

LA ASAMBLEA TOTALITARIA DE ACCIONISTAS

Por Walter FRISCH PHILIPP

Profesor de Derecho en la Universidad Anáhuac.*

SUMARIO: I. La asamblea totalitaria de accionistas a la luz de los intereses de la sociedad anónima y de los individuales de los accionistas. II. El funcionamiento de la asamblea totalitaria de accionistas previsto en los diversos ordenamientos legales. 1. Reglamentación de tipo sencillo. 2. Reglamentación de tipo más refinado. III. Criterios jurisprudenciales relativos a la asamblea totalitaria. IV. Criterios doctrinales relativos a la asamblea totalitaria. V. Observaciones acerca de una futura reglamentación legal de la asamblea totalitaria de accionistas.

I. La asamblea totalitaria de accionistas a la luz de los intereses de la sociedad anónima y de los individuales de los accionistas.

Los requisitos legales relativos a la convocatoria de asambleas de los accionistas (artículos 186, 187 LSM) persiguen el fin de garantizar que éstos tengan información completa y suficientemente anticipada acerca de la asamblea que se convoca, con el objeto de que los accionistas puedan preparar, en forma adecuada, su participación en la asamblea. Tal preparación no solamente incluye las medidas necesarias para la asistencia física, sino también aquellas relativas a una participación activa y fructífera en la discusión y votación sobre los temas previstos en el orden del día respectivo, como reflexión, contacto con otros socios, estudio de los libros y documentos que según el artículo 186 LSM “estarán en las oficinas de la sociedad a disposición de los accionistas para que puedan enterarse de ellos”, el estudio de las propuestas previstas por los sujetos que hayan hecho la convocatoria, con relación a los diversos puntos del orden del día (como por ejemplo, los candidatos previstos para la elección de administradores, o el contenido de las reformas estatutarias previstas) y la formación de contrapropuestas (como por ejemplo de otros candidatos

*Con la colaboración de Jorge Kosberg Walerstein y Roberto Weitz Sourasky, estudiantes de Derecho en la misma Universidad.

o de reformas estatutarias de contenido distinto), inclusive consideración de los contactos necesarios para que se forme una oposición de los accionistas a las propuestas mencionadas.

Tomando en cuenta que en el caso de la asamblea totalitaria está "presentada la totalidad de las acciones" (artículo 188 LSM) *las normas legales, tales como la mencionada, consideran válidas —o por lo menos impugnables en grado menor— las resoluciones que hayan sido tomadas en esta asamblea, no obstante incumplimiento con los requisitos de convocatoria* (artículos 186, 187 LSM), incumplimiento éste que en general sí conduce a la nulidad de las resoluciones tomadas en asambleas no debidamente convocadas (artículo 188 LSM). El efecto de saneamiento así legalmente previsto, descansa implícitamente en el motivo que el fin de la convocatoria, consistente en la obtención de la asistencia física de los accionistas, realiza por la esencia de la asamblea totalitaria, de modo que ninguno de los accionistas puede considerarse afectado en sus intereses por falta o defecto en la convocatoria respectiva.

Sin embargo, tal pensamiento legislativo, aunque en forma tácita o subyacente se encuentra en el fondo del cuerpo legal, no toma en cuenta que la finalidad de la convocatoria no sólo consiste en hacer posible la asistencia física de los socios, sino que, además, debe facilitar una participación activa y fructífera de los mismos, como destacamos más arriba por medio de ejemplos.

Los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que profundizan en tal participación, hablan, por lo tanto, aparte de una asistencia física, de una asistencia jurídica, y exigen para la validez de las resoluciones tomadas en asambleas totalitarias de que en el caso concreto de las mismas, los intereses de los accionistas no sean afectados por "asaltos por sorpresa", en virtud de tener que resolver sobre temas no suficientemente preparados. Según estos criterios, sólo se cumple con el requisito de la asistencia jurídica necesario aparte del otro de la presencia física, en los casos en los que los intereses mencionados de los socios no sean perjudicados en el sentido aludido. Claro está que estas ideas, que ya se aplican en la práctica jurisprudencial de otros países por medio de la interpretación de normas legales análogas al artículo 188 LSM que, por ende, no exigen aparte de la asistencia física, la presencia jurídica de los socios en la asamblea totalitaria, conducen a una restricción del efecto de saneamiento de la asamblea totalitaria, restricción ésta que carece de fundamento expreso en la ley y que pese a esta falta origina la aplicación reducida de las normas legales expresas.

La base de tales criterios puede ser encontrada en el espíritu de las disposiciones legales tales como por ejemplo, en los artículos 186, 187 LSM, según el cual el accionista tiene un derecho amplio y asegurado a que el sujeto que hiciere convocatoria, cumpla con todo lo necesario

para que el accionista esté adecuadamente preparado para la asamblea, o para que esté en posibilidad de prepararse suficientemente. Este "espíritu" triunfa así contra las palabras expresas del legislador, con lo que, sin embargo, el intérprete doctrinario o judicial no viola normas de tipo como las del artículo 11 Código Civil del Distrito Federal, dado que éstas sólo prohíben las interpretaciones extensivas de las normas "que establecen excepción a las reglas generales", tal intérprete, sin embargo, no extiende el radio de acción normativo del efecto de saneamiento legal de la asamblea totalitaria, sino lo restringe. Para tal fin suponemos que el efecto de saneamiento debe ser considerado en principio, como producto de una norma legal de excepción a la regla general relativa a los requisitos necesarios para la debida convocatoria como supuesto para la validez de las resoluciones que se tomaren en la asamblea respectiva.

Por lo que se refiere a la ponderación de los intereses de la sociedad anónima, es decir, de los intereses empresariales, por una parte, y a la de los individuales de los accionistas, por la otra, debemos tener en cuenta que los primeros consisten, en principio, en cierta actividad y dinámica de la asamblea, por medio de la cual se crean en forma expedita resoluciones que pueden tener una máxima importancia respecto de la situación económica de la sociedad, motivo por el cual se establecen normas legales según las cuales no se exige quorum alguno, o por lo menos, solamente un quorum indirecto para las asambleas de segunda convocatoria (artículo 191 LSM, en cuyo párrafo primero se dispone la irrelevancia del quorum en forma absoluta, mientras que en el segundo párrafo de dicho artículo se fija solamente un quorum indirecto).

Por otra parte, empero, es evidente que mediante las resoluciones de las asambleas totalitarias, es decir, a través de los "asaltos por sorpresas" pueden afectarse gravemente los intereses individuales de los accionistas, en diversas ocasiones o situaciones.

Se encuentra, por tanto, en la mano del legislador o del intérprete, respectivamente, hallar la ponderación correcta entre estos dos grupos de intereses, procurando que la oposición del accionista solamente se admita en los casos en que sea necesaria o conveniente para protegerlo contra afectaciones originadas por tales "asaltos", con lo que se admite solamente una oposición limitada, mas no ilimitada, la que sí se concede, en general, contra las resoluciones tomadas por las asambleas no debidamente convocadas y que no tienen el carácter de asambleas totalitarias. En la exposición que haremos más adelante nos ocuparemos en la mencionada determinación de la línea divisora por medio de la cual se delimita la facultad de oposición restringida del socio.

II. El funcionamiento de la asamblea totalitaria de accionistas previsto en los diversos ordenamientos legales.

1. Reglamentación de tipo sencillo.

Entendemos por reglamentación de la asamblea totalitaria de tipo sencillo, aquella que, en forma análoga al artículo 188 LSM, prevé la validez de las resoluciones tomadas en la asamblea totalitaria no obstante el incumplimiento con los requisitos de convocatoria, sin que tal efecto de saneamiento esté restringido o limitado en el mismo ordenamiento, es decir, ni en la norma que disponga la convalidación mencionada, ni en otros preceptos que reglamenten la anulación o impugnación de las resoluciones tomadas en la asamblea de accionistas.

Según este tipo de reglamentación, los legisladores respectivos se contentan en el texto con la mera asistencia física, como supuesto para la validez de las resoluciones. Los únicos medios aplicables para evitar esta validez consisten, por tanto, en que el accionista no asista a la asamblea, o bien que se retire de la misma. Entre estos medios aplicables para evitar la asistencia física, debemos diferenciar, de conformidad con el contenido de las normas legales que prevén el efecto de saneamiento, como sigue:

Si el ordenamiento exige que la asistencia física de todos los accionistas exista "en el momento de la votación" respectiva (artículo 188 LSM), el retiro o la ausencia del accionista sólo debe existir en este momento, en tanto que en el caso de las normas que requieren solamente la presencia de la totalidad de los accionistas, en cuanto a esto no hagan referencia a un momento determinado, es suficiente la existencia de la presencia totalitaria al inicio de la asamblea, de modo que la salida de un socio durante el transcurso de la asamblea no afecta el carácter totalitario de la asamblea, ni tampoco a las resoluciones que se tomen en la misma con posterioridad a tal salida, si al inicio de la asamblea ya se conoció en general el tema respectivo de la votación.

Es precisamente por tal motivo que la Suprema Corte austriaca sostuvo, en su resolución SZ. XXIII/170 del año 1960 en interpretación del artículo 38 de la Ley Austriaca sobre la Sociedad de Responsabilidad limitada, que contiene una norma de este tipo y que, análogamente es aplicable a nuestro tema relativo a la sociedad anónima, que sólo un socio que haya estado presente al inicio de la asamblea general, pero que se retiró inmediatamente de la misma y que exclusivamente su muy breve asistencia haya *utilizado* para *protestar* contra la celebración de la asamblea no convocada debidamente, no podrá ser considerado como parte integrante de la asamblea totalitaria. Esta Corte niega así la existencia de la asistencia física del socio aludido.

Se presentan en la práctica casos en los cuales en la misma asamblea se resuelven sobre puntos contenidos en el orden del día y sobre otros que

carecen en su favor de tal fundamento, de modo que se trata, en cierta parte, de una asamblea debidamente convocada y, por la otra, de una asamblea totalitaria no convocada de conformidad con las normas legales y estatutarias, respectivamente.

Si se aplican en forma literal las normas legales que se contentan con la fijación del requisito de la asistencia física de los accionistas en la asamblea totalitaria, los socios que tienden a evitar el efecto de saneamiento de la asamblea totalitaria, deberán retirarse durante el tiempo de la votación sobre el o los puntos no contenidos en el orden del día y podrán regresar a la asamblea y participar en la votación y discusión relativas a los otros puntos que sí se encuentran listados en el orden del día.

La anulación de resoluciones tomadas por la asamblea de accionistas, por una parte y por la asamblea totalitaria por la otra, se encuentran ligadas sistemáticamente, dado que de estas dos instituciones, la existencia de la segunda excluye en un caso concreto, la aplicación de la primera en cuanto a las impugnaciones fundadas en defecto o falta de la convocatoria. Esta situación parte del supuesto aplicado en este subcapítulo, según el cual la asistencia física de la totalidad de accionistas surte incondicionalmente un efecto de saneamiento. Por tal motivo, ni la votación en contra de la propuesta (votación de fondo) ni la oposición contra la votación en sí (oposición contra cualquier actividad resolutive de la asamblea con motivo de falta o defecto de debida convocatoria, sin que tal oposición se refiere a cualquier aspecto de fondo), podrán servir al accionista así votante u oponente, respectivamente, en la asamblea totalitaria, de supuesto para su legitimación para entablar una demanda de anulación contra la resolución tomada por la asamblea totalitaria, si su impugnación se apoya en defecto o falta de convocatoria.

Se muestra así claramente que la disposición contenida en la fracción II del artículo 201 LSM (oposición del impugnante en la asamblea) no es aplicable al caso planteado, debido a que en el mismo no existe una causal de nulidad (artículo 188 LSM), y con esto no puede presentarse cuestión alguna relativa a la legitimación activa del impugnante (artículo 201, fracción II LSM), máxime que la existencia o la inexistencia de la última no puede ser confundida con el otro concepto que se refiere a la existencia o inexistencia de causal de nulidad. En esta forma se manifiesta que la demanda de anulación debe estar fundada en tres tipos de supuestos, a saber, la legitimación activa del impugnante (fracción II, artículo 201 LSM), la causal de impugnación (fracción III del mismo artículo) y el requisito procesal (fracción I del mismo artículo), de modo que en el caso de falta de uno de estos tres supuestos la demanda no podrá prosperar y que como dijimos al principio de este párrafo, la asamblea totalitaria excluirá a la impugnación, pero no por cuestiones de legitimación, sino por las de causal de nulidad.

La distinción entre estas dos cuestiones no se plasma en una forma tan importante en el Derecho mexicano pero sí en los Derechos de Austria y de Alemania, los que comentaremos en el subcapítulo siguiente, a causa de la riqueza considerable de las normas sobre las causales por una parte y respecto de la legitimación, por la otra, para cuyo dominio en especial de su funcionamiento y entrelazamiento, debe sistematizarse por separado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió el 7 de julio de 1961; Amparo Directo 4891/1959, que la vía de impugnación prevista en los artículos 201 a 205 LSM sólo será aplicable a resoluciones afectadas por defectos de fondo, es decir, por su contenido. No encontramos, sin embargo, fundamento legal adecuado para tal criterio, de modo que en nuestra exposición anterior relacionamos estas disposiciones con defecto de forma de la asamblea, es decir, con cuestiones de falta o defecto de la convocatoria.

El efecto de saneamiento de la asamblea totalitaria previsto en el artículo 188 LSM, no podrá ser excluido por normas estatutarias, debido a que se trata de una norma legal imperativa establecida en favor del interés empresarial, consistente en que la asamblea totalitaria puede tomar resoluciones en forma expedita, finalidad ésta que se refleja también en los artículos 189 y 191 LSM de los cuales el segundo renuncia en forma imperativa en los casos de segunda convocatoria, a la fijación de los requisitos de un quorum directo. Frente a estas metas legales deben subordinarse los intereses individuales de los accionistas. Por la otra parte, sin embargo, no negamos la validez de las normas estatutarias por medio de las cuales se concede a los accionistas cierto derecho de oposición en contra de que la asamblea totalitaria tome resoluciones, si del derecho no es incondicional, sino sirve, en el caso concreto, como medida contra la afectación injustificada de los intereses de los accionistas. Como pauta para tal limitación del derecho de oposición nos remitimos a los comentarios que haremos más adelante sobre los criterios doctrinados y jurisprudenciales sostenidos en la interpretación de normas análogas al artículo 188 LSM.

Por último, nos referimos al término "...totalidad de las acciones..." usado en el artículo 188 LSM como supuesto para la existencia de la asamblea totalitaria. Para tal efecto no se requiere de la asistencia de los accionistas con derecho a voto limitado (artículo 113 LSM), dado que éstos carecen del derecho general a asistencia en las asambleas (artículo 113 LSM), a no ser que se trate de los asuntos mencionados en el primer párrafo del artículo 113 LSM, casos en los cuales se requiere también de la asistencia de los accionistas aludidos.

Si se trata de asuntos respecto de los cuales los artículos 196, 197 LSM preven la exclusión del derecho de voto, tampoco se requiere de la asistencia de los accionistas afectados por tal exclusión, máxime que en el Derecho mexicano no se distingue en forma decisiva entre el derecho de voto y el de participación en la asamblea.

En los casos de "propias acciones" adquiridas por un tercero a nombre del mismo, pero a cuenta de la sociedad emisora de tales acciones, adquisición que incluimos en la prohibición establecida en el artículo 134 LSM por medio de una interpretación extensiva del mismo, no se requiere la asistencia del titular de tales acciones, dado que extendemos la prohibición contenida en la frase final de este artículo a la situación planteada.

Dada la redacción del segundo párrafo del artículo 195 LSM, no es aplicable el concepto de la asamblea totalitaria a las asambleas especiales. No es admisible la interpretación extensiva del último artículo con base en el artículo 11 Código Civil del Distrito Federal, dado que la asamblea totalitaria debe ser considerada como norma de excepción en comparación con las normas generales sobre la convocatoria (artículo 186, 187 LSM).

2. *Reglamentación de tipo más refinado.*

La reglamentación mencionada en el epígrafe puede obtener su formación característica que justifica su nivel más refinado, en la concepción de la asamblea totalitaria o en la de la impugnación de las resoluciones que hayan sido tomadas en forma nula o impugnada por la asamblea de accionistas.

En primer lugar a continuación nos referiremos a los Proyectos legales mexicanos cuya lectura agradecemos a la gentileza del maestro Roberto L. Mantilla Molina. De éstos, los de los años 1929, 1943, 1952 y 1960 contienen reglamentaciones de tipo más refinado en tanto que el del año 1947 se contenta con una reglamentación de tipo sencillo. Los del primer grupo se sirven de normas establecidas en relación con la asamblea totalitaria misma, no preven, por ende, disposiciones relacionadas con la anulación de las resoluciones tomadas por la asamblea de accionistas.

El proyecto de 1929 (artículo 895) se refiere a la nulidad de las resoluciones que hayan sido tomadas por asambleas no debidamente convocadas, salvo que "...en la asamblea haya estado representada la totalidad de las acciones y la resolución se haya tomado por unanimidad". Mediante esta redacción se combina la postura de los accionistas en cuanto al fondo o tema de la votación, con la relativa a la incorporación de un asunto en la actividad resolutoria de la asamblea no debidamente convocada, es decir, la controversia sobre el orden del día. Tal combinación no es conveniente dado que produce situaciones rígidas consistentes en que sólo se podrán tomar resoluciones de fondo en los casos en los que exista unanimidad respecto del mismo, de modo que se excluye la posibilidad de que los accionistas sí estén en principio acordes con que se resuelva, pero sostenga criterios distintos en cuanto al fondo u objeto sometido a la resolución.

El Proyecto de 1943 (artículo 197) contiene disposiciones muy bien desarrolladas, previendo la nulidad de las resoluciones que hayan sido tomadas en asambleas no debidamente convocadas "salvo que en el momento

de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones y ningún accionista se haya opuesto a la adopción del acuerdo, o que se trate de la propuesta de convocar una asamblea general o de hacer proposiciones y discutir las, sin tomar resolución sobre ella". Esta redacción se acerca en grado considerable a las ideas que proponemos en el Capítulo V) de este trabajo, en relación con una futura reglamentación legal de la asamblea totalitaria, renuncia, sin embargo, a diferencia de nuestra proposición, a definir o a delimitar la relevancia de la oposición que se efectúe en contra de la incorporación de cierto asunto en la orden del día. Esta falta no es conveniente para la aplicación en la práctica de tales normas legales dado que así la oposición puede efectuarse en forma ilimitada, situación inconveniente por suprimir total o innecesariamente las ventajas de la asamblea totalitaria. Por otra parte, si en la práctica se interpretan las normas de este tipo en forma restrictiva, es decir, en el sentido de que se admita la oposición sólo en los casos que justifiquen la misma, el juzgador carece de base legal sustantiva y expresa para decidir sobre la admisión de la oposición en un caso concreto. Importante es que, según el Proyecto comentado, no se requiere un consentimiento expreso de los accionistas presentes, sino que es suficiente la falta de oposición. Esta distinción es relevante en la práctica, dado que según el primer modo, se requiere en el acta de la asamblea la constatación del contenido que los accionistas consienten expresamente en que se resuelva sobre el tema respectivo, en tanto que conforme con el segundo aspecto, no se necesita tal constatación, de modo que es suficiente para la validez de la resolución que se haya omitido la oposición respectiva.

Los Proyectos de 1952 y 1960 (artículo 198) con relación a la asamblea totalitaria prevén que "en el momento de la votación estuviere representada la totalidad de las acciones y ningún accionista se opusiera a la adopción del acuerdo".

La Ley alemana sobre las Sociedades por Acciones del año 1937 que derogó los artículos 178 a 334 del Código de Comercio Alemán que reglamentaron hasta esta derogación las sociedades mencionadas, creó en sus artículos 195 a 202 las causales de nulidad y de impugnación de las resoluciones de las asambleas de accionistas en nueva sistematización y diferenciación, previó para cada uno de estos dos grupos vías y condiciones distintas relativas al modo de anulación.

Con esto se obtuvo un gran progreso en comparación con la situación anterior formada en los artículos 271 a 273 del Código de Comercio derogados por la Ley de 1937 y que se contentaban con un contenido normativo cuyo nivel correspondía a la época de la creación de este Código. Tal reglamentación de la Ley de 1937 subsiste —en cuanto a la asamblea totalitaria— en los artículos 195 a 202 de la Ley austriaca sobre la sociedad anónima de 1965 y en los artículos 241 y 249 de la Ley alemana sobre sociedades por acciones del año 1965.

Las últimas dos leyes forman el fundamento de las exposiciones que siguen de las cuales resultará que la regulación y el funcionamiento específico de la asamblea totalitaria formados en tales Leyes, tiene su base en la reglamentación de la anulación multicitada.

Las causales de nulidad fijadas en los artículos 199 de la Ley austriaca y 241 de la Ley alemana se refieren a casos de antijuridicidad más graves que las causales de impugnación (artículo 195 y 243, respectivamente, de las citadas leyes). Respecto de las primeras se conceden más posibilidades para hacer valer las nulidades en comparación con las causales de impugnación, como corresponde a la mayor importancia de las primeras. Con relación a las causales de impugnación se toma en consideración hasta cierto grado, el interés en la seguridad jurídica, consistente en que no se anulen las resoluciones afectadas por tales causales en una forma exagerada, razón por la cual las Leyes establecen un plazo relativamente corto para el entablamiento de la demanda de anulación basada en estas causales (artículos 197 y 246).

Por lo que se refiere a las convocatorias omitidas o defectuosamente efectuadas, los artículos 199 y 241 primeramente citados, priven la nulidad de las resoluciones tomadas en las asambleas respectivas, es decir, la nulidad en el sentido específico mencionado, no la impugnación, esta sanción de nulidad sin embargo, no incluye cualquier defecto u omisión relativa a la convocatoria, sino solamente las graves señaladas en estos artículos en forma limitativa, como son la falta de legitimación legal o estatutaria del o de los sujetos que hayan hecho la convocatoria, la omisión de la publicación de la convocatoria en todos los órganos de publicación previstos en los estatutos de la sociedad para la publicación de la convocatoria, la omisión de las menciones de la denominación o del domicilio de la sociedad y del día, de la hora y del lugar de la asamblea o de las condiciones fijadas para la participación en la asamblea y/o para el ejercicio del derecho de voto en la misma. Algunos de estos defectos solamente están previstos en Alemania, pero no en Austria. Otros defectos u omisiones que afecten a la convocatoria, por ejemplo, el incumplimiento en los plazos fijados en los artículos 108 y 123, que deben transcurrir entre las fechas de la convocatoria y de la asamblea, solamente son causa de impugnación. Así se distingue entre los requisitos básicos necesarios para el cumplimiento con los requisitos de la convocatoria, y los otros requisitos de menor importancia, de modo que el grado de sanciones es distinto en correspondencia con el tipo del requisito incumplido.

Por lo que se refiere al efecto de saneamiento de la asamblea totalitaria, los artículos 199 y 241 de las Leyes establecen el mismo, pero *solamente* con relación a la causal de nulidad fijada en estos artículos para los casos de contravenciones de las normas sobre los requisitos *básicos* relativos a la convocatoria, en tanto que no hay efecto de saneamiento alguno respecto de la posibilidad de impugnación. Aquella subsiste a pesar del carácter

totalitario de la asamblea respectiva. Dado que la demanda de impugnación puede estar fundamentada en cualquier violación de normas legales o estatutarias, las resoluciones que hayan sido tomadas en asambleas no debidamente convocadas, podrán ser impugnadas en la última vía no restringida por los efectos de la asamblea totalitaria, en *todos* los casos de defectos u omisiones de la convocatoria, es decir, de graves o de menos graves, máxime que cualquier antijuridicidad grave respecto de la cual se prevé en las Leyes la calidad de causal de nulidad, podrá ser hecha valer en las dos vías. Pero, por otra parte, no se admiten causales de impugnación en la vía prevista para las causales de nulidad.

De lo anterior resulta una restricción considerable del efecto de saneamiento de la asamblea totalitaria en comparación con el Derecho mexicano.

Para que veamos el funcionamiento práctico de la impugnación de las resoluciones tomadas en la asamblea totalitaria y los requisitos adicionales necesarios al respecto expondremos, sin embargo, a continuación algo sobre este tema, dado que solamente con la inclusión de este aspecto se puede obtener el resultado completo de la comparación entre los Derechos alemán y austriaco, por una parte, y el mexicano, por la otra.

Según los artículos 196 y 245 de las leyes austriaca y alemana, respectivamente, se requiere que el accionista que haya asistido a la asamblea y que con posterioridad a la misma impugne la o las resoluciones tomadas en la misma, haya protestado en forma expresa, mencionándose tal reclamación en el acta de la asamblea, contra la resolución respectiva que será impugnada. La votación en contra de la propuesta o la abstención del ejercicio del derecho de voto, no son suficientes. Por lo tanto tampoco se cumple con este requisito por medio de la ausencia de la asamblea respectiva con lo que se distingue esta situación de lo dispuesto en la fracción II del artículo 201 LSM, según lo cual se conserva la legitimación activa para la demanda de impugnación a través de la ausencia del accionista que actúe como actor, o por medio de su votación en contra, respectivamente.

Según los Derechos alemán y austriaco es relevante la reclamación en sí, no la votación como tal, de modo que una votación en pro, hecha por error, no quitará la legitimación activa para la impugnación, si con posterioridad, pero antes de la clausura de la asamblea tal accionista expresa la protesta y aclara su error. Por otra parte, la votación en pro puede ser considerada como una renuncia a la protesta.

De esto resulta que el único factor relevante para la existencia de la legitimación activa para la impugnación es la protesta y su subsistencia, máxime que el derecho de impugnación es renunciante. Así se distingue el efecto de las causales de impugnación del de las causales de nulidad.

El accionista que tiende a oponerse contra las resoluciones de la asamblea totalitaria debe, por ende, hacer uso de la protesta arriba indicada y abstenerse de votar en favor de la propuesta sometida a la resolución

de la asamblea, máxime que tal votación se considera como una renuncia al derecho de oposición a no ser que se trate de errores. La votación en contra por sí misma, es decir, sin la protesta mencionada, se califica también como una renuncia del tipo aludido. Es importante que la protesta debe expresarse durante la asamblea, no se admite por ningún motivo reclamaciones posteriores, tampoco en los casos de error. En estos últimos la aclaración y la reclamación respectivas deben ser hechas antes de la clausura de la asamblea.

De lo anterior resulta que la asistencia meramente física no es suficiente para la validez de las resoluciones tomadas en la asamblea totalitaria, pero, por otra parte, la oposición del accionista debe ser activa, para que su asistencia física no pueda convertirse en asistencia jurídica cuya existencia fundamenta la validez de las resoluciones referidas.

El otro factor necesario para la procedencia de las causales de impugnación hechas valer en forma de demanda, es el criterio de la llamada "causalidad" consistente en que la existencia del hecho en el cual se apoyare la demanda, tenga una importancia causal para el contenido de la resolución que sea objeto de la impugnación.

Por medio de esta limitación unánimemente formada por la doctrina y jurisprudencia, se tiende a restringir las demandas de anulación sustancialmente no justificadas, máxime que éstas no descansan en causales de nulidad que son antijuridicidades más graves y que por sí mismas justifican en forma absoluta la anulación de la resolución en tanto que las causales de impugnación, por su carácter antijurídico más leve, no merecen tal consideración anulatoria absoluta. Así, por ejemplo, la Suprema Corte Austriaca consideró en su resolución Rspr. 1934:5 en el año 1933 que las resoluciones tomadas en una asamblea general convocada en forma irregular por el consejo de administración que no dictó previamente una resolución mayoritaria conforme a las normas relativas a los requisitos para tales resoluciones del consejo, no son impugnables si la convocatoria mencionada se hizo con base en un pedimento legalmente formado de la minoría de los accionistas, quienes según la Ley tienen derecho a la convocatoria en forma análoga al artículo 184 LSM. En este caso, la irregularidad del procedimiento de la convocatoria no originó la procedencia de la impugnación, dado que la asamblea de todos modos debía ser convocada a causa de la voluntad minoritaria de los accionistas, independiente del defecto que afectó la formación de la voluntad corporativa del consejo de administración que actuó en tal situación solamente como un instrumento de ejecución de la voluntad minoritaria.

En el caso en el que un accionista haya sido injustificadamente excluido de la participación y votación de una asamblea la sociedad demandada por él con base en la impugnación de la resolución tomada en esta asamblea, podrá oponer la excepción de falta de causalidad antes expuesta, con motivo de que la mayoría, base de la resolución aludida, se integró por

razones aritméticas independientemente de su participación o exclusión, respectivamente, en el acto de la votación, es decir, su exclusión no fue relevante para el resultado de la votación, o, dicho con otras palabras, que en tal situación falta la relación de causalidad entre el motivo de la demanda y el resultado de la votación. En esta forma, sin embargo, no se acaba la aplicación de la figura de la causalidad, dado que para ésta no solamente es relevante el resultado de la votación, en el sentido limitado anterior que corresponde al concepto rudimentario o parcial de la causalidad aplicado en el segundo párrafo del artículo 197 LSM, sino que se debe tomar en cuenta cualquier factor importante o su falta, respectivamente, así, por ejemplo, en el caso planteado, el demandante podrá replicar y probar en el sentido de que en el caso de su participación en la asamblea él habría podido influenciar a los accionistas reunidos por medio de ciertos argumentos en la discusión previa a la votación, con el efecto de que no se habría formado la mayoría obtenida efectivamente en su ausencia, razón por la cual su exclusión sí tuvo un carácter casual para el resultado de la votación, no obstante que el resultado de la votación limitado a razones aritméticas no exprese tal situación, como por ejemplo en el caso de 90 votos en pro y 9 en contra, de modo que su participación en la votación, desde el punto de vista de una causalidad casuísticamente mutilada, sólo habría conducido a la existencia de 90 votos en pro y 10 en contra.

En general, el demandante no tiene la carga de probar la existencia de un factor causal relativo a las circunstancias de su demanda, sino que la sociedad demandada podrá oponer y probar la imposibilidad de la existencia de tal factor. La sola posibilidad de tal existencia, es decir, la falta de certeza, no es suficiente para negar la demanda.

Si aplicamos los principios generales anteriores al tema de la oposición de los accionistas presentes en una asamblea totalitaria, contra las resoluciones que haya tomado la misma, resultará que para que proceda por medio de la demanda de impugnación respectiva, esta oposición requiere que la falta de convocatoria debida —sea cualquier tipo de defecto, grave o leve, relativo a la convocatoria —haya sido causal para la resolución impugnada. Así, por ejemplo, existe causalidad en favor de la demanda en los casos en los que el tema de la votación efectuada en la asamblea totalitaria haya requerido cierta premeditación y preparación por parte de los accionistas a causa de su contenido específico y que el actor, si hubiera tenido la posibilidad de prepararse adecuadamente para la votación con base en una convocatoria debidamente efectuada, hubiera obtenido información relevante para la decisión de la asamblea, planteada por él a los accionistas en la discusión previa a la votación, de modo que ésta hubiera conducido a un resultado distinto del efectivamente obtenido en la asamblea totalitaria.

Por lo anterior, podemos concluir que según las leyes austriaca y alemana comentadas, sí existe la posibilidad jurídica de oposición por parte de

los accionistas presentes en la asamblea totalitaria, solamente sin embargo, bajo las siguientes condiciones:

1. La oposición que puede ser efectuada en la vía judicial, únicamente descansa en una causal de impugnación, no de nulidad.
2. En esta vía apoyada en la impugnabilidad pueden hacerse valer todos los tipos de defectos u omisiones que afecten a la convocatoria, es decir los leves y los graves.
3. Se requiere la oposición expresa (reclamación o protesta) por parte del accionista presente en la asamblea totalitaria.
4. La oposición es expresa o tácitamente renunciabile.
5. Para su procedencia, la demanda de impugnación requiere la falta de una debida convocatoria como causal para el contenido de la resolución impugnada.
6. Basta con que se oponga un accionista; cualquier accionista está individualmente legitimado para la demanda de la impugnación.

III. *Criterios jurisprudenciales relativos a la asamblea totalitaria.*

Nos parecen de interés los criterios jurisprudenciales desarrollados en la aplicación e interpretación de normas legales análogas al artículo 188 LSM en su referencia a la asamblea totalitaria, es decir, que tales disposiciones solamente exigen la asistencia física de los socios. Si se trata de normas legales del tipo comentado, en el subcapítulo anterior, como las de Austria y Alemania, o los Proyectos mexicanos, su interpretación no ofrece rasgos especiales, dada la sustancia clara de tales normas. Una situación distinta sin embargo, se presenta en los casos de normas del primer tipo, máxime que el intérprete debe desarrollar en tal caso, una actividad verdaderamente constructiva, para ampliar el contenido legal que en su texto se limita al requisito de la asistencia física, en una medida que incluya adicionalmente el requisito de la asistencia jurídica de los socios.

En interpretación del artículo 38 de la Ley Austriaca sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada, análogo al artículo 188 LSM en cuanto a la asamblea totalitaria, la Suprema Corte austriaca resolvió que la asistencia física no es suficiente en ciertos casos en los cuales los accionistas merezcan una protección contra "ataques por sorpresa" mediante los cuales se tome una resolución no cubierta por una debida convocatoria (resolución de 30 de mayo de 1974, 6 Ob8/74, que en principio coincide en este aspecto con la sentencia pronunciada en el mismo asunto por el Tribunal de apelación, el Tribunal Superior Federal de Innsbruck, 2 R 234/73).

Según los criterios jurisprudenciales desarrollados en este asunto, se requiere de la asistencia jurídica solamente en los casos en que el o los socios respectivos se perjudiquen por falta de una reflexión previa o de

preparación al tema de votación y en otras situaciones en las cuales en la misma asamblea totalitaria se resuelvan puntos cubiertos por la convocatoria y otros que carezcan de tal fundamento.

El motivo respecto de la segunda situación consiste en que no se puede exigir de un socio presente en la asamblea totalitaria, que el mismo esté presente durante la votación y discusión sobre puntos cubiertos en el sentido anterior y que se retire durante la votación y discusión relativas a los otros puntos, de modo que tal socio merezca la facultad de "retirarse" en forma solamente jurídica respecto de los últimos puntos. La aplicación del primer criterio de la protección contra "ataques por sorpresa" nos muestra cierto rigor según el cual no es tan fácil que se exija en un caso concreto aparte de la asistencia física la jurídica, como necesaria para la validez de las resoluciones que se tomen en la asamblea totalitaria, como resulta de los siguientes hechos del asunto fallado en la resolución:

El marido, de nombre Klaus y su esposa, de nombre Elfriede forman como únicos socios una sociedad de responsabilidad limitada, en la cual el primero tiene además, el cargo de único gerente de la sociedad. En el orden del día legalmente formada, se listó entre otros puntos la "Modificación del contrato social (con respecto al nombramiento de un segundo gerente)".

Solamente con un día de anticipación a la asamblea, por lo tanto no dentro del plazo legalmente requerido en el artículo 38 de la misma Ley, se amplió sin embargo, el orden del día mediante el punto consistente en que se resolvería sobre la revocación del cargo de gerente del señor Klaus y sobre los nombramientos de la señora Elfriede y de su padre José como nuevos gerentes de la sociedad. La Corte austriaca consideró que esta ampliación del orden del día no tenía fundamento en la convocatoria, de modo que el efecto de la asamblea totalitaria obtuvo así, en principio, actualidad, pero, por otra parte, no exigía la asistencia jurídica dado que faltó la relevancia de una reflexión previa, necesaria cuya privación hubiera causado un "ataque por sorpresa", dado que los cónyuges Klaus y Elfriede, los socios, vivían un matrimonio completamente perturbado por diferencias conyugales, motivo por el cual no había posibilidad alguna de una reflexión previa común entre los cónyuges, cuya protección hubiera exigido el cumplimiento con el requisito de asistencia jurídica independientemente de la física.

El aspecto de la renunciabilidad de oposición del socio en la asamblea dirigida contra los efectos de saneamiento de la asamblea totalitaria, fue un punto muy estudiado en esta resolución. El socio Klaus afectado por la ampliación indebida del orden del día, se opuso en primer lugar, contra la votación relacionada con el punto introducido ampliando el orden del día. Su oposición, sin embargo, se fue vencida dada la mayoría de la señora Elfriede. Posteriormente Klaus votó en contra de la propuesta relacionada

con la ampliación mencionada, Klaus discutió además el fondo del punto respectivo.

Toda esta actuación la consideró la Corte como renuncia a la oposición contra el orden del día ampliada. Este criterio sin embargo no nos parece correcto, dado que la posición de Klaus en esta asamblea estuvo integrada por dos sectores de los cuales el primero consistía en la litis sobre el orden del día y el segundo sobre el fondo del punto de la ampliación (su revocación como gerente). Si un socio minoritario, como en el caso lo fue Klaus, defiende, en primer lugar, su posición en el primer sector y después en el segundo, tal actitud no puede ser considerada como una renuncia a la oposición en el primero, máxime que este socio minoritario debe defenderse también en el segundo sector, si en el primero fue vencido, sin que, empero, renuncie a su legitimación para entablar posteriormente una demanda de anulación fundada en su oposición contra los efectos de asamblea totalitaria. En la situación de la asamblea mencionada, quizás fuera aconsejable la expresión de una reserva concreta de Klaus en el sentido de que su intervención en el fondo sólo se hizo sin perjuicio de la subsistencia de su oposición contra el nuevo orden del día.

La Corte austriaca ventiló, además, en su resolución, el aspecto de la causalidad expuesta en el subcapítulo anterior y dejó entrever, que con motivo de la participación mayoritaria de Elfriede y de la situación irreconciliable entre ella y Klaus, una nueva asamblea debidamente convocada jamás pudiera conducir a otro resultado de fondo en el punto no cubierto por la ampliación injustificada del orden del día.

IV. Criterios doctrinales relativos a la asamblea totalitaria..

En la doctrina mexicana, Mantilla Molina (*Derecho mercantil*, México, D. F., 1970, pág. 380) sostiene "validez de las asambleas totalitarias, innegable en México atento al texto legal citado", es decir, del artículo 188 LSM en su parte final. Así, este autor no incluye en la interpretación del artículo 188 LSM el concepto de la asistencia jurídica que sí es aplicado en las doctrinas alemana y austriaca y en la jurisprudencia de estos países, no obstante que en este punto sus ordenamientos sobre la sociedad de responsabilidad limitada son idénticos al artículo 188 LSM (en Alemania es el artículo 51 de la Ley de la materia).

Sin embargo, por otra parte, Mantilla Molina se inclina *de lege ferenda*, por una limitación del efecto de saneamiento de la asamblea totalitaria en favor de la protección del "socio" que "asiste a la asamblea sin la suficiente información y meditación". Por último, el autor multimencionado se refiere a los Proyectos mexicanos de los años 1947, 1952 y 1960 que en su contenido son conformes con tal aspecto aceptado por el autor desde el punto de vista *de lege ferenda*.

Metodológicamente nos parece interesante que Mantilla Molina interprete las normas mexicanas como "innegables" en cuanto a la suficiencia de la asistencia física, en tanto que en las doctrinas alemana y austriaca y en las jurisprudencias de los mismos países en forma unánime se considera que las normas de tal texto requieren para su aplicación e interpretación, aparte de la asistencia física la jurídica. Así encontramos en México una forma de interpretación mucho más apegada al texto legal que las otras. Al margen mencionamos que la Corte austriaca es conocida en lo general por su método de interpretación positivista muy distinta de la alemana que se sirve, en comparación con la primera de un método mucho más "libre", pese a ello empero, la postura de la Corte austriaca aún es más "libre" que la postura de Mantilla Molina, por lo que se refiere al resultado de la interpretación, en tanto que el modo o la vía aplicada por la Corte austriaca para la obtención de este resultado no es extrapositivista, si se piensa en las normas legales sobre la convocatoria y sobre su *ratio legis*.

Raúl Cervantes Ahumada (*Derecho mercantil*, México, D. F., 1975), se refiere al concepto de asamblea totalitaria como está previsto en el artículo 188 LSM, sin agregar aspectos especiales o adicionales relevantes para la interpretación o crítica de esta disposición.

Rodríguez y Rodríguez (*Tratado de sociedades mercantiles*) interpreta el artículo 188 LSM, parte final, en el sentido de que en ciertas circunstancias se requiere del consentimiento de los socios reunidos en la asamblea totalitaria, para que sus resoluciones tengan validez. El autor habla para tal efecto por una parte de la necesidad de la falta de oposición y, por otra, del consentimiento de los socios, como requisitos necesarios. Esta forma de expresión no es muy clara, dado que existen, como expusimos más arriba en nuestro comentario a los Proyectos mexicanos, dos posibilidades para fijar requisitos de esta índole, es decir, el consentimiento expreso, por una parte, y la falta de oposición, por la otra, que exigen modos distintos en su aplicación. El autor mencionado sin embargo, confunde aparentemente los dos conceptos al equipararlos sin comentario alguno. De todos modos nos parece considerable esta forma de interpretación legal mediante la cual se obtiene una integración de la norma legal respectiva.

Con relación a los criterios doctrinales sobre la asamblea totalitaria no nos referimos a las ideas sostenidas al respecto desde el punto de vista de *lege ferenda*, máxime que nos parece necesario que las normas legales no instituyan tal asamblea con efectos absolutos respecto de la convalidación de los defectos u omisiones originados por la convocatoria respectiva. Esta meta nos parece tan fundada que las argumentaciones en pro o en contra nos parecen superfluas.

Desde el punto de vista metodológico lo que nos interesa es la divergencia existente entre los criterios doctrinales sostenidos en la interpre-

tación de las normas legales que tienen un texto idéntico a aquel del artículo 188 LSM, en su parte final.

En la doctrina austriaca (Comentario de Gellis a la Ley Austriaca sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada) en la interpretación del artículo 38 de esta Ley se sostiene que el socio afectado por el carácter totalitario de la asamblea no debidamente convocada, podrá oponerse a que se tomen resoluciones en la misma. Así se manifiesta la misma divergencia entre Mantilla Molina y Gellis que ya expusimos con respecto a la jurisprudencia austriaca.

En Alemania el artículo 51 de la Ley sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada prevé un efecto de saneamiento de la asamblea totalitaria, en forma literalmente idéntica a los artículos 188 LSM y 38 de la Ley austriaca de la materia. Los autores Scholz y Schmidt opinan sin embargo, en sus comentarios a la Ley Alemana sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada (el último en el Comentario Hachenburg) en sentido idéntico a Gellis.

V. *Observaciones acerca de una futura reglamentación legal de la asamblea totalitaria de accionistas.*

1. En la situación legal actual relativa a la sociedad anónima, nos parece conveniente que la reglamentación de la asamblea totalitaria se lleve al cabo en el artículo dedicado a ésta, como lo es el artículo 188 LSM, y no en las normas sobre la impugnación, dado que éstas no tienen una estructuración suficientemente sistematizada y detallada para que en ellas se pudiera implantar la reglamentación de la asamblea totalitaria, como lo muestra la comparación entre ellas y las existentes al respecto en Alemania y Austria.

2. El accionista debe tener el derecho de oposición contra las resoluciones que se tomen en la asamblea totalitaria en cuanto se trate de puntos o temas no cubiertos por la convocatoria hecha en conformidad a normas legales y estatutarias.

3. La oposición debe ser declarada en forma expresa con anterioridad a la votación respectiva, y en una forma tan clara que se mencione la declaración respectiva en el acta. La oposición debe ser considerada como renunciante, no solamente en forma expresa sino también en virtud de su omisión y a través de cualquier otra conducta que permite deducir su existencia en forma tácita, tal como la votación en pro, o la votación en contra sin reserva.

4. Carece de relevancia la oposición en los casos en los que los socios no resuelvan sino que solamente se efectúen discusiones, o se resuelva sobre la convocatoria de otra asamblea.

5. Carece de relevancia la oposición en los casos en los que la falta

de convocatoria conforme a las normas legales y estatutarias, no haya sido causal del contenido de la resolución respectiva.

Por medio de esta limitación se tiende a excluir las oposiciones que no merezcan que ellas destruyan la ventaja conveniente del carácter expedito de las resoluciones que se tomen en las asambleas totalitarias defectuosas en su convocatoria. Sin embargo, el texto legal respectivo por medio del cual se establezca esta limitación, no deberá tener una formación casuística, como, por ejemplo, la norma contenida respecto de esta materia en el Código Civil italiano citada por Mantilla Molina (ob. cit. pág. 380, nota 26 a), que se refiere solamente a falta de suficiente información del accionista sorprendido por la votación respectiva, norma ésta que por su carácter casuístico, no suficientemente conceptual en cuanto al concepto más amplio de la causalidad, es comparable metodológicamente con el artículo 197 LSM, sino que el futuro texto legal requerirá de un radio de acción más amplio que excluya de la oposición todas las posibilidades de falta de causalidad, como nos lo muestra el asunto fallado por la Suprema Corte austriaca en el cual, por una parte, hubo indudablemente un "asalto por sorpresa" que impidió la suficiente información y preparación *unilateral* del socio afectado, pero, por la otra parte, una convocatoria correctamente efectuada no hubiere ayudado al socio opuesto, al marido, quien estuvo totalmente desavenido con el otro socio, su esposa, por problemas matrimoniales, de modo que no existía posibilidad alguna de premeditación *común* entre los dos socios, lo que hubiera conducido a otro resultado de fondo en una nueva asamblea debidamente convocada. La carga de la prueba de la falta de causalidad la tiene la sociedad en su calidad de demandada en el juicio de anulación.

6. En la competencia del presidente de la asamblea o en la misma (mayoría simple) se encuentra la decisión de admitir la oposición o de negarla, sin embargo, la última palabra la tendrá al respecto la autoridad judicial que resuelva, en su caso, en el juicio de anulación.