



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

ACCION DE NULIDAD DE LAS ACTAS DE ASAMBLEA Y LA ACCION DE OPOSICION DE LOS ACUERDOS SOCIALES

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARTÍNEZ GALICIA BLANCA YAZMIN

ASESOR: DR. JESUS DE LA FUENTE RODRIGUEZ



MEXICO D.F.

2005

m347197



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E .

La alumna: **BLANCA YAZMIN MARTINEZ GALICIA**, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "ACCION DE NULIDAD DE LAS ACTAS DE ASAMBLEA Y LA ACCION DE OPOSICION JUDICIAL DE LOS ACUERDOS SOCIALES", con la asesoría del DR. JESUS DE LA FUENTE RODRIGUEZ, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El mencionado asesor nos comunica que el trabajo realizado por dicha alumna reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU".
Ciudad Universitaria, a 30 de mayo del año 2005.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO.
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumno.
AFMP/*rga.

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

NOMBRE: Blanca Yazmín Martínez Galicia

FECHA: 30 Agosto 2005

FIRMA: 

**ACCIÓN DE NULIDAD DE LAS ACTAS DE ASAMBLEA Y LA
ACCIÓN DE OPOSICIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES**

A ti Señor porque cuando las noches se tornaron frías y oscuras, tu me enseñaste nuevos horizontes y amaneceres.

A MI MAMÁ Guadalupe Galicia, por concederme la vida, por estar siempre a mi lado, por tu amor, por tu cariño, por tus cuidados. Porque la mujer de lucha que soy te lo debo a ti. Porque no hay palabras para agradecerte lo que hiciste y diste por mí. A ti, te dedico mi trabajo.

A mi papá, gracias por tu apoyo y consejos, por estar conmigo.

A TI JESÚS, MI ESPOSO, porque sin ti no sería posible estar aquí hoy, por tu apoyo incondicional, por todo tu amor, por sabios consejos y ser un ejemplo. Te amo y admiro.

A mi abuela, por ser el pilar de mi familia, a la cual quiero. A mi tía Lidia, por sus consejos; a mi tía Luisa por quererme y a mi tía Maru por ser mi ejemplo a seguir, por su apoyo y cariño.

A todos mis tíos y tías muy en especial a Beto, Roberto, Luis, Moisés, Rosalba, Alejandro, Carlos, Sofía, Javier y Cristina por ser un apoyo moral siempre presente en momentos difíciles.

*A mi familia tabasqueña que aunque lejos,
sus oraciones están siempre presentes.*

*A mis primos y primas, en especial a Veró,
Vane, Beto, Hugo y Josúe ya que en algún
momento de mi vida me aconsejaron que no
desistiera.*

*A mis amigas de la Libre, Karina, Nahielly,
Paola, Karla y Serenella por todos los
momentos compartidos.*

*A MI UNIVERSIDAD, la mejor de todas, por
abrirme tus puertas, por confiar en mí, por
acogerme. Porque en nuestra unión eterna,
seré tu alumna y tu mi alma mater.*

*A mis asesores, Doctor Jesús de la Fuente y
jefe Licenciado Jesús Antonio Altonar Reyes.
Gracias por su tiempo y dedicación.*

*A todos mis amigos que hice, en la Libre y en la
Universidad, por acompañarme en este trayecto.*

*"Bienaventurado el hombre que haya la sabiduría,
y que obtiene la inteligencia porque su ganancia
es mejor que la ganancia de la plata y sus frutos
más que el oro fino" Proverbios 3: 13-14*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO. GENERALIDADES

I.	Las nulidades.....	1
II.	Ineficacia de los actos jurídicos.....	2
III.	Nociones de inexistencia y nulidad.....	4
	A. Inexistencia.....	4
	B. Nulidad.....	4
IV.	Efectos de los actos inexistentes, nulos y anulables.....	5

CAPITULO SEGUNDO. ORIGENES DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS

I.	Antecedentes históricos y derecho comparado.....	9
	A. Francia.....	9
	B. Alemania.....	8
	C. Suiza.....	10
	D. Inglaterra.....	11
	E. España.....	11
	F. Argentina.....	12
	G. Italia.....	12
II.	Exégesis del artículo 163 del Código de Comercio Italiano de 1882.....	13
III.	¿Por qué pueden impugnarse los acuerdos sociales?.....	18
IV.	Acciones de impugnación.....	19
	A. Nulidad del voto.....	20
	B. Nulidad de sociedades.....	22
	C. Nulidad de Asambleas.....	23
	D. Nulidad de cláusulas de los estatutos y de pactos sociales.....	24
	E. Ineficacia de cláusulas.....	24
	F. Nulidad e ineficacia por aplicación de disposiciones del derecho civil	

	conforme a la teoría general de las Obligaciones.....	25
V.	Nulidad en la Ley General de Sociedades Mercantiles.....	26

CAPITULO TERCERO. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

I.	Generalidades. Ineficacia e invalidez.....	28
	A. Asambleas válidas y acuerdos válidos.....	30
	B. Asambleas inválidas y acuerdos inválidos.....	31
II.	Naturaleza jurídica de la impugnación de acuerdos sociales.....	31
III.	Panorama legislativo.....	35
IV.	Distinción entre acuerdo nulo y acuerdo anulables.....	38
V.	Casos de inexistencia de la asamblea en la legislación mexicana.....	43
VI.	Casos de nulidad absoluta de las asambleas.....	44
VII.	Casos de nulidad relativa de las asambleas.....	45
VIII.	Análisis del artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.....	46
	A. Inexistencia, incapacidad y legitimación de la sociedad.....	50
	A) Acuerdos sobre derechos de tercero y sobre los derechos de los socios como terceros.....	50
	B) Derechos especiales de los socios.....	51
	B. Ineficacia de los acuerdos de las asambleas por infracción de las normas sobre constitución y competencia de éstas.....	52
	A) Ineficacia por falta de constitución de la asamblea	52
	B) Incompetencia de la asamblea	57
	C. Validez de los acuerdos sociales desde el punto de vista de la declaración de la voluntad y de su forma.....	57
	A) El proceso de formación de la voluntad colectiva.....	57
	B) Vicios de la voluntad.....	58
	D. Vicios relativos a la causa y al contenido de los acuerdos.....	59
IX.	Crítica al artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.....	59
X.	Acción de nulidad y acción de impugnación.....	66
XI.	Personas legitimadas para la impugnación.....	70

A.	Sujeto activo de la impugnación.....	70
B.	Impugnación por el administrador.....	75
C.	Impugnación por los terceros.....	77
D.	Oposición de los acreedores.....	78
E.	Sujeto pasivo de la impugnación.....	78
XII.	Caducidad de la acción.....	80
XIII.	Competencia.....	82

CAPITULO CUARTO. SUSPENSIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES IMPUGNADOS EN LA ACCION DE OPOSICION JUDICIAL O EN LA ACCION DE NULIDAD

I.	Medidas Precautorias.....	83
A.	Naturaleza jurídica de la suspensión.....	83
B.	La suspensión y su efecto interruptivo de la caducidad de instancia del juicio de impugnación.....	85
II.	Presupuestos para la procedencia de la suspensión.....	86
III.	Caracteres de la suspensión.....	88
A.	Instrumentalidad.....	88
B.	Temporalidad.....	89
C.	Homogeneidad.....	89
D.	Jurisdiccionalidad.....	90
IV.	Requisitos de la suspensión.....	90
A.	Apariencia de derecho.....	91
B.	Peligro de retardo.....	92
C.	Pendencia del proceso.....	92
D.	Que no se cause perjuicio para terceros	93
E.	Prestación de contragarantía suficiente.....	93
F.	Irreparabilidad del perjuicio.....	95
V.	Legitimación.....	95
VI.	Intervención de la sociedad demandada.....	96
VII.	Cuando se puede acordar la suspensión.....	96

VIII.	Prestación de cauciones.....	97
IX.	Suspensión establecida en el artículo 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.....	98
A.	Antecedentes del artículo 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.....	98
B.	Requisitos del artículo 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.....	99
A)	A petición de parte.....	99
B)	Garantía.....	100
C)	Depósito de títulos.....	101
X.	Efectos de la sentencia de nulidad y de la anulación de las deliberaciones de las asambleas.....	105
A.	Antecedentes históricos.....	105
B.	Efectos de la sentencia con relación a los terceros.....	108
D.	Acumulación de acciones.....	112
E.	Sustitución de la deliberación.....	113
F.	Inscripción de la sentencia en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.....	115
XI.	Normas del procedimiento.....	115
A.	Anotación preventiva de la demanda de impugnación.....	115
B.	Anotación preventiva de la suspensión de los acuerdos impugnados...	118
XII.	Procedimiento.....	119
A.	Demanda.....	120
B.	Reconvención	122
C.	Etapa probatoria	122
D.	Alegatos	123
E.	Sentencia.....	124

ANEXO UNO: CASO PRÁCTICO

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

El desconocimiento de los orígenes de las instituciones jurídicas a veces lleva al arribo de conclusiones erróneas, que las más de las veces se traducen en resoluciones que aunque legales resultan totalmente injustas.

La escasa regulación que hay sobre este tema, pues sólo cinco artículos de la Ley General de Sociedades Mercantiles (201-205) regula la oposición judicial de los Acuerdos Sociales, lo cual deja muchas interrogantes y lagunas legales, que en alguna de las veces han sido colmados por la jurisprudencia, en forma atinada y en otras se consideran errónea.

En el presente trabajo se trataran los orígenes y antecedentes de lo que hoy es el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, así estudiaré la legislación italiana rescatando fundamentalmente los puntos de vista y comentarios que sobre la misma realizará el jurista italiano Donati. Posteriormente se analizara a la legislación española que ha regulado en forma por demás exhaustiva el tema escasamente legislado en México.

En la presente investigación se contestarán preguntas que conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles aparecen como un vacío legal tales como:

- I. Existe alguna diferencia entre la acción de oposición judicial y la acción de nulidad.
- II. Cual es la mayoría calificada, que se necesita para intentar una u otra acción.
- III. Quienes son los sujetos legitimados para intentar la acción de oposición judicial y la acción de nulidad por la Ley General de Sociedades Mercantiles.
- IV. Cual es el plazo y como debe computarse para ejercitar una u otra acción.
- V. Procede o no otorgar la suspensión del acto reclamado en contra de la resolución que concede la suspensión de los acuerdos sociales.

El trabajo que tiene en sus manos da respuesta en forma puntual a las interrogantes que en el mismo se plantea, y con ello pretendo aportar criterios jurídicos debidamente sustentables que perneen o nutran la interpretación jurídica que cotidianamente hacen los Tribunales en relación al tema que se plantea.

El presente trabajo se compone de cuatro capítulos: Capítulo Primero llamado Generalidades, en donde se aprecian los conceptos de la ineficacia de los actos jurídicos de acuerdo con la Teoría General de las Obligaciones; el Segundo Capítulo de nombre Orígenes de la Impugnación de los Acuerdos de las asambleas de accionistas nos traslada a los antecedentes de la impugnación de los acuerdos, el nacimiento de la impugnación en la legislación italiana y el tema de la nulidad en general; el Tercer Capítulo se refiere a la Impugnación de los Acuerdos Sociales en la Sociedad Anónima, cual es la naturaleza jurídica de la impugnación, la distinción entre acuerdos nulos y anulables, el análisis propiamente del artículo 201 de la Ley de Sociedades Mercantiles y crítica al mismo y el Cuarto Capítulo llamado Suspensión de los Acuerdos Sociales impugnados en la acción de Oposición judicial o en la suspensión de nulidad, nos conduce a la naturaleza jurídica de la suspensión, caracteres, requisitos, análisis del artículo 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los efectos de la sentencia y el procedimiento.

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES

I. LAS NULIDADES

La validez de los acuerdos de las asambleas es uno de los temas centrales en materia de asambleas, tanto en su aspecto teórico como en la práctica.

La materia de nulidades está mal regulada en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles¹ y desafortunadamente la doctrina mexicana en materia mercantil no ha logrado ponerse de acuerdo en un sistema completo y sistemático elaborado en dicha Ley de Sociedades y supletoriamente en el Código Civil.²

La materia de las nulidades es muy confusa en la Ley de Sociedades tanto en la materia de nulidad del voto como en la nulidad de las asambleas y de las resoluciones que en ella se adoptan, sin que se pueda acudir supletoriamente a las escasas reglas de las sociedades civiles establecidas en el Código Civil en sus artículos 2691, 2692 y 2696 toda vez que los mismos en su caso corresponden a los artículos 2°, 3°, 7°, 8° y 17 de la Ley de Sociedades, que contienen soluciones distintas. Así, al existir regulación especial en esta última Ley, no cabe la supletoriedad. No obstante lo anterior, las disposiciones relativas a la inexistencia y nulidad del acto jurídico contenidas en los artículos 2224 al 2242 del Código Civil sí resultan aplicables supletoriamente como más adelante se verá.

¹ En lo sucesivo "LGSM" o "Ley de Sociedades".

² Cuando en esta tesis se mencione "Código Civil" debe entenderse el Código Civil Federal.

En ese orden de ideas, el Código Civil adopta la Teoría Tripartita de las nulidades, cuyo máximo exponente es BONNECASE; esta doctrina distingue entre los negocios jurídicos inexistentes, nulos y anulables, ello equivale distinguir entre los requisitos de existencia (artículos 1794 y 2224) y de validez (artículo 1795), que a su vez determinan las nulidades absolutas y las relativas o anulabilidades.

Se debe partir de ciertos principios generales: primero la construcción del sistema debe hacerse en función de todas las normas pertinentes de la Ley General de Sociedades Mercantiles; segundo en lo que la nada disponga sobre la materia debe considerarse aplicable el sistema de nulidades del Código Civil; tercero debe considerarse la distinción de los varios supuestos de ineficacia del negocio social, como son los casos de las asambleas, de sus acuerdos, de cláusulas del negocio social y los pactos entre los socios y de ellos con la sociedad y cuarto, el régimen de nulidades y de impugnación en materia corporativa debe considerar los efectos propios del negocio social, así como la protección de los derechos individuales de los socios, de las minorías y de los terceros contratantes con la sociedad.

II. INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Sin pretender añadir algo nuevo a lo ya estudiado por numerosos civilistas y mercantilistas respecto a la ineficacia de los actos jurídicos, se tratará de exponer muy sucintamente la Teoría General del Acto Jurídico, para comprender mejor el tema.

El acto jurídico se ha definido como la manifestación de voluntad capaz de producir consecuencias de derecho (crear, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones). Sus elementos esenciales son la manifestación de voluntad y el objeto, éste debe ser física y jurídicamente posible. La posibilidad física del objeto consiste, en que el bien objeto del contrato exista en la naturaleza o pueda llegar a existir; por otro lado, la posibilidad jurídica consiste en que el objeto esté dentro del comercio y que sea determinado o determinable en cuanto a su especie. En ciertos casos, la solemnidad es

otro elemento esencial, entendiéndose por ésta la forma que ha sido elevada por la técnica jurídica a categoría de elemento esencial, siguiendo la teoría de las inexistencias cuando un acto adolezca de algún elemento esencial, el acto será inexistente, no producirá efecto legal alguno; no será susceptible de perfeccionarse por prescripción ni convalidarse por un acto posterior de los interesados y cualquier persona interesada podrá impugnar el acto haciendo o ejercitando la acción correspondiente.

Como elementos de validez de los actos jurídicos se tienen: primero, la capacidad que es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer. Hay dos grados de capacidad, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio; segundo, la forma consiste en que la manifestación de voluntad debe realizarse en forma estricta, ya sea pública o privada, según lo determine la ley; tercero, la ausencia de vicios en la voluntad que son según nuestro Código Civil el error, el dolo, la violencia y la mala fe, no deben de existir para que el acto jurídico sea válido; entonces, si en un acto jurídico hay incapacidad de una de las partes, no se realiza en la forma que señala la ley o hay un vicio en la voluntad, ese acto estará afectado de nulidad relativa. Es susceptible de perfeccionarse por prescripción, de convalidarse por un acto posterior de los interesados, y sólo éstos tendrán el derecho a ejercitar la acción correspondiente.

El último elemento de validez es la licitud en el objeto, motivo o fin, así, a *contrario sensu* es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, en este caso el acto estará afectado de nulidad ya absoluta, ya relativa según lo disponga la ley.

Si un acto está afectado de nulidad absoluta sus efectos son los siguientes: a) no es susceptible de perfeccionarse por prescripción ni convalidación, b) cualquier persona interesada podrá ejercer la acción de nulidad correspondiente; y c) el acto jurídico produce provisionalmente sus efectos hasta que sea declarada su nulidad por el juez,

efectos que van a ser destruidos retroactivamente, hasta el momento en que se originó el acto.³

III. NOCIONES DE INEXISTENCIA Y NULIDAD

Es importante también dejar claro si en tratándose de la validez del acto jurídico, existe alguna diferencia teórica y práctica en lo que la doctrina ha denominado inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

A. INEXISTENCIA. Sobre este tema el maestro BORJA SORIANO dice:

"Acto inexistente es el que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia. O en otros términos: El acto inexistente es aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia. Falta al acto alguna cosa de fundamental, alguna cosa que es, si se puede hablar así, de definición. Semejante acto carece de existencia a los ojos de la ley; es una apariencia sin realidad, la nada. La ley no se ocupa de él. No había, en efecto, por qué organizar la teoría de la nada...La ausencia de voluntad en el autor o en uno de los autores del acto lo hará, pues, inexistente".⁴

B. NULIDAD. Sin embargo, en tratándose de nulidades, hay que distinguir si se está en presencia de una nulidad absoluta o relativa; ya que dicha distinción limita el alcance de las acciones y sanciones que la ley establece al efecto.

De nueva cuenta se acude al maestro BORJA SORIANO que opina:

"A diferencia del acto inexistente, el acto nulo reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero se encuentra privado de efectos por la ley".⁵

³ Cfr Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 13ªed., Editorial Porrúa, México, 1994, p. 84.

⁴ *Ibidem*, p. 95.

⁵ *Idem*.

Como se dijo anteriormente la nulidad se divide en nulidad absoluta y en nulidad relativa, es decir, los actos nulos se subdividen en actos nulos de pleno derecho y actos anulables.

El maestro BORJA SORIANO afirma:

"La nulidad absoluta es la que ataca a los actos que se ejecutan materialmente en contravención a un mandato o a una prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, es decir, de orden público. La nulidad relativa es una medida de protección que la ley establece a favor de personas determinadas".⁶

IV. EFECTOS DE LOS ACTOS INEXISTENTES, NULOS Y ANULABLES

El jurista BORJA SORIANO indica:

"... el acto inexistente no puede producir ningún efecto. ¿Cómo de la nada podría salir alguna cosa?...No hay que hacer intervenir a la justicia para invalidar un acto inexistente...No se anula la nada como no se puede matar a un muerto". Por otro lado, respecto al acto nulo Borja Soriano dice, *"que no hay momento alguno en que los efectos del acto nulo de pleno derecho puedan producirse;...pero el juez se limitará a comprobar la nulidad, no tendrá que decretarla".*

"El acto jurídico anulable, en tanto que no ha sido anulado por una decisión judicial, produce efectos. Y, sin embargo, esos efectos no se producen sino provisionalmente, porque la sentencia judicial que pronuncie la nulidad obrará con efecto retroactivo al día del acto y, por consiguiente, todos los efectos producidos se considerarán como no efectuados".⁷

Por otra parte, con relación a las personas que pueden prevalerse de la invalidez; en el caso de la inexistencia, *"no estando ninguno obligado a reconocer la nada, toda persona tiene derecho de prevalerse cuando lo necesite de la inexistencia de un acto jurídico que se le opone"*⁸, y con relación a la nulidad absoluta puede invocarse por

⁶ *Idem.*

⁷ *Ibidem*, p. 96.

⁸ *Ibidem*, p. 97.

cualquier interesado,⁹ mientras que la nulidad relativa sólo puede invocarse por las personas que tengan algún interés legal.

Los actos inexistentes no pueden hacerse válidos por una confirmación ni por prescripción, ni tampoco los actos nulos absolutos, mientras que los actos anulables son susceptibles de borrarse retroactivamente por la confirmación del acto.

Así pues, Bonnecasse, establece claramente:

*"... nosotros diremos que un acto jurídico es inexistente cuando falta uno o varios de sus elementos orgánicos, o quizá más exactamente, específicos...En la base de este acto se encuentra, en efecto: 1°, una manifestación de voluntad; 2°, un objeto; 3°, según los casos un elemento formalista. La nulidad de un acto se reconoce en que uno de sus elementos orgánicos: voluntad, objeto, forma, se ha realizado imperfectamente (Código Civil de 1928, art. 2228), o también en que el fin que perseguían los autores del acto está, sea directa o expresamente, condenado por la ley, sea implícitamente prohibido por ella porque contraría al buen orden social (Código Civil de 1928, art. 2225). Pertenecen a los tribunales decidir en cada caso si se está en presencia de una nulidad absoluta o de una nulidad relativa en el sentido en que las hemos definido y, en esta última hipótesis, sobre qué relación la nulidad es relativa: qué personas pueden prevalerse de ella, condiciones de la confirmación posible, duración de la prescripción, consecuencias destinadas a subsistir a pesar de la anulación."*¹⁰

No obstante lo anterior, es importante dejar sentado que conforme al sistema jurídico mexicano únicamente existen la nulidad absoluta y la nulidad relativa; ya que la inexistencia aunque teóricamente tiene ciertas diferencias con la nulidad absoluta en la práctica sus consecuencias y efectos son los mismos que la nulidad absoluta. Ello de conformidad con la jurisprudencia que a continuación se cita:

Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Parte: 205-216 Cuarta Parte; Tesis; Página: 116.

⁹ Este interés no es un interés simple, sino que se refiere a un interés jurídico tutelado por la ley. Algún agravio debe sufrir el que inste la nulidad derivado del acto viciado; de otra forma su acción no prosperaría, por falta de "interés jurídico".

¹⁰ Aut. Cit. por Borja Soriano, *op. cit.*, p. 103-107.

NULIDAD ABSOLUTA E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON CONCEPTUALES Y SIMPLEMENTE TEORICAS, Y SUS SANCIONES SON SEMEJANTES.

Si por actos inexistentes debe entenderse, aquellos que adolecen de un elemento esencial, ya sea el consentimiento o el objeto, y que no reúnen los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su finalidad, y en ausencia de los cuales, lógicamente es imposible concebir su existencia; y por cuanto se refiere a los actos jurídicos viciados de nulidad absoluta, puede sostenerse que son aquellos en que el acto se ha realizado de manera imperfecta, aunque sus elementos esenciales se presenten completos, ya que al haber sido celebrados sin observar las reglas imperativas establecidas en la ley, carecen de perfección conforme a las normas previstas para garantizar la defensa del interés general o de orden público, y así, asegurar la protección de un interés privado; es indudable que, atento lo anterior de conformidad con los artículos 2078, 2079 y 2080 del Código Civil del Estado de México, el acto jurídico que adolezca de objeto o de consentimiento, o haya ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, no es susceptible de valer ni desaparecer por confirmación, cuyos vicios pueden invocarse por todo interesado, a efecto de prevalecerse contra los mismos. En tal virtud, al ser iguales las sanciones para tales actos, por consistir en que no pueden engendrar alguna consecuencia jurídica, pues aunque produzcan provisionalmente ciertos efectos, éstos se retrotraerán al momento en que se declarase judicialmente la nulidad absoluta o la inexistencia, con lo que se destruye el acto de que se trate, tales circunstancias implican que, en la realidad, las diferencias entre nulidad absoluta e inexistencia, son puramente conceptuales y teóricas, de acuerdo con la doctrina. Por lo cual, si el matrimonio es un contrato civil, como así se establece en el párrafo tercero del artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es evidente que las nulidades y las inexistencias de los actos jurídicos pueden afectar el matrimonio, en razón de ser un contrato; y sin embargo, es válido afirmar que el matrimonio como contrato tiene particularidades y efectos, de las que los demás actos jurídicos y contratos no participan y, consecuentemente, las sanciones civiles que se aplicaren, en el caso de nulidad absoluta o de inexistencia, sustraen al matrimonio del régimen general de las nulidades y de las inexistencias, por lo que los hijos habidos dentro de un matrimonio declarado nulo, deben conservar su filiación, según lo estatuye el artículo 326 del Código Civil del Estado de México.

Amparo directo 4060/85. Félix Humberto Esparza Valdez. 13 de octubre de 1986. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Virgilio Adolfo Solorio Campos. NOTA (1): En la publicación original esta tesis apareció con la siguiente leyenda: "Véase: Apéndice de Jurisprudencia del Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, tesis 197, pág. 590." *En la publicación original se omitió el*

nombre del secretario y se subsana. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1986, Tercera Sala, tesis 102, pág. 76.

Respecto a lo señalado se concluye, que la Teoría de las Nulidades es un tema básico en materia de obligaciones, en México se adopta la teoría Tripartita, es decir, se admite la inexistencia, nulidad absoluta y la nulidad relativa, sin embargo, para efectos prácticos únicamente la inexistencia y nulidad absoluta tiene los mismos efectos y consecuencias, y como lo señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación sus diferencias son meramente teóricas.

Por último, en relación a la materia de nulidades la misma esta mal regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles, sin embargo, se aplicarán las escasas reglas que existen en la materia y en caso de que no haya regulación se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones de la Teoría General del Acto Jurídico.

CAPÍTULO SEGUNDO

ORÍGENES DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO COMPARADO

Se debe analizar el origen histórico del presente tema de investigación, como se desarrollo en el derecho extranjero, ya que sus preceptos son de gran valor para la interpretación de la legislación mexicana.

A. Francia. Siendo el derecho francés el más antiguo en cuanto a su codificación no se encuentran antecedentes sobre este tema. Sin embargo, THALLER¹¹ establece que el acuerdo tomado en condiciones regulares es obligatorio para todos. Tiene un carácter indivisible. Los ausentes y los disidentes están obligados a soportar sus efectos, pero si el acuerdo es irregular, bien en la forma, o en el fondo, cualquier interesado puede provocar la anulación del acuerdo. Esta acción de nulidad prescribe en diez años y la sentencia que se dicte produce efectos contra todos.

B. Alemania. En Alemania el problema se desconocía hasta antes de 1884, pero fue hasta el Código de Comercio alemán de 1900, en el cual se admite una acción de

¹¹ Cfr. Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, 7° ed., Editorial Porrúa, México, 2001, p. 515.

impugnación en contra de los acuerdos de la asamblea general que infrinjan la ley o los estatutos.

La doctrina encuentra dos clases de acciones. La de nulidad (*Nichtigkeit*) y otra de impugnación (*Anfechtbarkeit*). La diferencia entre ambas es que la primera no está sujeta a plazo, en cambio la de impugnación debe invocarse dentro del mes siguiente al acuerdo.

Fue hasta la Ley Alemana de Sociedades de 1937 donde la regulación es más completa ya que establece por separado las acciones de nulidad y las de impugnación.

Se contempla también la convalidación de los acuerdos impugnables y se señala quiénes están legitimados para el ejercicio de la acción de impugnación, y se regulan las condiciones en que debe ser ejercitada la acción y los efectos de la sentencia.

C. Suiza. Según WIELAND¹² se deben de distinguir tres grupos en relación con la validez de las asambleas:

A) Nulidad: Cuando se trata de acuerdos que infringen un precepto legal coactivo y lesionan el interés público en general, son nulos los actos contrarios a las buenas costumbres o a la finalidad de la sociedad anónima. Estos supuestos no van a producir ningún efecto jurídico, pueden hacerse valer en cualquier momento, por cualquier interesado.

B) Ineficacia relativa: Aquellos que son relativamente ineficaces frente a determinadas personas, así sucede con los acuerdos que lesionan los derechos especiales de los accionistas, que sólo son impugnables. La ineficacia relativa se admite siempre que se trate de derechos especiales indiscutiblemente reconocidos y determinados en su existencia y contenido.

¹² Cfr. Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 518.

C) Impugnabilidad. *“El derecho de impugnar los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos es generalmente reconocido, aun en defecto de regulación legal, como un derecho especial irrestrictible al accionista, pues deriva del derecho del socio al mantenimiento del contrato de sociedad”*.¹³

D. Inglaterra. La “Companies Act” inglesa de 1948 ya contenía una norma mantenida con términos aún menos restrictivos, por la ley de 1985, que permite a cualquier accionista, cuyos intereses han sido dañados, demandar a la sociedad ante los Tribunales y si éstos consideran fundada la demanda podrán ordenar cualquier medida que juzguen adecuada para remediar la situación. E incluso, aunque de modo extremo, el Tribunal puede disponer la liquidación de la sociedad.¹⁴

E. España. El sistema de la Ley Española no representó ninguna novedad, frente a lo que tenían los otros países, sin embargo, el origen histórico arranca en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de junio de 1951, que ofrece esta impugnación como un mecanismo de defensa de las minorías, colmando la laguna que presentaba el Código de Comercio.

Por su parte, la doctrina mercantil ha sostenido, la necesidad de conceder al accionista el derecho a impugnar los acuerdos de las juntas contrarios a la ley o a los estatutos sociales.¹⁵

En síntesis, conforme a la ley vigente española se abre una doble posibilidad de impugnación de acuerdos adoptados en la Junta General de Accionistas y de impugnación de acuerdos adoptados por el Consejo de Administración, o cualquier órgano colegiado.

¹³ *Ibidem*, p. 519.

¹⁴ Cfr. Uria Rodrigo y otros; *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles; Tomo V: La Junta General de Accionistas*, 1º Ed., Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, p. 312.

¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 313.

F. Argentina. En cuanto al derecho americano encontramos el argentino que el doctrinario URÍA lo expresa así:

"El Código de Comercio argentino concedía a todo accionista el derecho de impugnar las deliberaciones tomadas en oposición a la ley o a los estatutos, permitía, igualmente, al juez suspender la ejecución del acuerdo, y establecía, además, la responsabilidad ilimitada de los socios que hayan votado las decisiones que se declaren nulas y la responsabilidad personal y solidaria de los directores por los actos y resoluciones tomadas en contra de la ley, de los estatutos o de los acuerdos de la junta, salvo el caso de que salvarsen su voto. La vigente ley de sociedades comerciales regula la materia en términos sustancialmente análogos".¹⁶

G. Italia. En este país europeo, más que en Alemania, fueron básicamente dos factores para que el tema alcanzará el grado máximo de discusión; primero, la proliferación de doctrina que imperaba entre los juristas italianos se puede resaltar los trabajos de SCIALOJA, MOSSA, VIVANTE, BRUNETTI, ASCARELLI y muy especialmente el de DONATI, que realizó un trabajo exhaustivo y muy completo de las causas de invalidez de las deliberaciones de las asambleas; y segundo, la defectuosa y confusa redacción del artículo 163 del Código de Comercio Italiano, como más adelante se estudiará.

En general, el proceso de evolución de la doctrina italiana se divide de la siguiente manera: antes de 1882 el problema era desconocido desde el punto de vista legislativo, en la doctrina sólo se admitía una acción de impugnación por violación de los estatutos o de la ley; y después de 1882 al promulgarse el Código de Comercio italiano y la redacción del artículo 163.

Según DE GREGORIO¹⁷ las diferentes tesis para exponer el problema de invalidez de los acuerdos de las asambleas, pueden reunirse en cuatro grupos:

1° Las acciones del derecho común para hacer valer la nulidad o anulabilidad de los acuerdos, quedan sustituidas por la oposición del artículo 163;

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Cfr. Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 519.

2° Las acciones del derecho común para invocar la nulidad o anulabilidad de los acuerdos, son aplicables y además, se agrega, para los accionistas individuales, la acción del artículo 163 que sólo se concede para la suspensión de los acuerdos *manifiestamente* contrarios a la ley o a los estatutos.

3° Son invocables las acciones del derecho común y además, la del artículo 163 que sirve para que cada accionista pueda pedir la anulación o la declaración de nulidad absoluta resultante de violaciones de la ley o del estatuto, aunque no sean *manifiestas*.

4° Son aplicables las acciones del derecho común a las que se agregan la del artículo 163 que vale, para la oposición (acción de nulidad o de anulación) y para la suspensión siempre que en ambos casos se trate de violaciones *manifiestas*.

II. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 163 DEL CODIGO DE COMERCIO ITALIANO DE 1882

El precepto dispone lo siguiente:

"Los acuerdos tomados por la asamblea general dentro de los límites de la escritura constitutiva, de los estatutos o de la ley son obligatorios para todos los socios incluso para los no intervinientes y disidentes, salvo las disposiciones del artículo 158".

"Podrá hacerse oposición a las deliberaciones manifiestamente contrarias a la escritura constitutiva, a los estatutos o a la ley, por cualquier socio; el presidente del Tribunal de Comercio, oídos los administradores y los comisarios, podrá suspender la ejecución de aquéllas, mediante resolución que notificará a los administradores"¹⁸

Autores mexicanos como los maestros RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, VÁSQUEZ DEL MERCADO y españoles como URÍA y GARRIGUES coinciden en el sentido que la redacción del artículo 163 del Código de Comercio Italiano es muy confusa y ha sido muestra de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, pero es necesario

¹⁸ Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 519.

para el estudio examinar sus orígenes, su interpretación ya que constituye la base de la presente tesis.

Se seguirán las ideas de DONATI, el cual elaboró un estudio de los orígenes del artículo 163 del Código de Comercio Italiano. En general todos los autores coinciden en la desafortunada formulación del famoso adverbio "*manifestamente*", y sobre él se han elaborado diversas interpretaciones y dos tendencias básicamente.

La primera tendencia, hoy abandonada por la jurisprudencia italiana, "*afirma, en efecto, que, en virtud de tal adverbio, sólo debe aceptarse la impugnación cuando la violación esté rigurosamente probada, cuando sea cosa segura; pero en tal caso el "manifestamente" carecería de significado y sería verdaderamente pleonástico*".¹⁹

La segunda tendencia, que hoy es la que domina, sostiene que "*con el "manifestamente" se ha pretendido limitar el derecho de oposición a sólo las hipótesis en que la violación de las normas de la escritura constitutiva, de los estatutos o de la ley, resulte ictu oculi o prima facie, sin necesidad de medios probatorios*"²⁰. Hay una laguna en relación a que si son obligatorias para todos los socios todas las deliberaciones tomadas dentro de los límites de la escritura constitutiva, de los estatutos y de la ley, y únicamente van a ser impugnables las contrarias *manifestamente*, por otra parte se admite la impugnación tan sólo a las deliberaciones *manifestamente* contrarias, por lo tanto sería completamente absurdo e ineficaz el artículo 163.

El italiano DONATI manifiesta "*los esfuerzos dialécticos que se han realizado para lograr una interpretación de acuerdo a los principios de la lógica y del derecho y sólo quedan dos caminos: limitar la impugnación a las deliberaciones manifestamente contrarias o suprimir el "manifestamente"*".²¹

¹⁹ Donati Antigono, *Sociedades Anónimas: La invalidez de las deliberaciones de las Asambleas*, Traducción Lic. Felipe De J. Tena, Porrúa Hnos. y Cía, Méx. D.F., 1939, p. 96.

²⁰ *Ibidem*, p. 97.

²¹ *Idem*.

La doctrina especialmente la procesalista, está de acuerdo en atribuir al proceso de la suspensión la naturaleza de un proceso cautelar, aunque se discute si se trata de un proceso cautelar autónomo o incidental. Por otra parte, el principio del primer párrafo del artículo 163 establece que todo socio puede deducir la acción de anulación de las deliberaciones contrarias a la escritura constitutiva, a los estatutos o a la ley, además puede pedir al Presidente del Tribunal la suspensión de su ejecución, cuando sea manifiesta la violación de las normas dispuestas por aquéllas, esta interpretación no corresponde a las intenciones del legislador, sin embargo, es la más idónea para satisfacer los varios intereses contrapuestos.²²

No puede considerarse, como algunos opinan, al socio ni como órgano de la sociedad en sentido técnico, ni como algo semejante al actor popular; no se puede concluir que el derecho de impugnación y la acción relativa se han atribuido al socio para la tutela de un interés personal.

El fin perseguido por el legislador, al atribuir un derecho y una acción de impugnación a un sujeto determinado, es normalmente la tutela de éste, pero no siempre es así, ya que el derecho y la acción de impugnación lo tienen todos los socios, y no sólo aquellos cuyo interés personal haya sido violado, se demuestra que el legislador no ha querido proteger un interés individual del socio, ni un interés público general, sino el interés del ordenamiento jurídico de la sociedad.²³ Desde mi punto de vista, lo anterior, es la parte central del presente estudio ya que es la interpretación del artículo 163 del Código de Comercio Italiano.

En este orden de ideas, cabe destacar el trabajo de todos los juristas italianos para la elaboración del Código de Comercio Italiano de 1942 donde encontramos dos artículos concernientes a nuestro tema:

“Artículo 2377: Los acuerdos de las asambleas tomados de conformidad con la ley o con el acto constitutivo obligan a todos los socios, incluso a los ausentes y disidentes”.

²² Cfr. *Ibidem*, p. 103.

²³ Cfr. *Ibidem*, p. 112.

“Los acuerdos que no se tomen de conformidad con la ley o con el acto constitutivo pueden ser impugnados por los administradores, por los comisarios y por los socios ausentes o disidentes y los de las asambleas ordinarias, además, por los socios con voto limitado, dentro de los tres meses de la fecha del acuerdo o bien si éste está sujeto a inscripción en el registro de empresas, dentro de los tres meses siguientes a la misma”.

“La anulación del acuerdo tiene efectos frente a todos los socios y obliga a todos los administradores a tomar las medidas adecuadas bajo la propia responsabilidad. En todo caso quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por los terceros, en virtud de actos realizados en ejecución del acuerdo”.

“La anulación no procederá, si el acuerdo impugnable ha sido sustituido por otro tomado de conformidad con la ley o con el acto constitutivo”.

“Artículo 2379: A los acuerdos nulos por imposibilidad o ilicitud del objeto se aplican las disposiciones de los artículos 1421, 1422 y 1423”

De la simple lectura de los artículos se aprecia las importantes modificaciones que se dieron en el sistema de las nulidades de las asambleas y de sus acuerdos en el derecho italiano. Las acciones están reguladas por separado, el artículo 2377 establece la acción de impugnación y el artículo 2379 regula la acción de nulidad, limitada a ciertos casos.

Por último, se establece la convalidación de los acuerdos ineficaces por otros posteriores y la protección de los derechos adquiridos por terceros de buena fe como resultado de la ejecución de los acuerdos posteriormente impugnados.

Considero importante mencionar los diversos proyectos de reforma como el de la Confederación de Cámaras de Industria en su artículo 166, que ha dado lugar a numerosos problemas porque su redacción no es clara. Se establece la limitación de la oposición a las deliberaciones manifiestamente contrarias a la ley o a los estatutos; no hay disposiciones procesales sobre el efecto de la sentencia de nulidad y finalmente, la falta de término para el ejercicio del derecho de impugnación.

El artículo 220 del Proyecto preliminar para el nuevo Código de Comercio preparado por la comisión ministerial conocido como Proyecto VIVANTE, propone eliminar las dificultades del anterior proyecto, reglamentando la oposición como una acción de nulidad de las deliberaciones ilegales; el ejercicio de la acción se limita al término de tres meses; las oposiciones relativas a la misma deliberación deberán acumularse y decidirse en una sentencia; la nulidad produce efectos en relación a todos los socios y la parte resolutive de la sentencia debe transcribirse y publicarse; finalmente el Tribunal puede obligar al socio opositor a prestar caución suficiente para responder del resarcimiento de los daños causados.

Por último, el proyecto de D'AMELIO (artículo 215) en su exposición de motivos declara impugnabile cualquier deliberación ilegal, no sólo las “manifiestamente” ilegales; fija la acción de oposición a un término de tres meses; todos los socios deben ser notificados de la oposición y pueden coadyuvar; la nulidad tiene efectos frente a todos los socios y reconoce el recurso para la suspensión de las deliberaciones impugnadas.²⁴

Se ha hecho un análisis de los principales países en donde el problema se ha desarrollado, llegando a las siguientes conclusiones:²⁵

1° Es relevante la evolución legislativa del tema, que va desde el desconocimiento del mismo, hasta la regulación de las acciones de nulidad y de impugnación.

2° Debe separarse el problema de la ineficacia del voto de un socio del concerniente a la validez del acuerdo tomado.

²⁴ Cfr. Frías S. Carlos R., “La nulidad de las asambleas de accionistas y de los acuerdos emanados de ellas”, en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Número 19, México, Sept-Dic 1991, p. 11-13.

²⁵ Cfr. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, “Validez e invalidez de las asambleas de accionistas y de sus acuerdos”, en la Revista Escuela Nacional de Jurisprudencia, Volumen VIII, Número 29, México, Ene-Mar 1946, p. 56.

3° Se tiende a proteger a los terceros que de buena fe adquirieron derechos de la sociedad en virtud de una apariencia de legalidad.

4° Se reconoce la posibilidad de la convalidación de acuerdos ineficaces por otros posteriores válidamente aceptados.

5° En general, hay una tendencia a restringir los casos de nulidad al menor número posible.

III. ¿POR QUÉ PUEDEN IMPUGNARSE LOS ACUERDOS SOCIALES?

Es válido dejar sentado como premisa del tema la importancia que en la materia de sociedades tiene la impugnación de los acuerdos sociales. Al respecto hay que recordar que las personas morales como entidades jurídicas están reguladas en toda su vida corporativa por la legislación aplicable; normas que a veces son permisivas pero que en ciertas materias o aspectos sociales son tajantemente prohibitivas. Así las cosas, al depender el futuro de la sociedad de la orientación que sus accionistas y órganos le den a través de acuerdos tomados en asambleas, la ley establece limitantes a la voluntad de los socios. Por eso como regla general se puede decir que la voluntad de los socios expresada en la asamblea no podrá contrariar los estatutos sociales ni la ley general de sociedades mercantiles ni las leyes del sistema jurídico que tengan carácter prohibitivo.

El autor español RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA dice:

"La razón de ser de la existencia de estos mecanismos impugnatorios se encuentra en que pese a ser las Juntas de Accionistas de la Sociedad Anónima órganos soberanos, las mismas deben respetar lo prevenido en la Ley, los estatutos y las bases esenciales de la sociedad, de manera

*que la vulneración de estos límites da lugar al establecimiento de un régimen de impugnación de acuerdos sociales, para restaurar tales limitaciones”.*²⁶

En relación al derecho mexicano, no hay en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades alusión alguna de los artículos 188 y 201, por lo cual no se puede saber con certidumbre la intención del legislador, lo que si se desprende de la interpretación sistemática de la LGSM es que se quiso proteger a aquellos accionistas con un porcentaje accionario calificado, y en especial es importante señalar, que debe de haber una coordinación entre la estabilidad de los acuerdos de la asamblea, con la necesaria protección de los diversos intereses afectados por esos acuerdos cuando no se respetan las normas sobre su validez, establecidas, precisamente, para proteger esos intereses.

IV. ACCIONES DE IMPUGNACIÓN

Abordaré ahora cuáles son las acciones especiales que para la impugnación se establecen en la LGSM.

El jurista BARRERA GRAF²⁷ establece dos supuestos de acciones de impugnación:

1) Acciones de impugnación de la sociedad, que se subdivide en:

- A) Nulidad del voto²⁸
- B) Nulidad de la sociedad
- C) Nulidad de asambleas
- D) Nulidad de cláusulas de los estatutos y de pactos sociales
- E) Ineficacia de cláusulas y acuerdos

²⁶ Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, *Impugnación de acuerdos de las Juntas de accionistas*, 2° ed., Aranzadi Editorial, Pamplona, 1994, p. 27.

²⁷ Cfr. Barrera Graf Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1° ed., Editorial Porrúa, México, 1999, p. 559.

²⁸ Sobre este inciso el maestro Barrera Graf no se refiere en su obra.

F) Nulidad e ineficacia por aplicación de disposiciones del derecho civil.

2) Acciones de impugnación de los socios frente a la sociedad

Por cuestiones de método primero me referiré a la nulidad del voto y a la nulidad de asambleas, pero, en realidad lo que se impugna en ambos casos son los acuerdos de la asamblea, como se verá más adelante.

A. NULIDAD DEL VOTO

El autor GARCÍA RENDÓN define el voto como:

"... un acto jurídico unilateral mediante el cual el accionista declara su voluntad en el sentido de que la sociedad ejecute o se abstenga de cumplir los asuntos deliberados por la asamblea".²⁹

Para que el voto sea válido, como todos los actos jurídicos se requiere: la capacidad del votante (art. 1795 frac. I CCF); ausencia de vicios del consentimiento (art. 1795 frac. II CCF); licitud en el objeto, motivo o fin determinante (art. 1795 frac III CCF) y que este de acuerdo con las leyes de orden público y las buenas costumbres (arts. 8° y 1830 CCF).

Además, la validez de un voto exige que quien lo emita esté legitimado para hacerlo, es decir, que sea el titular de las acciones o su representante legalmente nombrado (arts. 111, 129 y 192 LGSM), y que la libertad de emitirlo no se encuentre restringida convencionalmente (art. 198 LGSM).

El voto como todo acto jurídico puede estar viciado de nulidad relativa o absoluta. En el caso de la primera, cuando hay incapacidad o vicios del consentimiento; y la segunda, los casos de ilicitud en el objeto y en los de infracción a leyes de orden público y las buenas costumbres.

²⁹ García Rendón, Manuel, *Sociedades Mercantiles*, 2° ed., Colección de Textos Jurídicos Universitarios Oxford, México, 1999, p. 394-395.

Por lo que se refiere a la falta de legitimación del votante, es evidente que se trata de una inexistencia del voto.

El derecho de voto no puede ejercerse por el accionista que tenga un interés contrario al de la sociedad en un asunto determinado (art. 196 LGSM), la consecuencia de que un accionista vote a favor de una operación en la que tenga un interés contrario al de la sociedad, no es la de la nulidad del voto, sino la de responsabilidad civil del infractor de dicho precepto.

El artículo 198 LGSM declara “*nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas*”. El mercantilista MANTILLA MOLINA dice que: “*Tales convenios son nulos aunque no los votos emitidos para darles cumplimiento*”³⁰. El autor GARCÍA RENDÓN no está de acuerdo con la opinión del maestro MANTILLA MOLINA, ya que si el convenio (causa) es nulo lo serán también todos los actos celebrados en el convenio (voto). Desde mi punto de vista, es respetable la opinión del maestro MANTILLA, sin embargo, yo comparto la opinión de GARCÍA RENDÓN, en virtud del principio de que de un acto jurídicamente nulo no puede nacer un acto jurídicamente válido.

Otra restricción al derecho de voto es la que pesa sobre los accionistas que sean a la vez administradores o comisarios que no pueden votar cuando las deliberaciones se refieran a los informes que deben rendir a la asamblea, o bien, a su responsabilidad. Si a pesar de ello, emitieron su voto, y el mismo es decisivo en la adopción del acuerdo correspondiente, la resolución será nula (art. 197 LGSM)³¹, pues debe considerarse que el artículo citado contiene una prohibición que no puede infringirse ni modificarse.

Para concluir, debe tenerse en cuenta que la nulidad de uno o varios votos no produce necesariamente la nulidad de la resolución adoptada, habida cuenta de que ésta solo será nula si no cuenta con la mayoría de los votos válidos.

³⁰ Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil*, 29° ed., Editorial Porrúa; México, 2001, p. 410.

³¹ Cfr. Díaz Bravo, Arturo, *Derecho Mercantil*, Iure Editores, México, 2002, p. 98.

B. NULIDAD DE SOCIEDADES

En principio las sociedades inscritas en el Registro de Comercio “*No podrán ser declaradas nulas*” (art. 2° párrafo segundo LGSM). Su inscripción registral tiene efectos constitutivos en cuanto les concede su propia personalidad (art. 2° párrafo primero LGSM), como efectos sanatorios respecto a ciertos defectos sustanciales.

Considero lo mismo respecto a las sociedades irregulares, es decir, las que no tienen inscripción en el Registro de Comercio, lo anterior con fundamento en el artículo 2° párrafo cuarto y quinto LGSM que atribuye efectos internos y externos a estas sociedades.

Sin embargo, las sociedades pueden estar afectadas de inexistencia o nulidad independientemente de que sean sociedades regulares o irregulares, pues al fin de cuentas para su constitución se requieren por lo menos los elementos de validez de todo acto jurídico.

Por ejemplo, cuando hay falta de consentimiento o de objeto, se requerirá que incurran en el vicio todos los socios, ya que de no ser así, la sociedad nacería, aunque viciada, y la presencia de uno de esos elementos respecto a alguno o algunos de los socios, acarrearía la nulidad de la relación entre sociedad y socio, no de la sociedad como un todo, la cual será considerada como una “sociedad irregular”.

Un caso de nulidad de la sociedad lo plantea el art. 3° LGSM cuando tenga un objeto o fin ilícito, o cuando ejecute habitualmente actos ilícitos, el maestro BARRERA GRAF establece que en realidad no se trata de una nulidad propiamente dicha, ya la sociedad subsistiría, aunque esté sujeta a “su inmediata liquidación”.³²

³² Cfr. Barrera Graf, *op. cit.*, p. 559.

C. NULIDAD DE ASAMBLEAS

El doctrinario BARRERA GRAF³³ manifiesta que son nulas las *asambleas de papel*, o sea, aquellas que realmente no se celebran, porque simplemente los socios no comparecieron. Se redactan como si se hubieran celebrado y firman algunos o todos los que se dice falsamente que comparecieron; en la práctica son frecuentes y producen efectos si ningún socio, administrador, comisario o tercero interesado demandan su nulidad.

Los casos de nulidad de asambleas los establece la propia LGSM: cuando la asamblea no sea debidamente convocada (art. 188 LGSM); que se celebre fuera del domicilio social, salvo que se trate de caso fortuito o fuerza mayor (art. 179 LGSM); que no se reúna quórum de asistencia exigido por la ley (art. 189, 190 y 191 LGSM) o por el contrato social (arts. 182, frac. XII LGSM; 1796 y 1797 CCF).

Considero que la nulidad es de carácter absoluto e implica la nulidad de todas las resoluciones que en ella se llegaren a adoptar, de conformidad con el precedente judicial siguiente:

Sexta Época; Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Volumen: Cuarta Parte, XLIX; Tesis; Página: 194.

SOCIEDADES ANONIMAS. NULIDAD DE SUS ASAMBLEAS.

La acción de nulidad de la asamblea por falta de quórum establecido por el artículo 189 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se dirige contra la validez de la asamblea misma; y la acción de oposición a que se refieren los artículos 201 a 205 se da para impugnar los acuerdos de las asambleas legalmente constituidas, caso en que resulta evidente el interés de la compañía para contradecir dicha acción y para ser demandada en el juicio correspondiente. Empero, cuando se trata de una asamblea en que no hubo quórum legal, los demandados deben ser los accionistas que tienen interés en que se considere legalmente reunida la asamblea y que sus acuerdos obligan a la empresa.

³³ Cfr. *Ibidem*, p. 561.

Amparo directo 4891/59. José Manuel Chávarri. 7 de julio de 1961. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Castro Estrada y Mariano Ramírez Vázquez. Ponente: Gabriel García Rojas.

D. NULIDAD DE CLÁUSULAS DE LOS ESTATUTOS Y DE PACTOS SOCIALES

En general, serían nulos los pactos que violaran lo dispuesto por los artículos 104, 115 de la LGSM y en general, las cláusulas que infrinjan disposiciones imperativas y de interés público (art. 8° CCF); por ejemplo, los principios relativos a la publicidad de la convocatoria (art. 186 LGSM); la reducción estatutaria de los mínimos legales tanto de quórum de asistencia como de votación (art. 189, 190 y 191 LGSM); el pacto leonino (art. 17 LGSM); el pacto que impusiera restricciones al voto (art. 198 LGSM).

E. INEFICACIA DE CLÁUSULAS Y DE ACUERDOS

Cuando la cláusula estatutaria o los acuerdos de las juntas y asambleas, sean válidos, pero según disposición del Código de Comercio³⁴ o de la LGSM, sean inoponibles a la sociedad, o a los socios, o a terceros, se estará en presencia de actos ineficaces, no nulos. De esta naturaleza son los siguientes casos:

A) El acuerdo de reparto de utilidades ficticias;

B) Art. 21 C. Co., serán inoponibles en contra de terceros las modificaciones de la escritura social (art. 21 fr. V C. Co.), y los aumentos y disminuciones del capital social en las Sociedades Anónimas y Sociedad en Comandita por Acciones (art. 21 fr. XII C. Co.) cuando no se inscriban en el Registro de Comercio;

C) Art. 26 LGSM, la supresión de responsabilidad ilimitada y solidaria de socios colectivos, que es inoponible a terceros, pero que es oponible entre los socios mismos en cuanto su responsabilidad se limite a una porción o cuota determinada;

³⁴ En lo sucesivo y para los efectos de esta tesis "C. Co."

D) Art. 102 LGSM cualquier acto u “operación” hecho por los fundadores de una Sociedad Anónima, “con excepción de los necesarios para constituirla” (aunque el art. dice que será nula, salvo que fuere aprobada por asamblea general constitutiva).³⁵

F. NULIDAD E INEFICACIA POR APLICACIÓN DE DISPOSICIONES DEL DERECHO CIVIL CONFORME A LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

Ciertas disposiciones del derecho común se aplican supletoriamente en ausencia de reglas especiales de la LGSM, en relación con la violación de actos jurídicos bilaterales y con actos que violen los derechos individuales de los socios, como cuando en aquellos se produzca una “*ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto*” (art. 2225 CCF), o “*error, dolo, violencia, lesión e incapacidad*” de cualquiera de sus autores (art. 2230 CCF), como cuando se afecten los derechos indisponibles del socio.

En primer lugar, en el caso de nulidades se da cuando la obligación del accionista de pagar las acciones que suscribe, adolezca de alguno o varios de los vicios a que se refiere el art. 2230 CCF, o sea, a) cuando la persona que aporta carezca de capacidad de obrar (por minoría de edad, estado de interdicción, etc); b) que la persona a quien el socio designe apoderado, esté legalmente impedida, como son los administradores y los comisarios de la Sociedad Anónima (art. 192 párrafo segundo LGSM); c) cuando el aportante obre por error sobre el motivo determinante de su voluntad (art. 1813 CCF); d) si su consentimiento, la suscripción y el pago de la acción que suscribe, “*es arrancado por violencia o sorprendido por dolo*” (art. 1812 CCF); e) cuando el bien o derecho que aporta no es de su propiedad, no es determinado o determinable, o está fuera del comercio (art. 1825 CCF).

Y en segundo lugar, el supuesto de la ineficacia se produce cuando por acuerdo de asamblea o del órgano de administración se pretende privar o afectar al socio de un derecho propio, de carácter corporativo, del que no puedan disponer dichos órganos sociales; tales supuestos se darían cuando se privara al socio de sus derechos

³⁵ Cfr. Barrera Graf, *op. cit.*, p. 563.

patrimoniales (derecho a las utilidades, a la cuota de liquidación, o a los intereses constructivos que le conceda el contrato social); o de derechos de consecución, como el de opción, el de voto, el de participar en asambleas, el de privarlo del derecho de información, del derecho de retiro, etc).³⁶

V. NULIDAD EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

En la legislación mexicana se encuentran diversos preceptos sobre la cuestión: artículo 179 *"Las asambleas...se reunirán en el domicilio social y sin este requisito serán nulas..."*; el artículo 188 que establece que *"toda resolución de la asamblea...será nula"* cuando no se cumplan ciertos requisitos de publicidad de la convocatoria y de contenido de la misma; en el artículo 189 dice que las resoluciones sólo serán válidas cuando se adoptan por ciertas mayorías; el artículo 197, segundo párrafo, señala que *"la resolución será nula"* cuando sin el voto del administrador o comisario no se habría logrado la mayoría requerida; el artículo 201 señala la oposición judicial a las resoluciones de las asambleas; el artículo 202 se refiere a *"resoluciones impugnadas"*; el artículo 19 preceptúa que *"no producirá efecto legal"* la estipulación contraria a la realidad de los dividendos repartibles; el artículo 21 declara *"nullos de pleno derecho"* los acuerdos contrarios a la formación de las reservas legales; el artículo 102 prohíbe a los fundadores estipular a su favor beneficios distintos de los que la ley les permite y declara que *"todo pacto en contrario será nulo"*, y el artículo 198 que impone la nulidad de todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas.

Para el maestro RODRÍGUEZ³⁷ estos no son los únicos casos de nulidad o anulabilidad, porque junto a ellos se debe de incluir todos los que no se basan en un texto expreso concreto de la ley, sino que apoyan su fuerza en un texto general o en el espíritu de la ley.

³⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 564- 565.

³⁷ Cfr. Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 525.

Del capítulo precedente se concluye, la escasa regulación del tema que existió en la mayoría de las legislaciones respecto a la impugnación de los acuerdos sociales, hasta alcanzar el máximo grado de discusión en Italia, cuyo exponente en materia doctrinal fue Donati, por su parte en materia legislativa se promulgo el Código de Comercio Italiano y por supuesto la redacción del artículo 163, el cual fue la base para la redacción de otros Códigos en esa materia, influyendo en la redacción de los artículos en materia de impugnación de acuerdos en la legislación mexicana, sin embargo, la redacción fue confusa dando lugar a diversas interpretaciones tanto jurisprudenciales como doctrinales; también se analizo el tema de las nulidades en materia de sociedades y su Ley aplicable.

CAPÍTULO TERCERO

IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

I. GENERALIDADES. INEFICACIA E INVALIDEZ

Corresponde primeramente distinguir entre los conceptos de ineficacia, invalidez y nulidad, para clarificarlos, y después exponer la diferencia entre acuerdos nulos y acuerdos anulables.

La ineficacia es el término jurídico más amplio, *“que comprende en su seno todas aquellas situaciones en las cuales los negocios jurídicos carecen de vigor, fuerza o eficiencia para lograr sus efectos”*³⁸, dentro de este supuesto quedan incluidas la nulidad y la invalidez.

El mercantilista VÁSQUEZ DEL MERCADO califica como ineficaz el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez cuando, sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él.

³⁸ Nissen Ricardo A., *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 1-2.

Cuando la deliberación es ineficaz no puede ser impugnada, ya que no tiene sentido impugnar cuando no se producen consecuencias jurídicas, por lo tanto, sería impráctico impugnar una deliberación que no va a producir ninguna consecuencia.

Por causa extrínseca, se entiende, la falta o la existencia de circunstancias que, si bien ajenas o extrañas a la formación del negocio, deben, por otra parte, existir o faltar para que el negocio produzca sus efectos.³⁹

Por su parte, BETTI ⁴⁰ dice que el negocio inválido es aquel que le falta o se encuentra viciado alguno de los elementos esenciales. Para el mismo autor, invalidez es la carencia de idoneidad para producir efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios.

La invalidez constituye una sanción legal que priva al acto de sus efectos propios por causas existentes desde su origen. En este orden de ideas, la diferencia entre invalidez y nulidad debe ser una relación de género a especie. La invalidez abarca toda la problemática de los actos nulos y anulables que después se verá.

Por otra parte, la deliberación tomada de conformidad con todos y cada uno de los requisitos que señalan la ley o los estatutos, obliga a todos los socios, sin embargo, a pesar de que la deliberación tiene fuerza obligatoria, si la asamblea infringe las disposiciones legales o estatutarias, el acuerdo que tome adolecerá de vicios y los socios tendrán derecho para impugnarla en la forma y términos que establece la Ley de Sociedades.

³⁹ Cfr Vázquez del Mercado, Óscar, *Asambleas, Fusión, Liquidación y Escisión de Sociedades Mercantiles*, 8° ed., Editorial Porrúa, México, 2001, p. 235.

⁴⁰ Cfr. Aut. Cit. por Vázquez del Mercado, *op. cit.*, p. 236.

En ese orden de ideas, VÁSQUEZ DEL MERCADO considera: *"la oposición a un acuerdo de la asamblea tiene como fin primordial evitar que éste se ejecute; para lograr dicho propósito es necesario probar que la deliberación adolece de vicios".*⁴¹

Por último, el jurista RODRÍGUEZ afirma que una deliberación es impugnabile:

*"cuando es contraria a la escritura constitutiva, a los estatutos o a la ley, sin ser válida ni nula, esto es, cuando existen todos los elementos esenciales, pero uno o algunos de ellos o todos están viciados o bien cuando en su contenido pugna con una norma imperativa prohibitiva de la ley, dictada en interés particular, o con una norma imperativa prohibitiva de la escritura constitutiva o de los estatutos".*⁴²

A. ASAMBLEAS VÁLIDAS Y ACUERDOS VÁLIDOS

Es necesario (para entender mejor el tema) dejar claro algunas cuestiones que deben distinguirse.

Las asambleas serán válidas cuando sean de sociedades existentes y estén convocadas según la ley y los estatutos y los socios que la componen se reúnan en el número y condiciones que fija la ley. Ahora los acuerdos serán válidos, si siendo válida la asamblea se toman resoluciones por las mayorías legalmente fijadas, sobre objetos posibles y lícitos en asuntos de su competencia.

El efecto de los acuerdos válidos tomados por asambleas válidas es que todos los socios presentes y ausentes, conformes o disconformes, quedan obligados por aquéllos (art. 200 LGSM), mientras no se suscite objeción sobre el acuerdo, lo resuelto en la asamblea tiene una apariencia de legalidad.⁴³

⁴¹ Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 237.

⁴² Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 526.

⁴³ Cfr. *Idem*.

B. ASAMBLEAS INVÁLIDAS Y ACUERDOS INVÁLIDOS

Una asamblea puede ser válida o inválida, los acuerdos adoptados por las asambleas pueden ser a su vez válidos o inválidos; los acuerdos adoptados por una asamblea inválida podrán ser nulos o anulables según el grado de invalidez de aquélla, ya que no puede subsistir un acuerdo tomado por una asamblea inválida, ello en virtud del principio jurídico que reza que de un acto nulo no puede nacer un acto jurídicamente válido.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Sobre este tema se considera importante señalar primero lo que explica la doctrina mexicana, y después hacer un análisis comparativo con la doctrina extranjera.

Definitivamente en la celebración de una asamblea general de accionistas existen actos jurídicos previos a ella, actos que tienen lugar durante el desarrollo de la asamblea y otros actos jurídicos que tienen lugar con posterioridad a la celebración de las reuniones, por lo tanto las asambleas de accionistas y los acuerdos emanados de ellas, así como los actos anteriores, los que tienen lugar durante y los posteriores, son verdaderos actos jurídicos, en consecuencia se les aplicará la Teoría General del Acto Jurídico.

El maestro RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ dice que la naturaleza jurídica de los acuerdos son: "*negocios jurídico-complejos de carácter unilateral*".⁴⁴

Son actos complejos porque en los actos simples hay una sola declaración de voluntad y porque en los colectivos las declaraciones de voluntad, aunque unidas, se mantienen distintas, en tanto que los complejos las declaraciones de voluntad no se mantienen distintas, sino unificadas en el mismo sentido, en virtud de la ley de las mayorías que

⁴⁴ *Ibidem*, p. 524.

obliga a los ausentes y disidentes. Se caracterizan como unilaterales porque se trata de una declaración de la voluntad que se realiza en el marco de la sociedad ya organizada. Las resoluciones de la asamblea, en cuanto son unilaterales, solo tienen eficacia interna y por sí mismos no son vinculatorios frente a terceros, aunque pueden adquirir eficacia externa al devenir en elemento de otro negocio jurídico bilateral o plurilateral, mediante su ejecución por los delegados de aquella o por los administradores, por ejemplo, cuando la asamblea resuelve celebrar un contrato, bilateral o plurilateral, en el que la voluntad social manifestada por los accionistas llega a ser uno de los elementos del consentimiento declarado en el contrato.⁴⁵

El mercantilista RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ afirma: *“hay una estructura de acto-procedimiento que tienen los acuerdos de las asambleas, así que la oposición a uno de ellos, se hace una vez que es adoptado por la asamblea, no cuando se realicen los actos parte (convocatoria-publicidad, reunión) que componen aquél, es decir, no se va contra la convocatoria, o contra la reunión defectuosa, sino contra el acuerdo que se adopta como final del procedimiento”*⁴⁶

Por su parte, la doctrina española afirma que al impugnar los acuerdos de la junta general el socio actúa como órgano de defensa social para remediar la deficiente actuación de la junta general. Otros afirman que el fundamento de la acción está, en que el accionista, lejos de hacer valer contra la sociedad un derecho subjetivo, obra en interés social al modo de quien ejerce una acción popular. En cambio, otros más, dicen que el socio tiene la facultad impugnadora exclusivamente para la tutela del ordenamiento jurídico de la sociedad; y por último, también se dice que el socio impugnante ejerce un derecho subjetivo porque en el fondo siempre hay interés del socio independientemente que se satisfaga un interés de los socios o de la sociedad.

El español Uría explica:

⁴⁵ Cfr. García Rendón, *op. cit.*, p. 396.

⁴⁶ Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 525.

"... es de todos sabido el carácter soberano que tiene la junta de accionistas, pero eso nunca ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia hayan sostenido la necesidad de conceder al accionista el derecho de impugnar los acuerdos ilegales de las juntas. Por ello, la Ley vigente española, establece un sistema eficaz para constreñir a los poderes mayoritarios no rebasar los límites de sus propias facultades, declarando impugnables los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad".⁴⁷

Ahora bien, analizando el derecho argentino la doctrina se manifiesta al respecto en el sentido de que la acción de impugnación es una acción social y no una acción individual: *"ya que la ley no favorece directa o indirectamente el interés individual del socio, sino el de la sociedad, en la medida en que éste obra como órgano de defensa social, en salvaguardia de las bases fundamentales de la sociedad, que son el estatuto y la propia ley".⁴⁸*

La naturaleza jurídica de la impugnación traslada a un tema trascendente: el poder de las mayorías, sus arbitrariedades y cómo la impugnación puede ejercer un control de legalidad sobre éstas. Sin lugar a dudas el principio mayoritario es el que permite el funcionamiento de la sociedad anónima, sin embargo, tampoco se le pueden dejar los votos a merced de una mayoría que olvidando sus deberes, lesiona los intereses de la sociedad comunes a todos los accionistas, infringe los mandatos de la ley y de sus propios estatutos. Por otra parte, la minoría también debe ser constreñida a no salir de sus propios límites ya que igualmente es peligroso el ejercicio caprichoso, abusivo y temerario de las acciones de impugnación de una minoría irresponsable.

El maestro CERVANTES AHUMADA dice que siempre protegemos a las minorías frente a la actuación de las mayorías, pero que en las sociedades auténticas el problema es al contrario, es decir: *"proteger a las mayorías contra las minorías que de hecho suelen tener el control de la sociedad, cuando ésta tiene muchos socios que*

⁴⁷ Uría, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 24° ed., Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 1997, p. 320.

⁴⁸ Nissen, *op. cit.*, p. 61-62.

*descuidan su asistencia a las asambleas*⁴⁹. Aclara que el problema se centra en buscar un equilibrio entre los intereses particulares de los socios y los intereses sociales.

Con relación al tema de las minorías, el derecho español está muy avanzado, ya que las minorías están protegidas y autores como JIMÉNEZ DE PARGA proponen la protección de las mayorías, puesto que las minorías no necesitan protección jurídica complementaria de la que ya gozan, pues tienen la capacidad para organizarse solas, el problema, más bien se desplaza hacia las mayorías, especialmente a las grandes corporaciones mercantiles.⁵⁰

En la doctrina moderna se habla de un deber de fidelidad del socio hacia los intereses de la sociedad de la que forma parte, éste deber debe configurarse como un *standard* de comportamiento del accionista frente a la propia sociedad y en ciertas ocasiones frente a los demás accionistas.

Ahora bien, respecto a la legislación mexicana, el principio de mayoría lo indica el artículo 200 de la LGSM: el acuerdo relativo es obligatorio *“aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta ley”*.

La suma de los votos de los accionistas forma la mayoría, que significa la “voluntad social”, la constitución de la mayoría la determina la LGSM, al fijar los porcentajes mínimos, tanto respecto al quórum de asistencia como al quórum de votación; pero el contrato social, en ocasiones, puede cambiar los porcentajes legales.⁵¹

Definitivamente estoy de acuerdo con el argentino NISSEN en el sentido “que toda la institución de la impugnación de acuerdos sociales debería ser un medio de tutela de las minorías en el seno de todas las sociedades anónimas, *ya que la tutela de la*

⁴⁹ Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho Mercantil*, Primer Curso, 2° ed., Editorial Porrúa, México, 2002, p. 98.

⁵⁰ Cfr. Jiménez de Parga, Rafael, *Estudios Jurídicos sobre las Sociedades Anónimas*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995, p. 351-353.

⁵¹ Cfr. Barrera Graf. *op. cit.*, p. 414-415.

*minoría no es más que la tutela de la propia sociedad mediante la acción del accionista aislado".*⁵²

Finalmente, en mi opinión es todavía un sueño que se respeten los derechos de las minorías. En el derecho español han trabajado por esa protección y desde mi punto de vista, lo han logrado, desafortunadamente México esta en un proceso muy largo, en donde el tema de mi trabajo es tan solo el principio, para replantear nuevamente el enfoque jurídico que se pretende dar a las minorías.

III. PANORAMA LEGISLATIVO

Mencionaré disposiciones de la LGSM que a mi consideración son principios tanto para la Sociedad Anónima como para otros tipos de sociedades y posteriormente citaré preceptos del Código de Comercio.

Art. 2°.-"Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios".

"Salvo el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas..."

Art. 3°.-"Las sociedades que tengan un objeto ilícito o que ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán nulas y se procederá..."

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

Art. 19.-"La distribución de utilidades sólo podrá hacerse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea de socios o accionistas los estados financieros que las arrojen..."

"Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto legal, y tanto la sociedad como sus acreedores podrán repetir por los anticipos o reparticiones de utilidades hechas en contravención de este artículo..."

⁵² Nissen, *op. cit.*, p. 62.

Art. 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...".

Art. 102.-"Toda operación hecha por los fundadores de una sociedad anónima, con excepción de las necesarias para constituiría, será nula con respecto a la misma...".

Art. 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".

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

Art.134.-"Se prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones... .

Art. 156.-"El administrador que en cualquier operación tenga un interés opuesto al de la sociedad, deberá de manifestarlo a los demás administradores y abstenerse de toda deliberación y resolución...".

Art. 165.-"No podrán ser Comisarios: I.- Los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio;...".

Art. 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 fuerza mayor".

Art. 186.-"La convocatoria para las Asambleas Generales deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en el periódico oficial...".

Art. 187.-"La convocatoria para las asambleas deberán contener la orden del día y deberá ser firmada por quien lo haga".

Art. 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".

Art. 189.- "Para que una asamblea ordinaria se considere legalmente reunida, deberá estar representada, por lo menos, la mitad del capital social, y las resoluciones serán válidas cuando se tomen por mayoría de los socios presentes".

Art. 198.-"Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas".

De lo anterior, se concluyen las siguientes características: 1) Todas las disposiciones forman parte de la LGSM, las primeras se refieren a la parte general, aplicable a todas las sociedades y las siguientes a la parte especial se refieren a las sociedades anónimas; 2) En todas las disposiciones se contienen en forma expresa o implícita la inexistencia, nulidad relativa y absoluta, a que se refiere la Teoría General del Acto Jurídico.

Bajo ese mismo orden de ideas, se transcriben algunas disposiciones del Código de Comercio:

Art. 2°.-"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".

Art. 5°.-"Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo".

Art. 77.-"Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción aunque recaigan sobre operaciones de comercio".

Art. 78.-"En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y término que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados".

Art. 79.-"Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede; I.-Los contratos que con arreglo a este Código u otras leyes, deben reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia; II.-Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija

la ley mexicana. En uno y en otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio”.

Art. 81.-“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 contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos”.

De lo anterior se desprende entre otras cuestiones lo siguiente: 1) El derecho común, es aplicable en forma sustantiva en todo lo relacionado a los actos de naturaleza mercantil; 2) Existen dentro de la rama del derecho mercantil múltiples actos de carácter solemne; la Teoría General del Acto Jurídico, aunada a las teorías de las inexistencias y nulidades, es aplicable a todos los actos de comercio y en consecuencia a los actos que realizan las sociedades mercantiles como las sociedades anónimas.

IV. DISTINCIÓN ENTRE ACUERDO NULO Y ACUERDO ANULABLE

Se debe establecer la distinción entre acuerdos nulos y anulables, primeramente en lo que respecta a nuestro derecho mexicano y posteriormente el extranjero.

Para empezar la legislación mexicana no establece tal distinción, y en segundo término el régimen tutelar de los derechos que asisten a los accionistas es confuso e incompleto, en lo que se refiere a la nulidad, como se estudiará más adelante.

En la doctrina mexicana no hay muchos autores que hablen de tal distinción, sin embargo, VÁSQUEZ DEL MERCADO con relación al tema citando a su vez a BETTI señala:

“... un negocio jurídico es nulo, por falta de algún elemento esencial, por lo tanto no se producen los efectos que se han propuesto las partes y no es idóneo para dar vida a la situación jurídica nueva”.⁵³

⁵³ Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 236.

En este orden de ideas, el negocio nulo puede confundirse con el negocio inexistente, la distinción ya ha sido tratada anteriormente, sin embargo, es necesario dejar claras algunas cuestiones.

Siguiendo a BETTI, comenta *“la inexistencia jurídica del negocio es más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo. Por el contrario, el negocio como nulo, presupone, por lo menos, que el negocio exista como supuesto de hecho, que, por tanto, exista una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario”*.⁵⁴

En el supuesto de la anulabilidad, la deliberación existe, aún cuando alguno de sus requisitos esté viciado, en este caso, los efectos se producen, pero serán destruidos retroactivamente si se ejercita la acción correspondiente. Aquí, da vida, aún cuando sea precaria, a una situación jurídica nueva, aún cuando dicha situación pueda, por acción de parte interesada, extinguirse con efectos retroactivos y considerarse como si jamás hubiese existido, se considerará anulable.

Ahora bien, en vista de que ya han sido expuestos los conceptos se concluye que en México una deliberación puede impugnarse porque se le considera inexistente, nula o anulable.

Continuando con la exposición del maestro VÁSQUEZ DEL MERCADO:

“... se dice que una deliberación es inexistente cuando el órgano del cual se supone que proviene no existe, es decir, cuando la asamblea no se celebra, ya sea porque la reunión de los socios no haya sido en el lugar preestablecido o bien porque la reunión haya resultado sólo de un encuentro casual, sin que haya mediado la convocatoria o cualquier otra forma idónea para comunicar a los

⁵⁴ Aut. Cit. por Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 237.

*socios acerca de la celebración de una asamblea. Como puede apreciarse, la falta del órgano deliberante determina la inexistencia de la deliberación;...*⁵⁵

La inexistencia se presenta cuando falta la asamblea, en cambio, se dice que hay nulidad cuando lo que en realidad falta es la deliberación, pero ésta tiene objeto ilícito o imposible. La deliberación nula no produce los efectos jurídicos deseados.

La nulidad o anulabilidad de una deliberación de la asamblea, depende de causas inherentes a la formación del acto o bien de causas inherentes al contenido del mismo. Por lo tanto, si uno de los requisitos para la formación del acto, esta viciado se estará frente a la anulabilidad; en cambio, si uno de estos requisitos falta, la deliberación será nula.

Más adelante el mismo VÁSQUEZ sigue explicando que *“la deliberación como todo negocio jurídico, debe tener un fin determinado o determinable y que sea posible física y jurídicamente, si faltan la causa y el contenido, y éste no es determinado o por lo menos determinable, o no es posible física o jurídicamente, la deliberación será nula por defecto en un requisito esencial, la causa o el objeto”*. También precisa que *“deberán ser lícitos, es decir, no contrarios a la ley imperativa o prohibitiva establecida en interés general o en consideración a las buenas costumbres”*.⁵⁶

La LGSM no establece todos los casos en que la deliberación deba considerarse nula o anulable, ya que sería imposible establecer una enumeración casuística, determinando cuándo los requisitos para la formación de la deliberación podrían faltar o estar viciados, por eso, para nosotros una solución podría ser que se adoptará un criterio de distinción entre nulidad y anulabilidad, con base en la violación de la ley o de los estatutos. Un acuerdo contrario a la ley de carácter imperativo se consideraría nulo, en cambio, cuando se violen los estatutos, pero siempre y cuando no fuera el caso de que el estatuto reprodujera una ley imperativa tendría lugar la anulabilidad.

⁵⁵ Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 238.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 240.

Desde mi punto de vista, considero que la legislación española es clara respecto a esta distinción, así como la doctrina de ese país, ambas hacen una separación en los acuerdos impugnables: acuerdos radicalmente nulos y los simplemente anulables. Los primeros son los acuerdos contrarios a la ley; los segundos son los acuerdos que se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de tercero, los intereses de la sociedad.

Por lo que se refiere a los acuerdos anulables, que contravienen los estatutos hay dos hipótesis que sean: "contra" y *praeter legem*, además de que en la ley española existe la posibilidad de la convalidación o subsanación. Ahora en relación a que los acuerdos sean contrarios al interés social, JIMÉNEZ DE PARGA opina:

"... la lesión al interés social equivale a la lesión del interés común de los socios..., es decir, el interés social no es la resultante del interés individual de cada socio, utilizado por el contrato de sociedad, sino que es el que está encuadrado en la propia persona jurídica resultante del contrato de sociedad... el legislador mantiene la idea del nexo de causalidad entre la lesión al interés social y el beneficio a accionistas y/o a terceros".⁵⁷

Para el jurista GARRIGUES es importante tomar en cuenta, que a pesar de las diferencias mencionadas tanto los acuerdos nulos como los acuerdos anulables, para que dejen de producir efectos, han de ser impugnados y declarada su ineficacia en sentencia firme.⁵⁸

Por regla general, estaremos ante un caso de nulidad cuando el acuerdo viole una norma legal de carácter imperativo; sin embargo, españoles como GÓMEZ ORBANEJA defienden la posición que también deben incluirse las normas de carácter dispositivo⁵⁹ y ante un caso de anulabilidad cuando se trate de la violación de un precepto legal estatutario que no sea reproducción de una norma legal imperativa.

⁵⁷ Jiménez de Parga, op. cit., p. 327.

⁵⁸ Cfr. Garrigues Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 9º ed., Editorial Porrúa, México, 1998, p. 510.

⁵⁹ Cfr. Aut. Cit. por Jiménez de Parga, op. cit., p. 325-326.

El doctrinario URÍA cita de manera puramente enunciativa los acuerdos nulos: a) los tomados sin cumplir los requisitos formales que la ley exige para regular la constitución y el funcionamiento de las juntas generales; b) los que no hayan sido tomados por mayoría absoluta de votos o por mayoría especial eventualmente exigida en determinados casos; c) aquellos cuyo contenido vulnera un mandato legal; d) los que sean contrarios a la moral, al orden público o a las buenas costumbres y e) los que violen los derechos que la ley concede a los accionistas.

A su vez la anulabilidad de los acuerdos puede producirse: a) por contravenir las normas estatutarias, ya sea por el propio contenido del acuerdo, o por la forma en que éste haya sido tomado ; y b) por lesionar los intereses sociales, es decir, cuando un acuerdo está conforme a la ley y los estatutos, pero que la mayoría impone a la minoría, con una finalidad opuesta al interés común, así que la impugnación aparece como el único medio de defender los intereses lesionados.⁶⁰ Por ejemplo, cuando se acuerde que uno de los accionistas puede realizar actividades que compitan con el objeto social de la persona moral (art. 50, fracción I LGSM).

Por último, la doctrina argentina, adopta la misma posición que las anteriores, sin embargo, el autor MARTORELL establece un caso interesante de impugnación de las decisiones asamblearias, el *abuso de poder*, es decir, aquellos que pese a no configurarse necesariamente mediante la violación de la ley o de los estatutos sociales, pueden traducir una situación de privilegio a favor de un grupo de accionistas en perjuicio de otros, o un daño general para la compañía, como ocurriría si los directores se fijarán sueldos excesivamente elevados o enajenaran a precio vil los activos sociales.⁶¹

Finalmente, considero que la aportación que hace MARTORELL, se traduce en lo que los españoles llaman lesionar los intereses de la sociedad, en beneficio de uno, de varios accionistas o de un tercero; ya que se trata de un abuso de facultades.

⁶⁰ Cfr. Uría Rodrigo, *Derecho Mercantil, op. cit.*, p. 321-322.

⁶¹ Cfr. Martorell, Ernesto Eduardo, *Sociedades Anónimas*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 293.

V. CASOS DE INEXISTENCIA DE LA ASAMBLEA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Se ha aceptado generalmente por la doctrina⁶² que los casos de inexistencia de la asamblea son los siguientes:

A. Cuando no exista la persona jurídica porque no ha surgido o porque ha dejado de existir. Por ejemplo, cuando no se ha dado la manifestación de voluntad de los socios, el objeto de la sociedad sea física o jurídicamente imposible, en este caso falta la existencia de la sociedad. Si por el contrario, el vicio se refiere a las formalidades del art. 2° de la LGSM (Registro Público de Comercio), se produce, no la inexistencia, sino la irregularidad de la sociedad, por lo tanto, los acuerdos serán válidos.

B. Inexistencia de la asamblea. La asamblea también es inexistente porque no se reúnan los requisitos o presupuestos necesarios como lo son:

A) Falta de convocatoria. La asamblea general de socios se define como la reunión de socios legalmente convocada y reunida en el domicilio social, para tratar asuntos de su competencia; así, sólo podrá hablarse de asamblea, cuando exista la convocatoria, y en caso de no haberla la asamblea será inexistente.

B) Cuando la convocatoria se hace por un órgano o por una persona que no tiene facultad de hacerla. El art. 183 de la LGSM dice: *“Las convocatorias para las asambleas deberán hacerse por el administrador o por el Consejo de Administración o por los comisarios, salvo lo dispuesto en los artículos 168, 184 y 185”*. Como puede verse, sólo el administrador, cuando está a cargo de una persona, el consejo de administración cuando esté integrado este cuerpo colegiado, excepcionalmente los comisarios y un juez podrán emitir convocatorias para asambleas

⁶² Cfr. Frías S., *op. cit.*, p. 25-26.

generales, por lo que, si la convocatoria emana de persona u órgano diverso no existirá la asamblea.

- C) Falta de reunión de socios. Cuando no se celebra la reunión porque no asiste ningún socio o cuando se admiten en ella incluso con derecho a voto, a personas ajenas a la sociedad o no autorizados, en los términos del artículo 192 de la ley de sociedades.

VI. CASOS DE NULIDAD ABSOLUTA DE LAS ASAMBLEAS

En general la nulidad absoluta se presenta cuando se infringen disposiciones de carácter imperativo, pero para ejemplificar podemos citar entre otros los casos siguientes:

- A. Acuerdos ilícitos. Cuando las asambleas "acuerdan" algún asunto, cuyo contenido sea "ilícito", esto es, que atente contra normas de orden público, imperativas o prohibitivas o contra las buenas costumbres.
- B. El acuerdo que excluya a uno o más socios de la participación en las ganancias (art. 17 LGSM).
- C. El acuerdo que niegue la constitución del fondo de reserva (art. 20 LGSM).
- D. Las Asambleas que no se reúnan en el domicilio social, salvo caso fortuito o fuerza mayor (art. 179 LGSM).
- E. Convocatorias que les falta requisitos, por ejemplo: Fechas de expedición, lugar (indicar domicilio, con calle y número) y fecha de reunión, orden del día, firma de los convocantes, (arts. 186, 187, 188 LGSM).

F. Asamblea que no reúne los quórum de asistencia y votaciones (arts. 189, 190, 191 LGSM).

Se aplica en este caso la siguiente Tesis Jurisprudencial:

Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: XII, Julio de 2000; Tesis: II.2o.C.229 C; Página: 794; Materia: Civil; Tesis aislada.

NULIDAD DE UNA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. PROCEDE CUANDO LAS CONVOCATORIAS NO CUMPLAN CON LAS FORMALIDADES LEGALES RESPECTIVAS.

Si se comprueba que tanto la primera como la segunda convocatorias para una asamblea de accionistas fueron publicadas el mismo día, como si ya se tuviera conocimiento de que la inicial no podría llevarse a cabo por falta de quórum, tal circunstancia propicia la nulidad de la celebrada en franca contravención al artículo 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en razón a que para la validez de dichas asambleas de accionistas es requisito indispensable que las convocatorias se emitan dentro de los plazos y términos previstos al respecto, pues si la primera asamblea no pudiere celebrarse el día señalado, debe realizarse una segunda convocatoria con expresión de esa circunstancia, cumpliéndose así con el fin perseguido por dicha legislación.
SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1394/99. Autotransportes Urbanos de Toluca y Zona Conurbada, S.A. de C.V. 2 de mayo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: Faustino García Astudillo.

VII. CASOS DE NULIDAD RELATIVA DE LAS ASAMBLEAS

Desde luego cuando falta la capacidad de ejercicio en los participantes en la asamblea, que se haya dado un vicio en la voluntad como el error, el dolo o la violencia física o moral, o no se hubiere protocolizado y registrado el acta de la reunión; ésta y sus acuerdos estarán afectados de nulidad relativa. Por otra parte, existen las llamadas normas derogables o supletorias de la voluntad de las partes, las que podrán ser infringidas por la asamblea y que al no combatirse oportunamente las infracciones se convalidarán los acuerdos.

El jurista mexicano FRÍAS enuncia algunos ejemplos como los que a continuación se reproducen:

- A. *“Cuando la asamblea convocada en segunda convocatoria, la haya sido en el primer aviso (por ejemplo 15 minutos o una hora después) sin que medie el “inter” que señale la ley o los estatutos.*
- B. *Cuando se impida arbitrariamente a unos socios el acceso a la asamblea.*
- C. *Cuando no se verifica el quórum de asistencia legal o no se redacta el número de socios que asistieron.*
- D. *Cuando no es presidida la asamblea por los convocantes o por quienes designe la asamblea”.*⁶³

VIII. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 201 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

El derecho para impugnar las deliberaciones de las asambleas, está limitado por la LGSM, en el artículo 201, el precepto habla de la oposición a los acuerdos de las asambleas que infrinjan disposiciones legales o estatutarias, sin embargo, el maestro RODRIGUEZ afirma que el artículo 201 no puede resumir las diferentes hipótesis de ineficacia, basándose en lo siguiente:

1° El artículo 201 establece de oposición judicial a las resoluciones de las asambleas pero en el artículo 202 se aclara que la impugnación se hace mediante el ejercicio de acciones de impugnación. Por otra parte, considera el maestro que desde el punto de vista gramatical y técnico, el artículo 201 se refiere a una acción de impugnación y no a las acciones de nulidad;

⁶³ *ibidem*, p. 27.

2° Para el jurista RODRIGUEZ así como para mí:

“es inconcebible que las acciones de nulidad por falta de reunión, por falta de convocatoria, por inexistencia de mayorías, etc., sólo pudiesen ser ejercitadas por minorías que representen un 33% del capital social. Ello supondría que el 68% del capital social podría hacer mangas y capirotos de la ley y de los estatutos, imponiendo arbitrariamente su voluntad a los demás socios, ya que éstos no llegan a representar un 33% del capital social y carecen de la legitimación necesaria para demandar la nulidad de los acuerdos violatorios de la ley o de los estatutos. No es, pues, posible concebir que el legislador haya tratado de privar del ejercicio de las acciones de nulidad a los socios individualmente considerados, para atribuirlo sólo a minorías que representen tan elevado porcentaje del capital social;”⁶⁴

3° El origen del artículo 201 lleva a una sola conclusión a saber, que dicho precepto sólo regula una acción especial de impugnación.

Como se ha dejado claro en esta tesis, el artículo 201 de la LGSM tiene su origen en el artículo 163 del Código de Comercio Italiano, que ya fue analizado en apartados anteriores.

El proyecto de Código de Comercio Mexicano de 1929 estableció en sus artículos 923 al 926 la acción de impugnación, que a la letra indican:

“Artículo 923. Cualquier accionista podrá oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales de accionistas, sobre cualquier asunto, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

- I. Que se presente la demanda dentro de los diez días siguientes a la fecha de clausura de la asamblea;*
- II. Que el reclamante no haya concurrido a la asamblea o, si concurrió haya dado su voto en contra;*

⁶⁴ Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 527.

III. Que, en todo caso, la oposición se funde en que la resolución impugnada sea contraria al contrato social, a los estatutos o a la ley, y se señale concretamente en la demanda la cláusula o artículo que resulte infringido y el concepto de la violación”.

“Artículo 924. La demanda de oposición sólo podrá tener los siguientes objetos, o alguno de ellos:

- I. La declaración de nulidad de la resolución impugnada, con sus consecuencias legales;
- II. La ejecución de los actos que este Código imponga como sanción a la infracción de la disposición de que se trate;
- III. El pago de los daños y perjuicios que la resolución impugnada cause el reclamante”.

“Artículo 925. La nulidad de la resolución impugnada sólo tendrá lugar cuando se funde en una disposición de este Código que la establezca expresamente”.

“Artículo 926. La ejecución de las resoluciones impugnadas podrá suspenderse por el Juez, siempre que el reclamante diere fianza en favor de la sociedad, para responder de los daños y perjuicios que pudieren causársele por la inejecución de aquéllas, en caso de que la sentencia ejecutoriada que recaiga fuere absolutoria”.⁶⁵

Finalmente, lo que ocurrió fue transcribir el artículo 923 del proyecto mexicano, al artículo 201, pero convirtiendo la acción de impugnación individual en una acción de minoría.

4° El artículo 201 atribuye el ejercicio de una acción a una minoría calificada lo cual es incompatible con las disposiciones de los artículos 179, 188 y 189.

Por lo tanto, debemos de llegar a la conclusión de que el artículo 201 sólo reglamenta una acción de impugnación concreta y determinada, DEJANDO SIN REGULACIÓN LA ACCIÓN DE NULIDAD.

⁶⁵ Proyecto de Código de Comercio Mexicano de 1929 citado por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 528.

Ahora el problema consiste en determinar que se entiende por "resoluciones contrarias a la ley" o a "los estatutos", ya que la acción de impugnación presupone acuerdos que infringen la ley (art. 201 fr. III) y los casos nulidad mencionados en los artículos 17, 19, 20, 179, 188 y 197 de la LGSM, también son acuerdos que infringen la ley o los estatutos.

En este orden de ideas, se llega a la conclusión que el artículo 201 LGSM sólo establece un caso de acción de impugnación, que está sujeta a caducidad, que se ejerce por una minoría, basada en la infracción de la ley o los estatutos; caso muy distinto es la acción de nulidad, que es de carácter estrictamente individual, no está sujeta al plazo de caducidad a que hace referencia el artículo 201 y puede invocarse por cualquier interesado.

Por su parte, la cuestión es la siguiente: ¿Cuándo la infracción de la ley o los estatutos determinan la existencia de un acuerdo nulo y cuándo la de un acuerdo simplemente impugnabile?

Para aclarar lo anterior, DONATI⁶⁶ menciona cuatro grupos generales, cuando se trata de acuerdos tomados:

- A.** Por asambleas de sociedades inexistentes o con incapacidad o falta de legitimación respecto de la deliberación de que en concreto se trate.
- B.** De acuerdos tomados con infracción de las normas sobre constitución y competencia de la asamblea.
- C.** De acuerdos con vicios en la declaración de voluntad o en su forma.
- D.** De acuerdos con causa u objeto imposibles o ilícitos.

⁶⁶ Cfr. Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 530.

A continuación explicaré cada uno de los grupos a que hace referencia DONATI, con las consideraciones hechas por el maestro RODRÍGUEZ:

A. Inexistencia, incapacidad y legitimación de la sociedad.

Para que una asamblea pueda tomar acuerdos es indispensable que exista la sociedad; si no hay sociedad, no puede haber asamblea ni puede haber acuerdos válidos. La sociedad existe cuando se realicen las aportaciones y se convenga sobre el contrato, antes no hay sociedad, ni puede haber asamblea, ni posibilidad de acuerdos.

Existiendo la sociedad, los acuerdos pueden ser válidos o inválidos; pero no existiendo la sociedad, la asamblea celebraría acuerdos absolutamente nulos.

En cuanto a la capacidad de las personas jurídicas, el artículo 26 del CCF determina que las sociedades pueden ejercer todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución. Como consecuencia, en todos los casos en los que se adopten acuerdos que vulneren el principio de la limitación de la capacidad al cumplimiento del objeto social, nos encontraremos frente a casos de nulidad.

En cuanto a la legitimación el maestro RODRIGUEZ se adhiere al concepto del italiano DONATI que dice que la legitimación es la *"idoneidad de un sujeto para realizar un determinado acto en razón de una posición positiva o negativa con un bien o con otra persona a que el acto se refiere"*.⁶⁷

La legitimación se coloca al lado de la capacidad del sujeto, siendo aquella una idoneidad específica para obrar y ésta, una idoneidad genérica para obrar.

A) Acuerdos sobre derechos de tercero y sobre los derechos de los socios como terceros. Para el jurista RODRIGUEZ siguiendo a DONATI: *"la deliberación de la asamblea que disponga de los derechos de terceros o de socios como terceros, o que*

⁶⁷ Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 531.

*les imponga nuevas o ulteriores obligaciones es irrelevante para el tercero o, si se quiere nula por falta de legitimación del sujeto agente, o sea de la sociedad”.*⁶⁸

B) Derechos especiales de los socios. Hay dos tipos de derechos especiales, los legales que son aquellos que tienen su fundamento en la ley y los estatutarios que son aquellos que se derivan de los estatutos. Tanto unos como otros son derechos inmodificables. La asamblea general de accionistas no puede modificar los derechos especiales legales porque estaría en contra de preceptos de carácter imperativo de la ley; tampoco puede modificar o suprimir los estatutarios, si no existe el consentimiento de los interesados en la forma que determina el artículo 195 de la LGSM.

El artículo 195 de la LGSM reconoce un derecho a la categoría, de ahí se deducen dos consecuencias: 1) la categoría toma sus acuerdos por mayoría (asamblea especial); 2) los acuerdos de la categoría (asamblea especial) pueden ser a su vez nulos o impugnables.

Así el italiano DONATI afirma:

*“... son inderogables por la asamblea, entre los derechos legales, los establecidos por una norma derogable sólo mediante renuncia del socio, o bien los que constituyen un elemento esencial del contrato de sociedad; entre los derechos estatutarios, los de privilegio y los comunes a todos los socios declarados inderogables por los estatutos, o a petición de la voluntad unánime de los socios o expresamente para modificarlos o suprimirlos. Entre los derechos legales inderogables por la asamblea son, a mi juicio, renunciables por cada socio los concebidos por una norma coactiva en interés general o social o que constituyan un elemento social del contrato de sociedad, mientras que los derechos legales establecidos en interés particular del socio que no sea un elemento esencial del contrato de sociedad, así como los estatutarios, son, por el contrario, renunciables”.*⁶⁹

En consecuencia, los acuerdos de la asamblea que desconozcan derechos especiales auténticos serán nulos.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 532.

B. Ineficacia de los acuerdos de las asambleas por infracción de las normas sobre constitución y competencia de éstas.

Se define a la asamblea general, como una reunión de socios legalmente convocados y reunidos para decidir sobre asuntos de su competencia. De la definición se derivan dos elementos de existencia: convocatoria de los socios y la reunión de éstos.

A) Ineficacia por falta de constitución de la asamblea.

Como principio general no hay asamblea si no hay reunión; no habiendo asamblea no puede haber acuerdos válidos de la misma, pero si la reunión se celebró, con defectos, entonces será una asamblea irregular con acuerdos irregulares.

1. Inexistencia de la convocatoria. No hay convocatoria si no se comunica a los socios el aviso del lugar, fecha y orden del lugar de la reunión.

Para que el aviso de reunión sea considerado como convocatoria es indispensable se den las características siguientes:

1) No hay convocatoria si no la hace quien puede legalmente hacerla. El artículo 187 LGSM, se refiere a este requisito cuando dispone que la convocatoria sea firmada por quien la haga, lo que debe relacionarse con el artículo 183 LGSM, que establece a quien le corresponde el derecho de convocar al administrador o al Consejo de Administración, o por los comisarios. Si no hay convocatoria en este sentido, el artículo 188 LGSM determina la nulidad de los acuerdos de las asambleas celebradas sin ese presupuesto. Caso distinto es cuando no habiendo convocatoria se reúne la totalidad de las acciones, y en ese supuesto se aplica el criterio jurisprudencial siguiente:

Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: IX, Abril de 1992; Página: 437; Tesis Aislada; Materia Civil.

ASAMBLEA DE ACCIONISTAS, LA FALTA DE CONVOCATORIA PARA LA CELEBRACION DE LA. NO PUEDE ACARREAR LA NULIDAD DE ESTA SI EN LA VOTACION ESTUVO REPRESENTADA LA TOTALIDAD DE LAS ACCIONES.

La circunstancia de que no exista la convocatoria para la celebración de la asamblea de accionistas, no puede traer como consecuencia la nulidad de ésta, si en el acta de la asamblea se asentó que la votación fue representada por el 100% de las acciones, en razón de que, el artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece: "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".

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo directo 415/91. Jesús Serrano Moguel, por conducto de su apoderado general Julio César López Flores. 17 de Octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Rigoberto Ochoa Murillo.

Quando la convocatoria corresponde al Consejo de Administración, y el acuerdo es sólo impugnabile, la convocatoria será válida, mientras no se impugne, en tanto que si la deliberación es nula, nula será la convocatoria.

No debe confundirse la falta de convocatoria, con la convocatoria hecha por quienes *de hecho* desempeñan cargos sociales, es decir, funcionarios de hecho; ya que en este caso es válida la convocatoria y hay una simple irregularidad impugnabile.

2) Falta de menciones esenciales. Para que el aviso de reunión pueda considerarse como una auténtica convocatoria debe tener ciertos requisitos como la fecha y la orden del día.

La indicación de la fecha es esencial ya que debe contener exactamente el momento de la reunión, es decir, la designación del año, mes, día y hora de la misma.

Respecto a la orden del día, el artículo 187 de la LGSM requiere que la convocatoria contenga la orden del día, y el artículo 188 LGSM, declara la nulidad de toda resolución de la asamblea tomada con infracción de dicho precepto; es decir, si la asamblea una vez instalada resuelve sobre cuestiones que no formaron parte de la orden del día, los

socios ausentes, o los que votaron en contra, o cualquiera que resultare afectado podrá pedir la correspondiente nulidad.

Asimismo, la indicación del lugar de la reunión desde mi punto de vista es esencial, ya que el artículo 179 LGSM, determina que toda asamblea, deberá reunirse en el "domicilio social", bajo pena de nulidad, sin embargo, el jurista DONATI⁷⁰ opina que este requisito no es esencial y que domicilio social debe de interpretarse en el sentido de reunión dentro de los términos del municipio de la sociedad o, a falta de mención, también debe de interpretarse en sentido restringido como oficinas sociales, así que se reunirá en las mismas si no hay ninguna mención específica en contrario en la convocatoria.

No estoy de acuerdo, porque considero que por respeto al principio de certeza y seguridad jurídica, la convocatoria no debe indicar un "domicilio" en sentido GENÉRICO; sino que siendo la convocatoria la invitación especial para que los socios se reúnan, en la misma se debe indicar no nada más la entidad en la que se celebrará, sino el lugar físico, o domicilio en sentido estricto de la palabra y en términos del artículo 33 del Código Civil Federal; es decir, indicando Estado, municipio, colonia, calle y número, por lo menos. Esto en virtud de que las personas morales pueden tener varias sucursales en la misma entidad.

3) Publicidad adecuada. La convocatoria debe publicarse en la forma que determina el artículo 186 LGSM, que a la letra dice:

"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"

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 534.

Con relación al cómputo de 15 días a que se refiere el artículo citado, la jurisprudencia ha interpretado que deben mediar entre la fecha de la convocatoria y la fecha de la celebración de la asamblea; es decir, no pueden computarse o incluirse el día en que se publicó la convocatoria ni el día en que se celebró la asamblea.

La infracción a esta disposición es motivo de nulidad de acuerdo con el artículo 188 LGSM.

4) Falta de información a los socios. El artículo 186 LGSM, establece que durante todo el tiempo que corre desde la fecha de la publicación de la convocatoria hasta la celebración de la asamblea estén en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas, los libros y documentos relacionados con el objeto de la asamblea.

La falta de esta información determina la nulidad como lo dispone el artículo 188 de la LGSM, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores en el caso concreto del informe, de acuerdo con el artículo 176 LGSM.

2. Falta de reunión. La asamblea supone, además, de la convocatoria legal, la reunión efectiva de los socios en la forma que determina la ley. No cualquier reunión de accionistas tendrá la consideración jurídica de asambleas, sino sólo aquella que reúna las condiciones mínimas legalmente establecidas. Así:

1) No hay reunión, si nadie acude; en materia de sociedades anónimas no caben los acuerdos por correspondencia o por medios similares.

2) No hay reunión si no concurren accionistas que representen las cantidades de capital que a continuación se indican: Asamblea ordinaria, en primera convocatoria, la mitad del capital social (art. 189 LGSM) y en segunda convocatoria la asamblea no requiere ninguna mayoría especial o calificada (quórum de presencia); por otro lado, en la asamblea extraordinaria, en primera convocatoria, se requiere tres cuartas partes del capital (art. 190 LGSM), en segunda convocatoria, la mitad del capital social (art. 191

LGSM). La falta de quórum de asistencia determinará la nulidad de los acuerdos tomados en la asamblea afectada.

3) Falta la reunión también, si se realiza en lugar o fecha distintos de los indicados en la convocatoria.

3. Vicios de convocatoria y reunión. Si la convocatoria y la reunión se hacen, pero con vicios, entonces habrá supuestos de impugnabilidad de los acuerdos adoptados. Por ejemplo:

- 1) La infracción de normas estatutarias sobre segunda convocatoria;
- 2) La infracción de normas estatutarias sobre la forma y publicidad de la convocatoria;
- 3) La exclusión arbitraria o la admisión caprichosa de los socios en la asamblea;
- 4) La falta de comprobación del quórum de asistencia;
- 5) La indebida constitución de la presidencia de la asamblea.

Todos los supuestos mencionados entran en las disposiciones del artículo 201 LGSM, sobre impugnación de las asambleas.⁷¹

4. Excepción. No obstante lo anterior, debe decirse que los acuerdos tomados en contravención de las disposiciones que acabamos de citar pueden ser válidos y no nulos o impugnables, si no existe lesión del interés protegido por la norma violada o por convalidación posterior del acuerdo ineficaz.⁷²

⁷¹ Cfr. Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 535-536.

⁷² Cfr. Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 536.

B) Incompetencia de la asamblea.

De acuerdo con el italiano DONATI "el concepto de competencia lo limita para designar las atribuciones concretas de la asamblea, de modo que habrá incompetencia cuando ésta tome acuerdos si la adopción de los mismos correspondía a otros órganos".⁷³

El artículo 178 LGSM, en opinión del maestro RODRIGUEZ hace difícil la determinación de los casos de incompetencia, ya que atribuye a la asamblea el acuerdo y ratificación de todos los actos y operaciones de la sociedad, lo que parece indicar que la asamblea tiene legalmente competencia absoluta sobre todas las cuestiones sociales. Sin embargo, en la misma ley hay atribuciones concretas de los administradores y de los comisarios. La infracción de esta disposición determina la impugnación del acuerdo correspondiente. (art. 201LGSM).⁷⁴

C. Validez de los acuerdos sociales desde el punto de vista de la declaración de la voluntad y de su forma.

A) El proceso de formación de la voluntad colectiva.

En las sociedades anónimas el proceso de formación de la voluntad depende del complejo sistema de manifestación de las opiniones de los socios convocados a la asamblea, sin que pueda precisarse si, una vez que la votación ha concluido, debe considerarse formada la voluntad o bien si ello depende de la declaración del resultado por las personas que presiden la asamblea, o del hecho de que conste en el acta.

Para el italiano DONATI contra una y otra posición pueden hacerse objeciones serias, ya que no puede estimarse como voluntad colectiva el simple resultado de la votación, que es un dato oculto e incierto, si no se ha manifestado, ni puede admitirse como la

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Cfr. Rodríguez Rodríguez, op. cit., p. 536.

voluntad colectiva la declaración del resultado cuando entre la declaración y este resultado exista una discrepancia.⁷⁵

B) Vicios de la voluntad.

Si no hay voluntad, el acuerdo será inexistente, pero si la voluntad colectiva sólo adolece de vicios en su formación, los acuerdos que se tomen sólo serán impugnables. La infracción de las disposiciones sobre sistemas de votación sólo puede dar base a la impugnación del acuerdo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 201 LGSM.

En los casos de falta de voluntad, por no haberse integrado el quórum necesario para la adopción de acuerdos si éstos se adoptasen, serían nulos absolutos, lo mismo que si se declarase una mayoría existente ya sea por dolo o por error de la persona encargada de hacer la declaración o de quienes efectuaron el cómputo de los votos emitidos.

En este mismo orden de ideas, como regla general se considera que la declaración de mayoría basada en votos nulos es nula, así como cuando el voto descansa en casos de fuerza absoluta o de error, y cuando ha habido discrepancia entre la voluntad expresa y la declarada en el voto.

En cambio, el acuerdo será simplemente anulable cuando descansa en votos dados por incapaces o con el consentimiento viciado por error, dolo o violencia.

En los casos de discrepancia entre la declaración de voluntad y la voluntad colectiva resultante de la votación sólo procede la impugnación del acuerdo proclamado.

Por otro lado, las actas de las asambleas generales de accionistas deben redactarse según el artículo 194 LGSM, pero en ningún lugar de la ley se afirma que las mismas sean indispensables para la validez de los acuerdos y menos aún para su prueba. En el caso, de las asambleas extraordinarias el acuerdo debe constar en el acta, la que debe

⁷⁵ Cfr. Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 537.

ser protocolizada ante notario, sin cuyo requisito no tendrá eficacia alguna frente a terceros. (art. 194 LGSM último párrafo).

Sin embargo, en los estatutos podría establecerse la exigencia de la constancia formal del acta, como dato indispensable para la validez del acuerdo y como un principio de certeza y seguridad jurídica.

D. Vicios relativos a la causa y al contenido de los acuerdos.

Serán ineficaces aquellas deliberaciones que pueden ser comprendidas en el supuesto del artículo 1795, fr. III del CCF, es decir, que tengan un motivo o fin ilícito.

Cuando el objeto de los acuerdos sea inexistente o ilícito, estaremos frente a causas de nulidad absoluta de los acuerdos respectivos.

También serán objeto de nulidad absoluta los que sean contrarios a normas prohibitivas dictadas en interés general o de terceros o de ser contrarios al orden público o a la estructura básica de las sociedades anónimas. Como ejemplos se mencionan los siguientes: el nombramiento de administradores con carácter irrevocable o indefinido (art. 142 LGSM); la prohibición de que los socios se hagan representar en las asambleas, sino sólo por mandatarios (art.192 LGSM); las restricciones al voto que no sean de las permitidas por el artículo 113 LGSM; la emisión de acciones a la orden (arts. 117 y 128 LGSM); las restricciones a la libre circulación de las acciones distintas de las permitidas (art. 130 LGSM), y todas las que contraríen la formación de reservas en la forma legal o dispongan el reparto de dividendos existentes (arts. 19 y 20 LGSM).

IX. CRITICA AL ARTÍCULO 201 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

El artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles a la letra indica:

Artículo 201. Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

- I. Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea;*
- II. Que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución, y*
- III. Que la demanda señale la cláusula del contrato social, o el precepto legal infringido y el concepto de violación.*

No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios”.

Analizaré primeramente la minoría calificada para tener derecho de oposición. Esta sólo puede invocarse por accionistas que representen el treinta y tres por ciento de capital social, este porcentaje nos parece excesivo y absurdo ya que aquellas normas que expresamente hablan de nulidad de las resoluciones de la asamblea no se supeditan a que las haga valer la tercera parte de los accionistas, tal y como está reconocido en la ley y en la interpretación que del tema ha hecho el Poder Judicial Federal en la tesis aislada que se cita a continuación:

Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990; Página 80; Tesis Aislada; Materia Civil.

ASAMBLEA DE ACCIONISTAS, OPOSICION JUDICIAL A LA.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, para que los accionistas puedan oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, además de los requisitos que dicho precepto enumera, se requiere que aquéllos representen el 33% del capital social.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 378/90. Materiales y Construcciones Alfer, S.A. de C.V. 11 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaria: María Cristina Torres Pacheco.

Los derechos que se conceden a minorías que representan cuando menos el treinta y tres por ciento del capital social son principalmente:

- A. El derecho a exigir que se convoque a asamblea general para tratar los asuntos que los solicitantes indiquen (art. 184 LGSM).
- B. El derecho a pedir aplazamiento en la asamblea sin necesidad de una nueva convocatoria, este derecho solo podrá ejercitarse una sola vez para el mismo asunto (art. 199 LGSM).
- C. El derecho de impugnar judicialmente los acuerdos de las asambleas que sean violatorios de la ley o de los estatutos (art. 201 LGSM).

Por otro lado, el mercantilista GARCÍA RENDÓN considera que en el treinta y tres por ciento del capital social no debe tenerse en cuenta las acciones abstenidas, ya que la LGSM no les concede a los abstencionistas el derecho de oponerse a las resoluciones de la asamblea.⁷⁶

En este mismo orden de ideas, el jurista MANTILLA MOLINA afirma:

“... no hay razón para negar al tenedor de un solo título la acción de nulidad respecto a resoluciones que, aunque tomadas de acuerdo con las leyes que rigen el funcionamiento de las asambleas, son antijurídicas por su contenido, si se señala para el artículo 201 un campo de aplicación diverso de la nulidad”⁷⁷.

Pues bien, el maestro MANTILLA MOLINA y la doctrina mexicana señalan que el artículo 201 establece una acción de oposición; distinta y paralela a la acción de

⁷⁶ Cfr. García Rendón, *op. cit.*, p. 400.

⁷⁷ Mantilla Molina, *op. cit.*, p.414.

nulidad: aquélla permite suspender provisionalmente los efectos de la resolución impugnada (art. 202 LGSM), al paso que la segunda permite que los surta hasta que sea declarada judicialmente nula (art. 2226 CCF), y sus efectos destruidos de modo retroactivo.

Como conclusión preliminar se expresa lo siguiente: a) cualquier accionista, un acreedor de la sociedad y aún los órganos de ésta, tienen acción para pedir la declaración de nulidad de los acuerdos de la asamblea; b) los accionistas que posean el treinta y tres por ciento del capital social tienen, además, una acción especial de oposición, mediante la cual pueden obtener la suspensión provisional de los acuerdos impugnados (art. 202 LGSM). Al respecto también considero importante citar la tesis siguiente de la Octava Época:

Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: XI, Febrero de 1993; Página: 331; Tesis Aislada; Materia Civil.

SOCIEDAD ANONIMA. LEGITIMACION ACTIVA DE SOCIO PARA DEMANDAR LA NULIDAD DE ACUERDOS DE ASAMBLEA.

Interpretando armónicamente los artículos 185, 188, 189, 191 y 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se puede concluir de manera que para el ejercicio de la acción intentada, los accionistas tienen la obligación de justificar ante el órgano jurisdiccional que han depositado, bien ante una institución nacional de crédito o ante notario, los títulos de sus acciones, lo cual se justificaría, a través de la certificación que en su caso expidiera el fedatario o la institución bancaria según la elección; este requisito esencial claramente lo establece el artículo 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles e inclusive se destaca en este precepto que para el ejercicio de las acciones judiciales a que se refieren los artículos 185 y 201 de la ley en cita, los accionistas tienen la obligación de justificar el depósito de los títulos. De esa manera, si los presupuestos necesarios contemplados en el numeral 205 de la ley invocada no quedaron satisfechos por los accionistas en el contradictorio, es claro que los mismos carecían de legitimación activa para reclamar la nulidad de diversos acuerdos de esa sociedad anónima.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 282/92. Jesús Antonio Parada Mexia. 30 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: David Guerrero Espriú. Secretaria: Edna María Navarro García.

Véase: Tesis 131, página 776, Tomo IV, Segunda Parte-2, Octava Época del Semanario Judicial de la Federación.

Ahora, analizaré brevemente las fracciones del multicitado precepto:

1. La fracción primera establece que la demanda deberá de presentarse dentro de los quince días siguientes a la fecha de clausura de la asamblea. El mercantilista VÁSQUEZ DEL MERCADO considera que el plazo es correcto, ya que está fracción se debe restringir a las deliberaciones anulables y no a los actos nulos. La impugnación de los actos nulos podrá hacerse en cualquier momento, es decir, la acción es imprescriptible. El mismo autor hace notar su preocupación al expresar que la imprescriptibilidad de la nulidad podría causar incertidumbre respecto a los actos realizados, sin embargo, ésta sería únicamente con relación a los socios y no frente a terceros de buena fe, quienes en todo caso, tienen derecho a exigir que la sociedad cumpla las obligaciones contraídas al realizar dichos actos.⁷⁸ Por otro lado, se considera que los quince días para interponer la oposición son días hábiles, puesto que considerar lo contrario implicaría dejar a los socios en estado de indefensión.

No obstante lo anterior, hay una tesis jurisprudencial (que ojala no se vuelva jurisprudencia) de la Novena Época que establece que los quince días para presentar la demanda de oposición deben entenderse como DIAS NATURALES, sin embargo, yo no estoy de acuerdo con la tesis jurisprudencial, ya que se está hablando de un plazo procesal. La tesis indica lo siguiente:

Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: VI, Septiembre de 1997; Tesis: 1.2o.C.8 C; Página: 712; Tesis Aislada; Materia Civil.

OPOSICIÓN JUDICIAL A LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS, ACCIÓN DE. CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE QUINCE DÍAS PARA EJERCITARLA.

Cuando un accionista estima que por encontrarse en la hipótesis del artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuyo contenido es el siguiente: "Los accionistas que representen el

⁷⁸ Cfr. Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 241-242.

treinta y tres por ciento del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: I. Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea; II. Que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución, y III. Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación.- No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios.", intenta la acción de oposición judicial a los acuerdos tomados en la asamblea general de accionistas y la demandada opone la excepción de prescripción, fundada en que la demanda debe presentarse dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea respectiva, como se dispone en la fracción I del citado artículo 201, para los efectos de la decisión de la indicada excepción no debe entenderse que la acción de referencia se ejercita 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, con la consecuencia de que en la especie resulta inaplicable aquel artículo 1076.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2012/97. Enrique Emilio Reverón Hernández. 31 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo I, Segunda Parte-2, página 687, tesis de rubro: "SOCIEDADES ANÓNIMAS, RESOLUCIONES TOMADAS EN LAS ASAMBLEAS DE LAS. CÓMPUTO DEL PLAZO PARA INTENTAR LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN."

Reitero mi desacuerdo con el precedente judicial anterior, ya que considero que el plazo de quince días debe considerarse como "días hábiles" y en los que puedan existir actuaciones judiciales, toda vez que si bien es cierto dicho plazo no es dentro de un juicio procedimiento, sí constituye el presupuesto necesario para la existencia del juicio de oposición; ya que de lo contrario, es decir, considerar dicho plazo como de días naturales implicaría dejar al socio en estado de indefensión, ya que, verbigracia, en los casos de vacaciones generales de los Tribunales del Fuero Común se tiene que el plazo de dicho descanso coincide precisamente con el que se tiene para ejercer la acción de oposición judicial, por ello, si se actualizara el supuesto de una asamblea celebrada

precisamente el día en que dichos tribunales inician su periodo vacacional – siguiendo el criterio antes transcrito – daría lugar a que dicho socio perdería irremediabilmente su derecho de acción, lo que constituye verdaderamente una ilegalidad pues se le estaría obligando a un hecho imposible, ya que aunque el socio en comento quisiera instar al órgano jurisdiccional éste no recibiría la demanda por las razones descritas.

En base a lo anterior reitero que por un principio de seguridad jurídica el plazo de quince días a que se refiere el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles debe computarse como días hábiles.

2. La fracción segunda, es criticable, pues deja sin derecho para impugnar las deliberaciones a los accionistas que hayan votado por error a favor de la resolución. Es posible que por informaciones falsas, por ignorancia o por cualquier otra circunstancia ajena, el accionista sea inducido a votar con la mayoría, en este caso se le debe de conceder el derecho de impugnación. Otro caso es, que el accionista si concurrió a la asamblea y se abstuvo de votar, en este caso, no tendrá derecho a formular la oposición.

3. En la fracción tercera se establece que la deliberación será impugnabile sólo cuando se señale la cláusula del contrato social o el precepto legal violado; es decir, mientras la deliberación no contenga irregularidades, ya sea en la formación del acto o en su contenido, que entrañen una violación a las disposiciones legales o estatutarias, no podrá impugnarse. Para el autor GARCÍA RENDÓN la acción de oposición se ejercita únicamente contra los acuerdos de asamblea que sean violatorios de leyes permisivas o de estipulaciones derogables del contrato social; esto es, de estipulaciones susceptibles de ser modificadas o convalidadas por la mayoría de los accionistas, es decir, la acción de oposición sólo puede ser invocada cuando no sean procedentes las acciones de anulabilidad o nulidad, pues afirmar que éstas no proceden en los casos de nulidad absoluta o relativa, sería tanto como postular que los accionistas que controlen más de

sesenta y siete por ciento del capital social pueden derogar los preceptos de derecho común que tutelan la validez de los actos jurídicos.⁷⁹

Respecto al último párrafo del artículo 201 LGSM establece: *“no podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios”*. El maestro MANTILLA dice *“que el acuerdo sobre responsabilidad de los administradores o de los comisarios puede ser en el sentido de exigírsela o de exonerarlos de ella. En el caso de que la asamblea haya exonerado de responsabilidad a los administradores, subsistirá la acción de nulidad”*.⁸⁰

Por otra parte, con base en el artículo 163 LGSM, el 33% del capital social, inconformes con el acuerdo de la asamblea que absuelva a los administradores, pueden deducir por sí mismos la acción de responsabilidad, siempre que los promoventes no hayan votado a favor de dicha resolución, a condición de actuar en beneficio de la sociedad misma, y no en interés propio. La acción tiene carácter social ya que la demanda ha de comprender el monto total de las responsabilidades de los administradores, y la indemnización que se obtenga entrará al patrimonio social,⁸¹ ya que los socios no pueden reclamar la responsabilidad para sí mismos ni para su beneficio sino el de la propia sociedad, este es un tipo de legitimación especial concedida en la LGSM a favor de los socios.

Para el caso de los comisarios se aplicarán las mismas reglas (art. 171 LGSM).

En todos los casos, la acción de responsabilidad no depende de la ilegalidad del acuerdo absolutorio, sino de que es perjudicial para la sociedad.

X. ACCIÓN DE NULIDAD Y ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

⁷⁹ Cfr. García Rendón, *op. cit.*, p. 400.

⁸⁰ Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 416-417.

⁸¹ Cfr. *Ibidem*, p. 429.

La LGSM contempla dos clases de acciones para atacar los acuerdos adoptados en una asamblea: la acción de nulidad y la de impugnación.

En la acción de nulidad se busca obtener la declaración de inexistencia o nulidad de las asambleas y de sus acuerdos. En la de impugnación se ataca acuerdos que sin declaración judicial se estimarían como válidos.

Se refieren a la acción de nulidad los artículos 17, 21, 102, 156, 188, 196, 197, 198, de la LGSM entre otros y a la de impugnación que se refiere el artículo 201 de la misma ley.

La acción de nulidad como se sabe corresponde a cualquier interesado, es decir, no sólo los accionistas, los administradores y comisarios, sino las personas que tengan concedidos derechos de garantía o goce sobre acciones y en general cualquiera que tenga un interés jurídico.

La acción de impugnación sólo corresponde a socios que representen el 33% del capital social; la acción de nulidad no prescribe; la impugnación se extingue por el transcurso de quince días contados desde la fecha del acuerdo.

En cuanto al régimen de las acciones, la acción de nulidad en cuanto a su titularidad, prescriptibilidad y demás condiciones se rige por las disposiciones del derecho común.

La acción de impugnación debe reconocerse a los actos individualmente considerados y además a los administradores, tanto como colegio, como individualmente y a cada uno de los comisarios. La acción de impugnación se regirá específicamente por las disposiciones de la LGSM.

Por último en cuanto a la suspensión es necesario dejar en claro que, aunque más adelante será tratado con más profundidad; *“si cabe la suspensión de los actos*

impugnables, con mucho más motivo será procedente la de los actos nulos”.⁸² Son aplicables los precedentes judiciales siguientes:

Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: XII, Agosto de 2000; Tesis: I.3o.C.194 C; Página: 1179; Tesis Aislada; Materia Civil.

ACCIÓN DE NULIDAD DE ASAMBLEA. ES DIFERENTE A LA OPOSICIÓN JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES DE LAS ASAMBLEAS GENERALES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 201 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Las diferencias esenciales entre la acción que tiene por objeto la declaración de nulidad de una asamblea, y la de oposición a la ejecución de los acuerdos adoptados en la misma, consisten, fundamentalmente, en que la primera se apoya en la ausencia de requisitos formales en las convocatorias o en los requisitos necesarios en cuanto al quórum en primera convocatoria, para que sea válida la asamblea en cuanto a la forma, y no se condiciona su procedencia a que se haga el depósito de las acciones ante notario, dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea; mientras que la acción de oposición a la ejecución de los acuerdos de asamblea no tiene por objeto la nulidad por vicios de forma en la convocatoria o por falta de quórum legal, sino únicamente oponerse a la ejecución de los acuerdos adoptados en la asamblea por contravención a los estatutos sociales o a la ley, de modo que atiende a cuestiones de fondo de los acuerdos, y no a circunstancias previas a la asamblea que pueden incidir en su nulidad. Para el ejercicio de la acción de nulidad de asamblea, no es necesario satisfacer el requisito previsto en la fracción I del artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, porque este último se refiere a la acción de oposición judicial a la ejecución de los acuerdos adoptados en la asamblea, mientras que la acción de nulidad de asamblea general de sociedades de accionistas procede por vicios que surten los supuestos de los artículos 186 y 187 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; en cambio, la acción que contempla el artículo 201 de dicha ley, es la de oposición a la propia asamblea. Por consiguiente, en la acción de nulidad de asamblea, el accionista no tiene que depositar los títulos de sus acciones ante notario público o en una institución de crédito, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se clausuró la asamblea, en términos del artículo 201 multirreferido, pues este requisito sólo es necesario cuando se ejercita la acción de oposición a los acuerdos adoptados en la asamblea.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

⁸² Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 529.

Amparo directo 1083/97. Arquimides Contreras Cruz. 16 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: VII, Enero de 1991; Página: 147; Tesis Aislada; Materia Civil.

ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. QUIENES PUEDEN EJERCITAR CONTRA ELLA LA ACCION DE OPOSICION O LA DE NULIDAD.

Si bien la acción de oposición establecida por el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, puede ser ejercitada por los accionistas que representan determinado porcentaje del capital social dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea, esta acción no guarda identidad con la acción de nulidad ejercitada por los accionistas individualmente, cuando se ven afectados en los derechos especiales que les confiere la citada ley; lo anterior en virtud de que esta última acción no está circunscrita dentro de ese numeral, toda vez que la acción de oposición se confirió a determinado número de accionistas que representen cierto porcentaje del capital social, en contra de acuerdos de la asamblea general de accionistas tomados en contravención a un precepto legal o alguna cláusula del contrato social, y la acción de nulidad es potestad de los accionistas, considerados individualmente, ejercitarla en contra de los acuerdos tomados por dicha asamblea en contravención de los derechos especiales que les confiere la ley y puede ser ejercitada por cualquiera de ellos de conformidad con las reglas que sobre los actos jurídicos nulos regula el Código Civil aplicable, por lo cual se infiere que esta última acción no está sujeta al plazo de caducidad establecido por el numeral invocado, por ende, si se ejercitó la acción de nulidad argumentándose la violación al derecho de preferencia que poseen los socios de suscribir las nuevas acciones en caso de aumento de capital social, establecido por el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, al ser éste un derecho especial que dicha ley les confiere, no puede ser desconocido por dicha asamblea, ya que un acuerdo de este tipo contravendría una disposición de orden público, por lo tanto dicha acción no está sujeta al procedimiento que establece el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sino que está regulada por el derecho común aplicable con respecto a los actos nulos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 94/90. María Eugenia Velderráin Jordán y otros. 18 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Reza Saldaña. Secretario: Alejandro Rodríguez Escobar.

XI. PERSONAS LEGITIMADAS PARA LA IMPUGNACIÓN

A. SUJETO ACTIVO DE LA IMPUGNACIÓN

Examinaré la legitimación activa de acuerdo con la legislación mexicana y su doctrina y posteriormente el derecho comparado.

Desde luego, nadie discute el derecho de los socios para impugnar las resoluciones que se tomaron en violación de las disposiciones legales o estatutarias. En principio el socio considera como imprescindible someterse a la voluntad de la mayoría; cuando las disposiciones se violan el socio readquiere la facultad individual para exigir que se respeten las normas legales o estatutarias, la forma para exigir dicho respeto es la de oposición a las deliberaciones.

El problema se presenta cuando se trata de establecer quiénes de los accionistas tienen el derecho para la impugnación y otro problema es tratar de distinguir que el régimen jurídico de las acciones de nulidad e impugnabilidad es completamente distinto.

Respecto a la acción de nulidad, la legitimación activa se hará valer en la vía civil y se regirá según tales normas, de acuerdo con el artículo 2224 CCF le corresponde a cualquier interesado, no solo a los socios, sino también a los administradores, a los comisarios y a los terceros en general, como lo mencione anteriormente.

El jurista RODRIGUEZ citando a su vez al italiano DONATI establece que en la acción de nulidad, el interés para obrar está determinado por: *"el simple hecho de la apariencia o existencia de un negocio nulo y en particular de una deliberación nula a favor de quien por efecto de tal apariencia puede resentir un daño"*.⁸³

⁸³ Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 540.

Cuando la acción de nulidad la ejerce una minoría protegida por el artículo 185 LGSM deja de ser acción individual para convertirse en acción de grupo. La legitimación corresponderá a quien se ostente debidamente como representante del mismo.

Ahora, con relación a la acción de impugnación solamente el artículo 201 LGSM atribuye legitimación activa al 33% del capital social. Además, el mismo artículo sólo se refiere a las asambleas generales, no a las especiales, la razón es que los acuerdos de éstas han de llevarse y considerarse en una asamblea general posterior, la que sería objeto de la impugnación.

Por otra parte, se entiende que debe de tratarse de socios; quienes tendrán que acreditar la calidad correspondiente mediante la exhibición de los títulos valores y de acuerdo con el artículo 205 LGSM, que dispone:

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

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

Ahora bien, las acciones que se incluyen dentro del capital social son las acciones de voto limitado, pero no representan al capital social las de trabajo, las de goce, éstas en realidad no son acciones porque no son parte integrante del capital social, y desde luego, las de tesorería.⁸⁴

Aunque se trate de acciones de voto limitado las mismas también tienen derecho a impugnar acuerdos que les perjudiquen siempre que acrediten el capital que la ley exige (art. 113 LGSM).

⁸⁴ Cfr. Barrera Graf, *op. cit.*, p. 566.

La minoría que quiera ejercer esta acción ha de estar formada por accionistas, además de que los mismos tendrán que acreditar la calidad de tales en la forma que lo establece el artículo 205 LGSM, y de acuerdo con el artículo 201 que los mismos no hayan asistido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución.

Por otro lado, el socio que haya votado a favor de la deliberación, no podrá impugnarla después, en razón del principio que ninguno puede obrar en contra de su propio hecho, sin embargo, se aplicará la excepción cuando se trate de la acción de nulidad. El mercantilista VÁSQUEZ DEL MERCADO sostiene que el accionista puede ejercitar la acción de nulidad, cuando esté fundada en una causa de orden público. Se considera causa de orden público: la falta de lista de asistencia, falta de quórum o mayoría, infracción de las prescripciones imperativas de las leyes en vigor.⁸⁵

Ahora bien, se presenta el problema cuando se trata de determinar si el accionista que adquiere esta calidad después de la deliberación pueda impugnarla. Autores como VASELLI reconocen: *“no hay duda, por lo que concierne a las deliberaciones nulas, porque si puede obrar cualquiera que tenga interés, con mayor razón podrá impugnar la deliberación quien adquiere la calidad de socio después de que se tomó el acuerdo”*.⁸⁶ Sin embargo, para las deliberaciones anulables hay opiniones encontradas, yo adopto en esta ocasión la posición del maestro VÁSQUEZ DEL MERCADO al conceder al accionista que adquiere el título posteriormente a la celebración de la asamblea, argumentando que cuando se transmite la acción se transmite el derecho de impugnación, es decir, el derecho se concede no en interés individual del socio, sino en interés social, por lo que si una deliberación viola las normas estatutarias o legales puede impugnarse por el accionista, aún habiendo adquirido la acción con posterioridad a la deliberación.

El autor continúa explicando:

⁸⁵ Cfr. Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 244-245.

⁸⁶ Aut. Cit. por Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 245.

"... el derecho de impugnación es un derecho que deriva de la calidad del socio, inherente a la titularidad de una cuota del patrimonio social...En conclusión, cuando el accionista cedente haya votado en contra de la deliberación o no haya participado en la asamblea, el derecho de oposición corresponde también al accionista que adquiere las acciones después de la deliberación".⁸⁷

Por último, para referirme a las legislaciones española y argentina cabe mencionar que hay algunas diferencias con respecto a nuestra legislación; en la ley española se distingue entre acuerdos nulos y anulables pero en ambos se permite que se impugnen los acuerdos sociales no sólo a los accionistas sino a los administradores, en la LGSM esto no está permitido, la acción de impugnación es exclusiva de los socios y la explicación que no se encuentra en la exposición de motivos de la LGSM, por lo que tal vez consiste en que permitir a los comisarios o administradores ejercer la acción establecida en el artículo 201, implica también reconocerles el derecho a la suspensión de los acuerdos sociales; lo que es inadmisibles ya que ante el supuesto de administradores fraudulentos o comisarios deshonestos se dejaría al capricho o antojo de dichas personas la operación de la sociedad con el riesgo de que pudieran ocasionar grandes daños y perjuicios a la sociedad por una mala administración.

Por lo que se refiere a la legislación argentina, las diferencias son aún mayores ya que se permite que aquellos que votaron a favor de la resolución, podrían impugnarla posteriormente si su voto es anulable por un vicio de voluntad (error, dolo, violencia).

Definitivamente no comparto lo establecido por la legislación argentina, por lo que se refiere a la acción de oposición no así a la acción de nulidad, en virtud del principio de que nadie puede alegar su propia torpeza, por otro lado, en la ley argentina se les permite impugnar los acuerdos a los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y la autoridad de contralor, situación que no se permite en la legislación mexicana.

Son aplicables las siguientes tesis jurisprudenciales:

⁸⁷ Vázquez del Mercado, *op. cit.*, p. 247.

Quinta Época; Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: CXII; Página: 1162; Tesis aislada; Materia(s): Civil.

SOCIEDADES MERCANTILES, IMPUGNACION DE LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS DE LAS.

El resolver si una asamblea estuvo o no bien convocada, es cosa que sólo puede hacerse a petición legítima de los accionistas, en los términos de los artículos 184, 185, 201, 205 y relativos de la Ley General de Sociedades Mercantiles: de manera que quien no es accionista, no tiene derecho alguno para impugnar la convocatoria a la asamblea respectiva.

Amparo civil directo 5881/51. Pérez Rosendo. 12 de mayo de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Agustín Mercado Alarcón. Relator: Rafael Rojina Villegas.

Séptima Época; Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: 133-138 Cuarta Parte; Página: 9; Genealogía: Informe 1980, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 2, página 3; Tesis aislada; Materia(s): Civil.

ACCIONES DE SOCIEDAD ANONIMA. CADA SOCIO SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA DEMANDAR JUDICIALMENTE LA EMISION NO SOLO DE LAS QUE EN LO PARTICULAR LE PERTENECEN, SINO DE TODAS LAS QUE INDEBIDAMENTE NO HAYAN SIDO EMITIDAS.

El artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, expone: "La asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta, y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración". Por tanto, es en la asamblea general de accionistas donde cada socio puede intervenir, ejercitando los derechos que le dan sus acciones, en la formación de la voluntad colectiva que decide el destino y marcha de la propia sociedad, y como del artículo 188 de la propia ley, que expresa: "Toda resolución de la asamblea tomada con infracción de lo que disponen los dos artículos anteriores (se refieren a los requisitos de la convocatoria para la celebración de las asambleas generales), será nula, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones", se desprende el interés que cada socio tiene en que se lleven a cabo las asambleas; lo que no sería posible sin la expedición de todas las acciones. De donde resulta justificable el interés y legitimación que cada socio tiene para demandar en la vía judicial la emisión de las acciones cuya emisión se halle indebidamente pendiente, no sólo de las que en particular le pertenecen.

Amparo directo 766/77. Antonio Hemsani Chamah. 7 de mayo de 1980. Cinco votos. Ponente: J. Alfonso Abitia Arzapalo. Secretario: Pedro Elías Soto Lara.

B. IMPUGNACIÓN POR EL ADMINISTRADOR

En este tema la doctrina está muy dividida, por una parte hay autores como el jurista VÁSQUEZ DEL MERCADO que consideran que el derecho de impugnación no sólo les corresponde a los socios sino también a cualquier persona que tenga interés en la buena marcha de la sociedad, es indudable que los administradores así como los terceros tienen relaciones jurídicas con la sociedad, por lo que se consideran con derecho para impugnar una deliberación que sea contraria a la ley o a los estatutos. Este derecho lo limitan al caso de nulidad, quedando, por lo tanto, excluida la posibilidad de impugnación por parte de los administradores y terceros, cuando se trate de anulabilidad.

El multicitado mercantilista VÁSQUEZ DEL MERCADO dice que el fundamento para que los administradores se opongan a las deliberaciones, radica, según varios autores, en la obligación que tiene el órgano de la sociedad de obrar exclusivamente a favor del ente y de vigilar que las actividades de la persona se ajusten a las normas legales y estatutarias.⁸⁸

El maestro RODRÍGUEZ, no profundiza en el tema, sin embargo, hace suya la opinión de DONATI citándolo y estableciendo que los administradores deben tener el derecho para impugnar las deliberaciones al decir:

*“... resulta contradictorio con la estructura general de esta acción el que se niegue la posibilidad de su ejercicio a los administradores o comisarios, cuando ellos tienen un interés marcadísimo en el mantenimiento del orden jurídico legal y estatutario”.*⁸⁹

En este orden de ideas, la posición del derecho español es darle legitimación activa a los administradores, ya que éstos actúan en defensa de los intereses de la sociedad.

⁸⁸ Cfr. Vázquez del Mercado, *op. cit.*, p. 247; SILVETTI-CAVALLI citado por Vázquez del Mercado dice que algunos autores han excluido del derecho de impugnación a los administradores y comisarios individualmente considerados, pero no cuando la acción la ejercitan conjuntamente.

⁸⁹ Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 541.

Sin embargo, el italiano DONATI que ha sido mi fundamento en gran parte del presente estudio sostiene la tesis contraria, es decir, que el administrador, como órgano de la sociedad, no puede obrar en contra de la persona jurídica de la cual forma parte. Aunado a lo anterior, la LGSM no atribuye este derecho a los administradores y sólo reconoce ese derecho expresamente a los socios.

Los contrarios replican a DONATI diciendo que la disposición legal italiana donde no se les concede a los administradores derecho para oponerse a las resoluciones, carece actualmente de fundamento por la abrogación del Código de Comercio Italiano; sin embargo, el nuevo Código Civil Italiano reconoce ese derecho a los administradores *“cuando establece que son responsables si, conociendo los actos perjudiciales a la sociedad, no hacen cuanto esté de su parte para impedir se consumen o bien eliminar, o cuando menos atenuar sus consecuencias”*.⁹⁰

Sin embargo, el derecho mexicano concuerda con lo que dice el jurista DONATI, ya que efectivamente la LGSM concede el derecho de oposición única y exclusivamente a los socios. Conforme a ley de Sociedades el administrador no tiene derecho para oponerse a las resoluciones de la asamblea y además según el artículo 158 fracción IV LGSM es responsable del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas. El artículo 159 de la mencionada ley, releva de la obligación de cumplir los acuerdos de la asamblea a los administradores que manifiestan su inconformidad en el momento mismo de la deliberación y votación en el acto mismo de que se trate. La disposición pone de manifiesto que las resoluciones no son en su totalidad imperativas, al menos por lo que a su ejecución respecta, para los administradores, y que éstos puedan negarse a cumplirlas sin incurrir en responsabilidad.

Se concluye que el hecho de que los administradores puedan rehusarse a cumplir con las resoluciones, no quiere decir que se les conceda el derecho para *oponerse a la*

⁹⁰ Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 248.

resolución. Los únicos que tienen derecho para impugnar una resolución son los socios.⁹¹

C. IMPUGNACIÓN POR LOS TERCEROS

Respecto al derecho de oposición por parte de los terceros hay opiniones diversas. Hay autores que afirman que los terceros que tengan un interés en que la deliberación no se ejecute y que consideren que la misma se tomó en fraude de sus derechos y que por ello sufren un perjuicio, pueden atacar de nulidad la resolución.

El fundamento de la oposición de terceros, esta en las disposiciones del derecho común (arts. 2224 y 2226 CCF) las cuales establecen que la acción de nulidad corresponde a cualquier interesado, es decir, cualquiera que tenga un interés para obrar. Esta opinión la sostiene el jurista RODRÍGUEZ al hablar de las diferencias entre acción de nulidad y de oposición.

El maestro VÁSQUEZ DEL MERCADO afirma: *"el derecho de oposición no debe ser atribuido al tercero ya que la Ley de Sociedades en forma precisa determina que sólo podrán oponerse a la resolución los accionistas. Otorgar este derecho a personas que no ostentan tal carácter sería atentatorio para la vida de la sociedad; los terceros intervendrían constantemente en la marcha de la persona moral"*.⁹²

Como fundamento de la aseveración anterior, se debe citar el artículo 205 LGSM, señala que para el ejercicio de las acciones de impugnación se requiere depositar los títulos de las acciones, esto significa que los accionistas son los únicos capacitados para impugnar, toda vez que por lógica son los únicos que poseen acciones.⁹³ Es decir, el artículo 205 de la LGSM establece un presupuesto procesal, de forma tal que los terceros al no tener el carácter de accionistas no podrán hacer el depósito exigido de

⁹¹ Cfr. *Ibidem*, p. 249.

⁹² *Ibidem*, p. 250.

⁹³ *Ibidem*, p. 251.

acciones y por ello no tendrán legitimación alguna en la causa, ni mucho menos en el proceso.

En base a lo anterior, desde mi punto de vista, el derecho de impugnación les corresponde a los terceros siempre y cuando se trate de la acción de nulidad ya que ésta se puede invocar por todo interesado; por otra parte, cuando se trate de la acción de oposición de acuerdo con el artículo 201 LGSM ésta sólo les corresponderá a los socios, ya que atribuir esta acción a terceros sería crear una incertidumbre para la sociedad.

D. OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

La oposición de los acreedores esta regulada en el artículo 9° de la Ley de Sociedades, concede a los acreedores de la sociedad el derecho de oponerse a las resoluciones de la asamblea que tengan por objeto reducir el capital social por reembolso a los socios o por liberación concedida a éstos de realizar exhibiciones pendientes. En la hipótesis que presenta el artículo nos refiere a una oposición especial, diferente a la del artículo 201 de la misma ley, además la oposición puede ser planteada por un solo acreedor y la ejecución del acuerdo de disminución del capital social por ministerio de ley, deberá suspenderse hasta en tanto la sociedad no pague los créditos de los opositores o no los garantice a satisfacción del juez que conozca del asunto, o hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada. En este caso, los opositores no están obligados a constituir fianza para garantizar los daños y perjuicios que la suspensión pudiera causar a la sociedad.

Asimismo, el artículo 224 de la LGSM concede a los acreedores el derecho a oponerse a la fusión.

E. SUJETO PASIVO DE LA IMPUGNACIÓN

Toda la doctrina nacional como extranjera es unánime en que el sujeto pasivo siempre es la sociedad representada por su órgano de administración.

Al respecto, GARCÍA RENDÓN afirma:

"El sujeto pasivo del juicio de nulidad o del de oposición no puede ser la asamblea porque carece de personalidad jurídica y, por consiguiente, de legitimación procesal pasiva; ni aún los accionistas individualmente considerados porque la voluntad de cada uno de ellos no constituye la llamada voluntad social. Por consiguiente, el sujeto pasivo será siempre la sociedad, la cual será representada en juicio por el órgano encargado de hacerlo, o bien por un delegado especial designado al efecto".⁹⁴

La representación de la sociedad demandada en juicio será ejercitada por los administradores a quienes se la hayan conferido los estatutos. Generalmente, en la escritura constitutiva de la sociedad, los estatutos establecen que la representación de la sociedad estará a cargo de un administrador único o del consejo de administración. Aún cuando nada se estableciese en los estatutos, por disposición de la ley 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 (Art. 10 LGSM).

En el caso de que el Consejo de Administración sea quien demande la nulidad o si sus integrantes, como minoría representativa del 33% del capital, piden la impugnación de los acuerdos de una asamblea, es lógico que aquí no pueda actuar en representación de la sociedad demandada. En este caso es aplicable el artículo 155, fracción II, párrafo segundo LGSM, que dispone que los comisarios designaran con carácter provisional administradores cuando faltaren por muerte, impedimento u otra causa. Se designará un representante especial y únicamente autorizado para la tramitación del proceso.⁹⁵

⁹⁴ García Rendón, *op. cit.*, p. 402.

⁹⁵ Cfr. Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 541-542.

La ley española establece que cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la Junta no tuviera a nadie designado para tal efecto, el Juez nombrará la persona que ha de representar a la sociedad en el proceso, elegida entre los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado. También los accionistas que hayan votado a favor del acuerdo, podrán intervenir en el proceso para defender su validez, pero siempre a su costa.

Es aplicable el siguiente criterio jurisprudencial:

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: III, Junio de 1996; Tesis: I.5o.C.43 C; Página: 788; Tesis Aislada; Materia (s): Civil.

ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. CONVOCATORIA. LEGITIMACION PASIVA DEL ORGANO DE ADMINISTRACION O DE VIGILANCIA DE LA SOCIEDAD.

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 183 y 184 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a quien debe demandarse para que se convoque a asamblea general de accionistas de una sociedad, es a la propia empresa, por conducto de su administrador o administradores o bien, a través de sus comisarios, esto es, por conducto del órgano de administración, o por el de vigilancia. En tal virtud, es inconcuso que la petición judicial para convocar a asamblea general de accionistas de la sociedad demandada no debió formularse en contra del presidente del consejo de administración de la misma, sino en contra de la citada sociedad, por conducto de su administrador, de su consejo de administración o de sus comisarios, por ser estos órganos quienes están legitimados pasivamente en el juicio especial mercantil que se instaura para que el Juez convoque a asamblea general de accionistas, salvo disposición estatutaria diversa.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2115/96. Antonio Obregón Barrena. 25 de abril de 1996. Mayoría de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Disidente: José Nabor González Ruiz. Secretario: Walter Arellano Hobelsberger.

XII. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Se debe de distinguir si se trata de acción de nulidad o de impugnación. En cuanto a la primera no se ha fijado plazo, pues se regula por las disposiciones del Código Civil, que establece la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad (Art. 2226 CCF).

En cambio, la acción de impugnación en el artículo 201 de la multicitada ley, señala un plazo muy breve para el ejercicio de la acción de impugnación, al exigir que deba presentarse la demanda correspondiente dentro de los quince días siguientes a la fecha de clausura de la asamblea.

En cuanto a la naturaleza del término establecido para el ejercicio de la acción, está muy claro que se trata de un plazo de caducidad, y no de prescripción:

“... ya que no se trata aquí de un castigo a la inercia del titular del derecho durante cierto tiempo, sino de una limitación temporal para el ejercicio de un derecho, establecida por razones de conveniencia para un interés superior.”⁹⁶

Ahora bien, en cuanto a cómo deben contarse los días, las opiniones de la doctrina son contradictorias, hay autores que opinan que los días son naturales y otros que consideran que son hábiles, desde mi punto de vista, los días son hábiles ya que es un plazo procesal.

Por otro lado, en la ley argentina el plazo para promover la acción es dentro de los tres meses a la fecha de la asamblea; y en España el plazo es de cuarenta días, a partir de la fecha del acuerdo. Si el acuerdo fuera objeto de inscripción en el Registro, la impugnación podrá realizarse dentro del mes siguiente a la fecha en que la inscripción tenga lugar.

Considero que los plazos de las legislaciones extranjeras son aceptables, sin embargo, la ley mexicana estableció un plazo muy breve de tan solo quince días, que se contarán a partir del siguiente de la fecha de la clausura de la asamblea; el problema se suscita

⁹⁶ Martorell, *op. cit.*, p. 297.

cuando el impugnador no supo de la fecha de clausura de la asamblea, ya sea porque no hubo convocatoria para la misma, o se hizo de forma irregular, y por ello a la asamblea no acudió el opositor; en cuyo caso pienso que el plazo de 15 días a que se refiere el artículo 201 LGSM deberá computarse a partir de que se tuvo conocimiento de la asamblea; pues de otra forma se haría nugatorio el derecho del opositor.

XIII. COMPETENCIA

Para el ejercicio de cualquiera de las dos acciones la competencia es del Juez del domicilio de la sociedad, común o federal, ya que se trata de un caso de competencia concurrente.

Ahora bien, ante ese mismo Juez deben acumularse cuantas acciones de nulidad o de impugnación se hayan planteado, para ser resueltas en una misma sentencia, y evitar que exista contradicción en las resoluciones.

En este capítulo se concluyeron entre otras cosas, la naturaleza jurídica de la impugnación de los acuerdos sociales coincidiendo con el maestro Rodríguez Rodríguez al afirmar que son negocios jurídicos-complejos de carácter unilateral en *strictu sensu*, estando de acuerdo en el sentido que la acción de impugnación es una acción social ya que obra en beneficio de los intereses de la sociedad.

Se concluye que el artículo 201 LGSM establece la oposición judicial de los acuerdos sociales, el cual tiene su origen en la legislación italiana, en el que se establece una acción de minoría calificada sin reglamentar la acción de nulidad (art. 188 LGSM), por lo esta de acuerdo en que ambas acciones tienen la misma finalidad, es decir, no afectar derechos de tercero, siendo lógico que cuando no se tiene la minoría calificada el accionista gozará de la acción de nulidad general absoluta.

CAPÍTULO CUARTO

SUSPENSIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES IMPUGNADOS EN LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN JUDICIAL O EN LA ACCIÓN DE NULIDAD

I. MEDIDAS PRECAUTORIAS

A. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSPENSIÓN

La suspensión de acuerdos sociales es una materia especialmente compleja y delicada, se trata de una medida que por su propia naturaleza es excepcional y que el legislador ha querido cuidar en los supuestos en que es posible y, en todo caso, mantener el carácter restrictivo de la misma.

Estas medidas cautelares establecidas por el legislador son razonables ya que debe primar el principio de la presunción de validez del acuerdo en aras a la estabilidad y el correcto funcionamiento de la sociedad que haya adoptado dicho acuerdo.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de los acuerdos impugnados, es acorde la doctrina en calificarla como medida cautelar, cuya finalidad es evitar los perjuicios que derivarían de la ejecución de aquéllos acuerdos respecto de los cuales es previsible su declaración de invalidez.

El derecho argentino la define como una medida cautelar específica prevista por el legislador para impedir la ejecución de las decisiones assemblearias contrarias a la ley, al

estatuto o reglamento, con lo cual se produciría la frustración de los derechos de quienes impugnan ese acuerdo, malográndose la eficacia del fallo a dictar en oportunidad de decidir sobre la acción de nulidad.⁹⁷

En cuanto al derecho mexicano, el multicitado RODRIGUEZ RODRIGUEZ afirma que la medida regulada en el artículo 202 LGSM encaja de plano en el concepto de cautelar, preventiva y precautoria. Desde luego, se trata de una medida cautelar, que no es de las enumeradas en el artículo 1168 del Código de Comercio Mexicano; sin embargo, al artículo 202 LGSM le será aplicable el artículo 1170 que dispone:

"Las providencias precautorias establecidas por este Código podrán decretarse, tanto como actos prejudiciales, como después de iniciado el juicio respectivo; en este segundo caso la providencia se sustanciará en incidente por cuerda separada, y conocerá de ella el juez o tribunal que al ser presentada la solicitud esté conociendo del negocio".

Siguiendo al español DE LA PLAZA, dice que los procedimientos cautelares se caracterizan por ser de carácter instrumental, es decir, que facilitan los medios para alcanzar los fines que pretendemos en otro proceso ulterior de diversa naturaleza con el que guardan una relación de medio a fin; tiene una naturaleza precaria y provisional, en el sentido de que se establece una situación de hecho y de derecho transitorio, en tanto que se resuelve el juicio sobre el valor de la resolución impugnada y por último se trata de un verdadero proceso *jurisdiccional* en cuanto la tutela jurídica, y se ejercita conforme a normas preestablecidas. Afirma también que este proceso no es solamente de carácter cautelar, sino conservatorio en cuanto persigue el mantenimiento de un estado de hecho.⁹⁸

Por otra parte, no hay perjuicio alguno, ya que la fianza que debe otorgar la persona que pida la suspensión, pone a salvo a la sociedad de cualquier intervención y de todo posible daño futuro.

⁹⁷ Cfr. Nissen, *op. cit.*, p. 164.

⁹⁸ Cfr. Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 544.

La causa de la demanda debe ser la existencia de una resolución atacable, por nulidad o por impugnación, cuya ejecución ocasionaría un daño a la sociedad. Evidentemente no se trata de un control de legalidad o de fondo, sino de la simple apariencia de un daño, ligado a la ejecución del acuerdo atacado.

El español DE LA PLAZA dice que hay que tomar en cuenta:

“... con las medidas provisionales propiamente dichas nos proponemos, ante una necesidad efectiva y actual, alejar el temor de un daño, y para ello, basta considerar, así la posibilidad de que se produzca, punto en el cual el juez ha de proceder sin otra guía que las apariencias, diestramente ponderadas y mediante un examen ordinariamente superficial (sumaria cognitio) de los presupuestos de la acción”.⁹⁹

Por lo tanto, se deduce que no cabe suspensión del acto reclamado, sino en la medida en que no haya sido ejecutado. Esto es precisamente el objeto de la acción: suspender la resolución del acuerdo atacado, aparentemente perjudicial; mantener el *status quo* jurídico y de hecho, esto es, una vez concedida la suspensión a que se refiere el artículo 202 de la LGSM sus efectos jurídicos a su vez no pueden “suspenderse” mediante el juicio de amparo, en virtud de que esta última suspensión también es una medida precautoria por lo que jurídicamente no es posible conceder una medida precautoria en contra de otra.

Para DE LA PLAZA los procesos preventivos o cautelares se caracterizan porque tienden a asegurar las consecuencias de un proceso de conocimiento o de ejecución mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho o a prevenir las repercusiones posiblemente perjudiciales de la demora en el pronunciamiento de la resolución.¹⁰⁰

B. LA SUSPENSIÓN Y SU EFECTO INTERRUPTIVO DE LA CADUCIDAD DE INSTANCIA DEL JUICIO DE IMPUGNACIÓN

⁹⁹ Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 543.

¹⁰⁰ Cfr. *Idem*.

Hay opiniones encontradas respecto a este punto, es decir, hay autores como VÍTOLO¹⁰¹ que consideran que las medidas precautorias son accesorias de una acción de fondo, sin que pueda afirmarse que pueda correr su propia suerte, aunque prospere la demanda principal. La accesoriedad, a juicio de este autor, consiste en la imposibilidad de solicitar la suspensión sin haber solicitado la nulidad, que sería la acción principal.

Sin embargo, otros como el argentino NISSEN¹⁰² afirman que la medida precautoria sí interrumpe la caducidad de instancia, y que la actividad tendiente a obtener la sentencia cautelar constituye suficiente justificación en la paralización del juicio principal. Lo que realmente se debe evitar es el conocimiento por parte de los órganos de la sociedad de la promoción de una demanda impugnatoria de un acuerdo social, y la tramitación por expediente separado de la medida cautelar no cumple tal finalidad.

Desde mi punto de vista, considero que la suspensión no interrumpe la caducidad de la instancia del juicio de impugnación de los acuerdos sociales, acepto que la suspensión es un acto prejudicial y que por lo tanto, se puede presentar antes de la demanda de impugnación, pero lo anterior, no significa que interrumpa la caducidad para la impugnación de los acuerdos asamblearios, ya que si aceptamos tal aseveración se llegaría al absurdo de admitir que las medidas precautorias tienen los mismos efectos que la presentación de la demanda, o sea, interrumpir la prescripción y señalar el principio de la instancia, lo cual atentaría en contra de los principios rectores del proceso, pues las medidas precautorias son accesorias a la acción principal; y por ello darle los efectos antes indicados implicaría equipararla a la acción principal.

II. PRESUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN

¹⁰¹ Cfr. Aut. Cit. por Nissen, *op. cit.*, p. 166.

¹⁰² Cfr. Nissen, *op. cit.*, p. 168-170.

En cuanto al tribunal competente no existe ninguna duda, al ser una medida accesorio, el dictado de ésta resulta ser de competencia del juez que interviene en el proceso donde se ventila el derecho sustancial controvertido.

Ahora bien, el autor NISSEN considera “... al ser una medida cautelar innovativa no afecta la libre disponibilidad de bienes, ni tampoco tiende a que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis, como sucede con la medida de no innovar, sino que aquélla va más lejos, ordenando que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente. Por ello, los presupuestos requeridos para su dictado son los propios de todas las medidas cautelares: verosimilitud del derecho, peligro en la demora, contracautela e irreparabilidad del perjuicio”.¹⁰³ Sin embargo, DE LA PLAZA citado por el maestro RODRÍGUEZ indica que se trata de una medida conservatoria, yo adopto la posición de éste último autor mexicano.

Evidentemente no puede existir la acción principal, ni mucho menos concederse la medida precautoria solicitada sino se cumplen por lo menos los requisitos o presupuestos siguientes:

A. Existencia de una asamblea cuyos acuerdos tomados en ella serán la materia de la impugnación. Aunque la ley no refiere nada sobre la forma en que se cumple con este requisito procesalmente, pienso que debe exhibirse por lo menos una copia certificada del instrumento que se haya protocolizado ante Notario Público; y si no es así indicar los elementos esenciales de la asamblea; los acuerdos tomados, fecha de su celebración, personas que intervinieron y si se ha inscrito o no en el libro de asambleas.

B. Debe presentarse la solicitud de medidas precautorias en el término de 15 días a que se refiere el artículo 201 de la LGSM, hacerlo fuera de ese plazo implica la preclusión del derecho y el desechamiento de la solicitud por notoriamente extemporáneo.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 171.

C. Debe presentarse la solicitud por la parte legitimada, el accionista deberá acreditar su calidad y la posesión calificada del porcentaje de acciones a que se refiere el artículo 205 de la LGSM exhibiendo al efecto la constancia del depósito de acciones ante Notario Público o Institución de Crédito; al respecto considero que el depósito de acciones ante corredor público también reúne el requisito establecido por el artículo 205 de la LGSM ya que dichos fedatarios son especialistas en actos de comercio.

D. Debe enderezarse la solicitud en contra de la sociedad representada por su órgano de administración.

E. Deben darse al Juez elementos relativos a la marcha de la sociedad tales como estados financieros y balances; para el efecto de que dicho funcionario cuente con elementos precisos o al menos aproximados para fijar el importe de la fianza o caución que se otorgará para garantizar los daños y perjuicios.

III. CARACTERES DE LA SUSPENSIÓN

El español RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA¹⁰⁴ establece las características de la suspensión:

A. INSTRUMENTALIDAD

La suspensión de ejecución de acuerdos impugnados, no es un fin en sí misma, es una medida accesoria que no es apta para satisfacer el derecho del actor, sino que presupone la existencia de un proceso principal ya pendiente o que debe iniciarse en un período de tiempo más o menos breve, que será el que determine la satisfacción definitiva de las pretensiones del demandante.

¹⁰⁴ Cfr. Rodríguez Ruiz de Villa, *op. cit.*, p. 258-259.

De lo dicho resulta, a mi entender, que como nota distintiva de la suspensión de acuerdos sociales, respecto del resto de medidas cautelares, se puede señalar la de una instrumentalidad pura, en el sentido de que será necesario e imprescindible que se encuentre ya en tramitación un procedimiento de impugnación, con la correspondiente presentación y admisión a trámite de la demanda impugnatoria.

Aún más importante, es determinar que el Juez del conocimiento puede condicionar la notificación del acuerdo o resolución que concede la suspensión a que se haga en el mismo momento que se emplace al demandado en el juicio principal; y con ello asegurarse de que el actor agote el procedimiento principal.

B. TEMPORALIDAD

Esta característica implica que la suspensión dura hasta la conclusión definitiva por sentencia firme, con la correspondiente inscripción registral si fuese estimatoria y el acuerdo impugnado y suspendido estuviese también inscrito del procedimiento de impugnación, así como puede ser modificada o cancelada durante dicho procedimiento.

C. HOMOGENEIDAD

La suspensión produce algunos efectos idénticos a los de la sentencia que, en su momento, recaerá en el juicio de impugnación, si aquella fuese estimatoria de las pretensiones del actor, pero no todos.

En este sentido debe distinguirse entre la ejecución provisional de las sentencias y la suspensión de los acuerdos impugnados, ya que la primera es consecuencia de un título ejecutivo (la sentencia definitiva), en tanto que la segunda es consecuencia de la simple apariencia de buen derecho del de impugnación que, supuestamente, asiste al actor.

Por último, la medida cautelar se caracteriza por ser de ejecutabilidad inmediata, y los recursos contra la sentencia que la admite son concedidos al solo efecto devolutivo, y aún más, en contra de la resolución que concede la suspensión no podrá otorgarse la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo; pues no puede otorgarse una medida cautelar en contra de otra, tal y como se dijo con anterioridad.

D. JURISDICCIONALIDAD

Ello es consecuencia de la jurisdiccionalidad general de la impugnación de acuerdos sociales a la que antes me he referido al estudiar la posibilidad de admisión del arbitraje en esta materia.

La jurisdiccionalidad supone que solamente el Juez, podrá decidir la adopción de estas medidas suspensivas. Es éste un carácter diferenciador entre la suspensión de la ejecución de los acuerdos y la suspensión de la inscripción de tales acuerdos en el Registro Mercantil con el fin de evitar daños a terceros.

IV. REQUISITOS DE LA SUSPENSIÓN

El español RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y el argentino NISSEN RICARDO, establecen los requisitos de fondo para que se acuerde la suspensión de acuerdos son, a la vez, presupuesto y consecuencia lógica de los caracteres antes mencionados. Estos requisitos aclaro tienen coincidencia y pueden aplicarse en la especie por analogía a los establecidos para que en materia de amparo se conceda la suspensión provisional del acto reclamado; y los requisitos son los siguientes:

A. APARIENCIA DE DERECHO

Este requisito es conocido por la doctrina procesalista como "*fumus bonis iuris*", lo que traducido significa "humo de buen derecho". Con él que se predica que quien solicita la medida cautelar debe acreditar en forma sumaria que *prima facie* le asiste la razón.

Para el jurista NISSEN, la verosimilitud del derecho debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista, y no como una incontrastable realidad, que sólo se logrará al agotarse el trámite de la acción de fondo.

En este orden de ideas, la verosimilitud del derecho supone la obligación, para el peticionario de la medida cautelar, de acreditar el derecho que le asiste, arrimando los elementos idóneos para producir convicción en el ánimo del juzgador sobre la apariencia de aquél, teniendo siempre presente que el tribunal no valora, al proveer esa medida, el fondo de las cosas, sino tan sólo su aparente credibilidad. En el caso que nos ocupa, que tratar de obtener la suspensión, la presentación del acta de asamblea es quizá la prueba fundamental, pues si de ella surge la existencia de una nulidad manifiesta, el cumplimiento de ese requisito debe tenérselo por acreditado.¹⁰⁵

En el derecho español, la materia de suspensión de acuerdos se considera como apariencia de buen derecho el que sea un mínimo de accionistas, que sumen el cinco por ciento del capital social, el que solicite la suspensión, obviamente que el requisito del porcentaje no quiere decir de ninguna manera que el Juez vaya acordar la suspensión, ya que deberá analizar la prosperabilidad de la demanda.¹⁰⁶

Así pues, no hay una suspensión automática que se debe conceder cumplido el mero requisito porcentual de legitimación.

¹⁰⁵ Cfr. Nissen, *op. cit.*, p. 173.

¹⁰⁶ Cfr. Rodríguez Ruiz de Villa, *op. cit.*, p. 260-261.

B. PELIGRO DE RETARDO

También conocido como “peligro en la demora” o *periculum in mora*, tiende a evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte impidan o hagan más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido, o en cuya virtud el daño temido se transforme en daño efectivo.¹⁰⁷

Este es un requisito que aparece generalmente en la totalidad de las medidas judiciales cautelares. El peligro de retardo, según RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA “*permitirá al Juez decretar la suspensión del acuerdo impugnado antes de la comparecencia previa, a través de un procedimiento incidental*”.¹⁰⁸

La jurisprudencia argentina, ha resuelto que no resulta suficiente la falta de confiabilidad que la resolución asamblearia pueda causar a terceros respecto de la sociedad, ni la inquietud, preocupación o temor del accionista sobre las consecuencias de la ejecución del acto asambleario, sino que lo efectivamente requerido por la ley es la invocación de hechos concretos que justifiquen ese peligro.¹⁰⁹

Estoy conforme con esa posición doctrinal, ya que lo contrario implicaría desnaturalizar la finalidad básica de toda suspensión, que no es otra cosa, que la de evitar la causación de perjuicios que se derivarían de la ejecución del acto o acuerdo suspendido.

C. PENDENCIA DEL PROCESO

Ya se ha visto, que la suspensión de acuerdos sociales, sólo podrá acordarse o condicionarse a la presentación de la demanda principal por lo que aunque es posible solicitar la suspensión antes de la presentación de la demanda de impugnación, la

¹⁰⁷ Cfr. Nissen, *op. cit.*, p.174.

¹⁰⁸ Rodríguez Ruiz de Villa, *op. cit.*, p. 262.

¹⁰⁹ Cfr. Nissen, *op. cit.*, p.176.

misma no podrá ejecutarse sin antes haber admitido la demanda principal; esto es para no dar a esta medida precautoria los efectos de una acción principal.

D. QUE NO CAUSE PERJUICIO PARA TERCEROS

Lo que pretende la ley cuando impone la inexistencia de perjuicios para terceros como requisito de admisibilidad de la medida prevista, es que la decisión asamblearia haya sido ejecutada o esté en vías de ejecución, mediante contrataciones con terceros de buena fe, para quienes la eventual nulidad que se decrete les resulte inoponible en cuanto se ha creado para ellos una apariencia eficaz.

Ahora bien, es necesario que los terceros sean de buena fe, pues aunque ello no surja en forma expresa de la ley, resulta implícitamente comprendido cuando con ello se evita que la vinculación de tales terceros con el acto impugnado forme parte de una estrategia concedida a los fines de preconstituir un obstáculo a la suspensión judicial de la asamblea.

Resulta importante destacar que los socios de la sociedad al no tener legitimación en el proceso en el sentido estricto serían “terceros”, y por ello el legislador ha establecido que sus derechos patrimoniales sean garantizados mediante el otorgamiento de la caución que discrecionalmente deberá fijar el juzgador de conformidad con el artículo 202 de la LGSM; por eso es importante que el Juez exija al opositor estados de posición financiera, información contable y los balances que sean necesarios para conocer el estatus corporativo y patrimonial de la sociedad y así poder hacer un cálculo discrecional de los posibles daños y perjuicios que se podrían causar a dicha sociedad y así fijar el importe de la caución.

E. PRESTACIÓN DE CONTRAGARANTIA SUFICIENTE

Conforme a la legislación mexicana no existe el derecho de contragarantía, y así ha sido interpretado por nuestros Tribunales Federales, sin embargo, propongo que se

legisle al respecto, no para que se permita ya que sería una contradicción, sino porque ni el Código de Comercio, ni la Ley General de Sociedades Mercantiles, consideran la contragarantía, por eso es importante que se legisle en relación a que sea una prohibición y no haya lugar a ninguna interpretación, por lo que estoy de acuerdo con el criterio jurisprudencial:

Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: XVII, Junio de 2003; Tesis: 1.6o.C.276 C; Página: 953; Tesis Aislada; Materia (s): Civil.

CONTRAFIANZA. NO ESTÁ PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, PARA EFECTOS DE QUE PROCEDA LA EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS DE ASAMBLEA EMITIDOS POR LA MAYORÍA DE LOS SOCIOS DE UNA PERSONA MORAL, CUANDO EXISTE ACCIÓN DE OPOSICIÓN DE LA MINORÍA.

De una armónica interpretación de los artículos 200, 201 y 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que en su conjunto rigen las acciones de oposición de los acuerdos de asamblea que intente la minoría de accionistas de una persona jurídica, se advierte que sólo los socios que representen el treinta y tres por ciento del capital social gozan del derecho de otorgar garantía para suspender los actos decididos por la asamblea de accionistas, de lo que no se puede inferir la posibilidad de que la mayoría de los accionistas otorguen contrafianza para ejecutar sus acuerdos, no obstante que la sociedad tenga la capacidad económica de resarcir a los minoritarios de los posibles daños y perjuicios que pudieran resentir por la ejecución de aquéllos, si resultara favorable la acción de oposición. Esto se señala, pues al restringir la ley el derecho de exhibir garantía para caucionar la suspensión de los actos demandados a los accionistas minoritarios, implícitamente se prohibió la contrafianza, no obstante que no se señale lo contrario en la ley, pero que de estar presente equivaldría a admitir la existencia de una contradicción en la norma al permitir, por una parte, que se suspendieran los acuerdos de asamblea por la acción de oposición y, por otra, que se ejecutaran al otorgarse la contrafianza. En tal virtud, se concluye que el ordinal 202 citado únicamente pretende salvaguardar el derecho de oposición de la minoría, para que el de la mayoría no se imponga mientras se decide respecto de la legalidad de la resolución de la asamblea general, ni aun bajo la pretensión de otorgar contrafianza para la ejecución de sus acuerdos.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 4416/2002. Las Mañanitas, S.A. de C.V. 22 de noviembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Juan Bracamontes Cuevas. Secretaria: María de los Ángeles Reyes Palacios.

Sin embargo, la legislación española permite la contrafianza, y dice que con ella se asegura que la medida cautelar debe ser doble, asegurando al actor un derecho aún no actuado, y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, si aquel derecho no existiera o no llegara a actualizarse.

Por otro lado, si se aceptará surgiría el problema de determinar la cuantía de la contragarantía, lo cual va a requerir la prudencia del juzgador evitando que la medida cautelar se torne ilusoria y que sólo constituya herramienta de los accionistas solventes, además de que el monto a afianzar no puede superar el monto del capital accionario del accionista impugnante.

Sin embargo, en el derecho mexicano no se admite la contragarantía, teniendo como base el principio de derecho que nos indica, que donde la ley no distingue no hay que distinguir.

F. IRREPARABILIDAD DEL PERJUICIO

En la legislación argentina admiten como requisito la irreparabilidad del perjuicio que consiste en que la situación que se pretende innovar ocasionaría, de subsistir, un daño irreparable al pretensor, no siempre reparado adecuadamente con una indemnización monetaria de allí que la pretensión nulificatoria tienda exclusivamente a obtener la invalidez del acto atacado, sin que interese una indemnización monetaria sustitutiva y posterior, la cual sí podrá ser reclamada en juicio independiente.

V. LEGITIMACIÓN

En el derecho mexicano, la suspensión esta regulada en el artículo 202 de la Ley de Sociedades y la cuestión de quien esta legitimado para obrar, considero que no tiene ningún problema, ya que los mismos que están legitimados para oponerse al acuerdo, son los mismos que están legitimados para pedir la suspensión del acuerdo, de manera que todos los que pueden considerarse como titulares de las acciones de nulidad y de impugnación, tienen también la posibilidad de oponerse a la ejecución de los acuerdos nulos o impugnados.¹¹⁰

El jurista RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA¹¹¹ expone en su obra quien tiene la legitimación para solicitar la suspensión de los acuerdos sociales y concluye basándose en una interpretación sistemática, por un lado, debe tomarse en cuenta el capital suscrito y por otro, están legitimados todos los accionistas y los administradores que reúnan en sí mismos la condición de accionistas para solicitar la suspensión de los acuerdos sociales impugnados.

VI. INTERVENCIÓN DE LA SOCIEDAD DEMANDADA

Nuevamente el jurista español RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA considera que en su legislación no hay disposición en la que haya intervención de la sociedad demandada antes de que se resuelva la suspensión.

Estoy de acuerdo que no hay motivos suficientes para dotar de una mayor intervención a la sociedad demandada cuando la suspensión se acuerde antes de ser emplazado al juicio principal.

VII. CUANDO SE PUEDE ACORDAR LA SUSPENSIÓN

¹¹⁰ Cfr. Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 543.

¹¹¹ Cfr. Rodríguez Ruiz de Villa, *op. cit.*, p. 263-265.

Siguiendo el análisis de la suspensión, ha de mencionarse que la suspensión es a instancia de parte, el Juez no podrá acordarla de oficio. El Juez puede denegar la suspensión, cuando lo considere oportuno.

En el derecho mexicano, como ya se mencionó antes puede ser previa y por separado a la acción principal, ya que para su promoción deben seguirse las reglas de los incidentes de conformidad con los artículos 1349 al 1358 del Código de Comercio.

Sin embargo, la suspensión una vez concedida considero que no puede ni debe ejecutarse sin que antes el opositor no ha incoado el juicio principal; pues hacerlo de otra forma implicaría dar a la suspensión un efecto de acción principal y sus efectos podrían prorrogarse al antojo del opositor pues no existiría una acción principal que le ponga límite a su derecho.

Ahora bien, cuando el Juez decida antes del emplazamiento al juicio principal, la resolución habrá de adoptar la forma de sentencia interlocutoria, ya que la ley exige dicha forma para las resoluciones que decidan cuestiones incidentales.

VIII. PRESTACIÓN DE CAUCIONES

En cuanto al aseguramiento mediante caución o aval de los daños y perjuicios que pudiesen irrogar a la sociedad por causa de la suspensión de la ejecución de los acuerdos sociales impugnados, el jurista RODRIGO URÍA asegura: *“la finalidad de estas garantías, es la de evitar que las suspensiones puedan convertirse en un instrumento peligroso para la buena marcha de las sociedades”*.¹¹²

En cuanto al tipo de caución que se podrá prestar se admiten generalmente avales bancarios, que representan una mayor garantía de cobro y son admitidos de forma unánime por los órganos jurisdiccionales como medio de garantía.

¹¹² Aut. Cit. por Rodríguez Ruiz de Villa, *op. cit.*, p. 275-276.

Por otro lado, se admite por algunos autores españoles, la renuncia por parte de la sociedad demandada a que se obligue a los actores a prestar caución por la suspensión de acuerdos impugnados. Dicha renuncia debe ser clara, expresa y formulada, bien en la comparecencia previa, bien en la contestación incidental anterior a dicha comparecencia.

Sin embargo, el autor RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA afirma que no tiene conocimiento que se le exija a la sociedad demandada caución, pero en su opinión considera oportuno la exigencia de caución suficiente a la sociedad demandada para responder de los daños y perjuicios que pudieran derivarse si se desestimase la suspensión solicitada. Pero la denegación de la suspensión puede justamente basarse en considerar que no se causan perjuicios por la ejecución del acuerdo, luego si no se causan perjuicios no habría razón que motivase la prestación de caución por parte de la sociedad para responder de unos inexistentes daños y perjuicios susceptibles de ser causados.

IX. SUSPENSIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 202 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

A. ANTECEDENTES DEL ARTICULO 202 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

En el derecho mexicano se aplica el artículo 202 de la LGSM para el caso de la suspensión de acuerdos sociales que dispone lo siguiente:

“Artículo 202. La ejecución de las resoluciones impugnadas podrá suspenderse por el juez, siempre que los actores dieren fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad por la inejecución de dichas resoluciones, en caso de que la sentencia declare infundada la oposición”.

Los antecedentes de este precepto se encuentran en el segundo párrafo del artículo 163 del Código de Comercio Italiano que ya he descrito anteriormente, sin embargo, en este último se requiere que los acuerdos sean manifiestamente contrarios a la ley o a los estatutos. Preceptos similares se encuentran en los proyectos italianos y en el Código Italiano de 1942.

En el artículo 247 de la Ley Alemana de Sociedades Anónimas parece reconocerse la posibilidad de esta suspensión, la que por otra parte está perfectamente prevista y regulada en el artículo 935 del Código Procesal Civil Alemán, como medida provisional de seguridad.

En el Código Procesal Civil portugués de 1939 hay una sección dedicada, entre otros procedimientos preventivos y conservadores a la suspensión de las deliberaciones sociales.

A la Ley de Sociedades llegó el precepto italiano por conducto del proyecto mexicano de 1929.

En este orden de ideas, como se observó anteriormente, la suspensión de los acuerdos sociales es una medida precautoria, así que los acuerdos atacados por nulidad o impugnación pueden obtenerse tanto mediante una medida prejudicial como mediante una demanda incidental.

B. REQUISITOS DEL ARTÍCULO 202 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

A) A petición de parte

El jurista VÁSQUEZ DEL MERCADO¹¹³ considera que el primer requisito para que se decrete la suspensión de un acuerdo en la asamblea, es que la parte interesada lo pida, es decir, la suspensión se decretará a petición de parte interesada, el juez no está facultado para ordenar de oficio la suspensión.

B) Garantía

Y el segundo requisito es el otorgamiento de una fianza, -tratado en apartados anteriores-, en este momento verá lo correspondiente al derecho mexicano.

El artículo 202 LGSM determina que el juez podrá suspender la resolución, siempre que los actores dieran fianza.

En este orden de ideas, la interpretación del precepto debe interpretarse en el sentido de que la ley no ha querido darle al juez facultad de suspender una resolución, sin que medie una petición de parte interesada y el correspondiente otorgamiento de una fianza; y aunque la facultad para fijar el importe de la caución es discrecional para el juzgador considero que para concederla debe exigirle al actor por lo menos:

1. Un balance de la sociedad.
2. Estados financieros.
3. Copias certificadas de su acta constitutiva.

En general toda aquella información que posea el impugnador y que indique a cuanto asciende el capital social, activo fijo y pasivos de la sociedad. Esto es para que el Juez haga un análisis previo y prudente relativo al importe de los daños y perjuicios que se puedan ocasionar; pues la medida suspensiva solicitada podría inclusive paralizar la marcha de los negocios de la sociedad.

¹¹³ Cfr. Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 253.

Ahora bien, si el actor no otorga fianza, se entenderá que no desea la suspensión del acuerdo de la asamblea, precisamente porque su ejecución no perjudica ni sus intereses ni los de la sociedad.

La garantía cubrirá los daños y perjuicios que pudiesen causarse a la sociedad por la inejecución de la resolución en caso de que la oposición resultare infundada. La obligación de otorgar fianza, retraerá también a los accionistas que de mala fe impugnen la deliberación; a través de la exigencia de esta garantía se evitará, que la buena marcha de la asamblea se vea entorpecida por maniobras fraudulentas de accionistas cuyos intereses no concuerden con los de la sociedad.

El artículo 202 LGSM no presenta dificultades, es claro y preciso; la ejecución de una deliberación no se suspende si no se otorga fianza para garantizar los posibles daños y perjuicios que causa la suspensión. Si la garantía se otorga, el juez estará obligado a ordenar que la resolución de la asamblea no se lleve a cabo, hasta que la controversia se resuelva.

C) Depósito de títulos

El artículo 205 de la Ley de Sociedades a la letra indica:

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

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

El precepto citado impone la obligación de depositar los títulos de sus acciones a los socios que impugnen una deliberación. El depósito debe hacerse ante Notario Público o en una Institución de Crédito, quienes expedirán el certificado correspondiente para acompañarse a la demanda.

El depósito se exige a fin de garantizar la seriedad de la demanda, toda vez que pudiera darse el caso que los accionistas que inician el juicio respectivo, transmitan con posterioridad los títulos y se desatiendan por completo del proceso iniciado quizá con intenciones malsanas. El juez que conozca de la demanda de impugnación no deberá darle entrada si no se comprueba el depósito, o se exhiben ante él las acciones.

La ley no dice si puede hacerse dicho depósito ante Corredor Público; sin embargo, considero que no hay inconveniente para hacerlo, ya que lo que se persigue es que quede plenamente comprobado que la impugnación se hace precisamente por un socio, único sujeto activo legitimado y que tiene interés jurídico en obtener una sentencia, máxime que el Corredor Público es Fedatario especializado en la materia de comercio, por ello de conformidad con el artículo 6° de la Ley Federal de Correduría Pública, fracción VI, estaría legitimado para recibir en depósito dichas acciones y expedir el título respectivo.

Cabe mencionar, que los socios deberán de acreditar su calidad mediante la exhibición de los títulos, cuestión que ya fue tratada en la legitimación activa.

Considero que no puede hacerse el depósito de acciones ante el mismo juez, ya que dicho funcionario no está facultado para expedir certificados o constancias de depósitos, pues en el "seguro del juzgado" únicamente se guardan documentos fundatorios de acciones; y además porque en tal caso el juez estaría realizando funciones administrativas que no le están concedidas o facultadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

En este orden de ideas, el artículo 205 LGSM establece que los títulos de las acciones se depositarán ante Notario Público o ante una Institución de Crédito, en este caso, se aplica el artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores que dispone lo siguiente:

"Las Instituciones para el depósito de valores expedirán a los depositantes constancias no negociables sobre los valores depositados, las cuales serán complementadas en su caso, con el

listado de titulares de dichos valores que los propios depositantes formulen al efecto, servirá, respectivamente, para:

a. (.)

b. *Legitimar el ejercicio de las acciones a que se refieren los artículos 185 y 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como de cualquier otra acción, inclusive las de carácter procesal en juicio en las que sea necesario exhibir valores en custodia de las instituciones para el depósito de valores. Las constancias deberán referirse expresamente a la cantidad de valores de que se trate. A solicitud judicial o de árbitro designado por las partes, las instituciones para el depósito de valores abrirán cuentas especiales respecto a los valores depositados que sean motivo de litigio e inmovilizará los títulos relativos, no registrando ninguna operación sobre ellos hasta en tanto se les comunique sentencia judicial ejecutoriada o laudo arbitral que ponga fin a la controversia".*

Por otro lado, en el mismo artículo citado en su última parte dispone que las acciones depositadas no se devolverán sino hasta la conclusión del juicio, lo que constituye un grave embarazo para la transmisión de acciones, es decir, equivale a privar a los accionistas demandantes del derecho de ejercitar otros actos que les convengan, como por ejemplo la asistencia a asambleas.

El maestro CERVANTES AHUMADA considera que los depositarios deberán expedir a los depositantes para el ejercicio de sus derechos de socio, tantas constancias del depósito como sean necesarias, con la indicación de la finalidad a que se destine cada constancia.¹¹⁴

Con relación al procedimiento que debe realizarse ante el Notario Público para el depósito de las acciones, considero que de conformidad con el artículo 128 de la Ley del Notariado es a través de una fe de hechos; la cual concluirá con la recepción de las acciones y el instrumento de dicha fe de hechos, lo que constituye a su vez el certificado de depósito a que se refiere el artículo 205 de la LGSM.

¹¹⁴ Cfr. Cervantes Ahumada, *op. cit.*, p. 100.

Así las cosas, el depósito de acciones, se refiere a la acción de impugnación y no así para la acción de nulidad como lo indica la tesis jurisprudencial de la Quinta Época:

Quinta Época; Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: CXXXII; Página: 157; Tesis Aislada; Materia (s): Civil.

SOCIEDADES MERCANTILES, ACCIONES DE NULIDAD Y OPOSICION RESPECTO A RESOLUCIONES DE LAS ASAMBLEAS DE LAS. CASO EN QUE ES NECESARIO EL DEPÓSITO DE ACCIONES.

Los artículos 186 y 187 de la Ley de Sociedades Mercantiles señalan los requisitos que deben llenarse en la convocatoria para las asambleas generales, y a continuación el artículo 188 establece: *"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"*. Es evidente que la nulidad a que este precepto se refiere, se origina en la falta de requisitos legales al hacer la convocatoria. Los artículos del 189 al 199 inclusive, señalan requisitos y establecen reglas relativas a la forma y condiciones en que deben tomarse los acuerdos en las asambleas, y el artículo 200 dice: *"las resoluciones legalmente adoptadas por las Asambleas de Accionistas, son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta ley"*. El artículo 201, por su parte estatuye: *"los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las Asambleas Generales siempre que satisfagan los siguientes requisitos: I, que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de clausura de la asamblea..."*. Del estudio de estos preceptos se llega a la conclusión de que son esencialmente diferentes las acciones que se derivan de los artículos 188 y 201; mientras que la primera se refiere a la nulidad de las resoluciones de asamblea, derivada de la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos para la convocatoria, la segunda se refiere a un derecho de oposición respecto de resoluciones legalmente adoptadas (artículo 200), esto es, en el supuesto de que para tomarlas se cumplieren todos los requisitos previos necesarios; y es exclusivamente en este último caso, es decir, en relación con la acción de oposición, cuando la ley exige el requisito de presentar demanda dentro de quince días. No debe extenderse ese requisito a la acción de nulidad, porque ésta es esencialmente diferente de la de oposición; podría fundarse la nulidad en la falta de publicación de la convocatoria en el periódico oficial, y resultaría absurdo que a pesar de esa falta de publicidad se obligara al actor a presentar su demanda dentro de quince días a partir de la fecha de clausura de la asamblea, cuando precisamente su acción se funda en la falta de conocimiento de su celebración, por falta de publicidad. El artículo 205 establece: *"para el ejercicio de las acciones judiciales a que se refieren los artículos 185 y 201, los accionistas depositarán los títulos de sus acciones ante Notario o en una Institución de Crédito, quienes expedirán el*

certificado correspondiente para acompañarse a la demanda y a los demás que sean necesarios para hacer efectivos los derechos sociales. Las acciones depositadas no se devolverán sino hasta la conclusión del juicio". Se refiere el precepto, como puede advertirse, exclusivamente a las acciones derivadas de los artículos 185 y 201; pero no a la que establece el 188 sobre la presentación de la demanda dentro del término de 15 días. Siendo distintas las acciones, es claro que el requisito del depósito de los títulos, no tiene por qué exigirse en este último caso.

Amparo directo 5359/56. Jovita Boone Vda. de Cortina. 25 de abril de 1957. Unanimidad de cinco votos. Ponente: José Castro Estrada.

X. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD Y DE LA ANULACIÓN DE LAS DELIBERACIONES DE LAS ASAMBLEAS

A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El artículo 203 de LGSM determina que la sentencia que se dicte con motivo de la oposición, surtirá efectos respecto de todos los socios.

La redacción del artículo anterior no da lugar a ninguna polémica, el artículo es claro, cuando en la sentencia se resuelve que es procedente la oposición todos los tratadistas están de acuerdo en que la sentencia surtirá efectos aún para quien no intervino en la oposición. Se considera y con razón, que un acuerdo no puede ser invalido únicamente para aquellos que lo impugnaron, y quedar válido para quienes no intervinieron en la oposición.

Ahora bien, por el contrario, cuando la sentencia rechaza la impugnación los efectos de la misma se **extienden** también a quienes no impugnaron la deliberación de la asamblea, sin embargo, considero que es la mejor solución al problema, por que se cumple con el **principio fundamental de mantener la estabilidad en el procedimiento y la seguridad en las relaciones jurídicas con las personas morales.**

El antecedente de este precepto debe buscarse en el artículo 215 del proyecto D'AMELIO en donde se resolvió el problema del valor de la cosa juzgada de la sentencia que se dicte en el caso de impugnación de acuerdos sociales.

La doctrina al principio estaba dividida ya que autores como VIVANTE y ASCARELLI pensaban que la sentencia dictada ante la demanda de un socio no tenía valor de cosa juzgada frente a los demás. Otros como el jurista CHIOVENDA pensaban lo contrario; esta última opinión fue recogida por el proyecto italiano y pasó al Código Civil Italiano de 1942. La misma solución se establece en el artículo 200 de la Ley Alemana de Sociedades Anónimas, que señala *"en la medida en que la deliberación se declare nula por sentencia con fuerza de cosa juzgada, dicha sentencia tiene efectos para y contra todos los accionistas y los miembros de la Dirección y del Consejo de Vigilancia aun cuando no hayan sido parte en el proceso"*¹¹⁵, es por eso que los efectos de la sentencias se extienden no sólo a los socios, sino a todos los posibles titulares de la acción.

También en la legislación española, los terceros de buena fe se encuentran protegidos. El artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas Española, establece que la sentencia que estime la acción producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará los derechos adquiridos de buena fe por los terceros, derivados del acuerdo impugnado.

Por otra parte, es conveniente decir que la sentencia pronunciada con motivo de las demandas de nulidad y de oposición es declarativa; pero también puede ser condenatoria cuando simultáneamente se demande el pago de daños y perjuicios.

Así, las sentencias de oposición afectarán a todos los socios como lo establece la tesis de Jurisprudencia:

Quinta Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: LXXV; Página: 3867; Tesis aislada; Materia(s): Civil; Página: 3867.

¹¹⁵ Vázquez del Mercado, op. cit., p. 254.

SOCIEDADES MERCANTILES, LAS SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIOS DE OPOSICION A RESOLUCIONES DE LAS ASAMBLEAS DE LAS, AFECTAN A TODOS LOS SOCIOS.

El artículo 203 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece: "La sentencia que se dicte con motivo de la oposición, surtirá efectos respecto de todos los socios". No son, pues, terceros extraños al juicio de oposición a resoluciones dictadas por la asamblea general de accionistas, los socios que no intervinieron materialmente en el mismo; el asunto controvertido y resuelto, no es para ellos res inter alios judicata, y por tanto, se impone la conclusión de que también ellos litigaron en el juicio, virtualmente representados en el mismo. Ahora bien, si tanto la parte actora como la sociedad demandada en el juicio de oposición, consintieron expresamente la sentencia pronunciada en dicho juicio, que declaró la nulidad de las resoluciones votadas en la asamblea general de accionistas, la mencionada sentencia debe reputarse igualmente consentida por todos los socios que no la impugnaron materialmente; por lo que si estos últimos piden amparo contra la repetida sentencia, la demanda de garantías es notoriamente improcedente, de conformidad con la fracción XI del artículo 73, de la Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal. No importa que los quejosos se ostenten con la calidad de consejeros y comisarios, pues como tales, son también socios, y aun en el supuesto de que se estimara que sólo son meros órganos o mandatarios de la sociedad, subsiste la improcedencia del juicio de garantías, ya que si la persona moral de la sociedad consintió expresamente la sentencia impugnada en el amparo, dicha sentencia quedó ipso facto consentida por todos sus órganos sociales, pues éstos no son sino los brazos o instrumentos de que la sociedad se sirve para realizar sus operaciones (Véanse artículos 142 y 164 de la ley citada). La extensión de los efectos de la cosa juzgada de que se ha hablado, que llega a comprender a toda la masa de accionistas y que preconiza el citado artículo 203, se corrobora con la doctrina italiana (Véase: Enrique Allorio "La cosa juzgada con relación a terceros", Milán 1935, página 272, y siguientes; Chiofenda "Ensayos de Derecho Procesal Civil", tomo I, página 21; Sergio Costa, "La Intervención Obligada", página 78). Las consideraciones expuestas autorizan para sentar las siguientes conclusiones: ningún accionista, sea o no órgano o mandatario de la sociedad, tiene acción para impugnar la sentencia dictada con motivo de la oposición formulada por algún otro, a que se refiere el artículo 203 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; en otros términos, carece de la legitimación para obrar. La conclusión anterior lleva a establecer que los socios que no intervinieron materialmente en el juicio de oposición, no pueden estimar infringidas en su perjuicio las garantías que consignan los artículos 14 y 16 constitucionales por no haber sido oídos en dicho juicio; en otros términos, carecen de la legitimación pasiva para obrar. El amparo promovido por los socios que no intervinieron en el juicio de oposición, contra la sentencia pronunciada en el mismo, es notoriamente improcedente, pues quedó establecido que carecen de acción para impugnar esa sentencia, y además, si la misma fue consentida expresamente por las partes que intervinieron en el juicio, debe estimarse consentida también por los quejosos. En consecuencia, el juicio de garantías es notoriamente improcedente, de conformidad con lo que disponen las fracciones XI y XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo.

Queja en amparo civil 549/42. Banco Nacional de México, S. A. 13 de febrero de 1943. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Teófilo Olea y Leyva no intervino en la votación de este asunto por las razones que constan en el acta del día. La publicación no menciona el nombre del ponente. Excusa: Fernando de la Fuente.

B. EFECTOS DE LA SENTENCIA CON RELACIÓN A LOS TERCEROS

El multicitado DONATI al tratar el tema señala:

"...la cosa juzgada se forma tanto con respecto a las partes en sentido substancial...cuanto con respecto a los terceros titulares de acciones concurrentes, o sea a todos los socios; y esto vale lo mismo para la sentencia que acoge la acción que para la que la rechaza. En uno y otro caso ningún socio podrá intentar nuevamente la acción eadem causa petendi ya que a ello obsta la res judicata, pero el que no ha ejercido la acción ni ha intervenido en el proceso permaneciendo como tercero, podrá impugnar la sentencia (tanto la favorable como la desfavorable) mediante oposición revocatoria de terceros de acuerdo con el artículo 512".¹¹⁶

"En relación con terceros la cosa juzgada no se forma directamente con respecto a los que son socios, pero éstos deben respetarla como res judicata entre las partes y por lo tanto: a) Los titulares de relaciones jurídicas independientes de la deliberación sobre que se ha formado la res judicata 1° Si como titulares de relaciones jurídicas compatibles, están obligados a reconocer la sentencia como cosa juzgada entre la sociedad y los socios y no con respecto a ellos, pero no pueden oponerse, porque no tienen interés jurídico en impugnarla; 2° Si como titulares de relaciones jurídicas incompatibles, están obligados a reconocerla como cosa juzgada entre las partes y no con relación a ellos, pero en todo caso, sufriendo un perjuicio jurídico, pueden en vía preventiva intervenir principalmente, y en vía represiva oponerse con apoyo en el artículo 510; b) Los terceros titulares de relaciones jurídicas dependientes de la deliberación sobre que se ha formado la res judicata están obligados a reconocer la sentencia como cosa juzgada directa entre la sociedad y los socios y no con relación a ellos, pero, siendo titulares de una relación jurídica dependiente de la deliberación, están sometidos a una eficacia indirecta o refleja de la sentencia, lo veremos dentro de poco. A fin de evitar tal perjuicios, entiendo que pueden intervenir adhiriéndose en vía preventiva, y obrar en la represiva formulando oposición revocatoria con apoyo en el artículo 512".¹¹⁷

¹¹⁶ Aut. Cit. por Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 545.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 546.

Asimismo, conviene distinguir con el italiano DONATI los efectos de la liberación en las llamadas relaciones entre la sociedad y sus órganos; entre la sociedad y los socios y los efectos en las relaciones entre la sociedad y terceros.

Por su parte, la declaración de nulidad o la anulación *ex tunc* del acuerdo hace que quede sin efecto desde entonces para la sociedad y los socios el negocio jurídico, y al quedar sin efecto, no pueden ya nacer dichas obligaciones y derechos; y si ya nacieron quedan sin efecto *ex tunc* desde el momento de su nacimiento.

El autor MOSSA se inclina por la protección de los terceros que de buena fe han celebrado negocios con la sociedad, lo que sólo es posible, según él, en los casos en los que los negocios con terceros dependen jurídicamente de la deliberación y no respecto de aquél cuya dependencia es meramente de hecho. En el primer caso defiende a los terceros con base en el principio de la apariencia jurídica, que mantiene los efectos normales del negocio realizado con terceros de buena fe y sólo los desconoce cuando el tercero conoció el vicio de la deliberación. Cuando la deliberación es nula, la apariencia que justifica la buena fe sólo puede invocarse cuando el acuerdo haya sido publicado.¹¹⁸

DONATI defiende una tesis lógica, según él deben distinguirse tres supuestos: *“Primero, que se trate de negocios con terceros en los que la voluntad social ha sido formada y expresada por los administradores; segundo, negocios con terceros en los que la voluntad social se forme y declare directamente por la asamblea y, tercero, negocios con terceros en los que la voluntad social se forme por la asamblea pero se declare por los administradores”*.¹¹⁹

Primero. En este caso conviene distinguir las siguientes variantes:

¹¹⁸ Cfr. *Idem*.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 547.

A) La deliberación social invalidada no tiene nada que ver como presupuesto jurídico de eficacia, del negocio con terceros. En este caso la nulidad o la anulación no tienen ninguna influencia en el negocio con el tercero que subsiste perfectamente válido.

B) La deliberación constituye un presupuesto de existencia del negocio del tercero: 1) cuando atribuye la función de administradores a aquellas personas físicas que han concluido después del negocio con el tercero; a) cuando autoriza al órgano administrativo a celebrar aquél negocio con el tercero, cuya celebración entra en las facultades del órgano, pero el ejercicio de este poder queda subordinado a la autorización de la asamblea. Pronunciada la nulidad o anulación de la deliberación en el primer caso, el negocio concluido por el falso administrador es nulo por defecto de poder de su autor, a no ser que éste en el segundo caso, el negocio es nulo porque ha sido concluido por el órgano administrativo sin que válidamente se haya removido la prohibición legal del ejercicio del poder por parte de los administradores.

C) La deliberación constituye un presupuesto de eficacia del negocio, cuando éste debe ser sometido a la aprobación de la asamblea. En este caso, declarada la nulidad o anulación de la deliberación de aprobación, el negocio con el tercero. Si bien permaneciendo válido, es ineficaz en sentido estricto.

Segundo. En esta hipótesis la deliberación constituye el negocio para con el tercero, si tal negocio es unilateral; y un elemento esencial del negocio con el tercero, si el mismo negocio es bilateral. Pronunciada la nulidad o anulación de la deliberación, queda sin efecto el negocio externo, porque, en el primer caso, se identifica con ellos, y porque desaparece un elemento esencial, en el segundo.

Tercero. En todo caso la invalidez del negocio con el tercero es una invalidez absoluta, es la nulidad. Su declaración judicial puede por lo mismo ser invocada por cualquiera que tenga un interés jurídico; en primer lugar, por la sociedad y por el tercero titular de la relación nula; no por el socio que en tal declaración no tiene, como tal interés jurídico, dada la personalidad jurídica de la sociedad.

Por último el jurista RODRIGUEZ RODRIGUEZ propone que la tesis del italiano DONATI la cual debe ser aplicada sin restricciones, pero de *lege ferenda* le parece mucho más correcta la tesis del autor MOSSA ya que la protección de terceros basada en los principios de la apariencia jurídica parece ser uno de los ejes en torno a los cuales se mueven las más modernas y eficaces construcciones jurídicas. Naturalmente que no siempre basta la invocación de la apariencia jurídica como principio de derecho, por lo que me parece conveniente que en una futura reforma de la legislación de sociedades se tenga en cuenta la necesidad de declarar de un modo expreso que los terceros de buena fe que adquirieron derechos de la sociedad, al ser ejecutados acuerdos posteriormente nulos o ineficaces, tengan la protección legal para su adquisición o titularidad, cuando puedan invocarse a su favor las normas generales sobre apariencia jurídica.¹²⁰

Se concluye, que en el caso de los terceros se encuentran protegidos por la ley y sus derechos adquiridos de buena fe no pueden desconocerse, es por eso que se habla de derechos adquiridos de buena fe, como requisito indispensable para que pueda hablarse de apariencia jurídica.

La doctrina es unánime en considerar que los derechos de los terceros de buena fe no se verán perjudicados, con base en una deliberación que posteriormente se declare inválida.

Por otro lado, el autor BRUNETTI afirma: *“se aplica la teoría de la confianza, es decir, la protección de la buena fe. El tercero está protegido siempre que al contratar haya sido diligente en informarse. El parámetro de la buena fe consiste en la “ignorancia de lesionar el derecho ajeno”, con lo que la buena fe no existe si la ignorancia depende de culpa grave. Hoy el principio de la buena fe ha pasado a ser general para el derecho, es un requisito para obrar y quien obra de buena fe, fiándose de lo que aparece según las manifestaciones ajenas, debe ser protegido”*.¹²¹

¹²⁰ Cfr Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 548.

¹²¹ Brunetti Antonio, *Serie de clásicos del derecho societario, “Sociedades Mercantiles”, Tomo 2, Sociedad Anónima, Editorial Jurídica Universitaria, San José, 2002, p. 414.*

Sin embargo, la protección a los terceros encuentra un límite en la misma declaración de nulidad. Cuando un acuerdo se impugna y la impugnación prospera, los terceros no podrán alegar ningún derecho adquirido con posterioridad a la declaración de invalidez de la resolución de la asamblea. El derecho protege a los terceros de buena fe, que contraten con la sociedad, con base en un acuerdo inválido, que aún cuando adolezca de algún vicio, se presente ante aquellos como válida y capaz de producir efectos jurídicos. Pero cuando el acuerdo se anula o nulifica, la apariencia de validez desaparece, como consecuencia de la desaparición de la supuesta decisión de la asamblea, en este caso, el tercero, aún de buena fe, no puede alegar ningún derecho derivado del acuerdo, porque éste no existe ni siquiera ya, aparentemente. A este respecto GARRIGUES y URÍA¹²² dicen que la tutela de los intereses del tercero se refiere sólo a los derechos adquiridos antes de la declaración de nulidad del acuerdo de la junta. Una vez declarada la nulidad el tercero no podría pretender derivar ningún derecho de lo acordado en la junta.

C. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

El artículo 204 de LGSM dispone: *“Todas las oposiciones contra una misma resolución deberán decidirse en una sola sentencia”*. El mercantilista FRISCH PHILIPP opina: *“esta norma solamente es aplicable en caso de que las oposiciones se funden en el mismo concepto de violación cometida por la resolución impugnada. Lo que hace suponer, para nosotros, que los accionistas que representen el 33% o más del capital social pueden tener diversas causas de oposición contra un mismo acuerdo”*.¹²³

El autor FRISCH PHILIPP sigue comentando que de ahí se infiere que la finalidad de dicho artículo, es evitar sentencias de contenido divergente en cuanto a supuestos ilegales, es decir, impugnaciones originadas en el mismo concepto de violación. Por lo demás, la acumulación también podrá efectuarse entre autoridades judiciales de jurisdicción local y federal. Los artículos aplicables serán además del 204 LGSM, los

¹²² Cfr. Aut. Cit. por Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 257.

¹²³ Frisch Philipp Walter, *Sociedad Anónima Mexicana*, Editorial Harta, México, 1994, p. 463.

artículos 1359 a 1361 del Código de Comercio. La acumulación a que hace referencia el artículo 204 LGSM, debe hacerse de oficio, en el cual se preceptúa la acumulación como norma general obligatoria sin que se pida la acumulación por una de las partes. No son aplicables disposiciones procesales locales a la acumulación sino únicamente las mercantiles citadas.¹²⁴

Si se pronuncian, por falta de acumulación, sentencias divergentes respecto a la anulación de la misma resolución, es decir, que en una se niega la anulación en tanto que en la otra se la declara, prevalece la última según el artículo 203 LGSM. Sin embargo, la suspensión prevista en el artículo 202 LGSM, solamente procede, en los casos de impugnaciones efectuadas en la vía del artículo 201 LGSM, y no en la vía civil.¹²⁵

D. SUSTITUCIÓN DE LA DELIBERACIÓN

El jurista VÁSQUEZ DEL MERCADO considera: *“una deliberación que sea impugnabile porque viole las normas estatutarias o legales, puede revocarse por la misma asamblea y sustituirse por una nueva deliberación que reúna todos los requisitos exigidos por la ley o los estatutos. Si esto ocurre, la impugnación no tendrá efecto y deberá suspenderse cualquier juicio iniciado para obtener la declaración de nulidad o anulabilidad”*.¹²⁶

La revocación de la deliberación deberá hacerse antes que se declare la invalidez del acuerdo de la asamblea. En este caso, la nueva resolución se retrotraerá a la fecha en que se tomó el acuerdo revocado.

En este orden de ideas, VÁSQUEZ DEL MERCADO agrega: *“la facultad de sustituir una deliberación inválida, debe otorgarse a la asamblea en virtud de su carácter de órgano supremo de la sociedad, esta dentro de los poderes de los socios mayoritarios, reunidos*

¹²⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 464.

¹²⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 465.

¹²⁶ Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 257.

en asamblea, llevar a cabo la regularización de los actos sociales. Si una asamblea delibera en forma contraria a lo establecido por las normas, nadie mejor que ella misma puede solucionar una situación anómala creada por su culpa. Las consecuencias que produjese la sustitución de una resolución inválida por una resolución válida, en todos sus aspectos, en manera alguna perjudicaría los actos realizados con base en la deliberación sustituida, sino al contrario, la nueva resolución vendría a darle plena fuerza legal a las relaciones ya creadas, puesto que la base de la relación no sería ya una deliberación inválida, sino por el contrario, una deliberación perfectamente válida".¹²⁷

La revocación o sustitución de una decisión es un acto de propia voluntad de quien la toma. El acuerdo de asamblea es un acto unilateral, que se impone sólo a la propia sociedad y a los socios. Sus efectos son internos y en nada perjudican o benefician a los terceros. Asimismo, tampoco la revocación podrá afectar derechos de terceros adquiridos por actos realizados por la sociedad con base en la resolución sustituida.

Por otra parte, el mismo autor dice que hay que distinguir perfectamente la revocación de la ratificación o convalidación, que puede ser expresa o tácita. La primera se presenta cuando la asamblea de la sociedad acuerde la confirmación del acto viciado, es decir, ratifique la deliberación, cuando ello sea posible; la segunda implica la toma de una decisión por la misma asamblea, que tenga como antecedente un acuerdo que puede impugnarse por anulable.¹²⁸

Es de explorado derecho, que la ratificación o convalidación de un acuerdo sólo es posible respecto a las deliberaciones anulables, ya que los actos nulos no son susceptibles de convalidación.

Por su parte, en la legislación española, en el artículo 115 último párrafo dice: *"Si fuere posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que*

¹²⁷ *Ibidem*, p. 258.

¹²⁸ *Cfr. Idem*.

aquella pueda ser subsanada". Por lo tanto, en cualquier momento e independientemente del posible carácter nulo del acuerdo las consecuencias pueden evitarse mediante la regularización del acuerdo y puede hacerse uso de esta facultad, incluso iniciado el procedimiento.

Para el español JIMÉNEZ DE PARGA¹²⁹ el momento procesal oportuno es en la comparecencia previa, pudiendo el juez fijar un plazo razonable para que se produzca la regularización del acuerdo, la finalidad de dicha operación es que se produzcan efectos retroactivamente.

E. INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD Y DEL COMERCIO

El fundamento legal para la inscripción de las sentencias es el artículo 3005 del Código Civil, en el derecho mexicano, que a la letra señala:

"Art. 3005.- Sólo se registrarán:

- I. (...)*
- II. Las resoluciones y providencias judiciales que consten de manera auténtica.*
- III. (...)"*

De ahí se infiere, que la sentencia que decrete la suspensión de los acuerdos se podrá inscribir en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

XI. NORMAS DEL PROCEDIMIENTO

A. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACIÓN

¹²⁹ Cfr. Jiménez de Parga, *op. cit.*, p. 337.

En cuanto al derecho mexicano, la Ley de Sociedades no establece ningún precepto respecto a la anotación preventiva de la demanda, sin embargo, yo considero aplicable el Código Civil en la parte conducente al Registro Público, particularmente el artículo 3005, fracción II anteriormente citado. Ahora bien, en relación a la legislación española, su Ley de Sociedades si previene de manera específica la anotación preventiva de la demanda, y también la doctrina lo trata de manera general, es por lo anterior, que haré un breve estudio, ya que el tema es de índole eminentemente registral.

La naturaleza jurídica de la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales es una medida cautelar, cuya finalidad es evitar los perjuicios de la larga duración del proceso y en especial la enervación de la buena fe de los terceros que contraten con la Sociedad en ejecución de los acuerdos impugnados. De este modo, a través del conocimiento de la existencia del litigio, el tercero ya no puede pretender ser de buena fe alegando desconocer la posible existencia de vicios o defectos que afectan los acuerdos de cuya ejecución dimanen los derechos de los que ese tercero fuese titular.¹³⁰

Al tratarse de una medida cautelar presenta los caracteres ya citados respecto de las suspensiones de acuerdos impugnados:

- A) Instrumentalidad: Esta anotación preventiva está condicionada a la existencia y duración de un procedimiento.
- B) Temporalidad: La anotación preventiva de demanda no puede subsistir *in aeternum* sino que concluido el procedimiento se cancela dicha anotación.
- C) Homogeneidad: Tiende a preordenar los efectos indirectos de la cosa juzgada, tales como la cancelación de la inscripción del acuerdo y de los asientos posteriores a la anotación preventiva.

¹³⁰ Cfr. Rodríguez Ruiz de Villa, *op. cit.*, p. 277-278.

D) Jurisdiccionalidad: Debe ser el Juez el que acuerde la anotación preventiva.

Por lo que respecta a los requisitos para que se pueda solicitar la anotación preventiva, en forma analógica son los requisitos que se exigen en materia de amparo para la concesión de la suspensión provisional, entre los que pueden citarse los siguientes:

1. Apariencia de buen derecho: No se exige la apariencia del buen derecho, a juicio de RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA¹³¹, se debe a la menor trascendencia que el legislador da a esta medida.
2. Peligro de retardo: No es necesario acreditar el peligro para cada caso en concreto cuando se solicite la anotación preventiva de demanda.
3. Pendencia del Proceso: Debe existir un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales pendiente de resolución para poder solicitar la anotación preventiva de una demanda.
4. Prestación de Caución: Existe la posibilidad de que se solicite, por el Juez, caución por los posibles daños y perjuicios que puedan causarse y una vez prestada la fianza, se acordará la anotación preventiva de demanda.

En cuanto a la legitimación le corresponderá al demandante y al juez competente para conocer de la anotación, es decir, debe ser el que conozca del procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, la anotación debe ser siempre a petición de parte y con audiencia de la sociedad demandada.

Una vez obtenida la resolución firme que acuerde la anotación preventiva la misma se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, tras la inscripción la anotación surte efectos frente a terceros. Así pues *"se trata de una medida cautelar consistente en un medio de asegurar que, cuando recaiga una sentencia condenatoria,*

¹³¹ Cfr. *Ibidem*, p. 279.

*está pueda ejecutarse en iguales condiciones y circunstancias bajo las cuales hubiera podido la misma cumplirse al tiempo que se inició la instancia correspondiente”.*¹³²

Por lo que se refiere a la cancelación de la anotación preventiva de la demanda, aunque Ley de Sociedades no lo prevé; se puede hablar de tres supuestos: el primero, la desestimación de la demanda de impugnación por sentencia firme; el segundo, el desistimiento de la acción, es una consecuencia lógica del abandono de su derecho por los impugnantes y el tercero, la caducidad de la instancia.

B. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACUERDOS IMPUGNADOS

El fundamento de la ley española para la anotación es el artículo 121.2, que señala:

“Artículo 121.2: Anotación preventiva

- 1. La anotación preventiva de la demanda de impugnación en el Registro Mercantil y su publicación en el “Boletín Judicial” podrán obtenerse con arreglo a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil.*
- 2. La anotación preventiva de las resoluciones firmes que ordenen la suspensión del acuerdo impugnado se practicará, sin más trámites, a la vista de aquéllas.*
- 3. La anotación preventiva de la demanda se cancelará cuando ésta se desestime por sentencia firme y cuando haya desistido de la acción la parte demandante o caducado la instancia. En iguales circunstancias se cancelará la anotación preventiva de la suspensión del acuerdo”.*

En relación a la anotación preventiva de los acuerdos, esta será a petición del actor, solicitud que puede ser simultánea a la suspensión de los acuerdos.

¹³² *Ibidem*, p. 286.

En este caso, no existe intervención alguna, ni de la sociedad demandada ni de terceros intervinientes, al decir la ley "sin más trámites" para decidir acerca de la anotación preventiva de la suspensión.

El procedimiento para llevar a cabo la anotación de la suspensión será el de dar traslado, a instancia de parte al Registrador Mercantil del testimonio de la resolución judicial firme estimatoria de la suspensión.

Por último, por lo que refiere a la cancelación de la anotación preventiva de la suspensión, los supuestos serán exactamente los mismos que para el caso de las anotaciones preventivas de la demanda.¹³³

XII. PROCEDIMIENTO

El procedimiento en el derecho mexicano no está regulado, por lo que se refiere a su ley especial existe un gran vacío en su regulación, es por eso, se debe acudir a la ley general que en este caso, es el Código de Comercio.

Se está en presencia de un problema en el derecho procesal mercantil, que es la falta de procedimientos, esto ocasiona una falta de sistematización y dispersión que ocasiona múltiples problemas que dificultan la debida comprensión y aplicación. En relación con el procedimiento establecido en el artículo 201 de la LGSM, al no establecer un procedimiento especial, se aplica el artículo 1377 del Código de Comercio, en donde todas las contiendas entre partes que no tengan señalada tramitación especial en las leyes mercantiles, se ventilarán en juicio ordinario mercantil.

Sin embargo, con la intención de ser propositiva, propongo la regulación de un procedimiento especial para la impugnación de acuerdos sociales, ya que su regulación escueta ocasiona muchos inconvenientes para los litigantes y para el mismo Juez

¹³³ Cfr. *Ibidem*, p. 288-289.

dejándole algunas cuestiones a su prudente arbitrio. Para su estudio me basaré en el Código de Comercio y en la doctrina mexicana.

A. DEMANDA

Por lo que se refiere al escrito de iniciación del procedimiento, la demanda deberá reunir los requisitos que supletoriamente señalen los respectivos Códigos de Procedimientos Civiles de las entidades respectivas; para el caso del Distrito Federal se deben cumplir los requisitos del artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles; el actor deberá acompañar con su demanda los documentos que acreditan su capacidad para comparecer en juicio y el carácter con que lo hacen, es decir, cumplirán con los requisitos o presupuestos procesales generales a que se refiere el artículo 1061 del Código de Comercio; lo que incluye la exhibición de todos aquellos documentos fundatorios de la acción; cumpliendo al efecto el requisito de acreditar el haber solicitado la expedición de aquellos documentos que no haya podido acompañar con su demanda.

En ese mismo orden de ideas, se deberá acompañar a la demanda, los documentos que el actor tenga en su poder y que le vayan a servir como prueba, ello de conformidad con la fracción IV del artículo 1061 relacionado con los artículos 1194 y 1198 del Código de Comercio.

Finalmente como requisito general también se deberá acompañar a la demanda copias de traslado.

En cuanto a los requisitos especiales debemos destacar que resultan aplicables los artículos 201, 202 y 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tales como:

A) Acompañar a la demanda la constancia relativa al depósito de acciones ante Notario Público, Institución de Crédito o Corredor Público.

B) Que en la constancia antes descrita conste en forma fehaciente el porcentaje calificado a que se refiere el artículo 201 de la LGSM, es decir, de por lo menos el 33% del capital social.

C) Se deben anexar además documentos tales como: el acta de asamblea que se impugna (fundatorio de la acción), balances, estados financieros y de resultados ello para que el Juez tenga elementos para pronunciarse con relación a la suspensión de los acuerdos impugnados.

D) Adicionalmente pienso que en la demanda se debe incluir, si así se quiere un capítulo nominado “suspensión de los acuerdos sociales”, esto es para que exista y se cumpla el principio de instancia de parte.

También deberá de cumplir con el artículo 1378 del Código de Comercio:

A) Mencionar los documentos públicos y privados que tengan relación con la demanda, así como sí los tiene o no a su disposición, debiendo exhibir los que posea y acreditar haber solicitado los que no tenga de acuerdo al artículo 1061 del Código de Comercio.

B) Proporcionar el nombre y apellido de los testigos que presenciaron los hechos.

Así las cosas, el Juez le dará entrada a la demanda y mandará emplazar al demandado para que conteste dentro del término de nueve días. Para la forma de contestar la demanda, se aplica supletoriamente el Código de Procedimientos Civiles, en específico el artículo 260 del mismo ordenamiento.

Respecto a las excepciones, el Código de Comercio contempla dos clases de excepciones, las procesales y las perentorias, las primeras se regulan en el artículo 1122; las perentorias son todas aquellas que no sean consideradas como procesales y se resolverán en sentencia definitiva según el artículo 1119 Código de Comercio, se

opondrán, se sustanciarán y decidirán simultáneamente y en uno, con el principal, de acuerdo con el artículo 1381 Código de Comercio.

Con el escrito de contestación de la demanda se dará vista al actor por el término de tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga (art. 1378 Co.Co.).

B. RECONVENCIÓN

En la contestación de la demanda deberá proponerse la reconvencción, se correrá traslado a la parte contraria por el término de nueve días para que se conteste, así se dará vista a la otra parte. Tanto la demanda principal como la reconvencción se discutirán al mismo tiempo y se decidirán en la misma sentencia (art. 1380 Co.Co.).

C. ETAPA PROBATORIA

En este caso, el Juez mandará abrir el juicio a prueba, sin que éste exceda de 40 días, de los cuales los primeros diez días son para ofrecer las pruebas y los restantes treinta días son para su desahogo.

Si las pruebas deben recibirse fuera del lugar del juicio, pueden a petición de parte dentro del término de hasta 60 días si se trata de pruebas dentro de la Republica Mexicana y hasta de 90 días si es fuera de ella, debiendo estarse a los requisitos que señala el artículo 1383 Co.Co.

Finalmente, las pruebas deben desahogarse dentro del término y sus prorrogas otorgadas (art. 1385 Co.Co.).

A) Prórroga del término ordinario de prueba

De acuerdo con el art. 1206 Co.Co., los términos probatorios son ordinarios y extraordinarios; el primero es el que se concede para producir las probanzas dentro de

la entidad en la que se tramita el juicio, el segundo, aquel en el que se otorga que se reciban las pruebas fuera de la entidad en la que se litiga. El ordinario es susceptible de prorrogarse (art. 1207 Co.Co.), deberá de solicitarse la prórroga dentro del término de ofrecimiento de pruebas y se concederá a la otra parte el término de tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga, si ambas partes están de acuerdo en la prórroga, la misma se concederá por todo el plazo en que convengan, no pudiendo exceder del término de noventa días (art. 1384 Co.Co.).

B) Solicitud de término extraordinario de prueba

En este caso se aplica lo que dispone el artículo 1383 Co.Co., establece que las pruebas que deban desahogarse fuera del lugar del juicio se recibirán a petición de parte cuando se cumpla con los requisitos siguientes:

1. Que se solicite dentro del término de ofrecimiento de pruebas (diez días).
2. Que se indiquen nombre, apellidos y domicilio de personas, exhibir pliego de posiciones o el interrogatorio a los testigos.
3. Para las pruebas instrumentales, que se designen los archivos públicos o particulares donde se hallen los documentos relativos.

Las pruebas se calificarán, el Juez determinará si los interrogatorios para la confesional o testimonial tiene relación directa con los hechos. Por cada una de las pruebas, el Juez determinará una cantidad que el promoverte depositará como sanción pecuniaria en caso de no practicarse. Si las cantidades no se exhiben dentro del término de tres días, la prueba no se admitirá.

D. ALEGATOS

Concluido el término probatorio, se pondrán a la vista de las partes los autos para que dentro del término común de tres días produzcan sus alegatos, y transcurrido dicho plazo se citará a las partes para oír sentencia definitiva (art.1388 Co.Co.).

E. SENTENCIA

La sentencia deberá de dictarse dentro de los quince días siguientes a la citación para sentencia (art. 1390 Co.Co.). La tramitación de la primera instancia termina mediante sentencia del Juzgado que conozca de la impugnación, pudiendo dicha resolución ser apelable ante la instancia correspondiente, y la que dicte ésta será susceptible de amparo directo ante el Tribunal Colegiado correspondiente.

En este capítulo se concluye entre otras cuestiones, que la naturaleza jurídica de la suspensión de los acuerdos sociales es una medida precautoria, accesoria, que deben cumplirse ciertos requisitos y características para que el Juez conceda la suspensión de los acuerdos sociales, destacando que la demanda debe presentarse en el término de 15 días hábiles (art. 201 LGSM), que se debe otorgar fianza para garantizar los posibles daños y perjuicios, que se debe instar por persona legitimada, que debe ser a instancia de parte; sin embargo, la suspensión una vez concedida no puede ni debe ejecutarse sin que antes el opositor no ha incoado el juicio principal; también se deberán depositar los títulos de las acciones ante Notario Público, Corredor Público o Institución de Crédito, por último la sentencia surtirá efectos respecto de todos los socios.

En cuanto al procedimiento no esta regulado, por lo que en este caso se seguirán el Código de Comercio y por lo tanto las reglas del juicio ordinario mercantil.

CASO PRÁCTICO

PLANTEAMIENTO

1. El día 23 de septiembre de 1999, mediante escritura pública 81216 otorgada ante la fe del Licenciado JUAN JOSE VELAZQUEZ CASTRO, Notario público número 39 del Distrito Federal, se hizo constar el CONTRATO CONSTITUTIVO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL denominada OPTI FAST, S.A. DE C.V., misma que fue otorgada por los señores CARLOS GALICIA ROMERO y FAUSTO LEDESMA GONZÁLEZ; siendo titular del 30% (treinta por ciento) y el 70% (setenta por ciento) respectivamente, del capital social.
2. En el acta constitutiva de la sociedad se acordó que la empresa sería administrada por un Consejo de Administración, designándose al señor CARLOS GALICIA ROMERO como PRESIDENTE, y al señor FAUSTO LEDESMA GONZÁLEZ como VICEPRESIDENTE.
En base a lo anterior la sociedad fue administrada por el Consejo de Administración, compuesto por el Presidente y el Vicepresidente.
3. Es el caso que el día 10 de agosto de 2004, por motivos de ENFERMEDAD el señor CARLOS GALICIA ROMERO tuvo que ser internado de urgencia en el HOSPITAL ANGELES DEL PEDREGAL, S.A. DE C.V., debido a un INFARTO AGUDO DEL MIOCARDIO; lugar en donde permaneció hospitalizado hasta el día 25 de agosto de 2004.
4. Por las razones expresadas, el señor CARLOS GALICIA ROMERO posterior al alta médica, por instrucciones médicas debió guardar reposo absoluto en su domicilio hasta el día 25 de septiembre de 2004.
5. Paralelamente a lo anterior, el Vicepresidente del Consejo de OPTI FAST, S.A. DE C.V. en su calidad de accionista de la empresa mencionada, pidió al

ANEXO UNO

Comisario de la Sociedad que CONVOCARA a una ASAMBLEA ORDINARIA DE ACCIONISTAS; petición al que accedió dicho comisario, publicando por ello el día 15 de agosto de 2004 una convocatoria para Asamblea General Ordinaria de Accionistas al tenor siguiente:

<p style="text-align: center;">CONVOCATORIA</p> <p>Se convoca a los accionistas de "OPTI FAST", S.A. DE C.V. a concurrir el día 30 de agosto de 2004, a las 13:00 hrs. Al domicilio social de la empresa a efecto de llevar a cabo una Asamblea General de Accionistas, la cual se desarrollará bajo el siguiente:</p> <p style="text-align: center;">ORDEN DEL DÍA</p> <p>I. Cambio de órgano de Administración. II. Nombramiento de Administrador Único. III. Revocación de poderes otorgados al Sr. CARLOS GALICIA ROMERO. IV. Renuncia y nombramiento de nuevo comisario. V. Asuntos Generales.</p> <p>Se realiza la presente en términos de los estatutos sociales.</p> <p style="text-align: center;">México, D.F. a 15 de agosto del año 2004. COMISARIO ESTEBAN HERNÁNDEZ CORTÉS FIRMA ILEGIBLE</p>
--

6. En ese orden de ideas, el día 30 de agosto del año 2004 estando presente el socio mayoritario titular del 70% (setenta por ciento) de las acciones de la sociedad, señor FAUSTO LEDESMA GONZÁLEZ, y el Comisario de la misma, declararon formalmente instalada la Asamblea, y procedieron a desahogar el orden del día, cambiando el Órgano de Administración de la Sociedad, para ser ahora gobernada por un ADMINISTRADOR UNICO (en la persona de FAUSTO LEDESMA GONZALEZ); y revocando en consecuencia todos los poderes y facultades que en su calidad de Presidente del Consejo de Administración tenía Carlos Galicia Romero.

ANEXO UNO

7. Una vez recuperado de su enfermedad, el señor GALICIA decide ir en el mes de octubre de 2004 a su empresa, encontrándose con la sorpresa de que ya no es Presidente del Consejo; y que además no se le permite el acceso a dicha empresa por instrucciones dadas por el nuevo Administrador Único.

LITIS

- a) ¿La convocatoria fue legalmente hecha?
- b) ¿Pudo legalmente instalarse la Asamblea?
- c) ¿Existe alguna causal de nulidad o de impugnación de los Acuerdos Sociales?
- d) Puede Carlos Galicia pedir la suspensión de los efectos de la Asamblea celebrada el día 30 de agosto de 2004; y de ser positiva la respuesta, ¿qué efectos tendría dicha suspensión?
- e) ¿Cuáles son los parámetros que pueden tomarse para concederse la suspensión?
- f) En caso de concederse la suspensión ¿Puede el nuevo Administrador de la sociedad ofrecer una contragarantía?
- g) En caso de que a Carlos Galicia se le conceda la suspensión de los acuerdos sociales, ¿puede el nuevo administrador pedir un amparo en contra de la orden de suspensión obsequiada a Carlos Galicia? De ser positiva la respuesta a esta pregunta... ¿cuáles serían los efectos de la suspensión que se le conceda al nuevo administrador en el juicio de amparo?

DESARROLLO DEL PROBLEMA Y CONCLUSIONES

- a) En principio el Comisario de la Sociedad sí cuenta con facultades para convocar a Asamblea (artículo 166, fracción VI LGSM). No obstante lo anterior, la convocatoria de origen adolece de vicios de nulidad absoluta, ya que no indica con exactitud el domicilio en el que se celebrará la Asamblea; es decir, únicamente dice que se llevará a cabo en el "Domicilio Social"; pero no indica cuál es la casa, oficina o departamento en el que físicamente se instalará la

ANEXO UNO

Asamblea. Por ello en este aspecto concurre una causa de nulidad absoluta en términos del artículo 188 de la LGSM.

Ahora bien, el hecho de que los accionistas supieran que el Presidente del Consejo se encontraba internado en un Hospital al momento en que se emitió la convocatoria, trae también como consecuencia una causa de nulidad de la convocatoria, pues atenta contra del fin de la misma, ya que en la especie el Comisario y el diverso accionista sabían de antemano que el Presidente del Consejo no acudiría a la Asamblea. Esta causal de nulidad es conforme a la Teoría General de las Obligaciones.

- b) En principio debe decirse que la Asamblea no debió instalarse al existir una causa de nulidad en la convocatoria. De no haber existido el vicio de la convocatoria, hubiera sido legal la instalación de la Asamblea ya que existía mayoría de acciones.
- c) Ahora bien, es claro que el Presidente del Consejo tiene interés jurídico para impugnar los Acuerdos sociales tomados en la asamblea del 30 de agosto de 2004, interés que deriva de su calidad de socio de la sociedad y del cargo de presidente del cual fue removido; y por ello se afectó directamente en su esfera jurídica.
- d) En base a lo anterior, en el caso específico CARLOS GALICIA optó por seguir una estrategia legal en la que combinó causales de nulidad absoluta de la Asamblea, conforme a la Teoría General de las Obligaciones y causales de impugnación de la Asamblea del día 30 de agosto de 2004 por vicios propios.

No obstante ser titular únicamente del 30% (no del 33%) por ciento de las acciones, Carlos Galicia pidió la suspensión de los Acuerdos Sociales, basándose en el artículo 188 relacionado con el artículo 202 de la LGSM.

ANEXO UNO

Ahora bien, la vía escogida fue la ordinaria mercantil, en cuya demanda se solicitó en capítulo separado la suspensión.

Al dar cuenta con la demanda, el Juez de lo Civil la admitió y ordenó abrir, por cuerda separada un incidente de suspensión de los acuerdos sociales; en el cual reservó el acuerdo relativo a la suspensión hasta en tanto el solicitante cumpliera con la siguiente prevención:

- Exhibir estados de situación financiera de la sociedad.
- Exhibir un balance de la sociedad.
- Manifiestar bajo protesta de decir verdad a cuánto asciende el capital social, y cómo se encuentra distribuido.

Carlos Galicia desahogó la prevención y el juez, fijó en base a su declaración y documentos que le exhibió una fianza por el importe de \$1,000,000.00 (UN MILLON DE PESOS 00/100 M.N.) ; subordinando la eficacia de la suspensión a la exhibición de dicha fianza en un plazo de cinco días hábiles. El Juez consideró que la suspensión debía ejecutarse sin más demora, con efectos restitutorios para el efecto de que a Carlos Galicia se le restituyera en el cargo de Presidente del Consejo de Administración, y por lo mismo que se le permitiera seguir manejando y administrando la sociedad, suspendiendo por ello los efectos de la asamblea impugnada. Ahora bien, el juez fundamentó su resolución en el sentido de que la administración de la sociedad está compuesta de actos de "tracto sucesivo" por lo que sí es posible la suspensión, ya que de no concederse se correría el riesgo de dejar sin materia el juicio principal y causar un perjuicio irremediable e irreparable a la sociedad por los actos que realizara el nuevo administrador.

- e) Ordenó el Juez también, que la suspensión de los acuerdos sociales se notificaran y ejecutaran en el momento en que se emplazara a la sociedad y al nuevo administrador al juicio. Lo cual se realizó exitosamente, regresando por ello Carlos Galicia a su cargo de Presidente del Consejo.

ANEXO UNO

Posterior al emplazamiento a juicio, el nuevo Administrador Fausto Ledesma pidió, con fundamento en el artículo 699 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal se le fijara una contragarantía para dejar sin efectos la suspensión de los acuerdos sociales otorgada a Carlos Galicia.

El juez de los autos negó la solicitud del nuevo administrador, argumentando fundamentalmente que no procedía la contragarantía al no estar regulada así en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El demandado Fausto Ledesma, se inconformó con la decisión anterior del juez y presentó un recurso de apelación; mismo que resolvió la Cuarta Sala Civil en el Distrito Federal, declarando infundado el recurso, aduciendo fundamentalmente que el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal no era supletorio de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que en su caso la ley supletoria de tal ordenamiento especial debía ser el Código de Comercio, mismo que no establecía la figura de la contragarantía solicitada por el apelante.

Así las cosas, Fausto Ledesma interpuso un juicio de amparo indirecto en contra de la resolución dictada por la Cuarta Sala Civil en el Distrito Federal; y en el cual solicitó también que se le concediera la suspensión del acto reclamado; misma suspensión que debería tener el efecto de “dejar sin efectos” la resolución que concedía la “suspensión de los acuerdos sociales” a favor de Carlos Galicia.

La demanda de Amparo fue admitida por el Juez Cuarto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, y con relación a la solicitud de amparo y de suspensión del acto reclamado solicitada por el Quejoso, fundamentalmente resolvió dicho juzgador lo siguiente:

- Que no era procedente conceder la suspensión provisional ni definitiva en el juicio de amparo, por dos razones: a) Porque dicha “suspensión” era

ANEXO UNO

materia del fondo del juicio de amparo; b) Porque no podría concederse una medida precautoria en contra de otra medida precautoria, enfatizando el Juez de Distrito que la “suspensión de los acuerdos sociales” concedida, por el Juez de primera instancia era una medida precautoria; que en el fondo tenía la misma naturaleza jurídica de la medida precautoria establecida en el artículo 124 de la Ley de Amparo, por lo cual, era imposible jurídicamente conceder una medida precautoria para dejar sin efectos otra medida precautoria.

- Con relación a la petición de amparo y protección de la justicia federal, el Juez de Distrito resolvió negarlo fundamentalmente porque: a) El permanecer en un cargo de “administrador” en una sociedad no concede un “derecho” susceptible de ser protegido en un juicio de amparo, ya que no se tiene derecho para “permanecer” en el cargo; b) Porque el artículo 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es una regla procesal, establecida en una Ley Especial y por ello no procede supletoriedad a la misma, ni del Código de Comercio, ni del Código Adjetivo Civil local; c) Porque la finalidad del legislador al establecer la “suspensión de los acuerdos sociales” en el artículo 202 de la LGSM es mantener viva la materia del juicio de impugnación principal, razón por la cual, de dejarse sin efectos dicha medida precautoria se correría el riesgo de dejar sin materia el juicio principal.

Consideró también el Juez de Distrito, que si bien el artículo 201 de la LGSM establecía la acción de “impugnación de los acuerdos sociales”, el artículo 202 de la misma ley, no hacía diferencia en cuanto a si dicha suspensión procedía únicamente en tratándose de la acción establecida en el artículo 201; por lo que bien podría hacerse extensivo dicho beneficio al supuesto de acción de nulidad genérico establecido en el artículo 188 de la misma ley.

CONCLUSIONES

Derivado del estudio anterior, y habiendo determinado los antecedentes de derecho comparado que nuestro legislador tomó seguramente en cuenta para incorporar en la Ley General de Sociedades Mercantiles la figura de la Acción de Oposición Judicial de Acuerdos Sociales, así como la Acción de nulidad de las asambleas, se establecen las siguientes conclusiones:

PRIMERA: Considero, que la materia de las nulidades en la Ley de Sociedades es confusa e irregular, sin embargo, cuando haya lagunas se aplicará el Código de Comercio y supletoriamente las disposiciones del derecho común, es decir, el Código Civil Federal. Existe una precaria regulación en la materia de nulidad de asambleas, es conveniente que se legisle en este sentido, para que no existan lagunas legales.

SEGUNDA: Considero sin lugar a dudas que el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que regula la acción denominada de oposición judicial a los acuerdos sociales, tiene su antecedente histórico en la Legislación Italiana, según el estudio hecho en esta tesis y en especial el relacionado con la interpretación que de dicha Legislación hizo el Jurista Donati.

Conforme a la Legislación Italiana, no existe el porcentaje accionario calificado que presupone el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles como necesario para el ejercicio de la acción.

TERCERA: Conforme la figura de Oposición Judicial de los Acuerdos Sociales fue recogida por otras legislaciones, su naturaleza se fue desvirtuando y en ciertos aspectos evolucionando, ya que la Legislación Española a diferencia de la Italiana le consagra toda una ley especial para regular el ejercicio por los accionistas de dicho derecho.

CUARTA: El legislador en sus buenas intenciones y respuesta institucional de evolución del sistema Jurídico mexicano tuvo una plausible conducta al recoger la Acción de Oposición Judicial en la Ley General de Sociedades Mercantiles, misma que desafortunadamente se opaca por la escasa regulación que de la materia se hizo en la multicitada ley; sombras y vacíos legales que aún no han sido cubiertos por la escasa jurisprudencia e interpretaciones jurídicas que existen del tema.

QUINTA: Es de elemental justicia que el legislador haya regulado en la Ley General de Sociedades Mercantiles la institución de las nulidades de asambleas que no cumplan los requisitos en su forma y fondo impuestos por la Ley de la Materia (artículo 188 LGSM) y también que se haya considerado, en acción separada la posibilidad de oposición judicial de los socios a acuerdos sociales tomados en asambleas en los que no formaron parte, o habiendo sido parte de ella hayan votado en contra por afectar sus intereses.

SEXTA: No obstante lo anterior, es desafortunado que el Legislador, en cuanto a la acción de nulidad genérica de asambleas (artículo 188 Ley General de Sociedades Mercantiles) celebradas en contra de los Estatutos o la Ley, haya realizado una legislación ambigua y escasa, pues no se encuentra en la Ley General de Sociedades Mercantiles mayores instrumentos jurídicos que indiquen los procedimientos, presupuestos procesales, y requisitos de la acción de nulidad absoluta de asambleas de accionistas que permitan diferenciar, sin lugar a dudas, dicha figura de la acción de oposición judicial de acuerdos sociales establecida en el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

SÉPTIMA: Tal y como se demostró en esta tesis que tratándose de la acción de nulidad establecida en el artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sirva de legislación supletoria el Código de Comercio, y el Código Civil Federal, ante lo ambiguo y genérico de la regulación de dicha figura en su ley especial, por lo que pienso que dicha figura de nulidad es la genérica, es decir, la absoluta (y la

inexistencia jurídica) tal y como es entendido en la Teoría General de las Obligaciones.

OCTAVA: Sentada la conclusión anterior, si la acción de nulidad establecida en el artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles es la genérica entendida conforme a la Teoría General de las Obligaciones (y el Código Civil Federal), entonces, es imprescriptible, no puede confirmarse, puede valerse de ella cualquier interesado (con interés jurídico conforme a la Jurisprudencia, no con interés "simple") y debe ser declarada por el Juez.

NOVENA: Por ello, en tratándose de la acción establecida en el artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles concluyó que no se aplica el plazo de quince días que para el ejercicio de la acción de oposición judicial a los acuerdos sociales que se establece en el artículo 201 de la Ley de Sociedades, porque de haberlo querido así el legislador habría reenviado al plazo antes descrito.

Considero también que la acción de nulidad establecida en el artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y la acción de oposición judicial establecida en el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aunque distintas en cuanto a la forma de su ejercicio, y del fondo del derecho cuestionable, una vez que se ejercen, gozan de la misma naturaleza jurídica por lo que deben y pueden tramitarse bajo el mismo procedimiento, pues la finalidad de ambas acciones sigue siendo la misma, es decir: no afectar derechos de tercero, por ello pueden seguirse para las dos el mismo trámite judicial que para la acción de oposición judicial se establece en el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

DÉCIMA: Es decir, que en la acción de nulidad establecida en el artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles puede pedirse la medida precautoria establecida en el artículo 202 de la misma Ley, y sin que para ello deba otorgarse el porcentaje accionario especial, es decir, el 33% (treinta y tres por ciento) a que se refiere el artículo 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que la

finalidad de dicha suspensión provisional de los Acuerdos Sociales, en ambas acciones sería la misma, o sea, mantener viva la materia del juicio, evitar daños y perjuicios de difícil reparación para el accionista impugnador o para el interesado que ha ejercido la acción de nulidad.

DÉCIMO PRIMERA: Es lógico concluir, que resulta innecesario que existan las dos figuras, de “nulidad absoluta” (artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y de “oposición judicial” (artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), ya que en base a que las dos, en el fondo tienen la misma naturaleza jurídica (obtener la nulidad de acuerdos tomados por los diversos socios violando la ley, los estatutos y en perjuicio de derechos de terceros) lo lógico será que cuando no se tiene la mayoría calificada establecida en el artículo 202 de la Ley, el accionista optará siempre por la acción general de nulidad absoluta, misma que en su caso subsume o atrae cualquier otra acción de oposición judicial de acuerdos sociales. Por ello considero que deberá repensarse el asunto, y procurar una reforma legal en la que se fusionen las dos acciones en una sola, estableciendo sin lugar a dudas, cuál sería el porcentaje accionario para ejercitar la acción; si pueden ejercitarlas terceros ajenos a la propia empresa; si pueden ejercitarla administradores u órganos de administración de la sociedad.

DÉCIMO SEGUNDA: También concluyó que el plazo de quince días a que se refiere el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles como necesario para el ejercicio de la acción de oposición judicial es un plazo que debe considerarse como de días hábiles ya que aún cuando no se ha abierto el proceso, resulta claro que con dicho plazo se condiciona el ejercicio de un derecho para incoar el proceso, y razón por la cual sería injusto obligar al socio a ejercitar el derecho en días que no sean hábiles, causando abusos y afectaciones en la esfera jurídica de los gobernados y una limitante a su efectivo acceso a la justicia (con violación del artículo 17 Constitucional), ya que si dicho plazo (en un ejemplo claro) coincidiera con el plazo de vacaciones generales o anuales de los Tribunales...¿qué derecho tendría el socio afectado? Con lo que resulta claro que podría hacerse nugatorio el derecho

establecido en dicho artículo para acceder a la justicia y por ello insisto que por un Principio de Orden Jurídico lo correcto es considerar dicho plazo como de días hábiles. En base a lo anterior, sería conveniente que la jurisprudencia evolucionara en este aspecto ya que existen precedentes judiciales aislados que llegan a considerar dicho plazo como de días naturales.

DECIMA TERCERA: Concedida la suspensión provisional de los acuerdos sociales como medida precautoria, coincido con el maestro Rodríguez Rodríguez en el sentido de que en contra de dicha suspensión provisional de los acuerdos sociales: No procede la suspensión del acto reclamado en un juicio de amparo, pues ello equivaldría conceder la suspensión del acto reclamado en contra de otra medida precautoria, violándose así diversos principios jurídicos que subsisten en materia procesal como el que dice que no es dable ni jurídico conceder una medida precautoria en contra de otra medida precautoria.

DÉCIMO CUARTA: Propongo que al retomarse el tema de la oposición judicial de los acuerdos sociales, el legislador colme lagunas que hoy podrían tornarse en verdaderas injusticias, tales como: ¿puede la sociedad demandada otorgar contragarantía para dejar sin efecto la suspensión del acuerdo social concedido al socio? ¿Cuáles son los parámetros objetivos y jurídicos que necesariamente debe tomar en cuenta el juez para fijar el importe de la caución que deberá otorgarse para garantizar la suspensión del acuerdo social impugnado? ¿Puede tramitarse la suspensión del acuerdo social antes de iniciar el juicio principal? ¿Puede tramitarse la suspensión del acuerdo social durante el juicio?

Las interrogantes anteriores han quedado respondidas debidamente en esta tesis, pues considero que no es jurídico conceder ni fijar a la sociedad demandada una contragarantía, ya que con ello se haría nugatorio el derecho concedido al socio opositor, y con ello también se podría solapar la realización de actos que de consumarse podrían ser de difícil reparación en perjuicio del socio impugnador; y con

ello también, se dejaría sin materia la acción de oposición; por lo que considero que no es dable conceder la contragarantía para no dejar sin materia la acción ejercitada.

DÉCIMO QUINTA: De igual forma concluyó que el Juez, para conceder la suspensión de los acuerdos sociales debe allegarse entre otros elementos de prueba: a) Estados financieros y la posición financiera de la sociedad demandada; b) Importancia de los acuerdos impugnados – si en ellos se acuerda la realización de una venta inminente, o de un plan de negocios temporal que se traduzca en una oportunidad que de concederse la suspensión probablemente se cause un perjuicio inminente a la sociedad-; c) antigüedad y reconocimiento comercial de la sociedad; d) últimas declaraciones ante el Fisco (para determinar el ingreso anual que tiene la empresa) y todos aquellos informes que bajo protesta de decir verdad les haga el impugnador, tales como la existencia de cuentas bancarias, dinero en caja, entre otros.

DÉCIMO SEXTA: Con relación al momento en que puede jurídicamente iniciarse el trámite de la medida precautoria consistente en la suspensión de los acuerdos sociales, considero que es en vía incidental y concederse de plano como todas las medidas precautorias reguladas en el Código de Comercio; y por ello el momento para hacerla efectiva puede ser antes de presentar el juicio principal, siempre y cuando la acción de oposición judicial de los acuerdos sociales se instaure dentro del plazo señalado en el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que de iniciarse únicamente la medida precautoria y no instarse la acción principal, lo lógico y jurídico sería sobreseer la medida precautoria pues la misma no puede subsistir sin la existencia del juicio principal al cual se encuentra relacionado íntimamente. Considero también, que la medida precautoria una vez iniciado el juicio principal (si no se pidió desde antes) puede solicitarse en cualquier etapa del proceso (antes de que se dicte sentencia de primera instancia), pues es un derecho del socio que tiene siempre, ya que la que está sujeta al plazo perentorio de quince días hábiles es la acción principal y no la suspensión que se contiene en el artículo 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles como medida precautoria.

BIBLIOGRAFÍA

BARRERA GRAF Jorge; "Instituciones de Derecho Mercantil"; Editorial Porrúa; México; 1999; pp. 866.

BORJA SORIANO Manuel; "Teoría General de las Obligaciones"; 14º Edición; Editorial Porrúa; México; 1995; pp.732.

BRUNETTI Antonio; Serie de clásicos del derecho societario, "Sociedades Mercantiles"; Tomo 2; Sociedad Anónima; Editorial Jurídica Universitaria; San José; 2002; pp. 610.

CERVANTES AHUMADA Raúl; "Derecho Mercantil" Primer Curso; 2º Edición; Editorial Porrúa; México; 2002; pp. 688.

DÍAZ BRAVO Arturo; "Derecho Mercantil"; Iure Editores; México; 2002; pp. 156.

DONATI Antigono; "Sociedades Anónimas. La invalidez de las deliberaciones de las asambleas"; Traducción Felipe J. Tena; Editorial Porrúa Hnos y Cía; México D.F.; 1939; pp. 350.

FRISCH PHILIPP Walter; "Sociedad Anónima Mexicana"; Editorial Harla; México; 1994; pp. 753.

GARCÍA RENDÓN Manuel; "Sociedades Mercantiles"; 2º Edición; Colección de Textos Jurídicos Universitarios Oxford; México; 1999; pp. 619.

GARRIGUES Joaquín; "Curso de Derecho Mercantil"; 9º Edición; Editorial Porrúa; México; 1998; pp. 969.

JIMÉNEZ DE PARGA Rafael, "Estudios Jurídicos sobre las Sociedades Anónimas"; Editorial Civitas, S.A.; Madrid; 1995; pp. 390.

MANTILLA MOLINA Roberto; "Derecho Mercantil"; 29° Edición; Editorial Porrúa; México; 2001; pp. 548.

MARTORELL Ernesto Eduardo; "Sociedades Anónimas"; Ediciones Depalma; Buenos Aires; 1988; pp. 491.

NISSEN Ricardo A; "Impugnación de actos y decisiones asamblearias"; Ediciones Depalma; Buenos Aires; 1989; pp. 239.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Joaquín; "Curso de Derecho Mercantil"; 25° Edición Editorial Porrúa; México; 2001; pp. 1050.

_____ ; "Tratado de Sociedades Mercantiles"; 7° Edición; Editorial Porrúa; México; 2001; pp. 1020.

RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA Daniel; "Impugnación de acuerdos de las Juntas de accionistas"; 2° Edición; Aranzadi Editorial; Pamplona; 1994; pp. 384.

URÍA Rodrigo; "Derecho Mercantil"; 24° Edición; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.; Madrid; 1997; pp. 1257.

URÍA Rodrigo y otros; "Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles"; Tomo V: La Junta General de Accionistas; Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1992; pp. 395.

VÁSQUEZ DEL MERCADO Óscar; "Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles"; 8° Edición; Editorial Porrúa; México; 1992; pp. 476.

HEMEROGRAFÍA

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Joaquín; "Validez e invalidez de las asambleas de accionistas y de sus acuerdos"; en *Revista Escuela Nacional de Jurisprudencia*; Volumen VIII; Número 29; México; Ene-Mar 1946; p. 47-84.

FRÍAS S. Carlos R.; "La nulidad de las asambleas de accionistas y de los acuerdos emanados de ellas"; en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí*; Número 19; México; Sept-Dic 1991; p. 9-31.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación.

Código Civil Federal.

Código de Comercio.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ley Federal de Correduría Pública.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley del Mercado de Valores.

Ley del Notariado del Distrito Federal.

MEDIOS ELECTRÓNICOS

Suprema Corte de Justicia de la Nación, IUS 2004, Jurisprudencias y Tesis Aisladas, Junio 1917- Junio 2004, CD-ROM, México, 2004.