

LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y DE LOS TERCEROS DE BUENA FE EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS: ANÁLISIS DE LA LEY Y PROPUESTAS DE PROTECCIÓN

Santiago GARCÍA LUQUE

“La persona jurídica constituye, en sustancia, un instrumento que debemos dominar y no ya una hipótesis por la cual debemos ser dominados”.

Ascarelli

SUMARIO: I. Introducción. II. La protección de los derechos de minorías frente a los actos ilícitos de los administradores de las sociedades anónimas cuando son a su vez accionistas mayoritarios. III. Las acciones de oposición, nulidad, responsabilidad directa y la suspensión de acuerdos sociales. IV. La Ley del Mercado de Valores y las sociedades anónimas promotoras de inversión. V. El abuso de la personalidad jurídica societaria frente a terceros de buena fe: La extensión de la responsabilidad societaria. VI. Abuso de la persona jurídica: la doctrina en el sistema continental europeo. VII. La jurisprudencia española. VIII. Antecedentes de la desestimación de la personalidad jurídica y la extensión de la responsabilidad societaria en México. IX. ¿Revisión de la ley societaria actual o iniciativa de ley? X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo en primer término, realizar una crítica a la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que se refiere a su forma de prever e intentar solucionar ciertos conflictos

entre accionistas minoritarios frente a un grupo mayoritario, y entre accionistas y administradores de las sociedades anónimas respecto de la gestión social y el control de la misma.

Asimismo, se analizará y propondrá como nueva medida extraordinaria y excepcional en la legislación mexicana, la extensión de la responsabilidad societaria a sus accionistas, derivado de la comisión de hechos ilícitos cometidos en perjuicio de los terceros de buena fe. Así, se buscará proponer algunas probables soluciones para mitigar estos problemas así como una propuesta de responsabilidad extensiva de los accionistas que hoy por hoy no se encuentra regulada en la legislación mexicana, por ser la ley societaria en ciertos aspectos anacrónica, poco práctica y por ende obsoleta.

De este modo, y por ser tan vasta la legislación mercantil, el presente trabajo solamente se limitará a analizar dos problemas a saber:

La protección de los derechos de minorías frente a los actos ilícitos de los administradores de las sociedades anónimas, cuando son a su vez accionistas mayoritarios a través de las acciones previstas por la legislación societaria.
El abuso de la personalidad jurídica societaria frente a terceros de buena fe:
La extensión de la responsabilidad societaria.

Así, para iniciar el presente estudio debemos de recordar que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles —en lo sucesivo LGSM o Ley Societaria, indistintamente— fue publicada el 4 de agosto de 1934. Las modificaciones en lo que se refiere a los puntos antes mencionados no han sido a través de las reformas legales sino por medio de la jurisprudencia. De forma tal que inclusive existen lagunas que ni siquiera la jurisprudencia se ha encargado de resolver por el simple y sencillo hecho que ciertos problemas lejos de prestarse a una interpretación jurisprudencial, ni siquiera se encuentran planteados en la legislación societaria, o bien contienen obstáculos legales insuperables. Un típico ejemplo son las restricciones porcentuales para hacer valer ciertos derechos de oposición de los accionistas y que muchas veces se prestan a confusión con las llamadas acciones de nulidad. Adelanto a los lectores que ha sido el derecho comparado el que se ha encargado de dar soluciones a estos vacíos legales, y que desde el punto de vista del autor bien pueden ser aplicados a la legislación mexicana por tratarse de leyes con una gran similitud, pero

actualizadas a las exigencias de nuestra época, como lo es, por decir un ejemplo, la Ley de Sociedades Anónimas publicada el 22 de diciembre de 1989 en el Reino de España.

El anterior argumento tiene su sustento en la medida que la ley, entendida ésta como una norma de derecho emanada del Estado, de forma escrita y mediante un procedimiento solemne,¹ lejos de ser estática debe de ser dinámica y adaptable a las exigencias de cada época y en cada lugar, lo cual me invita a citar al maestro y ex rector de la Escuela Libre de Derecho, don Francisco García Jimeno, cuando manifestó en un Discurso pronunciado en las aulas de la Escuela Libre de Derecho las siguientes palabras: “El derecho entraña aspectos que deben ser cambiantes para responder con plenitud a los imperativos del fenómeno social, por naturaleza evolutivo, ello solamente puede significar ensanchamiento de formas para comprender modos nuevos de relaciones sociales”.²

Para la elaboración y estudio del presente trabajo quisiera hacer un agradecimiento y reconocimiento especial a los licenciados Miguel Alberto Reyes Anzures, Raúl Becerril Páez, Javier Sánchez Rojas, José Antonio García Alcocer y José Antonio García Luque, por su colaboración. Cualquier error en el presente trabajo es responsabilidad exclusiva del autor.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE MINORÍAS FRENTE A LOS ACTOS ILÍCITOS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS CUANDO SON A SU VEZ ACCIONISTAS MAYORITARIOS

1. Problemas comunes sin solución de la LGSM

Debemos iniciar con la siguiente reflexión: ¿qué sucede cuando un porcentaje minoritario de accionistas no está de acuerdo con la gestión del órgano de administración, cuando éste a su vez está integrado por un accionista mayoritario de la sociedad? ¿Qué sucede cuando

¹ *Diccionario Jurídico Espasa*, Espasa, Madrid, p. 567.

² García Jimeno, Francisco, “Discurso pronunciado el 11 de septiembre de 1972”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, VII, p. 34.

el órgano de administración integrado por un accionista mayoritario comete hechos ilícitos en perjuicio de la sociedad? ¿Cómo se le puede exigir responsabilidad a este accionista-administrador? ¿Quién le puede exigir responsabilidad? ¿Qué sucede con los obstáculos legales? El problema frente al que nos encontramos cobra relevancia si consideramos que por regla general, el reclamo de la responsabilidad civil del administrador solamente se puede exigir por acuerdo de la asamblea general de accionistas.

En efecto, si bien es cierto que el perjudicado patrimonial de los actos ilícitos del administrador es la sociedad, por ser un ente con personalidad jurídica propia, también lo es que los perjudicados indirectamente son los accionistas y la sociedad carece de razón de ser si no es por el fin último que persigue ésta que es el lucro de todos sus accionistas.

Con independencia del catálogo de derechos que la doctrina clasifica como derechos patrimoniales y corporativos de los accionistas,³ nuestra ley societaria prevé los siguientes derechos en específico que serán materia de crítica en el presente trabajo:

- El 25% de los accionistas tiene derecho a nombrar un consejero en el consejo de administración, artículo 144, LGSM.
- El 33% de los accionistas tiene derecho a oponerse judicialmente a los acuerdos adoptados en la asamblea de accionistas, artículo 201, LGSM.
- El 33% de los accionistas tiene derecho a demandar sin acuerdo previo de asamblea de accionistas la responsabilidad civil directa del administrador, artículo 163, LGSM.

Lo anterior nos lleva a la conclusión anticipada que a ojos de la Ley Societaria, quien detente tan sólo 24% o 32% de las acciones carecerá de los derechos antes señalados.

A continuación analizaremos brevemente las acciones previstas expresa e implícitamente por la LGSM mediante las cuales se puede reclamar la responsabilidad civil del administrador y los acuerdos adoptados por la mayoría de los accionistas mediante asamblea, para

³ Véase Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1978, 17a. ed., pp. 349-373.

después realizar una crítica alrededor de esas herramientas previstas por la ley y proponer algunas modificaciones al respecto.

III. LAS ACCIONES DE OPOSICIÓN, NULIDAD, RESPONSABILIDAD DIRECTA Y LA SUSPENSIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Para la impugnación de los acuerdos sociales y acciones de responsabilidad del administrador, la LGSM prevé las siguientes acciones.

1. Acción de oposición

Prevista en el artículo 201 de la LGSM, mediante esta acción los accionistas que representen 33% del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las Asambleas Generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

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

No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los Administradores o de los Comisarios.

Como requisito de procedibilidad –artículo 205, LGSM– deben los accionistas depositar los títulos de sus acciones ante notario o en una institución de crédito, quienes expedirán el certificado correspondiente para acompañarse a la demanda.

Asimismo, el artículo 202 de la ley societaria concede la posibilidad a los opositores de solicitar la suspensión de aquellos acuerdos que hayan sido motivo de la oposición siempre y cuando se otorgue fianza suficiente para garantizar los daños y perjuicios que se pudieren ocasionar en el evento de que la oposición resulte infundada.

Debemos apreciar en primer término que solamente se puede incoar una acción de oposición contra una asamblea válida, la cual fue

legalmente convocada e instalada y cuyas resoluciones son violatorias del pacto social. Sin embargo a simple vista se nos presentan los siguientes problemas –típicos en la práctica societaria mexicana– a saber:

- Los accionistas que representen 32% o menos de las acciones representativas del capital social carecen de legitimación para iniciar la presente acción de oposición.
- Los accionistas que pretendan iniciar esta acción deben verificar el depósito de sus títulos accionarios. ¿Y si no tienen estos accionistas los títulos mencionados en su poder? ¿Qué sucede si estos títulos nunca fueron expedidos, como sucede en repetidas sociedades cuyos accionistas se encuentran vinculados por el parentesco? ¿Qué sucede si estos accionistas no tienen los títulos accionarios pero tienen reconocido ese derecho en el Libro de Registro de Accionistas o bien en las actas de asambleas celebradas con anterioridad en donde se les reconoce tal carácter? ¿Acaso esta disposición no es violatoria del artículo 17 constitucional? En principio, ni siquiera reuniendo 33% podrán incoar esta acción, pues significa un obstáculo legal insuperable si consideramos que los obligados a expedir los títulos son los miembros del consejo de administración y puede coincidir que sean ellos en contra de quienes se pretenda enderezar la acción de oposición.

El segundo de los problemas antes citados –el depósito de las acciones como elemento de procedencia de la acción–, lejos de ser solucionado ha sido ratificado por criterios jurisprudenciales como a continuación se cita:

SOCIEDADES MERCANTILES. EL ARTÍCULO 205 DE LA LEY GENERAL RELATIVA, AL IMPONER LA OBLIGACIÓN DEL DEPÓSITO DE LAS ACCIONES COMO REQUISITO PARA EJERCER LAS PETICIONES JUDICIALES PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 185 Y 201 DE ESE ORDENAMIENTO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXPEDITEZ EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Las acciones en que se divide el capital social de las sociedades anónimas son títulos de naturaleza mercantil que incorporan derechos corporativos y que sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, según se advierte del artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, además de que el tene-

dor de la acción debe exhibirla para ejercitar los derechos que le corresponden como socio. En ese tenor, el artículo 205 de dicha Ley, al imponer la obligación del depósito de las acciones como requisito para ejercer las peticiones judiciales previstas en los artículos 185 y 201 de ese ordenamiento, no viola la garantía de expeditez en la administración de justicia prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto que tal determinación no pone trabas al derecho de tutela judicial, sino que tal restricción a la libre enajenación de las acciones debe entenderse como una formalidad para comprobar la legitimación de quien interpone la demanda, a fin de dar seguridad jurídica y garantizar la seriedad de la demanda, pues con ello se evita que el accionista iniciador del procedimiento respectivo transmita con posterioridad los títulos y se desatienda del proceso iniciado, en perjuicio de la sociedad mercantil, de los restantes accionistas o de terceras personas.

Amparo directo en revisión 1158/2005. Nicolás Alberto Ferrer Casellas. 24 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz. Novena época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIII, enero de 2006, p. 749. Tesis: 1a. CXCIX/2005. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional, Civil.

2. Acción de nulidad

La presente acción ha sido confundida en numerosas ocasiones en el ámbito judicial con la acción de oposición antes citada, ya sea que dicha confusión derive como consecuencia de una demanda narrada en términos oscuros e imprecisos, o bien por la falta de estudio del juez que se encargue de conocer de la admisión de la demanda en primera instancia. Confusión que, como veremos más adelante, ha sido aclarada por la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales.

En suma, será procedente la acción de nulidad de asamblea o de acuerdos tomados por la asamblea de accionistas cuando éstos contravengan una disposición relativa a su convocatoria, instalación y modo de liberación, así como cuando contravenga disposiciones de orden genéricas de legalidad, en concordancia con el artículo 80. del Código Civil Federal. Sin embargo, esta afirmación, así de sencilla –partiendo de un presupuesto de nulidad conforme a la Teoría General de las Obligaciones Civiles–, bien puede prestarse a confusiones cuando también se pueda ejercitar la acción de oposición judicial,

puesto que ésta puede resultar procedente contra los acuerdos tomados por los accionistas en contravención a los estatutos.

En primer lugar, vemos que resultan obvios los supuestos de procedencia de la acción de nulidad de asamblea de accionistas y los acuerdos en ella tomados cuando contravengan disposiciones relativas a los requisitos para la convocatoria de asamblea y quórum mínimo exigido en su instalación.⁴

En el sistema previsto por la Ley Societaria la acción de nulidad por regla general se dirige en contra de los actos que constituyen el procedimiento previo a la toma de una resolución societaria. En efecto, la Asamblea de Accionistas será ineficaz en la medida en que su instalación y el procedimiento de toma de resoluciones —dentro del cual figuran el quórum de votación, la presidencia de la asamblea, el acta, su domicilio, etc.— infrinjan disposiciones legales de orden público y sus estatutos, considerando a los estatutos como el contrato supremo entre los accionistas.

A. Una acción de nulidad específica: la contravención al artículo 197 de la LGSM

Existen casos aislados en los que debemos determinar la naturaleza de la sanción cuando los administradores —siendo a su vez accionistas, obvio— votan contrariamente en las deliberaciones relativas a la aprobación de los informes financieros y estados contables, a su responsabilidad y a los convenios en que restrinjan la libertad de votos de los accionistas.⁵ Esto es, la votación prevista en el siguiente artículo de la Ley Societaria:

Artículo 197. Los administradores y los comisarios no podrán votar en las deliberaciones relativas a la aprobación de los informes a que se refieren los artículos 166, en su fracción IV y 172, en su enunciado general o a su responsabilidad.

En caso de contravención (sic) esta disposición, la resolución será nula cuando sin el voto del Administrador o Comisario no se habría logrado mayoría requerida.

⁴ Artículos 186, 187, 188 y 189 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁵ Artículos 197 y 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¿Será válido el voto del administrador cuando sea a su vez el accionista mayoritario de la sociedad? ¿Qué sucede si el administrador omite esta disposición y decide aprobar sus informes fungiendo como un accionista que controla la mayoría de los votos? ¿Por qué sería nula esta contravención? ¿A qué tipo de nulidad se refiere? En principio la lectura del artículo es clara y prohíbe, so pena de nulidad, la “auto-aprobación” de los informes por parte del administrador. Sin embargo, en la práctica societaria es muy común la omisión de esta regla por parte de quienes controlan las mayorías societarias. Veamos:

Una resolución es legalmente adoptada, cuando sus presupuestos de existencia y validez se han satisfecho:

1. Una Asamblea legalmente convocada.
2. Que se cumplan el quórum de asistencia y de votación.
3. Que el acuerdo se tome en Asamblea.
4. Que los accionistas estén correctamente representados.
5. Que se guarden las reglas relativas al Presidente y Secretario de la Asamblea, y a su acta.
6. Libertad en el voto.
7. Aplazamiento de las resoluciones a solicitud del 33% de los accionistas.
8. Que los votos —declaraciones unilaterales de voluntad, que conforman el acuerdo y la “voluntad social”—, sean existentes y válidos.

El voto, como acto jurídico unilateral, tiene elementos de existencia y de validez regulados por el derecho civil. Por lo mismo, se le aplica el régimen de ineficacias del Código Civil Federal y será inexistente cuando falta el consentimiento de su emisor o carece de objeto. Asimismo será inválido si le falta algún elemento de validez, que son la ilicitud en el objeto, fin o condición, los vicios de voluntad, falta de forma e incapacidad. El voto ilícito es un voto inválido, nulo.

Así, la resolución adoptada gracias a votos ilícitos o nulos, no es una resolución legalmente adoptada, sino que se trata de un acuerdo ilegal, pues al ser nulo el voto determinante, ello acarrea la invalidez de la resolución.

Luego, la invalidez del voto no es materia de acción de oposición judicial –que procede contra resoluciones legalmente adoptadas–, sino de una ordinaria de nulidad. El voto contrario al artículo 197 es nulo por disposición expresa de este numeral, y nula es la resolución si aquel fue determinante en la mayoría.

Entonces, una resolución, a pesar de haber sido legalmente adoptada, ¿puede violar el contrato social o la ley? Así se desprende de los artículos 201, fracción III, que interpretado conjuntamente con el 200 –ambos de la LGSM–, estatuye que la oposición contra resoluciones legalmente adoptadas por la Asamblea, debe fundarse en una violación a la ley o a los estatutos.

Para anular el voto que exima de responsabilidad al administrador en términos del artículo 197, no es preciso que dicha acción se ejercite por quienes representen 33% del capital social, puesto que se trata de una acción de nulidad y no de oposición. La sanción de nulidad no requiere de porcentajes mínimos, sino que requiere que el acto que se tilde de nulo se encuentre viciado por alguna de las causales de nulidad previstas por la legislación civil y societaria. De hecho, 33% de los accionistas tienen a su favor una acción directa de responsabilidad civil, sin necesidad de acuerdo previo de la Asamblea, misma que se analizará en el apartado siguiente.

¿Cuál es el efecto de la acción de oposición? Que no se ejecute –ineficacia en sentido amplio– la resolución que, a pesar de provenir de un procedimiento legal de deliberación, es violatoria de la ley o de los estatutos. El acuerdo no es ineficaz porque le falte algún requisito esencial o de validez, o porque su procedimiento de formación esté viciado, sino porque siendo válido –en sí mismo considerado–, viola un precepto legal o estatutario. Son situaciones diversas.

Como argumento de interpretación literal de la ley, podemos decir que el artículo 197 se limita a establecer la nulidad del voto ilícito, sin exigir para su declarativa judicial que se haga valer por una mayoría calificada. Es una nulidad lisa y llana, regulada por el derecho civil, idéntica a la establecida en el artículo 188 de la Ley Societaria.

Como conclusión vemos entonces que la nulidad se presenta cuando: i) faltan los requisitos o presupuestos indispensables de la resolución y de la Asamblea que la toma –publicidad y funcionamiento–, ya sea que la LGSM establezca expresamente la nulidad o no; ii) por violación a derechos individuales de los socios, establecidos por la

ley a su favor;⁶ iii) por aplicación de las reglas civiles de nulidad e inexistencia a ciertos actos sociales, como el voto, que precisan de los elementos de existencia y validez de todo acto jurídico.

La nulidad del acuerdo social, establecida por el artículo 197, corresponde a la nulidad de un acto jurídico por ilicitud en su objeto. El objeto del voto –acto jurídico– contraviene dicho precepto. Cualquier otra violación legal o estatutaria corresponde a la acción de oposición.

B. La acción genérica de nulidad

No debemos de olvidar que con independencia de las acciones de nulidad específicas en la LGSM ya mencionadas –por violación a los artículos 186 a 189 y 197 de la ley societaria–, siempre habrá lugar a la procedencia de la acción de nulidad por contravenir el artículo octavo del Código Civil Federal. Esto es, el hecho de que no haya una acción de nulidad prevista en la Ley Societaria no significa que ésta no pueda ser hecha valer conforme a las reglas del derecho común.

Esta regla ha sido reconocida por nuestros más altos tribunales y resulta por demás necesaria e importante si consideramos todos los obstáculos legales existentes para el planteamiento de una acción de oposición –15 días para su interposición, 33% del capital para su legitimación, etcétera–, en donde también puede coincidir que proceda la solicitud de nulidad de la asamblea y de los acuerdos en ella adoptados.

A continuación cito una tesis que reconoce ampliamente la procedencia de la acción genérica de nulidad:

NULIDAD DE ACTAS DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. SON IMPUGNABLES MEDIANTE LA ACCIÓN GENÉRICA DE NULIDAD CUANDO LAS CAUSAS Y HECHOS QUE LA MOTIVAN NO SURTEN DE MANERA CLARA Y ESPECÍFICA LOS SUPUESTOS DE NULIDAD Y OPOSICIÓN REGULADOS POR LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES. Entre las acciones que pueden hacerse valer en relación con las asambleas generales, sean ordinarias o extraordinarias, celebradas

⁶ Así lo sostiene Barrera Graf, poniendo como ejemplo la violación a su derecho de preferencia para suscribir acciones en caso de aumento de capital (artículo 132).

por los accionistas de una sociedad anónima, se encuentran la que persigue la nulidad de la reunión colegiada misma, y las que buscan atacar la validez de los acuerdos o resoluciones tomadas por el órgano máximo de la persona moral. La primera de ellas, esto es, la acción de nulidad de asamblea, tiene por objeto, según se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 179, 186, 187, 188, 189, 190 y 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, declarar la ineficacia de la reunión misma, basada en diversas causas, como son, la inexistencia de la convocatoria, que se produce no sólo ante su ausencia total sino ante la falta de satisfacción de los requisitos que deben cumplir, como la carencia de facultades de quien la emite, la falta de menciones esenciales (por ejemplo, la fecha y la orden del día) y la omisión de darle publicidad adecuada; así como la falta de reunión efectiva de los socios en la forma determinada por la ley, bien sea porque nadie ocurre a ella, o se realice en lugar o fecha distintos a los indicados en la convocatoria, o en sitio diverso al domicilio social, o no concurran accionistas que representen determinadas cantidades de capital que sean necesarias para estimar reunido el quórum de presencia, ya sea en primera o segunda convocatoria, según se trate de asambleas extraordinarias u ordinarias. Por su parte, la acción de oposición judicial a las resoluciones de las asambleas generales, de acuerdo con los requisitos derivados de su legal regulación, previstos en los artículos 201, 202, 203, 204 y 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aparece caracterizada como una acción de impugnación concreta y determinada, propia de las minorías, cuyo ejercicio está sujeto a un término perentorio y a la exhibición del comprobante de depósito de las acciones, como documento justificativo de la calidad de accionista y del monto de la tenencia accionaria, es decir, de la legitimación activa. Acorde con esas notas distintivas, la acción de oposición excluye de su ejercicio a los socios que, teniendo una participación de acciones inferior al treinta y tres por ciento del capital social, estimen que las resoluciones son ilegales, y a quienes, reuniendo el mencionado porcentaje, o inclusive, uno superior, hayan asistido a la asamblea y votado en contra o a favor de las determinaciones de esa reunión, pero consideren que existe alguna causa ocurrida con posterioridad a esa votación, que pueda motivar la declaración de nulidad. Esa exclusión no impide estimar que, al lado de la acción de oposición y de la acción de nulidad referidas, es factible para los socios que se encuentren en los anteriores supuestos ejercer una diversa acción genérica de nulidad fundada en causas y hechos que no surtan de manera clara y específica los supuestos de nulidad y de oposición regulados en la ley especial. Por tanto, habría una tercera acción de nulidad fundada en las reglas generales de las nulidades que regula el Código Civil Federal, ya que si bien de *lege ferenda* sería conveniente que también los mencionados socios pu-

dieran ejercer la impugnación de acuerdos adoptados en asambleas con base en los citados preceptos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a fin de que en una sola figura se concentraran las posibilidades de invalidar resoluciones sociales, lo cierto es que la actual regulación legal contenida en la legislación especial citada tiene las limitantes de referencia, sin que excluya la acción genérica de nulidad porque, en términos del artículo 80. del Código Civil Federal, son nulos los actos que contravengan disposiciones de orden público o leyes prohibitivas y esto comprende normas distintas a las de la ley especial. Por ello, debe acudir a la legislación que contempla de manera general, en derecho privado, las nulidades de los actos jurídicos, o sea, el Código Civil Federal, ya que las resoluciones de las asambleas son manifestaciones de voluntad que crean derechos y obligaciones, y por ende, tienen efectos de *jure*, cuyo proceso de formación tiene peculiares características, ciertamente, pero que no les restan ni la calidad de actos jurídicos ni la posibilidad de estar sujetos, como todos los de su clase, a la nulidad general. Estimar lo contrario, sería posibilitar que, ante las limitaciones al ejercicio de la acción de oposición, surtieran plenos efectos, en caso de falta de impugnación por los únicos legitimados para hacer valer ese tipo de acción, los acuerdos nulos *per se*, pero cuya nulidad no podría declararse en ejercicio de acción diversa a la opositora, situación que es jurídicamente inadmisibles. De esa guisa, la acción de oposición que es de impugnación concreta y determinada, con una titularidad restringida a ciertos socios, no impide el ejercicio de la más amplia acción de nulidad general por parte de los socios que se encuentren en supuestos diversos a los previstos para aquella, es decir, los accionistas que tengan una tenencia de títulos representativos del capital social inferior al treinta y tres por ciento, o mayor a ese porcentaje de participación accionaria, que hayan asistido a la asamblea y votado o se hayan abstenido de votar en contra de las resoluciones pero que aduzcan una causa ocurrida con posterioridad a esa votación, que pueda motivar una declaración de nulidad.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 303/2005. Roberto Eduardo Guerrero Morones y otros. 14 de julio de 2005. Mayoría de votos. Disidente: Benito Alva Zenteno. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2730. Tesis: I.3o.C.514 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

Así, con independencia de que la regla de la acción genérica de nulidad deberá de prevalecer por referirse a contravenciones de as-

pecto civil conforme a la teoría general de las nulidades, la misma no ha sido reconocida –ni tiene porque ser reconocida, en realidad– por la LGSM ni por jurisprudencia definida, lo que libera a los juzgadores de la obligación de avocarse a su estudio obligatorio y por lo tanto deja abierta la puerta para que los juzgadores equivocadamente sigan desechando las demandas de nulidad bajo el argumento de que: i) o no se reúnen los requisitos para ejercer una acción de oposición judicial o, ii) que no se trata de una de las acciones específicas de nulidad señaladas por la Ley Societaria.

C. Algunas diferencias entre la acción de oposición y de nulidad

La acción de nulidad en comento no está sujeta a ningún requisito de procedibilidad especial, ni su ejercicio se encuentra reservado a determinadas minorías –como en algunas ocasiones se confunde en la actividad jurisdiccional–, ya que ni el articulado de la LGSM ni los preceptos relativos provenientes del derecho común establecen dichas exigencias, sino que por el contrario su ejercicio se encuentra a disposición de cualquier persona que tenga un interés jurídico de reclamar a la autoridad judicial, el que una asamblea de socios y sus resoluciones se sometan al imperio de la ley y de los estatutos.

Por lo anterior, la acción de nulidad no guarda identidad con la diversa acción de oposición a resoluciones de asambleas prevista por el numeral 201 de la LGSM, y que a diferencia de la primera, sí está sujeta a los requisitos de procedibilidad y temporalidad enumerados en el artículo 201 del mismo ordenamiento. Sin embargo, bien podemos decir que las acciones son diferentes, pero semejantes en cuanto a sus efectos.

De lo comentado hasta ahora vemos que la acción de oposición se encuentra dirigida en contra de las resoluciones “legalmente adoptadas” por una asamblea de accionistas, cuyos requisitos y alcances son desarrollados por los artículos subsecuentes. La procedencia de esta acción en contra de resoluciones societarias apegadas a la ley, excluye, *a contrario sensu*, que la misma pueda dirigirse en contra de resoluciones ilegalmente tomadas, como es el caso de todas aquellas en las cuales el procedimiento previo a la instalación y deliberación de la asamblea de socios, fue irregular, por falta o defectos en la

instalación y quórum de votación. En estos supuestos hay que acudir, por interpretación sistemática, a la acción de nulidad prevista en la legislación en cita y a las normas que sobre los actos jurídicos ineficaces establece el Código Civil Federal. Pero la acción de oposición, se insiste, se dirige frente a aquellas resoluciones que no obstante provengan de una asamblea legalmente convocada e instalada, violen en su contenido normas estatutarias o legales, interpretación que se ve confirmada por la fracción III del artículo 201 del mismo ordenamiento.

Respecto a la acción de nulidad que se prevé en los artículos 186 al 189 y de la oposición prevista en el artículo 201, todos ellos de la Ley Societaria no hay duda alguna en cuanto a sus diferencias y naturaleza propia.

Diferencia fundamental en cuanto a las consecuencias del ejercicio de estas acciones es aquella que se refiere a la suspensión –como medida cautelar– de los acuerdos tomados en las asambleas de accionistas. La acción de oposición sí prevé la facultad de solicitar la suspensión judicial por parte del demandante, mas no así la acción de nulidad. Facultad de suspensión que ya fue resuelta en Contradicción de tesis por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y cuya resolución se analizará en un apartado específico en el presente estudio.

A continuación cito una tesis aislada que distingue con claridad algunas diferencias entre ambas acciones:

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

Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, p. 1179. Tesis: I.3o.C.194 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

3. Acción de responsabilidad directa

Prevista en los artículos 161 y 163 de la LGSM, Los accionistas que representen 33% del capital social, por lo menos, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los Administradores, siempre que se satisfagan los requisitos siguientes:

- I. Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes.
- II. Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la Asamblea General de Accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados.

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

El problema que se desprende con meridiana claridad de esta acción consiste precisamente en su condicionamiento a un porcentaje accionario mínimo, y partiendo siempre de la regla general que es al órgano supremo, es decir, a la asamblea general de accionistas, a quien compete la facultad en torno a si se finca o no responsabilidad a los administradores.

No dejo de mencionar –sintéticamente por no ser materia del presente estudio– que la LGSM prevé ciertos supuestos excepcionales para acciones que pueden ser ejercitadas por los accionistas de manera individual y que son primordialmente los siguientes:

- Aquella que exige a las sociedades su obligación de destinar el cinco por ciento de las utilidades netas anuales para el fondo de reserva, artículos 20 a 22 de la LGSM.
- En el caso de ausencia total de los comisarios, cualquier accionista podrá concurrir a la autoridad judicial a solicitar la convocatoria para su designación. Artículo 168, LGSM.
- En los casos específicos previstos por el artículo 185 de la LGSM.
- El derecho de separación de la sociedad.

A. Un problema muy común en la práctica societaria

Imaginémonos el caso –típico en una sociedad anónima familiar– que el presidente del consejo de administración, es a su vez el accionista mayoritario –supongamos que detenta 68% del haber accionario– y que de manera continua ha cometido ilícitos civiles en perjuicio del patrimonio social que de manera indirecta causa un daño a los accionistas.

Podríamos pensar que dichos ilícitos pueden ser reclamados a través de la salvedad que prevé la ley societaria en el citado artículo 197 de la LGSM.

Uno bien podría concluir conforme al artículo citado que el administrador –siguiendo nuestro ejemplo– podrá ser sujeto de responsabilidad y cesar de su cargo –conforme al artículo 162 de la LGSM– con el voto de 32% de los accionistas, considerando que el adminis-

trador y accionista mayoritario no puede votar a su favor en lo relativo a la aprobación de los estados financieros y al reclamo de responsabilidad y que entonces prevalecerá el voto de la minoría puesto que el porcentaje del administrador no se estima para efectos de la votación.

Sin embargo, esta salvedad prevista por la ley quedara sin efectos fácilmente a través de mecanismos sencillos mediante los cuales el administrador puede burlar esta disposición. En efecto, el administrador y accionista mayoritario bien podría constituir una nueva sociedad tenedora cuyo patrimonio sean las acciones aportadas de la sociedad en conflicto, o bien transmitirle sus acciones a un familiar o persona de confianza, de tal modo que el administrador mantenga sólo una acción y siguiendo el artículo 197 de la LGSM se abstenga de votar, y sea la nueva sociedad o su persona de confianza quien apruebe los estados financieros y niegue por mayoría la moción de 32% de exigir responsabilidad. De lo narrado hasta el momento se pueden llegar a las siguientes conclusiones:

- Un administrador que es a su vez accionista mayoritario puede, con respaldo legal, cometer legítimamente actos ilícitos en perjuicio de la sociedad a través de mecanismos de ingeniería jurídica.
- Un grupo minoritario solamente podrá reclamar en ciertos escenarios, la responsabilidad del administrador cuando reúna cuando menos el treinta y tres por ciento del capital accionario conforme al artículo 163 que se refiere a la acción de responsabilidad civil directa que ya fue analizada.

La gravedad que se plantea en el presente caso es que ni siquiera con la acción de nulidad –puesto que ya se planteó su procedencia en el apartado correspondiente en el presente estudio– se podría llegar al fin último que es el reclamo judicial de la responsabilidad civil del administrador. Tendría entonces el perjudicado que demandar la nulidad de la transmisión de las acciones del administrador –en seguimiento al ejemplo planteado– a la sociedad tenedora o bien a la persona de su confianza bajo el argumento de la ilicitud en el objeto de su transmisión, lo cual se antoja difícil de ser declarado nulo por una instancia judicial.

Así las cosas, resulta obvio la importancia de actualizar nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles con el fin de evitar la comisión de estos ilícitos por los administradores de las sociedades anónimas cuando son –directa o indirectamente– quienes controlan el ejercicio corporativo de la sociedad a través de las asambleas de accionistas. Máxime si consideramos, insisto, que todos estos ilícitos se cometen en pleno fraude a la ley Societaria, por permitir esta normatividad la comisión de estos supuestos al no prever soluciones adecuadas al respecto.

B. La suspensión de las resoluciones adoptadas en las asambleas generales de accionistas: Crítica a la Contradicción de tesis 123/2005-PS

En mayo de 2006, la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicó la siguiente contradicción de tesis:⁷

SOCIEDADES MERCANTILES. LA SUSPENSIÓN DE LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS POR LAS ASAMBLEAS GENERALES DE ACCIONISTAS, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 202 DE LA LEY GENERAL RELATIVA, ES APLICABLE TRATÁNDOSE DE LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN, NO ASÍ PARA LA DE NULIDAD. Contra las resoluciones adoptadas por la asamblea general de accionistas proceden dos acciones: la de nulidad o la de oposición, y aunque ambas tienen la finalidad de controvertir y dejar sin efectos el acto impugnado, son esencialmente distintas, pues en cuanto a su ejercicio y tramitación tienen fundamentos legales diferentes. En efecto, en términos del artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la primera se ejerce cuando se estima que alguna resolución de la asamblea fue tomada con infracción de los artículos 186 y 187 de la citada Ley, esto es, se apoya en la ausencia de requisitos formales en las convocatorias, y su procedencia no se condiciona a que se haga el depósito de las acciones ante notario, dentro de los 15 días siguientes a la clausura de la asamblea; mientras que la segunda únicamente tiene por objeto 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 asam-

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXIII, mayo de 2006, pp. 224-262. Jurisprudencia en materia civil.

blea que pueden incidir en su nulidad. En tal virtud, si las mencionadas acciones son distintas, es evidente que a la de nulidad no puede aplicarse por analogía o mayoría de razón la medida cautelar prevista por el artículo 202 de la Ley referida, consistente en la suspensión de los acuerdos pronunciados en una asamblea de accionistas en la que se incumplan los requisitos a que aluden los artículos 179, 188 y 189 de la señalada Ley, ya que la celebración de la asamblea de accionistas, por sí misma, produce sus efectos hasta en tanto no se declare su nulidad. En consecuencia, sólo en los casos de oposición a las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas prevista en el artículo 201 de la Ley en comento puede suspenderse judicialmente su ejecución, en términos del artículo 202 de dicho ordenamiento, siempre que los actores otorguen fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad por la inejecución de tales resoluciones, en caso de que la sentencia declarare infundada la oposición.

Contradicción de tesis 123/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto y Décimo Cuarto, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 23 de noviembre de 2005. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

La jurisprudencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la suspensión de los acuerdos sociales solamente podrá solicitarse en las acciones de oposición. En la ejecutoria, el máximo tribunal argumenta que no se dan los supuestos para aplicar el método de mayoría de razón y considerar que es aplicable analógicamente el artículo 202 a la acción de nulidad, por ser un requisito *sine qua non* que exista identidad en los supuestos jurídicos, lo que no acontece en el presente caso.

Todo este problema surgió de la interpretación que le dieron los tribunales inferiores al artículo 202 de la LGSM,⁸ en el sentido de concluir si esta medida cautelar se podía aplicar analógicamente en tratándose de acciones de nulidad de acuerdos adoptados en asamblea de accionistas. Adelanto a los lectores que el suscrito difiere con

⁸ El artículo 202 de la LGSM prevé que 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.

la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por existir un principio de analogía *lato sensu* y mayoría de razón a la aplicación de los supuestos concretos.

Lo anterior nos lleva a la siguiente reflexión: ¿por qué no puede pedir la suspensión el accionista que demande la nulidad de un acuerdo tomado en la asamblea o bien la nulidad de toda la asamblea? ¿Acaso no existe la misma razón y por ende no se debe de aplicar la misma disposición? ¿Qué sucede con los principios de las providencias cautelares como lo son el *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*?

Cabe manifestar que el ministro José Ramón Cossío Díaz manifestó un voto disidente en donde llega a las conclusiones que a continuación se resumen:

- Que el concepto de analogía no es un término unívoco, y que entre sus significados se prevé el caso de que su construcción en lugar de ser inductiva o deductiva, vaya de lo particular a lo particular por entrar en un componente axiológico. Así, se debe de tratar igual a los casos semejantes. O dicho de otro modo, los casos son diferentes pero semejantes.
- La analogía permite resolver casos sin que el sistema jurídico sufra una merma en su estructura básica y de este modo adecuar las normas a la realidad social.
- En los casos en que se hace valer la acción de oposición y la de nulidad existe la misma *ratio legis* y por ello sí puede aplicarse por analogía las disposiciones relativas a la acción de oposición cuando se haga valer la de nulidad, de acuerdo con lo que se expone a continuación:
 - Podría suceder que la ejecución de los acuerdos dejara sin materia el procedimiento de oposición o afectara irreparablemente a los opositores, y por lo tanto el legislador previó la figura de la suspensión de los acuerdos.
 - La razón de la suspensión es preservar la materia del litigio, con el objeto de que la sentencia dictada por el juez tenga un orden práctico.
 - Así, cuando se ejerce la acción de nulidad, si bien no se atacan los acuerdos tomados por la asamblea, sí se combate la asamblea en sí, arguyéndose que no se cumplieron requi-

sitos legales para su convocatoria o instalación. En este sentido, al atacarse la asamblea en sí, también se atacan los acuerdos que puedan tomarse por la misma, como consecuencia de la acción de nulidad, pues sería absurdo que se declarara la nulidad de la asamblea pero no de los acuerdos tomados por ella.

- Ergo, cuando se demanda la nulidad de la asamblea, también se persigue indirectamente que los acuerdos tomados en ella no sean ejecutados, pues al ser nula la asamblea también son nulos sus acuerdos.
- De este modo, al demandarse la nulidad de la asamblea también se corre el riesgo de que mientras se resuelve dicha acción se ejecuten los acuerdos tomados por la asamblea que se considere nula. Acuerdos que pueden ser irreparables o que pueden ocasionar que la materia del litigio desaparezca.

- Por lo expuesto, debe aplicarse la analogía por mayoría de razón en el supuesto de la acción de nulidad de la asamblea, pues tanto en el supuesto de nulidad como en el de oposición existe la misma necesidad de garantizar la materia del litigio y evitar que se dicten acuerdos que no puedan ser reparados o que dejen el juicio de nulidad sin materia.

Así, basta decir que coincidimos plenamente con los argumentos expuestos por el ministro Cossío Díaz, puesto que compartimos la preocupación de la naturaleza de la suspensión como una medida cautelar en donde se busca evitar que se causen daños irreparables o que el litigio quede sin materia, máxime si consideramos que si es nula la asamblea, también lo son los acuerdos adoptados en ella.

D. Algunas posibles soluciones basadas en el derecho comparado

A continuación propongo y cito algunas soluciones a problemas como los antes citados que al efecto prevé la Ley de Sociedades Anónimas publicada el 22 de diciembre de 1989 en España:⁹

⁹ Artículos 100, 115, 117, 127 ter, 133, 134 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas publicada el 22 de diciembre de 1989 en España.

1. Los accionistas que representen el cinco por ciento del capital social pueden solicitar al administrador que convoque a asamblea general de accionistas sin que haya necesidad de incluir en el orden del día la propuesta de exigir responsabilidad al administrador.
2. Podrán ser impugnados 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. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.
3. Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad. Por personas vinculadas se refiere desde parientes hasta la constitución de sociedades nuevas para esos fines.
4. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas sin importar su porcentaje y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.
5. La aprobación de los estados financieros no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada.
6. Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos sin que haya un porcentaje mínimo definido en la ley.
7. Conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, las medidas cautelares son muy extensas e inclusive *numerus apertus*.

Las razones por las cuales hemos decidido citar en específico a la ley societaria española se debe a que tanto el sistema español como el mexicano tienen los mismos antecedentes del derecho mercantil. Su regulación básica es prácticamente idéntica, con la diferencia de que la ley española al ser mucho más moderna, da soluciones muy prácticas a los problemas que se presentan hoy en día en México y que carecen de una solución legal y por ende se prevé conflictos en-

tre accionistas como los que acontecen hoy en día ante la jurisdicción mexicana.

Así, podemos ver la rigidez de la legislación mercantil mexicana para prevenir los conflictos de responsabilidad de administradores, y más aún su condicionamiento injustificado para entablar acciones de responsabilidad civil y de oposición siempre y cuando el accionista enjuiciante detente cuando menos 33% del capital social.

IV. LA LEY DEL MERCADO DE VALORES Y LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS PROMOTORAS DE INVERSIÓN

El 30 de diciembre de 2005 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la nueva Ley del Mercado de Valores. Esta ley tiene como objetivos: i) promover el acceso de empresas medianas al mercado de valores a través del fomento al capital de riesgo y facilitar su integración al mercado de capitales; ii) redefinir de funciones y responsabilidades del consejo y de la administración de las empresas bursátiles; iii) reconocimiento de la especialización de las casas de bolsa, estableciendo requisitos en función de las actividades que pretenda realizar.

De esta forma, además de proveer un mucho mejor plano de seguridad jurídica, se implementan mecanismos para la protección de los grupos minoritarios cuyas sociedades coticen en el mercado de valores. Así, dentro de su marco regulatorio, la Ley del Mercado de Valores incluyó dentro de su Título II –De las Sociedades Anónimas del Mercado del Valores– un capítulo especial a lo que denominó las “Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión”, hoy llamadas también “SAPIs”.

En esencia, lo que se realizó con la creación de las SAPIs fue crear un molde de sociedad anónima específico para aquellas sociedades que fueran a emitir valores en los mercados. Las SAPIs contienen estructuras sumamente novedosas, dentro de las cuales para efectos de nuestro trabajo vale la pena mencionar las siguientes: i) poder de nombrar un miembro en el consejo de administración cuando se tenga el diez por ciento de participación accionaria; ii) solicitar que se convoque a la asamblea general de accionistas respecto de los asuntos sobre los cuales se tenga derecho a voto cuando se tenga el 10%

de la participación accionaria; iii) ejercer la acción de responsabilidad civil contra los administradores en beneficio de la sociedad cuando se tenga el 15% de la participación accionaria, y iv) oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales cuando se tenga el 20% de la participación accionaria.

Lo anterior tiene además una razón estrictamente práctica, ya que por regla general cuando una sociedad cotiza en la Bolsa de Valores, opera una dilución del capital. Pensemos, por ejemplo, en sociedades transnacionales donde habiendo tanto capital de por medio resulta imposible que una sola persona detente más del diez por ciento de su haber accionario.

En términos generales, la Ley del Mercado de Valores crea un nuevo tipo societario que permite la inversión en capital de riesgo conforme a los estándares actuales del mercado, reconociendo la validez de los convenios y cláusulas que son utilizadas hoy en día en esta materia, cuya validez y exigibilidad fue materia de diversas interpretaciones.

Sin embargo, aun cuando las SAPIs son un tipo societario mucho más flexible, el mismo no resuelve el problema que hemos venido a plantear en la presente exposición. Esto, porque las SAPIs son una sociedad que contiene características mezcladas entre la LGSM y el derecho bursátil, y porque éstas tienen el objetivo único, ser utilizadas como sociedades que emitan valores, y no así para cualquier tipo de sociedad mercantil. En síntesis, las SAPIs son sociedades intermedias entre la tradicional sociedad anónima y la sociedad anónima bursátil cuyas acciones están listadas en bolsa, y su objetivo es que eventualmente se conviertan en sociedades bursátiles.

Lo anterior, con independencia de que la Ley del Mercado de Valores no establece la obligación de las SAPIs para cotizar sus acciones en el mercado de valores, lo que quiere decir que bien puedan ser utilizadas como un nuevo modelo de sociedad anónima para todos los comerciantes en general, máxime si consideramos que supletoriamente se le aplica en lo no previsto la LGSM.

Los requisitos que la LGSM prevé para el evento de iniciar las acciones de responsabilidad y oposición lejos de ser una herramienta para su ejercicio constituyen un obstáculo que en numerosas ocasiones legitiman la comisión de hechos ilícitos por parte de sus administradores cuando éstos son a su vez accionistas mayoritarios o controladores de la sociedad.

Debido a los problemas que se enfrentan en la práctica societaria, nuestra LGSM resulta obsoleta y por lo tanto debe ser modificada para ser más flexible y adaptarse a soluciones justas conforme a las exigencias de la realidad social.

La suspensión de los acuerdos sociales como una medida cautelar y preventiva descansa en un principio de apariencia de buen derecho que igualmente aplica tanto a las acciones de suspensión como a las de nulidad de los acuerdos sociales.

V. EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA FRENTE A TERCEROS DE BUENA FE: LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA

La figura de la persona moral constituye un eje de cualquier sistema económico en donde ofrece a sus accionistas y a terceros seguridad jurídica en circunstancias normales. Así, la Sociedad Anónima mexicana es aquella que existe bajo una denominación y cuyos accionistas se limitan al pago de sus acciones. Una vez cumplida por los accionistas esta obligación de aportar, ellos no comprometen su responsabilidad personal por las obligaciones que pueda asumir la sociedad.

De este modo, existe un "velo" que separa los derechos y obligaciones de la sociedad como una entidad jurídica abstracta, de los derechos y obligaciones de los accionistas en relación con sus patrimonios personales. Este "velo corporativo" significa una separación firme entre el patrimonio social y el de los accionistas. Tal situación puede generar abusos de sociedades que teniendo deudas, su patrimonio sea insuficiente frente a terceros acreedores que no puedan ejercitar el cobro de sus créditos mediante las acciones ordinarias.

En efecto, puede suceder que un grupo de personas físicas constituya una sociedad mediante la cual de manera dolosa realicen actos fraudulentos —*que no necesariamente sean de naturaleza penal*— por conducto de la sociedad constituida, para que de este modo y partiendo de que la sociedad es una persona moral con personalidad jurídica propia, sea la sociedad quien responda frente a estos terceros aun cuando la misma carece del patrimonio suficiente para solventar sus obligaciones.

No nos referimos al caso de la insolvencia provocada o al de quiebra fraudulenta, puesto que ambas situaciones son protegidas a tra-

vés de mecanismos especiales previstos en la famosa acción pauliana o de la Ley de Concursos Mercantiles.¹⁰ En ambos casos, nos encontramos frente a una sociedad que eventualmente gozó de un patrimonio suficiente para solventar sus obligaciones y que transcurrido el tiempo, la sociedad dolosamente se despojó de sus bienes y derechos para eludir las obligaciones contraídas por terceros.

Nos referimos entonces al caso de una sociedad que es utilizada en contubernio de los accionistas —o de un grupo de control absoluto— como un mecanismo para defraudar a terceros. Este tipo de ilícitos se combaten a través de una figura que hoy es inexistente en México, y que consiste en la excepcional extensión de la responsabilidad societaria hacia los accionistas, también conocida por la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo con arreglo a la cual, en ciertos casos y circunstancias es permisible penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude.

Lo anterior lleva a considerar que al hacer uso de herramientas de esta naturaleza nos encontramos en un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia extranjera ha optado porque prevalezca por vía de equidad la buena fe de los terceros, y porque, insistimos, se trata de una herramienta de carácter excepcional.¹¹

VI. ABUSO DE LA PERSONA JURÍDICA: LA DOCTRINA EN EL SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO

El abuso de la persona jurídica se ha manifestado con mayor frecuencia en lo relativo a aprovechar las ventajas que aporta la limitación de la responsabilidad. La persona moral puede dar lugar a un uso indebido, o abuso del mismo. Así, ante el silencio de la legisla-

¹⁰ Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 2000. Título III, Capítulo VI. "De los actos celebrados en fraude de acreedores".

¹¹ Sentencia Tribunal Supremo Español (Sala de lo Civil), 28 de mayo de 1984.

ción, la jurisprudencia, principalmente la americana y la alemana, han reaccionado desestimando la persona jurídica de las sociedades penetrando hasta el fondo para llegar hasta las personas individuales que se ocultan precisamente detrás del aparato técnico jurídico.

En efecto, a mediados del siglo XX y con la llamada "crisis del positivismo" se produjo una renovación en Europa por la cual se rechaza dicha ideología buscando así una concepción "realista" del derecho.¹² La reacción más importante la tendría la jurisprudencia norteamericana en su sistema denominado *common law*. En dicho sistema la evolución de la persona jurídica no ha sido influida por el exagerado dogmatismo del sistema continental. De este modo, se ha formado la doctrina del *disregard of the legal entity*¹³ según la cual los jueces pueden penetrar la forma externa de la persona jurídica para alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo su cobertura.¹⁴

La divulgación por Europa de esta doctrina se llevó por conducto del tratadista alemán Rolf Serick,¹⁵ y en España se incorporaría mediante la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo español. Así, Serick se plantea la posible aplicación del *disregard of the legal entity* en un sistema jurídico totalmente distinto pero con una finalidad semejante: la penetración de la forma de la persona jurídica a la luz de la realidad y bajo la constatación de un abuso de esa forma. Lo que no implica negar la personalidad jurídica, sino negarla en el caso concreto del abuso de los accionistas ya sea por el defraudamiento de una ley, el quebranto en obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.

Así, el criterio que plantea Serick para prescindir de la forma de la persona jurídica se refiere a tres típicos abusos de la persona jurídica:¹⁶

- *Fraude a la ley por medio de una persona jurídica*. Se habla de este concepto cuando el resultado que la ley rechaza se ob-

¹² Boldo Roda, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Ed. Aranzadi, 3a. ed., p. 46.

¹³ También denominada como *lifting the veil* o *veil piercing*.

¹⁴ Boldo Roda, *op. cit.*, p. 48.

¹⁵ Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ariel, Barcelona, 1958.

¹⁶ Boldo Roda, *op. cit.*, pp. 74-80.

tiene por otro camino no previsto y que la norma ha tratado de impedir.

- *Fraude y lesión de contrato*. Se refiere a aquellos casos en los que por medio de la persona moral puede quedar burlado un contrato como consecuencia de su creación. Pensemos en el siguiente ejemplo: A y B se obligan frente a C a no realizar determinado acto. Pero resulta que el mismo acto lo realiza la sociedad X, cuyos accionistas son A y B. La sociedad X fue creada con el objeto de burlar el compromiso.
- *Daño fraudulento a terceros*. Mediante estos actos el tercero solamente podrá demandar a la sociedad únicamente hasta el monto de su patrimonio, quedando el patrimonio del accionista defraudador intocado.

Así, Serick elabora reglas fundamentales que permiten la penetración hasta el sustrato de la persona jurídica resumiendo los resultados en las siguientes propuestas:¹⁷

Primera. Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los accionistas.

Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.

Sólo procederá invocar que existe un atentado contra la buena fe, como razón justificativa de que se prescinda de la forma de la persona jurídica, cuando concurren los supuestos del abuso que han sido señalados.

Segunda. No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico.

Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar

¹⁷ Serick, *op. cit.*, pp. 230 y ss.

obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción.

Tercera. Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma.

Cuarta. Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva.

VII. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La jurisprudencia española, en los últimos cuarenta años, ha venido cumpliendo una importante labor creadora de soluciones a los problemas del abuso de la personalidad jurídica. Sin embargo, la formulación técnica de la doctrina del levantamiento del velo corporativo no se dio sino hasta que el Tribunal Supremo Español dictó su sentencia del 28 de mayo de 1984 como consecuencia de una reclamación de responsabilidad civil extracontractual.¹⁸

En suma, los criterios seguidos por dicha jurisprudencia se pueden presentar de la manera siguiente:

1. En el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe.
2. La personalidad jurídica no puede amparar los actos ejecutados en fraude a la ley.
3. Los derechos han de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, de tal forma que ésta constituye un límite al ejerci-

¹⁸ Sentencia Tribunal Supremo Español (Sala de lo Civil), de 28 mayo de 1984 (RJ 1984, 2800).

cio de los derechos subjetivos. La antijuridicidad de la conducta ejercitada da lugar al nacimiento de la responsabilidad civil.

4. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo en daño ajeno o de los derechos de los demás.

VIII. ANTECEDENTES DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA EN MÉXICO

La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria tiene su antecedente en la *Ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas* promulgada en el año de 1940. Los artículos 13 y 14 de dicha ley establecían los requisitos para la venta al público de acciones de Sociedades Anónimas, para introducir en nuestro sistema jurídico el principio de que la limitación de responsabilidad inherente a las sociedades de tipo corporativo no rige para la responsabilidad que surge a favor de terceros como consecuencia de actos ilícitos o dolosos, instituyendo la responsabilidad subsidiaria e ilimitada a cargo de la persona o personas que controlen el funcionamiento de una sociedad anónima, derogando el principio de limitación de la responsabilidad cuando ésta sea extracontractual. Requisito que no solamente aplicaba a las sociedades anónimas que ofrecieren al público la venta y compra de sus acciones, sino que por interpretación jurisprudencial¹⁹ se hizo extensiva a todas las sociedades anónimas en general con el propósito de prevenir abusos derivados de la manipulación del mecanismo de formación de sociedades para la realización de maniobras ilícitas civiles.

Tras la derogación de la mayor parte de las disposiciones de dicha ley, por medio de diversos litigios se cuestionó la vigencia de la doctrina para dejarla sin efecto en la práctica. Así, con la consecuente falta de aplicación, la recepción de la doctrina no ha tenido efectiva vigencia en nuestra jurisdicción.

¹⁹ Registro núm. 240388. Séptima época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. 175-180. Cuarta Parte, p. 148. Tesis Aislada. Materia Civil.

En noviembre de 2002, se presentó ante el Senado de la República la iniciativa de Ley de "La desestimación de la personalidad jurídica societaria",²⁰ iniciativa que, hasta donde tenemos conocimiento quedó en el olvido, siendo el caso como lo es que debido a su trascendencia debe ser impulsada de nueva cuenta para su aprobación.

Esta iniciativa plantea como recurso excepcional y subsidiario al régimen de responsabilidad tradicional, la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica societaria para extender la responsabilidad civil de la persona moral a sus integrantes, de conformidad con las hipótesis normativas determinadas en la ley propuesta.

Así, la iniciativa planteó los siguientes elementos para desestimar la personalidad jurídica de las personas morales:

Elemento objetivo. Se considera elemento objetivo, al control efectivo por parte de uno o más de los integrantes de la persona moral —sean personas físicas o morales que funjan como accionistas o participen en las asambleas— o por terceros a ésta, que impongan en ella una influencia dominante.

Este elemento objetivo se acreditará cuando exista un control absoluto de la sociedad por parte de los integrantes o terceros señalados, a un nivel tal, que la voluntad de la persona moral sea en realidad la voluntad de dichos integrantes o terceros. Para ello, dicha iniciativa plantea una serie de presunciones de control absoluto que pueden quedar resumidos en: la toma de decisiones estratégicas, dirección de finanzas, concentración de pasivos, titularidad de la mayoría del capital, la utilización del patrimonio de la persona moral como si fuese el propio, etcétera.

Elemento subjetivo. El elemento subjetivo se acreditará cuando la autoridad considere suficientemente probado que, la conducta del integrante o tercero se ha orientado a abusar de la personalidad jurídica independiente de la persona moral en fraude de acreedores, en fraude de ley o en general, para violar normas imperativas mediante la utilización de aquélla.

Elemento resultante. El elemento resultante se acreditará cuando la autoridad considere suficientemente probado que, de no desesti-

²⁰ Gaceta Parlamentaria del Senado de la República, núm. 79, 21 de noviembre de 2002.

mar la personalidad jurídica de la persona moral, y extender de modo subsidiario e ilimitado la responsabilidad civil de ésta hacia el integrante o el tercero, ocurrirán daños y perjuicios en contra de un tercero de buena fe.

El procedimiento para la desestimación de la personalidad jurídica societaria, se sustanciará como un recurso extraordinario y subsidiario a las disposiciones legales relativas a la responsabilidad de las personas morales y de sus integrantes, atendiendo a la naturaleza de cada una de ellas, quedando a carga de la parte actora la prueba de los elementos antes mencionados.

IX. ¿REVISIÓN DE LA LEY SOCIETARIA ACTUAL O INICIATIVA DE LEY?

En principio, consideramos que se debe promulgar una ley especial de la materia, y siguiendo la iniciativa presentada ante el Senado de la República antes citada, debemos mencionar que si bien es cierto que la doctrina naturalmente es aplicable en sociedades de capitales que por definición están estructuradas bajo un sistema de responsabilidad limitado para sus accionistas o socios, y por ello la recepción de la doctrina debía cobrar efecto en la Ley General de Sociedades Mercantiles principalmente, es necesario tomar en cuenta que existen hoy otras entidades que pueden adquirir esquemas de responsabilidad limitada sin ser, en sentido pleno sociedades de capitales. El hecho de legislar solamente sobre un limitado tipo de personas morales eleva el riesgo de que queden lagunas en la legislación, y que quienes abusan de la personificación encuentren nuevas figuras societarias que les permitan seguir estructurando sus negocios en fraude de ley o de acreedores.

X. CONCLUSIONES

La ficción de la persona jurídica creada por el derecho positivo y su regulación, no debe significar un obstáculo para la consecución de resoluciones de equidad. Es decir, el uso de la sociedad como un vehículo cuyo propósito especial sea la comisión de hechos ilícitos no debe quedar impune y los derechos del tercero de buena fe siempre deberán de prevalecer sobre el principio de seguridad jurídica.

Por tratarse de un recurso excepcional y subsidiario, el legislador deberá siempre de tomar en cuenta que dicha doctrina mal utilizada bien puede constituir una flagrante violación al principio de seguridad jurídica, puesto que los conceptos que utiliza la iniciativa de ley presentada ante el Senado de la República son en cierta medida ambiguos, y será la jurisprudencia mexicana la que se encargué de precisar los mismos a través de su adecuación a la realidad.

Sin embargo, si consideramos de importancia superlativa que se legisle y regule a la doctrina del levantamiento del velo corporativo en México, como una nueva herramienta para la protección de los terceros de buena fe frente a personas que dolosamente utilizan las figuras societarias para la comisión de ilícitos, pues al día de hoy es muy común observar la frustración en el foro judicial por no existir opciones viables para resolver este tipo de problemas en virtud de las lagunas legales.