, fracción VI, en relación con el 183) o si lo solicita un accionista un accionista o grupo de accionista que posean el 33% del capital social, existe un caso excepcional en el cual el tenedor de una sola acción puede exigir que se convoque a asamblea ordinaria por los siguientes motivos:

- a) Que no se haya celebrado asamblea durante dos años consecutivos.
- b) Que las que se hubieran celebrado durante el lapso que refiere en el apartado anterior, no hubieran tratado los asuntos referentes al examen del informe del artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Aclara el artículo 185 que la petición de asamblea deberá de dirigirlo al Administrador o Consejo de Administración, o los Comisarios y si estos se rehusaren a hacer la convocatoria, o no la hicieren dentro del término de quince días desde que hayan recibido la solicitud, ésta se formulará ante el Juez competente para que haga la convocatoria, previo traslado de la petición al Administrador o Consejo de Administración y

a los Comisarios. El punto se decidirá siguiéndose la tramitación establecida para *los incidentes de los juicios mercantiles*.

La convocatoria para una asamblea ordinaria debe de contener el orden del día, además se debe de publicar en el periódico oficial de la entidad en que tiene el domicilio la sociedad o en su defecto en el periódico de mayor circulación del lugar, publicación que deberá hacerse 15 días antes de la fecha señalada para la asamblea o con la anticipación que se prevea en sus estatutos.

La asamblea ordinaria se instala validamente con la presencia de accionistas que posean como mínimo el 50% del capital social en primera convocatoria y con el número de accionistas del capital que comparezca en segunda convocatoria, así lo establece el artículo 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dice:

ARTICULO 191.- 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 asuntos indicados en la Orden del Día, cualquiera que sea el número de acciones representadas.

Por lo que respecta a la información de los libros y documentos relativos a los asuntos que deberán ser tratados en la asamblea éstos deben de quedar a su disposición de los accionistas durante el plazo que medie de la convocatoria a la asamblea y este no debe ser menor de quince días (artículo 173 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Los accionistas pueden concurrir a la asamblea personalmente o bien por mandatario o representante legal, el mandatario sólo necesita acreditar su personalidad ante la asamblea por medio de simple carta poder (artículo 192); la Ley excluye la posibilidad de que sean mandatarios los administradores y comisarios.

Si las acciones fueran de un incapacitado o de un ausente o persona moral el representante legal de éstos esta facultado para acudir a las asambleas.

Por lo que respecta dirección de la asamblea ésta debe ser presidida en primera instancia por el administrador único o por el presidente del consejo de administración, dicha facultad sólo puede ser excluyente de estos órganos cuando así lo prevean sus estatutos; si faltaren a la reunión las personas antes indicadas los concurrentes designaran a las personas que se harán cargo de dirección de dicha asamblea. (Artículo 193).

Cada acción representa un voto dentro de la asamblea y este derecho no sufre más excepción que las que devienen de las acciones de voto limitado y las acciones sin derecho de voto.

El derecho de voto no puede ejercerse por accionistas que tengan un interés contrario al de la sociedad en asunto determinado. Existe en caso especial a la restricción del

derecho de voto, este se encuentra contenido en el artículo 197 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual establece que los administradores y los comisarios no podran votar en las deliberaciones de los informes que anualmente están obligados rendir (artículos 166, fracción IV y 172), ni sobre la deliberación de su responsabilidad, ya que en ellos tienen un claro interés, cuando llegan a votar sobre esos puntos en un asamblea en los que tengan un interés contrario a la sociedad, si así lo hicieren la sanción es la indemnización de daños y perjuicios, si su voto ha sido determinante para que prevalezca la mayoría de la decisión.

Los accionistas que reúnan el 33% de las acciones concurrentes a la asamblea pueden obtener que se aplace por el término de tres días la votación de los asuntos respecto de los cuales no consideren la suficiencia en la información.

Es importante señalar que en las asambleas ordinarias los asuntos se deciden por la mayoría de los votos de las acciones presentes en primera convocatoria siempre que estén representadas en la misma la mitad de las acciones del capital (artículo 189).

Concluida la asamblea se debe de levantar el acta de asamblea y deberá de agregarse al libro que previene el artículo 36 del Código de Comercio, misma que será firmada por el secretario y presidente de la asamblea tal y como lo previene el artículo 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, como apéndice al acta levantada deberá de guardarse los

documentos que sirven de base para la celebración de la asamblea, tales como la publicación de la convocatoria, lista de asistencia de los accionistas, etc...

Existe dentro de las asambleas una en la cual no exige los requisitos de convocatoria, dicha asamblea denominada por la doctrina como totalitaria, los acuerdos que ella tome serán validos siempre y cuando ningún accionista se haya opuesto a ellas.

El efecto de los acuerdos de la asamblea son actos jurídicos mediante los cuales se manifiesta la voluntad social; en consecuencia son vinculatorios para todos los accionistas, aun para los ausentes y disidentes”¹⁸

¹⁸ VAZQUEZ DEL MERCADO OSCAR. ASAMBLEAS FUSIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES. TERCERA EDICION. PAG. 169 EDITORIAL POIRRÚA, MEXICO 1991.

2.4. ASAMBLEA EXTRAORDINARIA.

Al hacer referencia de una asamblea extraordinaria debe de distinguirse de la ordinaria, cabe apuntar que la distinción de una y otra es en referencia de los asuntos que se ocupa y los requisitos para su funcionamiento.

Las asambleas extraordinarias pueden o no celebrarse durante la vida de la sociedad ya que como se mencionó anteriormente los asuntos que se tratan en ellas no son propias de la gestión normal y periódica

A la asamblea extraordinaria le corresponde por Ley tratar los asuntos referentes al artículo 182 de nuestra Ley de Sociedades y el cual refiere a asuntos en los cuales la asamblea modifica el estatuto social dicho artículo señala:

- a) Modificar la escritura constitutiva.
- b) Acordar la amortización de acciones.
- c) Decidir sobre la emisión de acciones privilegiadas, de goce y de bonos (obligaciones).

La asamblea extraordinaria puede hacer cualquier modificación de los estatutos y su competencia es amplia para este fin. Con relación a la facultad absoluta que la Ley General de Sociedades Mercantiles le confiere a la asamblea extraordinaria para modificar los estatutos no siempre fue un criterio absoluto ya que dichas modificaciones sólo eran

consentidas cuando concurriera la unanimidad de los accionistas, este criterio privaba al menos en la doctrina francesa, antes de 1887.

Posteriormente, con la Ley francesa del 24 de Julio de 1867, la duda surgió de los juristas franceses respecto a que si la asamblea podía o no modificar los estatutos sociales quienes después de múltiples controversias se decidieron a admitir la modificación del estatuto social por la mayoría de la asamblea extraordinaria.¹⁹

Las asambleas extraordinarias se celebran sólo cuando haya de tomarse resoluciones de su competencia y ésta deberá de reunirse en el domicilio social; al igual que la asamblea ordinaria la convocatoria debe de contener los requisitos a que hace referencia el artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

A diferencia de la asamblea ordinaria, la extraordinaria requiere tres cuartas partes del capital social para que ésta pueda tomar sus acuerdos validamente en primera convocatoria, el quórum para la reunión en segunda convocatoria necesariamente debe de estar representado en la misma, siempre y cuando este representado el 50% cuando menos.

¹⁹ VAZQUEZ DEL MERCADO OSCAR , ASAMBLEAS FUSIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES , EDITORIAL POIRRÚA, MEXICO 1999, PAG 168.

2.5. ASAMBLEAS MIXTAS.

Al lado de las asambleas ordinarias y extraordinarias nos encontramos con el tipo de asamblea mixta esta asamblea se da con el objeto de simplificar las dificultades que pudieran existir para la celebración de los dos tipos de asambleas (ordinarias y extraordinarias) en la cual se convoca a los accionistas a una sola reunión y en ella se delibera tanto de asuntos de un asamblea ordinaria como de una extraordinaria.

Este tipo de asamblea resuelve válidamente desde el momento en que en ellas se reúnen el quórum y mayoría de una asamblea extraordinaria, desde luego la lista de presentes y el orden del día son requisitos previos con el que puede verificarse el quórum suficiente para que pueda declararse que existe el necesario para poder determinar que la asamblea se constituye válidamente. De llegar el día de la asamblea y solo hubiera el quórum necesario para celebrarse la ordinaria puede tomarse la determinación práctica de que los socios soliciten la instalación de la misma única y exclusivamente de los asuntos propios de su competencia.

Es indispensable, por tanto que cuando se tome la votación de cada resolución, precisar la mayoría alcanzada; aún cuando la Ley General de Sociedades Mercantiles no establece que este tipo de asambleas pueda llevarse a cabo, no están prohibidas por la misma y podrán celebrarse válidamente si reúnen los requisitos para cada tipo de asamblea.

2.6 ASAMBLEAS ESPECIALES.

Al hablar de asambleas especiales nos referimos a los tenedores de una categoría especial, es decir accionistas con derechos especiales, estas asambleas se sujetaran a lo que disponen los artículos 179, 183 y 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y serán presididas por los accionistas que designen los socios presentes.

Es importante señalar que los integrantes que representen una serie de acciones no representan en si una categoría especial y en tal virtud se debe de estar a los sectores especiales de accionistas de esa serie.

Respecto de las asambleas especiales no cabe la distinción de asambleas ordinarias y extraordinarias ya que propia naturaleza de la asamblea supone el carácter de asamblea extraordinaria: *la modificación de derechos* así lo establece el artículo 195 cuando habla de prohibiciones que puedan afectar los derechos de una categoría de accionistas cuando requiere para ello la mayoría exigida para las modificaciones del contrato constitutivo y solo hace remisión a los artículos 179 al 195 con la finalidad única de fijar la norma aplicable respecto del domicilio en que se han de celebrar las asambleas.²⁰

²⁰ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, OP. CIT., PAGINA 512.

Como se precisó anteriormente las asambleas especiales sólo pueden tener competencia para deliberar sobre los asuntos relacionados con los derechos de la categoría o para tomar acuerdos de la categoría de ellos.

Los acuerdos adoptados por al asambleas especiales obligan a todos los que deben formar parte de ellas, estén presentes o ausentes lo cual no quiere decir que cuando se celebre la asamblea general de accionistas tengan la obligación de dar su voto en el sentido de la asamblea especial.

El acuerdo de una asamblea especial en la cual aprueba la modificación de un derecho, es condición para que la validez de los acuerdos que adopte la asamblea general en ese sentido, el artículo 195 exige además, que el consentimiento dado por los accionistas que compongan esa categoría para la modificación de los estatutos debe de ser dado con anterioridad al acuerdo que adopte la asamblea especial correspondiente.

Respecto de la convocatoria debemos de remitirnos al artículo 183 ya que el artículo 195 lo remite y éste artículo a su vez remite a los preceptos 168, 184 y 185; desde luego el artículo 183 de por expresa invocación del artículo 195 el administrador o consejo de administración o en su defecto el o los comisarios deben de convocar a la asamblea especial.

El artículo 168 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece la convocatoria judicial, a petición de cualquier accionista cuando falten la totalidad de los comisarios sin embargo nos dice Joaquín Rodríguez Rodríguez que este precepto resulta inaplicable para el caso de las asambleas especiales.

El mismo Rodríguez asevera que es inaplicable el precepto legal que establece que un solo tenedor de una acción pueda ya que el artículo 185 de la Ley General de Sociedades Mercantiles hace referencia a los supuesto generales de administración que nada tiene que ver con los supuesto generales de administración.

Sin embargo existe un precepto que si se puede ser aplicado que atribuye a los accionistas tenedores del 33% del capital el derecho de pedir convocatoria ya que este supuesto se establece para el caso de que los solicitante quieran reunirse para tratar asuntos que indiquen en su petición que desde luego debe de ser referente a los derechos de sus acciones.

Desde luego las asambleas deben de reunirse en el domicilio social ya que el propio artículo 179 de la Ley General de Sociedades Mercantiles remite al artículo 195 de aplicación directa a las asambleas especiales.

Las asistencias de las asambleas especiales pueden comparecer por medio de representantes considerando que el artículo 192 no hay posibilidad de conflicto entre

Las decisiones están reguladas por los artículo 190, 191 ya que el propio artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles estable su aplicabilidad y desde luego vale lo establecido por el artículo 194 sobre la validez de los acuerdos.

2.7 ASAMBLEAS DURANTE EL ESTADO DE LIQUIDACIÓN.

La sociedad mercantil supone el reconocimiento de la existencia de varias personas que crean, mediante el contrato respectivo una compleja relación de derechos y obligaciones patrimoniales en la que se da un trato unitario en la medida que ello resulte conveniente y necesario para la mejor consecución del fin común.

Este tratamiento unitario puede concluir por muy diversas causas que desde luego ponen fin al contrato de sociedad, las causales que ponen fin a la vida de la sociedad se denominan causas de disolución.

El estado jurídico que resulta de alguna de las causas de disolución se llama *estado de liquidación*, es decir, esa pérdida de capacidad jurídica para el cumplimiento del fin social para lo cual se creó y que solamente subsiste para la resolución de los vínculos establecidos por la sociedad con terceros.

Por liquidación debemos de entender las operaciones pendientes a cargo de la sociedad para cobrar lo que a la misma se le adeude, para pagar lo que ella deba, para vender todo el activo y para trasformarlo en dinero y para repartir entre los socios el patrimonio que así resulte. De este modo dice Rodríguez que liquidar equivale a ejecutar el desnudamiento que implica la conclusión de los vínculos jurídicos que existe entre las sociedad y los que

con ella contrataron y por consecuencia implica la extinción de las relaciones entre la sociedad y los socios y de éstos entre sí.

En este mismo sentido el artículo 242 de la Ley establece:

Artículo 242.- Salvo el acuerdo de los socios o las disposiciones del contrato social, los liquidadores tendrán las siguientes facultades:

I.- Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución;

II.- Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba;

III.- Vender los bienes de la sociedad;

IV.- Liquidar a cada socio su haber social;

V.- Practicar el balance final de la liquidación, que deberá someterse a la discusión y aprobación de los socios, en la forma que corresponda, según la naturaleza de la sociedad.

El balance final, una vez aprobado, se depositará en el Registro Público de Comercio;

VI.- Obtener de (sic) Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social, una vez concluida la liquidación.

Pasando esta descripción resulta decir que es un sistema técnico jurídico para extinguir la sociedad.

El artículo 240 de Ley General de Sociedades Mercantiles coloca como norma rectora de la liquidación de la sociedad, las que resultan del contrato social y de la

resolución de los socios lo que concuerda con el párrafo inicial del artículo 242; En consecuencia, se puede aclarar que la liquidación de las sociedades mercantiles se llevará primeramente de conformidad con los estatutos, en segundo lugar por convenio de los socios en el momento de llevar el acuerdo de asamblea de disolución liquidación de la sociedad y en tercer lugar por las normas de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por lo que respecta a las asambleas las que se tomen en el estado de liquidación se tomarán en la forma correspondiente y serán obligatorias para los socios, la facultad de convocar pasa de los administradores a los liquidadores.

“Las asambleas en el estado de liquidación pueden acordar y modificar la forma de liquidación ampliando o restringiendo los poderes de los liquidadores, acordar y reformar la forma de liquidación; pero no pueden tomar ningún acuerdo que sea contrario o incompatible con el estado de liquidación”

Durante la liquidación de la sociedad, ésta continúa viviendo es decir con la personalidad jurídica, este es el sentido de la corriente doctrinal, ahora el fin determinante de la misma lo constituye la *liquidación*.

La función de los órganos se restringen y solamente pueden ejecutar aquellas operaciones destinadas a la operación final, y mientras, ésta no se realice existe la razón de

la existencia de la sociedad, ya no existe la explotación mercantil sino la ejecución de operaciones pendientes. La competencia de las asambleas que se llevan a cabo en el estado de liquidación en primer lugar corresponde a la competencia de la asamblea general ordinaria anual, sin embargo cuando los estatutos o el acuerdo de la asamblea permita que la liquidación termine por medio de un procedimiento distinto, correspondería a la competencia de una asamblea extraordinaria en cuanto suponga la modificación del objeto social de la sociedad (artículo 182 fracción IV) desde luego con quórum especial.

Es posible que funcione también una asamblea especial (Art. 195) en virtud de que la asamblea de liquidadores tomara acuerdos que perjudiquen a alguna categoría de accionistas que tenga la sociedad.

CAPÍTULO 3. ACCIÓN DE NULIDAD.

3.1. TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO.

“El hecho jurídico es una hipótesis que puede realizarse o no, se trata de hechos hipotéticos, es decir que cuya realización es posible, y por que es posible está previsto en los supuestos jurídicos de la norma.”²¹

En otro sentido se trata de todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos y obligaciones, es por tal virtud, que se debe de considerar a los hechos jurídicos como una realidad jurídica para lo cual se produce el sistema jurídico.

Estos hechos poseen un relieve tal que afectan las relaciones sociales, y, por lo mismo el legislador los ha instituido como supuestos de normas jurídicas, en otras palabras *es hecho jurídico* aquél que cuya existencia en alguna forma es tomada expresamente en una norma jurídica en donde se estipula consecuencias jurídicas por considerar que ese hecho no puede producir efectos jurídicos sin ser debidamente ordenado.

“Los hechos jurídicos se dividen en dos categorías: actos jurídicos y hechos jurídicos, “Dentro de los hechos jurídicos se encuentran los *hechos físicos* y los *hechos*

21 VILLORO TORANZO, MIGUEL. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, DECIMO PRIMERA EDICIÓN. PAG. 334. MEXICO 1997.

jurídicos en sentido estricto en esta categoría se encuentran los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos; y dentro de los actos jurídicos en estricto sensu están los actos unilaterales y los bilaterales que son los contratos y convenios.

Otra opinión diferente es la que hace *Carnelutti*, para él los actos jurídicos los divide a su vez en *stricto sensu*, proveídos de autoridades, negocios jurídicos y actos obligatorios, los primeros representan el ejercicio del poder, los segundos el ejercicio del derecho y los últimos la observancia de una obligación.²²

Bonnescase, “define al acto jurídico diciendo que es una manifestación de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar un estado; es decir una situación jurídica general permanente, o, al contrario un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho.”²³

“En el sentido amplio, por acto jurídico debe de entenderse todo hecho voluntario, libre y consciente del hombre (pleno dominio) que desde el momento que las normas jurídicas imputan al individuo consecuencias de un acto se está en presencia de un acto jurídico en sentido amplio”²⁴

22 GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, CUADRAGESIMACUARTA EDICIÓN, PAG 182, MEXICO 1997.

23 BONNECASE CITADO POR BORJA SORIANO MANUEL, TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, NOVENA EDICIÓN, PAGINA 84, MEXICO 1984.

25 VILLORO TORANZO, OP. CIT. - PAG 334.

Según su estructura, los actos jurídicos pueden dividirse en actos simples o complejos, en el primer caso se les denomina actos complejos unipersonales y a los segundos actos complejos pluripersonales.

Borja Soriano define al acto jurídico diciendo que “es una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por el autor porque el derecho sanciona esa voluntad.”²⁵

Se puede decir que el acto jurídico es la manifestación de la voluntad directa y exclusivamente destinada a producir efectos jurídicos.

Dentro del grupo de los actos jurídicos se encuentran los negocios jurídicos en ellos lo que importa es el contenido y la finalidad de la voluntad, y De Castro y Bravo define al negocio jurídico como la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima de una especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, o bien sea completando a otros hechos o actos”²⁶

El acto jurídico o negocio jurídico se forma necesariamente de ciertos elementos esenciales, naturales y accidentales, dentro de los elementos esenciales podemos mencionar

aquellos que necesariamente deben de estar en él ya que en caso de que no se den, ni siquiera puede ser concebido, los elementos esenciales son parte íntegra del acto del tal manera que resultan imprescindibles para su formación; tales elementos los constituye principalmente la voluntad o declaración de la voluntad es decir que si ésta falta o si la misma carece de objeto o motivo o fin lícito no puede conformarse.

Cuando falta alguno de los elementos antes mencionados el acto o negocio resulta inexistente y no puede producir ningún efecto jurídico, sin embargo, cuando la voluntad ha sido expresada por persona incapaz dicha declaración no reúne los requisitos indispensables para que produzca los efectos jurídicos, o bien la misma puede estar viciada por error, dolo o violencia o estando exenta de vicios de la voluntad no ha sido emitida en la forma que la Ley establece cuando se trate actos formales, “el acto es existente pero es nulo porque tiene de un defecto que impide adquirir la validez”²⁷

Para que el acto jurídico exista se requiere que en dicho acto se reúnan los elementos siguientes: voluntad, objeto posible (física y jurídicamente) y en ciertos casos, cuando se trata de actos solemnes, la solemnidad para emitir la declaración de voluntad.

Los elementos naturales de un acto jurídico, son aquellas consecuencias que normalmente acompañan al negocio jurídico o acto y se entiende implícitamente integrante

27 GALINDO GARFÍAS IGANCIO DERECHO CIVIL. PRIMER CURSO, PARTE GENERAL PERSONAS Y FAMILIA, PAG. 218 EDITORIAL PORRÚA MÉXICO 1990. DECIMA EDICIÓN.

sin haberse convenido al respecto, sin embargo, los autores pueden válidamente convenir o estipular.

Dentro de los elementos accidentales se puede concluir que estos no forman parte del acto o negocio jurídico, el derecho objetivo no los establece expresamente ni presupone su existencia, sin embargo, nada impide que los autores del acto o negocio introduzcan algunos elementos denominados accidentales que de esta manera quedan incorporados y forman parte íntegra del acto siempre por declaración expresa de voluntad²⁸

Se puede concluir que el hecho jurídico, en sentido amplio, es todo acontecimiento que el ordenamiento jurídico toma en consideración para atribuirle consecuencias de derecho. Los actos jurídicos, por el contrario son aquellos acontecimientos en que interviene la voluntad del hombre encaminados a producir los efectos de derecho que le da la norma.

El acto jurídico se forma de varios elementos:

- a) Los elementos esenciales que si no aparecen en el acto jurídico, éste no puede llegarse a formar, tales elementos lo constituyen principalmente la declaración de voluntad, el objeto y en algunos casos la solemnidad.
- b) Los elementos naturales lo constituyen aquellos que acompañan al acto de que se trate, se entienden implícitos en él y no requieren de estipulación de las partes.

- c) Los elementos accidentales son las que las partes del acto convienen de manera expresa en incluir el acto jurídico.

Los elementos de existencia del acto jurídico, lo constituye: La voluntad, el objeto física y jurídicamente posible, en ciertos casos se requiere de solemnidad.

Los elementos de validez del acto del acto jurídico lo forma la capacidad del autor o autores del acto, voluntad exenta de vicios, licitud en el objeto o fin del acto y el cumplimiento de la formalidad que la Ley exige

En el caso específico del tema de análisis que son las asambleas de socios accionistas de la sociedad anónima se puede decir que la naturaleza jurídica de la asamblea es un acto jurídico, unilateral y complejo. *Unilateral*, porque emana de un solo centro de interés, como es el caso, considerando que la asamblea es un órgano de la sociedad, *complejo* porque la voluntad de la asamblea emana de una adición de voluntades individuales que expresan los socios por medio de su voto en la asamblea de que se trate.

3.2. TEORÍAS DE LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO

Los actos jurídicos tienen su origen en la voluntad de las partes, esta libertad de obligarse se conoce como autonomía de la voluntad y cuando se dice *que un acto es válido* se entiende que éste adquiere la idoneidad de producir todos los efectos jurídicos que de acuerdo con su naturaleza es susceptible de crear.

No ocurre lo mismo cuando si de un acto decimos que es *inválido* porque el concepto de invalidez presenta ciertos grados de gravedad a los que la Ley estableció diversos tratamientos y cuando ataca al acto de manera tan profunda que no permite que el acto nazca, se dice que *el acto es inexistente*, en tanto, que en presencia de otras causas que no dañan al acto de esa manera radical se dice que el acto se ha formado de manera viciosa bien por que tiene un fin o motivo ilícito o porque la voluntad no se ha formado libre y consiente, ya sea por incapacidad o por vicios de la voluntad del autor o autores, o bien, porque la misma no se ha expresado de acuerdo a determinada formalidad.

El artículo 1794 del Código Civil Federal establece:

Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

A su vez el artículo 2224 del mismo ordenamiento dispone:

El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. *No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.*

El artículo 1795 del Código Civil federal establece:

El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal, de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece.

La ausencia de uno más de éstos requisitos que señala este precepto legal produce la nulidad del acto, así también, la licitud en el objeto, en el fin del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la Ley. Hay en efecto grados de invalidez, la doctrina ha elaborado sobre esta materia una teoría llamada clásica o tradicional la cual fue elaborada por los civilistas franceses y para ellos se dice que el acto inexistente es aquel que no reúne los elementos de hecho que supone la naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales les es imposible concebir sus existencia²⁹ (*Aubry et Rau*, t.I, parrafo 7, páginas 118y 119; *Planiol*, t. I, núm. 345)

En cambio la nulidad absoluta reposa sobre la violación de una norma de orden público priva al acto de todo efecto, puede invocarse por cualquier interesado, no es susceptible de desaparecer ni por confirmación ni por prescripción,

Así lo establece el artículo 2226 del Código Civil Federal que dice:

La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

Aunado al artículo antes invocado el artículo 8º deja la marca de la doctrina francesa el cual se establece como un principio recto de nuestro derecho civil, el cual a la letra dice:

Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos que la ley ordene lo contrario

“El acto inexistente existe, no es como algunos autores lo dicen *la nada*, lo que podrá declararse inexistente es su repercusión en el orden jurídico, pero aún, esta declaración no podrá sin más que ignorar los efectos que ha producido, la teoría clásica según lo expresa Villoro Toranzo en su libro de introducción al Estudio de Derecho que “no

ha visto que tanto la inexistencia, como la nulidad absoluta y la nulidad relativa son resultado de una declaración jurídica.”³⁰

El acto inexistente es aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia.

A diferencia del acto inexistente, el *acto nulo* reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, sin embargo este se encuentra privado de efectos jurídicos por Ley (*Braudy Lacantinerie*, Précis, tomo I, núms. 326).

“Ahora bien dentro de nulidad ésta se subdivide en nulidad absoluta y nulidad relativa y según *Braudy Lacantinerie* estos actos son nulos de pleno derecho y anulables, la naturaleza de la nulidad absoluta es la que ataca a los actos que se ejecutan en contravención a un mandato o una prohibición de una Ley imperativa o prohibitiva. La teoría clásica no ha visto que tanto la inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa son resultado de una declaración judicial, así lo establece la Ley y lo afirma Villoro Toranzo ³¹

“Inexistencia, nulidad absoluta o relativa si atendemos al resultado práctico son la misma cosa: producen la nulidad retroactiva de sus efectos del acto que no debió existir, la única diferencia práctica sería que los efectos de un acto anulable son susceptibles de

30 VILLORO, TORANZO, OP. CIT., PAG. 376.

31 VILLORO TORANZO, OP. CIT., PAG. 377.

confirmación y de prescripción y los únicos cuya anulación puede ser invocada sólo por la parte que la Ley quiere proteger”³²

“La teoría de las nulidades pretende proteger las consecuencias jurídicas de la autonomía de la voluntad, cuando se convierte en creadora de vínculos jurídicos que obliga a sus autores y que deberán de respetar los terceros, es decir, la finalidad que se persigue es salvaguardar a los negocios jurídicos”³³

La nulidad relativa es una medida de protección que la Ley establece a favor de personas determinadas, la noción de nulidad relativa que no comprende rigurosamente la noción de nulidad absoluta así enunciada y aunque la nulidad absoluta y relativa coinciden en que una vez pronunciadas el acto jurídico que es atacado de nulidad, es integral y retroactivamente destruido.

El acto inexistente no puede producir ningún efecto y no hay necesidad de ejercitar una acción de nulidad, sin embargo si una controversia se suscita sobre la validez de una acto será necesario litigar, pero el juez no puede decretarla sino se limitará a comprobar dicha inexistencia.

32 IBIDEM. PAG 378.

33 IBIDEM. PAG. 379

El acto jurídico anulable en tanto no ha sido decretado por un juez, produce todos sus efectos de manera provisional, porque la sentencia judicial que produzca su nulidad retrotraerá sus efectos al día del acto y por tal motivo se consideraran como no efectuados los efectos producidos.

Es importante mencionar que la nulidad absoluta puede invocarse por todo interesado, en tanto la nulidad relativa se puede invocar por todo aquel que la norma protege.

“Los actos inexistentes no pueden hacerse válidos por prescripción ni por confirmación; asimismo la nulidad absoluta no puede borrarse por prescripción o confirmación, en tanto la nulidad relativa es susceptible de borrarse retroactivamente por la confirmación del acto de aquellos que tengan la nulidad, es decir por la renuncia de esta acción y por la prescripción.”³⁴ (*Braudy Lacantinerie*), aunque *Aubry et Rau* opinan que la nulidad es bajo ciertas condiciones susceptibles de cubrirse por la confirmación y por la prescripción.

Respecto del lenguaje que se utiliza para las palabras inexistencia, nulo y anulable, dice *Planiol* que se toma la palabra nulo como sinónimo de anulable, y se reserva estas dos expresiones a los actos anulables por sentencia como consecuencia de una sentencia de nulidad; después se aplica el término inexistente a los que son anulados de pleno derecho.

34 VILLORO TORANZO. OP. CIT. PAG. 97.

Otros hacen la diferencia de entre nulo o anulable en este sentido: es nulo cuando la Ley priva al acto de efectos jurídicos sin que haya necesidad de hacerlo anular por sentencia; es anulable cuando hay necesidad de que el acto se declare mediante sentencia.³⁵

Bufnoir cree “que no hay que distinguir entre acto nulo ni acto inexistente ya que en el fondo es la misma cosa” (Planiol, t. I, num 333). Al respecto de la opinión de este autor existe una tesis que resulta interesante y que de alguna manera aclara la opinión del autor Argentino antes citado:

Sexta EpocaCuarta Parte: Volumen XI, página 130. , Amparo directo 2596/57. Federico Baños Islas. 8 de mayo de 1958. unanimidad de cuatro votos. , Ponente: Gabriel García Rojas.

NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS. El artículo 2224 del Código Civil del Distrito no tiene, en cuanto a la base que pretende dar para establecer la distinción entre la inexistencia y la nulidad, sino meros efectos teóricos, ya que el tratamiento que en él reciben las inexistencias es el de las nulidades, como lo demuestra el siguiente análisis de casos de inexistencia tratados como si fueran de nulidad: la falta de objeto hace inexistente el acto según dicho artículo 2224; mas sin embargo, en los artículos 1427, 1422 y 1434, se prevén factiespecies de inexistencia y se les trata como nulidades. Los contratos sobre cosas que están fuera del comercio, técnicamente carecen de objeto; pero los artículos 1826 y 2950, fracción III, que se refieren a la transacción sobre una sucesión futura, prevén uno de estos casos de falta de objeto y lo tratan por medio de la nulidad. El objeto de la compraventa es, indiscutiblemente, la transferencia del derecho de propiedad, según el artículo 2248; pero ello obstante, a la venta de cosa ajena se le llama nula en el artículo

35 IBIDEM

2270. Y si de la venta de un crédito inexistente se trata, mismo que en el momento de la cesión engendra, según el artículo 2042, el efecto de obligar al cedente a presentar la garantía de su existencia, no hay sino decir que esta situación no se compagina con la institución de la inexistencia, que es la nada jurídica. Lo mismo puede decirse en el caso del contrato de renta vitalicia declarado nulo por el artículo 2779, si el beneficiario muere antes del otorgamiento. Y si a falta de consentimiento se refiere, los artículos 1802 y 2183 que prevén algunos de estos casos, le dan el tratamiento de la nulidad, mismo que deberá darse por falta de texto adecuado, al caso del acto celebrado por un incapaz en quien la ausencia de consentimiento es absoluta, pues habrá que tratarlo por el sistema de las incapacidades, originadora de la nulidad relativa, según el artículo 2230; el profesor Borja Soriano, que según las "Notas" de García Tellez inspiró la adopción de las inexistencias en el Código Civil vigente, pasa de la inexistencia a la nulidad sin puente alguno al referirse precisamente al artículo 1802: "Cuando una persona, dice (Teoría de las obligaciones, tomo I, páginas 361 y 362, primera edición), celebra un contrato a nombre de otra sin ser su representante, a ese contrato le falta uno de los elementos esenciales: el consentimiento del representado. No hay hasta entonces la oferta del otro contratante; no existe aun contrato por falta de consentimiento. Esta es, pues, la naturaleza de la nulidad a que se refieren los artículos citados en el número anterior". Ahora bien, según los artículos 2162, 2163 y 2164 del Código Civil del Estado de Hidalgo (iguales a los números 2180, 2181 y 2182 del Código del Distrito), es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas, siendo la simulación absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real, y relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter, no produciendo ningún efecto jurídico la simulación absoluta, mientras que en tratándose de la relativa descubierto el acto real que la oculta, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare. Si la simulación planteada es absoluta, naturalmente que también se plantea como herida de nulidad absoluta, según el texto legal correspondiente antes citado, pero que dentro del más riguroso logicismo de la teoría tripartita de la invalidez podría ser un caso de inexistencia, por lo que tomando en cuenta que conforme al citado artículo 2206 y el 2208 del Código Civil, bien que se trate de un caso de inexistencia o bien de nulidad, la acción correspondiente es imprescriptible.

Sexta Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Cuarta Parte, XCVI, Página: 67

Amparo directo 8286/63. Concretos Premezclados, S. A. 24 de junio de 1965. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Nota: En el Volumen XI, página 130, la tesis aparece bajo el rubro "NULIDAD E INEXISTENCIA. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE, POR SIMULACIÓN (LEGISLACIÓN DE HIDALGO).".

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 238, página 751, bajo el rubro "**MINUTA FUERZA LEGAL DE LAS.**"

La evolución de la nulidad, pasando primero por *Bonencasse* que dividió en inexistencia y una especie global de nulidad que a su vez se escindía en nulidad absoluta o relativa

Según esta corriente doctrinal vuelvo a repetir "el acto inexistente es cuando falta uno más de los elementos para considerarlo como no nacido; el acto nulo en cambio si mantiene dentro de él los elementos necesarios para considerarlo como tal y a menos que su irregularidad transgreda una norma de orden público el acto es nulo de forma absoluta y de él se puede valer todo interesado, no es susceptible hacerlo valer por convalidación ni por prescripción, si la irregularidad del acto sólo atañe a un precepto legal establecido a favor de personas determinadas el acto resulta afectado de una relatividad relativa y éste puede ser convalidado por confirmación o prescripción

A merced de la gran afiliación de juristas de la época y por el gran relieve que provocó se le denominó clásica frente a la teoría dualista que hasta entonces había imperado,

que era la establecida en el Código de Napoleón de 1804 la cual consistía en dos tipos de sanciones para los actos jurídicos formados o constituido de manera irregular, el primero denominada *nulidad legal* que consistía en la destrucción del acto desde sus inicios por causas precisamente establecidas en el Código en comento y que generalmente eran de interés público, en donde cualquier persona podía invocarla y prevalecerse de ella y era imposible de convalidarse y prevalecerse de ella y donde el juez no necesitaba pronunciarla, el otro tipo de sanción denominada *nulidad judicial* que consistía en la alegación hecha por la persona afectada ante el juez, el cual podía convalidarse en tanto el acto se reprodujera omitiendo el vicio o dejara de entablarse la acción correspondiente.

En el año de 1909 *René Japiot* quien en sus tesis doctoral critica la incongruencia de la Teoría Clásica al considerar que ésta no puede aglutinar los distintos y múltiples casos que se pueden presentarse en la vida real y que la doctrina clásica no debe hacer una distinción rígida ya que se debe de atender a la realidad jurídica que atiende a una complejidad de circunstancias y hechos que no pueden ser clasificados en inexistencia, nulidad absoluta o relativa, ya que un acto afectado de nulidad absoluta resulte necesariamente inconfirmable, imprescriptible, dispuesto a la voluntad de impugnación de cualquier interesado y atentatorio siempre dentro un determinado interés público, es encasillar la realidad con un criterio completamente deformado que no corresponde a los hechos, lo mismo sucede en el caso de las rígidas clasificaciones de la tesis clásica de la inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa ya que existe entre ellas una endeble

frontera, dice que si efectivamente queremos ser congruentes se debe de adoptar de un criterio *flexible y abierto* nos conduzca a declarar, más que una inexistencia o nulidad del acto, una ineficacia de características de relativas que tenga un amplio margen de según las consecuencias específicamente producidas o no por el acto reclamado. En resumen: la ineficacia es sólo una y adopta diversos grados según la clase y extensión de los efectos producidos”³⁶

Otra teoría es la que marca *PIÉDELIEVRÉ* enfoca su crítica a la teoría clásica a partir de una cuestión sectorial: se refiere con exclusividad a los efectos producidos por los actos nulos, efectos que los agrupa en tres grandes grupos:

- a) Los que producen un efecto simple y parcial _o bien secundarios_ que producen ciertos actos afectados de cierta irregularidad
- b) Los actos jurídicos que producen en plenitud sus efectos por un corto tiempo para luego ser destruidos por la sanción anulatoria
- c) Los actos jurídicos que tienen los producen efectos jurídicos plenos, pero, de manera aparentemente de una hipótesis excepcional.

Es importante, además, precisar que el problema de la nulidad no puede resolverse de ninguna manera en formas rígidas y desprovistas con el contacto de la realidad social, ya

³⁶ JAPIOT. CITADO POR MARQUEZ GONZALES PAG 66

que un acto inexistente o nulo puede en consecuencia producir efectos normales _ aunque sea en forma provisional _ o desplegar efectos secundarios aún después de pronunciada la nulidad y es mejor, afirma, graduar la naturaleza de la sanción con el objeto de preservar lo que sea posible al acto nulo en atención a la protección de los particulares y de la sociedad en general. La sanción en suma debe de ser proporcionada al vicio que afecte el acto, criticando que la teoría clásica menoscaba su utilidad en la práctica ya que está sujeta a un aspecto de rigidez y formalismo que no pueden coincidir con las necesidades de la realidad vital en virtud de que se deben de tomar en cuenta los elementos de buena fe, la responsabilidad de los sujetos y la apariencia legal de acto frente a terceros.³⁷

Finalmente la teoría ecléctica o clásica de *BONNECASE* culmina con proceso gradual y evolutivo en la teoría de las nulidades que nuestra legislación recoge, él parte de las ideas consagradas en la teoría clásica innovando algunos rasgos precisamente con las aportaciones de Japiot y Piédélièvre, aunque tampoco acepta totalmente las ideas de ellos, Piédélièvre que tuvo razón al afirmar la separación clara que se establece entre la inexistencia y la nulidad a través de los efectos de esta última, dice Bonnecase que él autor no supo distinguir entre ambos fenómenos: pensó erróneamente que el fundamento de la distinción se encontraba precisamente en la producción de efectos aunque precarios en los actos afectados de nulidad, y sugirió que ello se debía a la influencia de fenómenos como la

37 MARQUEZ GONZALEZ PAG 72 Y 73 CITANDOLO.

idea de responsabilidad, la buena fe y la apariencia legal de los actos jurídicos ya que para Bonnecase el verdadero fundamento reside en la naturaleza del vicio.

Se refiere particularmente a Saleilles y a sus discípulos, quienes pregonaron el abandono de las construcciones teóricas y cuya grandiosidad se ponía frecuentemente en duda.

Bonnecase propone abandonar el punto de vista histórico y partir de un nuevo enfoque que permita el análisis del fenómeno a través de una concepción orgánica o estructural del acto jurídico, según la idea que pregona este autor el acto jurídico se traduce en un organismo que se relaciona con sus componentes estructurales bajo un método de dependencia entre sí “es indiscutible que el acto jurídico constituye un verdadero organismo rigurosamente sometido por su existencia a la presencia de ciertos elementos de vida; sin estos elementos el acto jurídico constituye únicamente a imagen de las personas físicas una especie de no viable que se reduce a pura materialidad situada fuera del dominio del Derecho.”³⁸

Para Bonnecase los elementos estructurales del acto jurídico son de dos tipos: psicológicos y materiales. Los primeros constituyen una expresión de voluntad que constituye la primicia inicial del acto jurídico; significan el querer del sujeto dentro del mundo normativo, el elemento objetivo se traduce precisamente en la apetencia del agente.

³⁸ BONNECASE, TOMO II, P., 275. CITADO POR MARQUEZ GONZALEZ, JOSÉ ANTONIO, EN SU LIBRO TEORÍA GENERAL DE LAS NULIDADES, PAG.

es decir, son cosas de índole material o estrictamente jurídica susceptible de apropiación de o de alguna forma de disposición jurídica, otro elemento de carácter material reside en cierta formalidad mínima que el derecho impone a esa expresión volitiva.

Para el autor Francés el concepto de inexistencia se reduce a un proyecto de acto que no puede llegar a la existencia dentro del mundo jurídico.

En este sentido consiste en verificar, en cada caso si se encuentran reunidos los elementos de la voluntad, objeto, y, eventualmente una forma solemne, si estos elementos *carecen de toda perfección* requerida por el derecho, aunque en principio se realicen, nos encontramos en presencia de nulidad del acto jurídico, y no ante su inexistencia.

El acto que es viciado de la manera antes precisada como acto de carácter material puede llegar a producir algunas consecuencias por la relación de dependencia que se establece en el mundo de derecho.

Al decir que la inexistencia del acto jurídico se reduce a la ausencia de todo efecto jurídico se entiende que dicho acto está absolutamente imposibilitado de engendrar consecuencias como acto jurídico, pero no, que los hechos materiales, a los cuales se niega el calificativo de jurídicos, no puede implicar efectos, esto es comprensible por la relación

de dependencia que un acto material pueda producir de manera secundaria en el marco del derecho.

La distinción así esbozada entre inexistencia y nulidad no se reduce a un aspecto meramente conceptual ni al diverso despliegue de consecuencias ya que con lo antes puede verse más con interés práctico y la nulidad debe de verse con los efectos producidos de los actos jurídicos. La nulidad opera en un plano conceptual completamente distinto al de inexistencia ya que debe de ser concebida como una noción unitaria: admiten grados pero en esencia es única

“La naturaleza y efectos jurídicos de los actos jurídicos sólo atañen a la naturaleza de los efectos producidos por el acto irregular, ya que éstos efectos tienen lugar en el supuesto de un acto debidamente integrado en sus elementos, aunque adolezca de un vicio que caracteriza su nulidad. En este sentido el acto nulo es un acto existente pero imperfecto”³⁹

Para Bonnecase las nulidades encuentran su división y su clasificación de conformidad con la necesaria intervención del juez en el caso de nulidades que revisten un carácter procesal y probatorio discutible así y según este punto de vista las nulidades la nulidad son de pleno derecho, cuando resultan del texto legal y la nulidad que se origina de la apreciación judicial, la primera de ellas resulta de la violación de un precepto legal en esta

³⁹ BONNECASE, TOMO II, P., 275. CITADO POR MARQUEZ GONZALEZ, JOSÉ ANTONIO, EN SU LIBRO TEORÍA GENERAL DE LAS NULIDADES. PAG. 77.

tesitura la función de un Juez sólo tiene lugar en la constatación simple de la irregularidad del acto; diferente resulta la nulidad que se origina de la libre apreciación del órgano jurisdiccional ya que ella proviene en ausencia de un precepto legal expreso, en ese supuesto, la intervención del juzgador se extiende a la libre apreciación de las circunstancias de los demás elementos de hecho que rodean al acto tildado de nulidad, es entonces cuando los accionantes de la acción apelan a los conceptos de orden público, buenas costumbres y de interés social.

Bonnecase distingue también a las nulidades virtuales, éstas resultan de la infracción a disposiciones prohibitivas del texto legal, que si bien no se encuentran enunciadas de forma expresa pueden deducirse fácilmente del espíritu y del sentido general de la Ley, entonces el juez se convierte en instancia reguladora de interés general.

Otra distinción que hace reside en las nulidades relativas y absolutas esta es tomada de la tesis clásica y como ya se ha mencionada presenta como característica principal que puede ser invocada por todo interesado no desaparece por la convalidación del acto, necesita ser pronunciada por el juez y, una vez pronunciada destruye el acto y sus efectos en forma retroactiva, por lo que respecta a la nulidad relativa ésta mantiene características diversas a la nulidad absoluta y ésta se distingue principalmente por un método de exclusión de la primera, aunque la doctrina clásica ha creído que el punto de diferenciación reside en la naturaleza privada o pública, Bonnecase opina que este tipo de diferenciación es

desproporcionada ya que con la nulidad se protege el interés público y, por lo demás manifiesta que la doctrina clásica ambas especies una vez declaradas por el Juez ambos tipos de nulidad ya no pueden distinguirse porque sus efectos son destruidos en forma retroactiva.

Todos los actos nulos, en efecto, producen alguna consecuencia en tanto no resulta anulado por la autoridad judicial y permite afirmar que los efectos derivados de un acto nulo si producen consecuencias de naturaleza estrictamente jurídica y para él debe de terminar con la vieja opinión de la teoría clásica que decía que solamente producía efectos de hecho el acto nulo.

Además solamente corresponde a los tribunales decidir si estamos en presencia de una nulidad absoluta o nulidad relativa dadas las circunstancias que pueden que pueden rodear al acto jurídico en particular. Bonnacase dice que la Teoría debe de complementarse con el concepto de rescisión por lesión y reductibilidad por exceso ya que ambos estructuran su esquema en el nivel de nulidades sujetas a la decisión específica de los Tribunales.

Más reciente es la teoría de *LUTZESCO* ha vertido en su obra ya clásica acerca del estado actual que guarda la teoría de la nulidades y en especial a su idea del concepto de inexistencia alegando que en ella se ha edificado un fundamento falso como lo es la concepción orgánica del acto jurídico propuesta Japiot, inclusive el concepto de inexistencia no tiene antecedente alguno y al parecer el concepto deviene de la doctrina alemana

propuesta por Zacharié, Demolombe, y posteriormente recogida por Aubry et Rau y Laurent antes de ellos nada existe y dice el autor antes citado criticando a Bonnacase que el se ha complacido en llamarle la verdad de los siglos y menciona que cuando se analizan las causa de inexistencia que la doctrina ha esgrimido de forma clásica: la ausencia de consentimiento, de objeto, de causa y de forma, en todos los casos resulta, falsa e inútil, porque la sanción adecuada es la de nulidad absoluta ya que en el examen del los elemento orgánicos resultaría natural la sanción de inexistencia a la falta de uno de estos elementos y a pesar de su completa estructura teórica no se ha obtenido ninguna confirmación práctica.

Lutzesco considera al acto inexistente por las siguientes características:

- a) En primer lugar que un acto no puede ni debe de producir ningún efecto jurídico, sin embargo si la existencia cede su lugar a las nulidades de ella surgirán las consecuencias propias de la sanción
- b) Una innecesaria declaración de la inexistencia por parte del Juez ya que ella opera de pleno derecho y el juez tiene cierta intervención para constatar.
- c) No es absolutamente exacto decir que un acto es inconfirmable y pone el ejemplo de un menor que celebra un acto y que el mismo acto lo confirme cuando adquiera la mayoría.

- d) Tampoco es cierto que un acto inexistente sea imprescriptible, porque esta forma de convalidación si puede operar para frustrar los efectos del acto en caso de que se haya ejecutado
- e) Por último la inexistencia aparente puede ser invocada por todo aquel que demuestre algún interés jurídico.

LUTZESCO estructura a la nulidad como sanción, sanción protectora del orden público, la nulidad en su aspecto civil es la sanción inherente a todo acto jurídico celebrado sin observar las reglas establecidas por la Ley.⁴⁰

El acto nulo como tal esta desprovisto de efectos jurídicos, esta máxima es verdad en tanto no entra con la realidad de las cosas.

La nulidad es una sanción que tiene como finalidad asegurar el respeto a la Ley y esta debe de surgir de un órgano jurisdiccional, en este sentido no puede ser el órgano un órgano de comprobación sino de análisis y resolución.

Por lo que respecta a la sanción de nulidad esta al igual que los demás autores la dividen en nulidad absoluta y nulidad relativa, ambas con los mismos rasgos que mantiene la mayoría de la doctrina francesa.

⁴⁰ LUTZESCO P. 24 CITADA POR MARQUEZ GONZALEZ, PAG. 83.

3.3. RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE AL ACTO DE COMERCIO.

El derecho mercantil es el derecho de los actos en masa que realizan las empresas, con esto, se quiere decir que es un derecho de circulación de mercancías que realiza en este caso la empresa.

El acto de comercio lo podemos apreciar desde dos puntos de vista el primero subjetivo y el otro objetivo, el primer criterio define al acto de comercio de conformidad con el sujeto que lo realiza, en tanto, el objetivo llega a definir al acto de comercio en consideración a la calificación que le da la legislación mercantil a ciertos actos como mercantiles.

En la práctica no ha habido un sistema puro objetivo o subjetivo, sino que en todos los sistemas de calificación del acto de comercio siempre ha sido mixto.

Al respecto nuestro Código de Comercio en su artículo no define el concepto de acto de comercio y se concreta a decir en su artículo 75 que se reputan actos de comercio los contenidos en él tales fracciones que son las siguientes:

- I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos,

muebles ó mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados ó labrados;

II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;

III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;

IV. Los contratos relativos á obligaciones del Estado ú otros títulos de crédito corrientes en el comercio;

V. Las empresas de abastecimientos y suministros;

VI. Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados;

VII. Las empresas de fábricas y manufacturas;

VIII. Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo.

IX. Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas;

X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;

XI. Las empresas de espectáculos públicos;

XII. Las operaciones de comisión mercantil;

XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;

XIV. Las operaciones de Bancos;

XV. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y á la navegación interior y exterior;

XVI. Los contratos de seguros de toda especie;

XVII. Los depósitos por causa de comercio;

XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;

XIX. Los cheques, letras de cambio ó remesas de dinero de una plaza á otra, entre toda clase de personas;

XX. Los vales ú otros títulos á la orden ó al portador, y las obligaciones de los comerciantes, á no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;

XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;

XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene á su servicio;

XXIII. La enajenación que el propietario ó el cultivador hagan de los productos de su finca ó de su cultivo;

XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

XXV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

Lo que se puede concluir es que las fracciones aquí reproducidas no establece una lista de actos de comercio sino que hace referencia a grupos de actividad de carácter económico.

No podemos soslayar que hay actos absolutamente mercantiles es decir aquellos que siempre lo son independientemente de quien los realice, en cualquier forma y con cualquier propósito

En cambio el acto relativamente mercantil es aquél que puede ser y puede dejar de serlo según concurren ciertas condiciones que son las siguientes:

- a) Que respondan a la noción económica de comercio.
- b) Que emanen de empresas
- c) Que sea acto accesorio o conexo de comercio
- d) Que se refiera al ejercicio profesional

Existe también el acto denominado mixto que depende de las partes que intervienen en él.

Es importante señalar que nuestro Código de Comercio en sus disposiciones solamente se aplican a los actos de comercio, al efecto señala la norma en su artículo respectivo:

Artículo 1°. Los actos comerciales sólo se registrarán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables.

Lo que se confirma que es aplicable a los actos jurídicos de esta naturaleza; Es importante considerar que el artículo 81 del ordenamiento legal ante señalado adhiere otros elementos que son importantes tomar en cuenta para la conformación alcance del acto de comercio, el artículo antes precisado dice:

Art. 81. Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables á los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden ó invalidan los contratos.

Con dicha disposición se aclara y se deja en claro una incorporación total de las disposiciones del Código Civil Federal al acto mercantil, en lo que respecta a la capacidad de las partes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos y al efecto existe una tesis jurisprudencial que tiene este rasgo, respecto de la lesión en los actos mercantiles.

Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO., Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Junio de 1998, Tesis: XI.2o.68 C, Página: 668

LESIÓN EN LOS ACTOS DE COMERCIO. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 17 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. Como está fuera de toda duda que la figura jurídica de la lesión en su forma moderna, llamada por la doctrina "lesión calificada" por su propia naturaleza subjetiva, necesariamente se refiere a la persona misma de quien la sufre y no al acto jurídico en sí, ni, por tanto, al comercial, es claro que las acciones que de ellas se deriven no pueden regirse por el estatuto del acto comercial. Siendo ello así, y por no establecer el Código de Comercio norma alguna sobre las acciones de nulidad derivadas de la expresada figura jurídica, es concluyente que se tiene que recurrir al Código Civil para colmar la laguna, en vista de la supletoriedad establecida al respecto por el artículo 2o. de dicho Código de Comercio y principalmente por su artículo 81 que en forma expresa estatuye que "Con las modificaciones y restricciones de este código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contratantes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 271/98. José Wilfrido López Padilla. 29 de abril de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaria: Norma Navarro Orozco.

Si bien, no comparto la opinión de la tesis en cuanto a que se menciona al término de supletoriedad y no a una **incorporación** de las disposiciones que se contienen en el Código Civil respecto de la capacidad de los contratantes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos, en virtud, que tal como lo establece el propio precepto se incorporan al Código de Comercio dichas disposiciones, y en todo caso, se aplican de

manera directa y no de manera supletoria ya que esta última opera cuando las disposiciones no alcanzan a colmar en su totalidad cierta figura jurídica, pero, como se podrá constatar en el Código de Comercio no existe ninguna disposición que regule la nulidad es por ello que se aplica directamente a las convenciones mercantiles y no de manera supletoria.

Se puede concluir que el acto de comercio es aquel que es realizado en masa y por empresa, a pesar de ello no se ha llegado a un concepto unitario del concepto de acto de comercio sin embargo para efecto del presente trabajo me referiré a la naturaleza del órgano de la sociedad y si los acuerdos de ésta a su vez les son aplicables las disposiciones del acto de comercio.

Y por otro lado se establece en la fracción XXIV del mismo artículo que son actos de comercio “Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.”

En ese sentido si las acciones son cosas mercantiles y en las asambleas de la sociedad anónima y comandita por acciones son representativas del capital y de ellas depende la decisión en sus acuerdos, es en esa virtud, que se debe de considerarse a los acuerdos tomados por las asambleas como actos de naturaleza mercantil, esto es así, porque los derechos y obligaciones derivados de los actos y contratos que haya dado lugar a la emisión de títulos de crédito son actos de comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 75, fracción XXIV del Código de Comercio en relación con lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley Títulos y Operaciones de Crédito, el precepto dice al respecto:

Artículo 1o.- Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval, o aceptación y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio. **Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión** o transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con éstos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 2o., cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente del título, y por la ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos.

Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio.

Además, es importante señalar lo que dispone el Artículo 1038 que establece que las acciones que se deriven de actos comerciales se prescribirán con arreglo a las disposiciones de este Código.

El régimen aplicable a los acuerdos en mención le son aplicables en principio las disposiciones contenidas en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su defecto la regulación general contenidas del Código de Comercio, éste a su vez le son incorporadas todas las disposiciones de naturaleza civil para los efectos de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y *causas que rescinden o invalidan los contratos*, evidentemente a falta de una u otra disposición si le son aplicables las disposiciones contenidas en el Derecho Civil Federal en atención a lo que dispone el artículo 2 del Código de Comercio en el que se establece claramente que: "A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia Federal.

3.4. LA ACCIÓN DE NULIDAD RESPECTO DE LOS ACUERDOS TOMADOS POR LA ASAMBLEA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y COMANDITA POR ACCIONES.

Una vez que la sociedad empieza a funcionar ésta puede tomar acuerdos, dichos acuerdos desde luego deben de ser acordes con sus estatutos y la Ley.

La fuerza deliberatoria de la asamblea de una sociedad no se discute, porque la misma necesidad de la convivencia social postula el carácter obligatorio de las mismas. En el artículo 200 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se establece claramente que las resoluciones legalmente adoptadas son obligatorias para los disidentes y aun para los ausentes desde luego cuando se han hecho según lo que establece la Ley.

A pesar de que la deliberación tiene fuerza obligatoria, si la asamblea infringe disposiciones legales o estatutarias, los socios tendrán la posibilidad de ejercitar **la acción de nulidad** u oposición de conformidad con lo dispuesto por los artículos 200 al 205.

Debe dejarse en claro que al hablar de nulidad de acuerdo, se presupone que éstos han sido tomados en asamblea legalmente constituida, llama la atención lo que precisa Joaquín Rodríguez Rodríguez, en su libro denominado Tratado de Sociedades Mercantiles, al dejar en claro que al hablar de este tema debe de considerarse como un simple ensayo del

mismo y manifiesta además que se deben tomar en cuenta los textos extranjeros por virtud del cual nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles toma la interpretación de esta acción sobre las deliberaciones tomada en reunión válida de asamblea.

Lo que se quiere decir es que al ejecutar una acción de nulidad se va contra el acuerdo que se adopta y no contra la convocatoria o contra la reunión defectuosa, en este sentido nos dice el autor antes señalado que la acción que nace son de actos previos del acuerdo, en ese mismo sentido precisa que a dichos acuerdo de las asambleas se puede anotar tres afirmaciones:

- a) La teoría de la nulidad de los negocios jurídicos no se aplica en su totalidad, sino que con restricciones.
- b) Que la teoría de la nulidad del acto jurídico debe verse en relación del voto individual a la luz de las disposiciones generales sobre la misma teoría; en ese contexto la validez del acuerdo con la presencia de un voto nulo de no inferir en el resultado del acuerdo el acuerdo que se tome en dicha asamblea es perfectamente válido ya que no fue determinante para la eficacia del acuerdo, por el contrario si fue decisivo para cambiar el sentido del acuerdo de modo que puede cambiar el sentido de la resolución o impedir la resolución, éste podrá ser nulo.
- c) Establece claramente que no debe confundirse la acción de nulidad con la acción de oposición sobre los acuerdos tomados por las asambleas.

De acuerdo con lo manifestado anteriormente se puede asegurar que 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 le fija la Ley.

Los acuerdos serán válidos, si siendo válida la asamblea se toman resoluciones por las mayorías legales legalmente fijadas, sobre objetos lícitos y posibles en asuntos de su competencia, y mientras no se suscite objeción sobre el acuerdo de una asamblea, lo resuelto por ella tiene a su favor una apariencia de legalidad.

La hipótesis de que la deliberación es nula cuando carece por completo de un elemento esencial, como son: La falta capacidad y legitimación, manifestación o forma determinada de la voluntad, o una causa u objeto determinado y este sea determinado y posible físicamente y jurídicamente, o bien cuando el objeto del acuerdo o la causa no pugna directamente con una norma prohibitiva establecida por el interés general, o por las buenas costumbres.

Para que una asamblea pueda tomar acuerdos es indispensable que exista la sociedad, que como se dijo anteriormente, la asamblea es el órgano de expresión, si no hay sociedad, no puede haber asamblea y por consiguiente no puede haber acuerdo; la sociedad existe cuando después de que los socios hayan pagado las aportaciones a que se obligaron y se convenga sobre la forma de constitución sucesiva o simultánea, y después de llevar a cabo la

asamblea constitutiva y registrado esta en ese momento se puede decir que la sociedad tiene existencia legal plena, antes de esto no hay sociedad y por consiguiente no puede haber asamblea, incluso se puede decir que la llamada asamblea constitutiva, no es realmente asamblea, por lo menos no la es de socios, ya que la calidad de socios se adquiere después de la celebración de la misma; por otro lado, en el estado de liquidación la sociedad conserva su personalidad, por lo que podrá celebrar válidamente asambleas que adopten acuerdos, durante esta etapa hasta la total liquidación. En este sentido se puede concluir que existiendo sociedad se pueden tomar acuerdos que pueden ser válidos o inválidos.

En relación al punto de la capacidad de la sociedad como persona moral, existen dos amplias corrientes:

- a) La que afirma que la limitación de la capacidad la encuentra en la finalidad que se constituyó, y
- b) La que establece una ilimitación en su actuación.

El artículo 26 del Código Civil Federal establece claramente que “Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución”.

En este supuesto para el caso de que una asamblea tome un acuerdo que vulnere la capacidad para el cumplimiento del objeto social, estaríamos en un caso de nulidad.

El acuerdo de la asamblea que disponga en perjuicios de terceros o de socios que les imponga a nuevas o ulteriores obligaciones también será nulo.

Sobre los acuerdos que se tomen sobre derechos especiales de los socios ya sean estatutarios o legales tanto, tanto unos como los otros son derechos inmodificables que la asamblea general de accionistas no puede modificar, sin el consentimiento de los interesados en la forma que lo determina el artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Al definir a la asamblea se decía que trataba de una reunión de socios legalmente convocada y reunida para decidir asuntos de su competencia, así pues, se fija dos elementos de existencia de la asamblea convocatoria de los socios y la reunión de éstos.

Partiendo del principio general que no hay asamblea si no hay reunión, y si no hay asamblea no puede haber acuerdos válidos, si una asamblea se celebra con defectos se puede hablar de una asamblea irregular y por consiguiente de acuerdos irregulares.

La convocatoria en principio supone un hecho físico en ella se hace del conocimiento a los socios el lugar, fecha y orden del día de la reunión, en tal virtud, no hay asamblea si no se hace el llamado que sea efectivamente conocido por los socios.

Para que el aviso de la reunión sea considerado como convocatoria debe de reunir los siguientes requisitos:

- a) Que la realice quien legalmente puede hacerla, esta formalidad somete al consejo de administración, comisario o Juez.
- b) Deberá de contener las menciones esenciales que marca la ley entre ellas figura “la fecha y el orden del día, dentro de estos supuestos debe de quedar claro que la fecha debe de expresarse el momento preciso es decir la designación del mes, día y hora de la misma, así también resulta esencial el orden del día,” así lo establece el artículo 187 de la Ley.
- c) El lugar donde se deba de realizar, cuando el domicilio social no esté debidamente precisado o existe imposibilidad por caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo 179 de la Ley establece claramente que si la reunión de la asamblea no se lleva a cabo que en el domicilio social el acuerdo que se tome también será nulo.

Respecto de la publicidad de la convocatoria es importante señalar que el artículo 186 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala la manera de publicar la convocatoria ya sea en periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad o bien en

uno de los privados de mayor circulación del domicilio social, en la cual se debe de contener la inserción de la convocatoria que se haga cuando menos en los quince días antes de la fecha de reunión ó en un plazo superior que llegaren a fijar en los estatutos sociales.

La Ley especifica claramente en su artículo 181 que la asamblea ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social y se ocupará:

I.- Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172, tomando en cuenta el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas.

En ese sentido deberá de hacerse el depósito del mismo con los plazos de anticipación y con la documentación accesoria que refiere el artículo 173

Artículo 173.- El informe del que habla el enunciado general del artículo anterior, incluido el informe de los comisarios, deberá quedar terminado y ***ponerse a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la fecha de la asamblea*** que haya de discutirlo. Los accionistas tendrán derecho a que se les entregue una copia del informe correspondiente.

La falta de esta información puede determinar su nulidad; Otro motivo de nulidad de acuerdo lo establece la falta de reunión efectiva de la asamblea, no cualquier reunión de socios accionistas tiene la consideración jurídica de asamblea, sino sólo aquellas que reúnan

las condiciones legales mínimas que establezca la Ley de Sociedades; así no puede haber asamblea:

- a) Si nadie ocurre a la misma, ya que en materia de asambleas no caben los acuerdos por correspondencia o por medios similares.
- b) Tampoco hay reunión de asamblea sino concurren los socios accionistas que representen el capital social necesario, según se trate de asamblea ordinaria o extraordinaria; En la asamblea ordinaria se requiere que en la primera convocatoria esté presente la $\frac{1}{2}$ del capital, en segunda convocatoria la asamblea no requiere de mayoría especial o calificada; en tanto que en asamblea extraordinaria en primera convocatoria se requiere de $\frac{3}{4}$ del capital y en la segunda convocatoria la $\frac{1}{2}$ del capital.
- c) La falta de quórum de asistencia determinará la nulidad de la asamblea que se trate.
- d) La falta de reunión si la asamblea se lleva la asamblea en lugar o fechas distintas indicadas en la convocatoria.

En este mismo supuesto resulta nulo todo acuerdo que resulte de una declaración de mayoría inexistente y también puede decirse que es nulo el acuerdo cuando la decisión de la mayoría descansa en votos nulos emitidos en la votación.

También será nulo el acuerdo que se tome cuando el objeto del mismo tenga un fin o motivo ilícito. En este mismo sentido, debe comprenderse los acuerdos que sean contrarios a las normas prohibitivas dictadas en interés general o del orden público, o sean contrarios a la estructura básica de la sociedad anónima o comandita por acciones. Dentro de estos casos se pueden contemplar el caso previsto en el artículo 142 respecto del nombramiento de administradores con carácter irrevocable o indefinido, la prohibición que los socios se hagan representar en las asambleas artículo 192, las restricciones del voto que no sean las permitidas en el artículo 113, todas establecidas en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Al hablar de **la acción de nulidad** debemos tomar en cuenta la forma casuística que nuestra Ley General de Sociedades va estableciendo algunos casos en que una asamblea pudiera llegar a tomar acuerdos nulos, ya sea de nulidad de pleno derecho o en contra de disposiciones de normas prohibitivas, así en los artículos siguientes de la misma se establece algunos casos en donde para el caso de que se llegare a tomar el acuerdo en contravención de los siguientes artículos sería nulo:

Artículo 12.- *A pesar de cualquier pacto en contrario*, el socio que aportare a la sociedad uno o más créditos, responderá de la existencia y legitimidad de ellos, así como de la solvencia del deudor, en la época de la aportación, y de que, si se tratare de títulos de crédito, éstos no han sido objeto de la publicación que previene la Ley para los casos de pérdida de valores de tal especie.

Artículo 17.- *No producirán ningún efecto legal* las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias.

Artículo 21.- ***Son nulos de pleno derecho los acuerdos*** de los administradores o de las juntas de socios y ***asambleas***, que sean contrarios a lo que dispone el artículo anterior. En cualquier tiempo en que, no obstante esta prohibición, apareciere que no se han hecho las separaciones de las utilidades para formar o reconstituir el fondo de reserva, los administradores responsables quedarán ilimitada y solidariamente obligados a entregar a la sociedad, una cantidad igual a la que hubiere debido separarse.

Artículo 104.- Los fundadores no pueden estipular a su favor ningún beneficio que menoscabe el capital social, ***ni en el acto de la constitución ni para lo porvenir. Todo pacto en contrario es nulo.***

Artículo 115.- ***Se prohíbe*** a las sociedades anónimas emitir acciones por una suma menor de su valor nominal.

Artículo 133.- ***No podrán emitirse nuevas acciones***, sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas.

Artículo 134.- ***Se prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones***, salvo por adjudicación judicial, en pago de créditos de la sociedad.

Artículo 139.- ***En ningún caso podrán*** las sociedades anónimas hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones.

Artículo 179.- Las Asambleas Generales de Accionistas son ordinarias y extraordinarias. Unas y otras se reunirán en el domicilio social, y sin este requisito ***serán nulas***, salvo caso fortuito o de fuerza mayor.

Artículo 179.- Las Asambleas Generales de Accionistas son ordinarias y extraordinarias. Unas y otras se reunirán en el domicilio social, y sin este requisito ***serán nulas***, salvo caso fortuito o de fuerza mayor

Artículo 186.- 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 con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto, quince días antes

de la fecha señalada para la reunión. Durante todo este tiempo estará a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, el informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172.

Artículo 187.- La convocatoria para las Asambleas deberá contener la Orden del Día y será firmada por quien la haga.

Artículo 188.- *Toda resolución de la Asamblea tomada con infracción de lo que disponen los dos artículos anteriores, será nula*, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones.

Artículo 198.- *Es nulo todo convenio* que restrinja la libertad del voto de los accionistas.

Por todo lo anteriormente señalado es necesario dejar en claro, que una asamblea es válida, cuando:

- Sean de sociedades existentes.
- Cuando sean convocadas según la Ley y los estatutos.
- Que los socios que la componen se reúnan en el número y condiciones que le fija la Ley.

Ahora bien, un acuerdo será válido, cuando siendo válida la asamblea se toman resoluciones por la mayoría legalmente fijadas, sobre objetos lícitos y posibles en asuntos de su competencia, además, se puede asegurar que mientras no se suscite acción contra el acuerdo de la asamblea tiene a su favor una presunción de legalidad.

Los acuerdos tomados con infracción de las normas prohibitivas o contrarios a la estructura de la sociedad anónima o comandita por acciones, son nulos. También son nulos los acuerdos en que la sociedad tome o se celebren en contra de la incompatibilidad de la naturaleza de la sociedad de que se trate (anónima o comandita por acciones).

Son nulos también los acuerdos que afecten los derechos especiales de los socios o clases de ellos si no se toman con el consentimiento de estos últimos.

Es importante señalar que la validez de la asamblea no queda afectada por la sola irregularidad de la sociedad, y por tanto, las asambleas de las sociedades irregulares pueden adoptar acuerdos válidos, ello supone que se trata de sociedades existentes pero irregulares.

Son nulos los acuerdos que tomen las asambleas de la sociedad por falta de capacidad para ello, en función de la finalidad que persigue según su escritura.

Si uno de los requisitos para la formación del acto no se encuentra, estaremos en presencia de la nulidad de la liberación, la dificultad para determinar cuando se está en posibilidad de ejercitar esta acción, radica no en conocer cuáles son los requisitos, si no, en cuando un requisito falta o cuando está viciado, no sería correcto hacer un análisis casuístico, si no, que en cada caso particular deberá de hacerse un análisis de las diferentes etapas por la que pasa un acuerdo de asamblea, y lo más trascendental es verificar si se

cumplieron todos los requisitos para tomar una deliberación y en caso de haberse cumplido, si estos están viciados o no y en este supuesto considero nuevamente aplicar lo dispuesto por la nulidad del acto jurídico reglamentado en el Código Civil Federal.

Es importante reconocer que el artículo 8° del Código Civil Federal establece que ***Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.***

Y como ha quedado precisado anteriormente la asamblea es un acto jurídico complejo unilateral y de naturaleza comercial, por tal motivo son aplicables dichas disposiciones, de conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 81 del código de Comercio.

Así, un acuerdo por el contenido de su objeto puede ser imposible o ilícito y en este caso la deliberación será considera nula, la imposibilidad del objeto puede ser física o jurídicamente imposible; Se considera que un acuerdo es imposible jurídicamente cuando la asamblea viola normas esenciales de la sociedad o perjudica derechos individuales de los socios, en cambio, se está en presencia de un objeto ilícito cuando no es acorde con las normas de orden público o a las buenas costumbres.

En este sentido dice Vázquez del Mercado dice: “Que siempre se buscará el interés supremo de la sociedad y no del interés de los socios en particular, al considerar que toda liberación es ilícita cuando el acuerdo tienda a desviar el fin económico-practico del contrato de sociedad”⁴¹

Ahora bien, Donati nos dice que basta que exista la causa y objeto determinado o determinable, y éste sea posible física y jurídicamente para que éste sea lícito, es decir, que no sean contrarios a la ley imperativa o prohibitiva, establecida en el interés general o en consideración a las buenas costumbres. “Hay nulidad de la deliberación cuando en realidad no hay deliberación o cuando existiendo el contenido de la resolución tiene un objeto ilícito o imposible”⁴²

Aunque la sociedad en comandita por acciones se rige en su mayoría por las disposiciones contenidas para la sociedad anónima, existen disposiciones que sólo le son aplicables a este tipo de sociedad por lo que respecta a los socios comanditados tal y como lo establece el artículo 211 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en dicha disposición calara que le son aplicables los artículos 28, 29, 30, 53, 54 y 55; y en lo que se refiere solamente a los socios comanditados, lo prevenido en los artículo 26, 32, 35, 39 y 50, para encontrar las disposiciones en las cuales un acuerdo de asamblea es nulo se puede decir que un acuerdo que tome la asamblea se debe de analizar cada de disposición y si en ella

41 VAZQUEZ DEL MERCADO. OP. CIT. PAG 234

42 VAZQUEZ DEL MERCADO OSCAR . OP. CIT. PAG 233 CITANDO A FERRI.

existen normas prohibitivas que vulneren o contraríen el orden jurídico o la capacidad de las mismas para resolver asuntos sometidos a su consideración, también es aplicable por el contenido de su objeto puede ser imposible o ilícito y en este caso la deliberación será considerada nula, la imposibilidad del objeto puede ser imposible físicamente o jurídicamente, y es importante señalar que un acuerdo es imposible jurídicamente cuando la asamblea viola normas esenciales de la sociedad o viola derechos individuales de los socios.

3.5. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD.

La situación de ejercitar una acción de nulidad no es tan clara y las causas de lo cual dependen para ejercitarla son a veces las inherentes a la formación del acto o bien al contenido del mismo⁴³.

Para el ejercicio de la acción de nulidad, el interés de para obrar está determinado por el simple hecho de apariencia o existencia de un acto nulo y en particular de una deliberación nula a favor de quien por efecto de tal apariencia puede resentir un daño⁴⁴.

Cualquier accionista, un acreedor de la sociedad tiene el derecho para demandar la acción de nulidad de los acuerdos de la sociedad

Como se planteo en el tema anterior un acuerdo de asamblea es nulo cuando no se ha adoptado legalmente o cuando habiéndose adoptado de conformidad con la norma, el objeto de la resolución resulta ser ilícito o imposible física y jurídicamente o bien el acuerdo es incompatible con la naturaleza de la sociedad o contrario al orden público.

Es titular de la acción de nulidad cualquiera que tenga un interés jurídico para obrar en contra de la resolución emitida por la asamblea, dentro de éstos se consideran a los

43 VAZQUEZ DEL MERCADO, OP. CIT., PAG. 233 CITANDO A FERRI.

44 DONATI, CITADO POR RODRIGUEZ RODRIGUEZ, OP. CIT., PAG. 540.

terceros que tengan relaciones jurídicas con la sociedad, dentro de los terceros interesados se encuentran no sólo los socios, sino también el consejo de administración, sus miembros individualmente considerados sean accionistas o no, los comisarios y terceros en general.⁴⁵

Para demandar la acción de nulidad de los acuerdos tomados por las asambleas de la sociedad es menester cubrir con ciertos requisitos y que son los siguientes:

- a) Identificar el acuerdo de asamblea que se trata de nulificar y el precepto legal infringido o disposición violada del pacto constitutivo.
- b) Iniciar la demanda ante Juez del fuero común o del fuero Federal competente del domicilio de la sociedad.
- c) Demandar como prestación principal la declaración de nulidad del acuerdo en cuestión.
- d) Desde luego acreditar el interés jurídico por virtud del cual el acuerdo de asamblea viola o se causa un perjuicio al accionante en cuestión.
- e) Demandar como sujeto pasivo de la acción a la sociedad y en el caso que se demande la nulidad del acuerdo por falta del quórum de asamblea para tomar acuerdo, dirigirla a los socios accionistas que aprobaron dicho acuerdo.

Lo que es muy importante destacar que la acción de nulidad de los acuerdos tomados en asamblea sea ésta anónima o comandita por acciones, es potestad de los accionistas

⁴⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, OP. CIT. CITADO POR VAZQUEZ DEL MERCADO PAG. 244.

considerados individualmente porque está contravenga los derechos especiales que les confiere la ley y que esta se deberá de ejercitar de conformidad con las reglas contenidas sobre los actos nulos que regula el Código Civil Federal, debiendo tomar en cuenta todos los aspectos que no se opongan con las disposiciones que regula el Código de Comercio, para los actos de naturaleza mercantil principalmente las contenidas en los numerales 1038, 1041 y 1045 fracción I.

3.6. LA VIA PROCESAL PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD.

Cuando hablamos de vía procesal se debe de entender la clase juicio por virtud del cual el actor escoge el tipo de juicio para ejercitar su acción.

En nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles no existe disposición alguna que mencione bajo que procedimiento hay que ejercitar la acción de nulidad, en este supuesto se deberá estar a lo dispuesto por el artículo 1377 de Código de Comercio que a la letra dice:

Art. 1377. Todas las contiendas entre partes que no tengan señalada tramitación especial en las leyes mercantiles, se ventilarán en *juicio ordinario*.

Desde luego se deberán colmar todas las disposiciones que regulan los juicios ordinarios mercantiles, en lo que dispone el Título Segundo del Código de Comercio que lleva como título DE LOS JUICIOS ORDINARIOS y en lo que abarca del artículo 1377 al 1390 del mismo Código de Comercio, fundamento legal que se corrobora con innumerables tesis de jurisprudencia que hacen referencia a la vía procesal ordinaria para aquellos juicios que no tiene una vía procesal especial y en ninguna parte de Ley General de Sociedades Mercantiles se estipula algún tipo de procedimiento para ejercitar la acción correspondiente.

3.7. EFECTOS JURIDICOS DE LA SENTENCIA, QUE DECLARE PROCEDENTE LA ACCIÓN DE NULIDAD.

Primeramente es correcto decir que por sentencia deberá de entenderse en sus dos significados:

- a) Como acto procesal es aquel que emana de los agentes de jurisdicción y mediante el cual se decide la causa o punto sometido a su conocimiento.
- b) Como documento es la pieza escrita emanada del tribunal que contiene el texto de una decisión Judicial.

A su vez las sentencias que se pronuncie en un juicio pueden ser declarativas, constitutivas y de condena y según Couture tiene la pura existencia de un derecho.

Por lo que respecta a los efectos que llegare a tener una sentencia de nulidad necesariamente debe de ser **declarativa y de condena**, primero porque el Juzgador debe de **declarar la nulidad** y su alcance de dicha declaración será retrotraer los efectos jurídicos del acuerdo de asamblea, hasta antes de la celebración de la misma.

CAPÍTULO 4. ACCIÓN DE OPOSICIÓN.

4.1. CONCEPTO DE OPOSICIÓN

Dentro de los conceptos que se da el diccionario de la real lengua española no aparece ningún significado que se asimile a lo que la Ley General de Sociedades Mercantiles entiende por oposición así el Diccionario de Lengua Española:

Oposición.

(Del lat. *oppositio*, -onis). 1. f. Acción y efecto de oponer u oponerse. Manifestó su oposición a esa ley. 2. f. Disposición de algunas cosas, de modo que estén unas enfrente de otras. 3. f. Contrariedad o antagonismo entre dos cosas. La oposición campo-ciudad. 4. f. Procedimiento selectivo consistente en una o más pruebas en que los aspirantes a un puesto de trabajo muestran su respectiva competencia, juzgada por un tribunal. U. m. en pl. con el mismo significado que en sing. 5. f. Contradicción o resistencia a lo que alguien hace o dice. Su propuesta halló la oposición del público. 6. f. Conjunto de grupos o partidos que en un país se oponen a la política del Gobierno. 7. f. **En los cuerpos legislativos, minoría que habitualmente impugna las actuaciones del Gobierno.** 8. f. Cada uno de los cuerpos deliberantes, o de los sectores de la opinión pública adversos al poder establecido. 9. f. Astr. Aspecto de dos astros que ocupan casas celestes diametralmente opuestas. 10. f. Astr. Situación relativa de dos o más cuerpos celestes cuando tienen longitudes que difieren en dos ángulos rectos. 11. f. Ling. Relación distintiva que existe entre dos unidades del mismo nivel pertenecientes al mismo sistema lingüístico. Leer alguien de ~. 1. fr. Explicar oral y públicamente una lección en las oposiciones. poder alguien leer de ~. fr. poder poner cátedra.

Por oposición se dice en Diccionario de Derecho de Rafael de Pina Vara **Que es en general efecto de impugnar un acto, o conjunto de actos, mediante recurso, incidente, querrela o tacha u otra equivalente; vía conducente demandando su nulidad.**

La disposición legal a que hace referencia el término de *oposición* dentro de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles se puede definir como **un derecho destinado a una**

minoría determinada de accionistas, para que una resolución de asamblea no se ejecute.

En concreto, se puede definir a la oposición como *una acción de nulidad relativa concreta y determinada que la ejerce una minoría del 33% de accionistas*, por considerar que un acuerdo de asamblea viola disposiciones estatutarias o legales.

Debiéndose entender por acción concreta y determinada, aquella que da la Ley General de Sociedades Mercantiles o los estatutos de la sociedad anónima o comandita por acciones, para demandar el no ejercicio de dicho acuerdo hasta en tanto no se hayan cumplido con todas las formalidades que se requiere para tomar un acuerdo de asamblea.

4.2. LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN EN CONTRA DE LOS ACUERDOS TOMADOS EN LAS ASAMBLEAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y COMANDITA POR ACCIONES.

Otra causa de nulidad de asamblea sobreviene cuando existe discrepancia entre la declaración y el resultado, en virtud de error sobre el objeto de la resolución adoptada, en este sentido se debe aclarar que el simple resultado de la votación es un dato oculto e incierto y por tal motivo puede caber la acción de nulidad.

El Código de Comercio que hasta 1929 nos regía, recogió en sus artículos 923 a 926 la acción de impugnación tal y como la reglamentaban el Código de Comercio Italiano.

Es importante mencionar que el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles deriva del artículo 163 del Código de Comercio Italiano.

En la exposición de motivos se expresa en su parte conducente que:

..... El artículo 200 consagra una de las consecuencias naturales del sistema corporativo de las anónimas: el de que las resoluciones legalmente dictadas por la asamblea general de accionistas son obligatorias para los ausentes y disidentes, pero se establece en defensa de las minorías *el derecho de oposición*....

Conviene indicar que dicha oposición solamente puede fundarse en infracción de la Ley o de una cláusula del contrato, de tal manera que tal derecho no menoscaba en lo absoluto el carácter de la asamblea general de accionistas como órgano supremo de la sociedad.

El artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles habla de oposición judicial a las resoluciones de los acuerdos tomados por las asambleas y el artículo 202 aclara que esta oposición se hace mediante el ejercicio de acciones judiciales (dichas acciones denominadas de impugnación por la doctrina extranjera pero que hace referencia a la nulidad relativa)

Esto significa que el artículo 201 sólo hace referencia a la suspensión de efectos de un acuerdo relativamente nulo.

En este sentido dice Joaquín Rodríguez Rodríguez opina que el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles deriva del Código de Comercio Italiano, pero, en la Ley de Sociedades convirtieron la acción de impugnación individual en **una acción de minorías**.

Otra cuestión importante de la acción de oposición es que quien la ejercita lo hace a veces sin sufrir un menoscabo en su interés jurídico de socio y su deseo es mantener el orden jurídico o las disposiciones de los estatutos dentro del marco de la legalidad.

Por cuales acuerdos proceden la acción de oposición tomados por las asambleas de la sociedad anónima y comandita por acciones, considero que son los siguientes supuestos:

- a) Los acuerdos adoptados cuando haya defecto en la convocatoria o en la reunión de la asamblea.
- b) Los acuerdos que invaden la competencia de otros órganos sociales
- c) Los que se forman de infracciones de normas estatutarias relativas a la formación de voluntad.
- d) Los que no consten en acta de asamblea, de no tratarse de acuerdos tomados por asamblea extraordinaria.
- e) En general todos los acuerdos que infrinjan la ley o los estatutos cuando no quepa de ellos la acción de nulidad absoluta.

4.3. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN.

Para que proceda la acción de oposición es necesario llenar ciertos requisitos el objeto principal de la acción es precisamente suspender la resolución del acuerdo atacado aparentemente de perjudicial y con ello mantener el orden jurídico.

El artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que la acción de oposición está reservada a una minoría que represente el 33% del capital social, siempre que satisfagan los siguientes requisitos:

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

II.- Que los reclamantes no hayan concurrido a la Asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución, y

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

Y en el último párrafo en mención aclara que no podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los Administradores o de los Comisarios.

Es pertinente aclarar que la vía procesal correcta para iniciar esta acción judicial es la ordinaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 1377 del Código de Comercio.

Art. 1377. Todas las contiendas entre partes que no tengan señalada tramitación especial en las leyes mercantiles, se ventilarán en juicio ordinario.

Por lo que respecta al término para ejercitar dicha acción debe considerarse el término de quince días naturales tomando como base los términos judiciales en los que no se deben incluir los días en que no pueden tener lugar actuaciones judiciales, es decir, los días inhábiles conforme a lo previsto en el artículo 1076 del Código de Comercio, sino dentro de **los quince días naturales siguientes** que son a los que se refirió el legislador al incluir en el texto de la misma fracción el vocablo "siguientes" y no a días hábiles,

4.4. LA VÍA PROCESAL DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPOSICIÓN.

Cuando hablamos de vía procesal se debe de entender la clase juicio por virtud del cual el actor escoge el tipo de juicio para ejercitar su acción. En nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles no existe disposición alguna que mencione bajo que procedimiento hay que ejercitar la acción de oposición, en este supuesto se deberá estar a lo dispuesto por el artículo 1377 de Código de Comercio que a la letra dice:

Art. 1377. Todas las contiendas entre partes que no tengan señalada tramitación especial en las leyes mercantiles, se ventilarán en juicio ordinario.

Desde luego se deberán colmar todas las disposiciones que regulan los juicios ordinarios mercantiles, en lo que dispone el Título Segundo del Código de Comercio que lleva como título *DE LOS JUICIOS ORDINARIOS* que abarca del artículo 1377 al 1390 del mismo ordenamiento legal, fundamento legal que se corrobora con innumerables tesis de jurisprudencia que hacen referencia a la vía procesal ordinaria para aquellos juicios que no tiene una vía procesal especial y en ninguna parte de Ley General de Sociedades Mercantiles se estipula algún tipo de procedimiento para ejercitar la acción correspondiente, por lo que la única vía para ejercitar la acción de oposición es el *juicio ordinario mercantil*.

4.5. EFECTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA, QUE DECLARE PROCEDENTE LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN.

El artículo 203 de la Ley General de Sociedades Mercantiles determina que las sentencias que se dicte por motivo de la oposición, surtirá efectos respecto de todos los socios.

El antecedente de este precepto según Joaquín Rodríguez Rodríguez lo es el proyecto de Código de Comercio Italiano de D'AMELLO en el que con redacción idéntica establece este principio.

Para Vivante y Ascarelli estimaban que la sentencia que se dictara por motivo de una oposición cuando un socio demandaba, no tenía valor de cosa juzgada frente a los demás.

Sin embargo CHIOVENDA mantuvo una posición contraria y la cual fue recogida por el Código Civil Italiano de 1942, misma solución que la Ley General de Sociedades Mercantiles da para el caso de una sentencia que se dicte por motivo de una oposición.

La sentencia tiene el carácter de declarativa y también de condena por que de ser procedente ordena se restituya la omisión omitida en una asamblea.

4.6 ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y OPOSICIÓN.

A continuación presento el siguiente cuadro comparativo entre la acción de nulidad y la denominada acción de oposición:

<u>NULIDAD</u>	<u>OPOSICIÓN</u>
La acción de nulidad en cuanto a su titularidad para su ejercicio la tiene cualquier persona con interés jurídico.	La acción de oposición la ejerce una minoría de accionistas que representen el 33% del capital social.
La acción de nulidad está sujeta a prescripción que enmarca el artículo 1038 del Código de Comercio.	La acción de oposición esta sujeta a caducidad y la cual se debe de ejecutar dentro de un término de quince días después de que se haya celebrado la asamblea respectiva.
Se necesita acreditar ante el órgano jurisdiccional el interés jurídico.	Se debe de acreditar ante el juez necesariamente la calidad de socio o socios que representen el 33% del capital social.
No es posible convalidar el acuerdo	Se puede convalidar el acuerdo de asamblea.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Después de concluido el presente trabajo se arriba a decir que los autores: Joaquín Rodríguez Rodríguez, Oscar Vázquez del Mercado, Roberto L. Mantilla Molina, Jorge Barrera Graf, inclusive Acosta Romero hacen una somera referencia de cuando procede la acción de nulidad y de oposición, sin llegar a definirla y ni decir que vía es la procedente para su ejercicio, ni cuales son sus efectos de la sentencia en caso de que una u otra sea procedente.

SEGUNDA.- Los acuerdos tomados en las asambleas de la sociedad anónima y comandita por acciones, son actos jurídicos de naturaleza mercantil.

TERCERA.- A las resoluciones de las asambleas de la sociedad anónima y comandita por acciones le son aplicables todas las disposiciones del Código Civil Federal acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o *invalidan* los contratos.

CUARTA.- La acción de nulidad es una vía judicial destinada a invalidar toda resolución de asamblea accionistas que sea tomada con infracción de las normas prohibitivas o de interés público, o que sea contraria al estatuto social o bien que sean contrarios a la estructura de la sociedad anónima o comandita por acciones, así también, puede ser invalido el acuerdo que sea contrario a la compatibilidad de la naturaleza de la sociedad de que se trate (anónima o comandita por acciones).

QUINTA.- La acción de nulidad procede también por:

- a) Vicio en la asamblea.
- b) Vicio en la forma de tomar el acuerdo.
- c) Vicio en la materia del acuerdo.

SEXTA.- La nulidad esta sujeta para su ejercicio a la prescripción que enmarca el artículo 1038 y 1045 fracción I del Código de Comercio, es decir de cinco años después de haber sido tomado el acuerdo respectivo.

SEPTIMA.- La acción de nulidad en cuanto a su titularidad para su ejercicio, la ejerce cualquier persona con interés jurídico.

OCTAVA.- La vía procesal para el ejercicio de la acción de nulidad del acuerdo de asamblea, es la destinada para los juicios ordinarios mercantiles.

NOVENA.- Los efectos de la sentencia que llegue a declarar procedente con motivo de una acción de nulidad son de carácter declarativo y de condena.

DECIMA.- El requisito fundamental para el ejercicio de una acción de nulidad consiste en acreditar el interés jurídico para obrar en contra del acuerdo emitido por la asamblea.

DÉCIMA PRIMERA.- La acción de oposición es un derecho destinado a una minoría determinada de accionistas, para que una resolución de asamblea no se ejecute.

DECIMA SEGUNDA.- Como acción procesal la acción de oposición es una acción de nulidad relativa concreta y determinada que la ejerce una minoría de accionistas que representa el 33% del capital.

DECIMA TERCERA.- La acción de oposición esta sujeta a caducidad y la cual se debe de ejecutar dentro de un término de quince días después de que se haya celebrado la asamblea respectiva.

DECIMACUARTA.- Se debe de acreditar ante el juez competente necesariamente la calidad de socio o socios que representen el 33% del capital social, para poder ejercita la acción oposición.

DECIMA QUINTA.- La sentencia que declare procedente una acción de oposición tiene el carácter de declarativa si en el juicio se exhibió garantía para la no ejecución del acuerdo.

DECIMA SEXTA.- La sentencia que declare procedente una acción de oposición y durante el proceso se admitió contrafianza tendrá ésta la declarativa y de condena.

DECIMA SEPTIMA.- Los efectos contra terceros del cual se dicte procedente una acción de nulidad o de oposición, debe tomar en consideración aquellos que hayan actuado de buena fe en relación con el acuerdo de que se trate.

PROPUESTAS

PRIMERA.- Incluir un procedimiento especial dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles y en todo caso tomar como tramitación el que se sigue en los incidentes, de los juicios mercantiles.

SEGUNDA.- Reglamentar el sistema de los montos de fianzas y contrafianzas, respecto de la acción de oposición.

TERCERA.- Incluir dentro de los demás tipos de sociedades, la acción de oposición con la modalidad que sea compatible el tipo de Sociedad de que se trate.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero, Miguel et al. Tratado de Sociedades Mercantiles, con énfasis en la Sociedad Anónima, Editorial Porrúa, México 2001.

Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México 1989.

Barrera Graf, Jorge. Las Sociedades Mercantiles en el Derecho Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1983.

Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, Quinta Edición, México 2002.

Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, Novena Edición, México 1984.

Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil, Editorial Herrero, S.A., Segunda Edición, México 1978.

Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México 1985.

García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho, Editorial Porrúa, Cuadragésima cuarta Edición, México 1996.

García Rendón, Manuel. Sociedades Mercantiles, Editorial Harla, México 1993.

Lozano Noriega, Francisco. Cuarto curso de Derecho Civil contratos, Obra Editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Sexta Edición, México 2002.

Lloveras de Resk, María Emilia. Tratado teórico práctico de las Nulidades, Ediciones Depalma, Reimpresión, Buenos Aires 1991.

Lutzesco, Georges. Teoría y práctica de las nulidades, Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1980,

Macedo Hernández, José Héctor. Ley General de Sociedades Mercantiles, anotada, comentada y concordada con jurisprudencia y tesis, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1984.

Márquez González, José Antonio. Teoría de las Nulidades, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México 1996.

Mantilla Molina, Roberto L. Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, Vigésimo novena Edición, México 1998.

Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil, Editorial Harla, México 1998.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, Vigésima quinta Edición, México 2001.

Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México 1991.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México 2001.

Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, introducción, personas y familia, Editorial Porrúa, Decimatercera Edición, México 1977.

Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México 1976.

Vásquez Mercado, Oscar. Asambleas, Fusión y Liquidación de sociedades Mercantiles, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México 1987.

Vásquez Mercado, Oscar. Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, México 1982.

Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, Onceava Edición, México 1994.

Zamora Pierce, Jesús. Derecho Procesal Mercantil, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tercera Edición, México 1983.