

2ej
577



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ORGANOS DE REPRESENTACION Y
MANDATARIOS EN LAS SOCIEDADES
ANONIMAS



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR
EN SERVICIO PROFESIONALES

T E S I S

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a

FCO. JAVIER OGARRIO VERTIZ



México, D. F.

1986



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N T R O D U C C I O N

El fenómeno jurídico de la representación nace por necesidades prácticas, como un instrumento que amplía las facultades de obrar de las personas físicas las cuales en ocasiones, y en un principio derivado de la celeridad y amplitud geográfica del tráfico mercantil, hacían indispensable que una persona encomendara a otra la ejecución de un acto o negocio, o una serie de estos, que el propio interesado no podía o no quería realizar por sí mismo.

La fuente primaria del fenómeno representativo se produce por primera vez a través del mandato en el Derecho Romano, el cual no producía por sí una relación entre mandante y terceros, es decir, una representación directa. El mandatario, al ejecutar el negocio encomendado, asumía los derechos y obligaciones derivados de dicho acto los cuales traspasaba el mandante a través de un acto posterior. El Derecho Romano no concibió la idea de que la actuación de una persona pudiese comprometer o afectar el patrimonio de otra.

La representación no se regula e institucionaliza sino hasta mediados y finales de la Edad Media.

La relación que guardan el mandato y la representación, figu-

ras nacidas en diferentes campos y en distintas épocas, han provocado que en ocasiones hayan sido confundidas y hasta igualadas; empero, conforme su evolución y perfeccionamiento, la generalidad de la doctrina jurídica así como las diversas legislaciones han llegado a delimitar ambos institutos señalando las diferencias que existen entre ellos y así se concluye que puede existir tanto mandato sin representación como representación sin mandato.

En la época actual puede afirmarse que la representación se ha convertido en un elemento necesario para la estructura y organización de la vida económica y social.

El presente trabajo enfoca el fenómeno representativo desde el punto de vista de la sociedad anónima y especialmente a través del órgano encargado de ejercerla, como lo es el órgano de administración.

Como se verá, la generalidad de nuestra doctrina es unánime al considerar que las personas morales requieren de personas físicas que las representen a efecto de poder actuar y establecer vínculos jurídicos con terceros, pero la representación de las sociedades y en este caso de la anónima, guarda características propias que la diferencia de la figura clásica de la representación de las personas físicas.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles califica a los administradores como mandatarios de la misma. Nosotros sostenemos que la figura jurídica del mandato es insuficiente para explicar el carácter de las funciones que corresponde al órgano de administración, intentando dar una explicación respecto a la verdadera naturaleza del vínculo que existe entre el ente colectivo y sus administradores.

Antes de entrar al anterior análisis, se hace una exposición de la evolución jurídica del instituto de la representación, de los principales puntos de vista que han surgido para explicar dicho fenómeno, así como sus divisiones más aceptadas, para en seguida, una vez analizados los efectos del contrato de mandato, hacer la distinción entre ambas figuras.

Asimismo en el Capítulo Tercero se hacen unos breves apuntes sobre los distintos órganos de representación de las principales sociedades mercantiles reconocidas por nuestra ley, analizando especialmente, en el Capítulo Cuarto, a la sociedad anónima desde el punto de vista de su estructura orgánica y de su reglamentación en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El campo está abierto y así los diversos estudiosos del derecho continuarán exponiendo sus ideas y teorías para tratar de explicar la naturaleza jurídica del fenómeno de administra-

ción de las sociedades anónimas, problema complejo que sigue causando controversias. Esperamos que el presente trabajo sea de utilidad como una introducción para aquellos que se interesen en el fenómeno representativo y en especial en la representación que ejerce el órgano de administración de las sociedades anónimas.

Ciudad de México, Octubre de 1986.

CAPITULO I

LA REPRESENTACION

CAPITULO I

L A R E P R E S E N T A C I O N

1.- ANTECEDENTES Y CONCEPTOS

1.1 Derecho Romano.-

Dentro del primitivo Derecho Romano se consideraba imposible que la actuación de una persona modificara la situación patrimonial de otra manifestando una voluntad ajena. Solo las personas que concurrían a la celebración de un acto o negocio quedaban vinculadas a él.

Lo anterior se explica en virtud de las ideas de libertad humana y por el formalismo que caracteriza el nacimiento del derecho en Roma.

La división que presenta en años posteriores el Derecho Romano, dentro de la cual se presenta el Derecho Civil, tradicional e invariable, fundado en costumbres inveteradas, al lado del Derecho Petroriano, realista y adecuado paulatinamente a los problemas sociales y que transforma principios del primero, dá las pautas para el nacimiento de la figura de la representación.

Así, el Derecho Civil nunca llegó a concebir la figura de la

representación, basándose siempre en el principio sostenido en el Derecho Tradicional, el cual manifestaba que nadie podía obrar más que a su propio nombre y únicamente las personas que concurrían a la celebración de un acto jurídico quedaban vinculadas por él. Se puede decir que en el Derecho de la República se siguió con rigor la regla general de "PER EXTRANEAM PERSONAM NEMO ADQUIRI POTEST", lo cual es la negación de todo tipo de representación, pues solo lo que se hace por uno mismo puede modificar la esfera jurídica de la persona y no se puede adquirir un derecho por actuación de otro.

Es en el Derecho Petroriano donde pueden encontrarse los primeros pasos dados hacia la figura de la representación. Es a través del edicto del pretor, que formulando excepciones al principio del Derecho Civil, basado en la equidad tan característica de éste, se admite por primera vez que la actuación jurídica de una persona libre pudiera tener repercusiones en el patrimonio y situación de otra igualmente "sui-juris". En la antigua Roma solía suceder que se pusiera al frente de un negocio a un esclavo o a un "alieni juris". En caso de suscitarse alguna controversia entre un tercero que contrataba o realizaba algún acto con aquéllos, éste se veía en imposibilidad de demandar, bién al propio esclavo, por no ser considerado como persona, ni contra el amo o dueño de la negociación puesto que éste no había contratado ni podía llegar a ser deudor por actos de personas sujetas a su potestad.

Ante esta situación el pretor concede a este tercero una acción llamada "de peculio" (la responsabilidad que se podía demandar solo abarcaba hasta el monto del peculio que el padre o amo hubiere dado al incapaz), mediante la cual se podía exigir al "pater" las obligaciones contraídas por personas sujetas a su potestad, considerando que los había autorizado tácitamente para obrar en su nombre.

A parte de esta modalidad, el pretor introdujo en el campo del Derecho Romano otro tipo de acciones como la "institoria", "quod jessu", "tributoria", y otras que... "derogaron paulatinamente al rigorismo del primitivo derecho a través del principio de equidad y urgidos por las necesidades que el comercio y el desenvolvimiento social hacía cada día más complicadas".

(1)

Fuera de estos casos particulares como el anterior, la doctrina jurídica no conoció ni trató nunca como tal la teoría de la representación por lo que puede decirse que "la representación no fué admitida en el Derecho Romano, más que a título excepcional y por procedimientos indirectos". (2)

1.2 Edad Media.-

En esta época continúa rigiendo, como principio, la prohibición de lo que hoy conocemos como la representación directa,

(1) Pacheco Escobedo, Alberto. La Representación Voluntaria Directa. Tesis E.L.D. México, 1952. Pág. 9.

(2) Bonet Ramón, Francisco. Naturaleza Jurídica del Contrato de Mandato. Barcelona, 1941. Pág. 81.

es decir, aquélla en que los efectos se producen directamente entre representado y terceros. Sin embargo, por el influjo de las necesidades comerciales, aquel principio comienza a hacer crisis. Según Buchka (3) es el Derecho Canónico el que hace quebrar la antigua regla romana según la cual "per extraneam personam nemo adquiri potest", sentando la regla contraria, la cual se consigna en el Código Canónico de la siguiente forma: "Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum". A juicio del autor citado, es en las disposiciones de los Papas en donde aparece por primera vez el punto de vista moderno de la admisibilidad general de la representación en los actos jurídicos. Como ejemplo se señala la admisión de otorgar la investidura de un beneficio eclesiástico a un clérigo ausente, a través de otra persona que le sustituya en el acto de la investidura. Asimismo el Código Canónico declara lícita la celebración de un matrimonio por medio de un mandatario especial.

En los estatutos de las ciudades italianas ya encontramos regulaciones de actuaciones hechas a nombre de otro, nacidas de las necesidades comerciales de la época y del espíritu de simplificación que conlleva dicha práctica. Como ejemplo podemos mencionar el Estatuto de la Ciudad de Brescia (1252) el cual regulaba que en los contratos hechos a nombre de otro, se diese acción a aquél en cuyo nombre hubiere sido hecha la promesa o el contrato, como si el mismo la hubiese hecho y sin necesidad de cederle las acciones. (4)

(3) Citado por Luis Díez-Picazo. La Representación en el Derecho Privado. Madrid, 1979. Págs. 28 y 29

(4) Díez-Picazo, Luis. Ob. Cit. Pág. 30.

1.3 Edades Moderna y Contemporanea.-

Desde la alta edad media y a través de toda la moderna, la figura de la representación es considerada desde dos puntos de vista por los diversos sistemas legales y por la doctrina.

- a) El Derecho Civil que sigue la tradición romana y para el cual no existió, sino hasta fines del siglo XVIII el instituto de la representación.
- b) El nuevo Derecho Mercantil nacido a fines de la edad media en los estados italianos, y en el cual la representación tuvo cabida desde el primer momento y en el que las necesidades comerciales, cada día más extensas, llegaron a hacerla indispensable, y por lo mismo a llevarla a su perfeccionamiento conforme a la diaria experiencia del tráfico comercial.

De acuerdo a dichas posturas diametralmente opuestas, ya en la edad contemporanea, las distintas doctrinas y legislaciones comienzan a introducir en el campo civil, en especial en el del mandato, la representación, nacida en el terreno opuesto, y en el cual no encuentra ni acomodo ni posición sólida, tratando de explicarla conforme a conceptos derivados del Derecho Civil para llegar a mezclar ambas figuras, igualándolas en algunos casos.

Dicha posición parte de una base equivocada, en la cual se quiere equiparar a dos instituciones irreductibles, nacidas en distintos campos y que corresponden a distintas necesidades; uno basado en la mutua confianza a través de un encargo amistoso y sin el ánimo de lucro; el otro basado en una necesidad comercial, encomendando la realización de uno o varios negocios y consecuentemente caracterizado por una remuneración.

Así la doctrina francesa, reflejada en el Código Napoleón, y específicamente en su artículo 1984, sin hablar concretamente de la representación, exige, al tratar el mandato, que el mandatario obre simplemente a nombre del mandante, admitiendo por otra parte la gratuidad y conservando en todo las características del mandato tradicional. (5)

Como se ve, la confusión es total. No existía mandato sin representación y la única fuente de éste era aquél.

El primero que rebatió la teoría dominante fué Ihering; según el jurista alemán, no es necesaria la identidad entre representación y mandato, sino al contrario, existen representaciones cuya fuente no es el mandato y viceversa, mandatarios que no representan a su mandante. Como ejemplo del primer caso cita a los representantes legales (padre, tutor, etc.) o el gestor de negocios, y respecto al segundo afirma que nada impide a las partes disponer que el mandatario obre a nombre

(5) Art. 1984 del Código Civil Francés: "Mandato es el contrato por el cual una persona llamada Mandante, confiere a otra, llamada Mandatario, poder para llevar a cabo en su nombre uno o varios actos jurídicos". En el mismo sentido nuestro Código de 1884 en el artículo 2342.

propio, sin dar a conocer a los terceros su verdadera condición.

No obstante el mérito de Ihering al romper con la teoría dominante, éste es incongruente con sus propios argumentos al sostener que las dos instituciones no son irreductibles en virtud de que a veces se dan en una misma figura jurídica: el mandato representativo, manifestando que en este caso representación y mandato no son sino dos fases de una misma relación jurídica, lo cual sería como afirmar que en tales casos la representación tiene como base al mandato.

A partir de esta doctrina surgen diversas teorías que tratan de dar una explicación a la naturaleza intrínseca de la representación, con diversos y variados razonamientos: el principio de la autonomía de la voluntad (Seeler), las teorías de la ficción (Laurent, Planiol, etc.) del Nuncio (Savigny) y otras, sin llegar a convencer ni a cobrar verdadera importancia ninguna de ellas.

Conforme a lo expuesto, la actuación jurídica del representante no ha tenido hasta la fecha ningún fundamento doctrinal sólido; nace bajo las necesidades imperiosas de la vida social, sin que la ciencia jurídica haya podido explicar con satisfacción o encuadrar debidamente a la representación en el campo del derecho que le corresponde.

CONCEPTO DE REPRESENTACION

Antes de entrar a las divisiones más aceptadas dentro de la mayoría de las legislaciones así como en la doctrina respecto a la naturaleza de la figura de la representación, es importante establecer un concepto de la institución en estudio.

Existen diversas corrientes que tratan de explicar desde distintos puntos de vista la figura de la representación, veámos algunas de ellas.

1) La representación vista como un actuar por cuenta y en interés de otro.-

Esta corriente intenta unir la representación directa y la indirecta. Considera que el interés del representante en la representación indirecta o mandato sin representación adquiere tal relevancia que con frecuencia la actividad desarrollada por el mandatario en la ejecución del mandato da lugar a efectos jurídicos idénticos a los que se derivan de una actividad representativa típica (directa). El núcleo conceptual de la representación, según esta corriente, sostenida en Italia por Ferrari entre otros, no se puede apoyar sobre un elemento formal, como en la "contemplatio domini", sino que debe girar alrededor del interés del representado o "dominus", que constituye el centro de propulsión y de gravitación del fenómeno representativo.

Nosotros consideramos que esta teoría confunde dos figuras distintas; la representación y el mandato. Más adelante trataremos las diferencias entre ambas instituciones. Baste ahora decir que el mandato es la fuente más generalizada de la representación, pero que no hay duda de que puede existir representación sin mandato así como mandato sin representación.

2) Teoría de la sustitución.-

Esta corriente explica la figura de la representación considerándola como una institución por la cual el representante, investido de facultades, sustituye al representado en la realización de una actividad jurídica.

La actividad del representante debe verse como hecha por el propio representado. Esta idea de la sustitución, la cual expresa el hecho de colocar a una persona en el lugar de otra, ha nacido en Italia con mucha fuerza, sostenida por autores como Torrente y Santoro-Passarelli, pero no ha sido delineada específicamente para encuadrar la figura de la representación, pues se sitúan también bajo el ángulo de la sustitución todos aquellos casos en los cuales una persona, en virtud de una excepcional autorización legal, ejercita en nombre propio derechos ajenos, por lo que se dice que... "la construcción de una teoría general de la sustitución en la actividad jurídica se hace extraordinariamente difícil, si no decididamente imposi-

sible. ... y si englobamos (en la teoría de la sustitución) los casos de representación y los de gestión de negocios ajenos, el denominador común no es la idea de "sustitución" probablemente, sino otra distinta". (6)

3) La representación como un actuar a nombre de otro.-

La mayor parte de la doctrina coincide en que la esencia de la representación se encuentra en el hecho de que el representante debe actuar en nombre del representado.

Esta corriente considera que como consecuencia de la actuación por parte del representado, los actos que aquél celebre le serán ajenos por corresponder o pertenecer al representado.

La actuación a nombre del representado implica que el representante declare estar actuando en tal calidad, es decir, debe ostentarse como tal ante los terceros con quienes contrata, esto es la llamada "contemplatio domini", la exteriorización y conocimiento de los terceros con quienes se contrata de la relación que une al representante con el representado.

Esta teoría, con la cual nosotros coincidimos, no considera en principio como una figura representativa a la llamada representación indirecta, en virtud de que el "representante" actúa a cuenta o por interés del "representado", pero a nombre propio; o sea que se ostenta ante el tercero como el interesa-

(6) Díez-Picazo, Luis. Ob. Cit. Pág. 60.

do directo, por lo que éste no entra en relaciones con el representado quien permanece oculto e ignorado. Más adelante analizaremos con mayor detenimiento la representación indirecta.

Ahora bien, siguiendo al maestro Jorge Barrera Graf, entendemos como representación "la realización y ejecución de actos jurídicos a nombre de otro, es decir, el obrar a nombre ajeno para la realización y ejecución de un acto o la celebración de un negocio jurídico". (7)

Manifiesta el autor citado que generalmente la actuación a nombre de otro implica la concesión previa de atribuciones y facultades otorgadas por una persona o por la ley a otra a efecto de que realice cierta actividad jurídica a nombre del primero.

De un análisis del anterior concepto podemos afirmar que existen tres elementos que integran esta institución:

- a) Que una persona (el representante) ejecute un acto o celebre un negocio jurídico;
- b) Que en la ejecución del acto o en la celebración del negocio jurídico actúe en nombre de otra (el representado);
y
- c) Que el representante esté facultado para ello por la ley o por voluntad del representado.

Concurriendo estos requisitos se producen los efectos propios

(7) Barrera Graf, Jorge. La Representación Voluntaria en Derecho Privado. Instituto de Derecho Comparado. UNAM. México, 1967. Pág. 11.

de la representación; el acto o negocio jurídico, en lugar de obligar a las personas que lo han celebrado (representante y tercero), obliga solo a una de ellas (el tercero) y a otra persona que no intervino en su celebración (el representado).

La representación ofrece dos caras según sea vista desde el lado del representado o del representante. Para el representado, supone un ensanchamiento de sus posibilidades de actuación jurídica; bien como una posibilidad de utilizar la habilidad ajena para los propios negocios o como un medio de activar la capacidad potencial de quienes la tienen limitada. Por otro lado, para el representante, significa el recibir un poder sobre una esfera jurídica ajena; con ello el patrimonio del representado queda limitado o limitadamente a su merced, con el contrapeso de que ese poder se le confía para ser utilizado en interés del representado y no del propio.

Conforme a lo anterior considero importante el intentar dar un concepto propio de la representación, entendiéndola como las facultades, que en base a la confianza, se otorgan a una persona llamada representante para que, dentro de ciertos límites, actúe y decida en interés y a nombre de otra llamada representado y con efectos solo para éste.

Al anterior concepto cabe agregar que dichas facultades de actuación y decisión pueden derivarse de un acto voluntario de

una persona o de la ley, ante circunstancias especiales en las que se encuentra el representado como es el caso de los incapaces, los quebrados, las personas morales, etc.

2.- LA REPRESENTACION VOLUNTARIA Y LEGAL.

La división tradicional de la figura de la representación, atacada por la mayoría de los tratadistas, y sin embargo aceptada relativamente a falta de otra, es la que considera que hay dos especies de representación: la legal y la voluntaria.

A) Existe representación legal cuando los poderes otorgados al representante a efecto de llevar a cabo su actuación, se derivan de una ley, con o sin consentimiento del representado, y se traduce en un "poder propio del agente, que le concede la ley y gracias al cual obra con plena independencia de la voluntad de aquél por quién actúa, (8) aunque también obra en lugar de éste". (9)

La representación legal tiene el carácter de necesaria en virtud de que el representado requiere forzosamente de una persona que manifieste su voluntad en virtud de que ésta se encuentra limitada, bien por ser un incapaz (menor de edad o interdicto) o por no estar legitimado conforme a la ley para actuar por si mismo (quebrado).

Este carácter necesario lo encontramos en la representación

(8) Santoro-Passarelli. Citado por Jorge Barrera Graf. Ob. Cit. Pág. 28.

(9) Zangara. Idem.

de personas morales las cuales, por su naturaleza de entes colectivos, requieren de personas físicas que expresen la voluntad de las mismas.

De la representación legal Savigny ha dicho, en frase que se ha hecho célebre: "la capacidad de las personas se restringe por la incapacidad y se amplía por la representación".

- B) Existe representación voluntaria cuando los poderes de representación se otorgan por un acto voluntario del representado, una decisión libre unilateral. El representante debe usar el nombre del representado y mostrarlo a los terceros con los cuales o ante quienes va a actuar, a efecto de que los actos que realice recaigan directamente en el patrimonio del representado.

Como se ha visto, este tipo de representación se confundió en una época con el mandato, tratando de igualar una de las fuentes de representación voluntaria, la más importante en verdad, con el instituto propiamente de la representación. "Para que un contrato pueda celebrarse válidamente por un representante, es necesario que éste tenga poder de obrar en nombre del representado. Este poder se confiere... por voluntad del mandante, al mandatario". (10)

(10) Borja Soriano, Manuel. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, 1984. Pág. 244.

Mucho se ha discutido sobre esta división y muchas veces se ha demostrado que no es exacta; sin embargo, no se ha propuesto otra mejor y es ésta la que se usa normalmente en las codificaciones modernas. Como ejemplo está la crítica que le hace Planiol (11), en el sentido de que es defectuosa pues no abarca las representaciones que se ejercitan sin poderes, en las cuales los actos del presunto representante, para ser válidos, requieren una ratificación posterior de parte del representado. Sin embargo, este mismo autor, en su exposición la usa como válida.

Rojina Villegas afirma que no solo deben separarse radicalmente la representación legal de la voluntaria sino que "Las teorías que se han ensayado para fundar el fenómeno de la representación, adolecen... de un error grave: pretenden explicar la representación legal en los mismos términos que la voluntaria". (12)

3.- REPRESENTACION DIRECA E INDIRECTA.

La otra división que se ha hecho de la representación no es propiamente tal, pues incluye como una especie una figura jurídica distinta, que no participa de las características de la representación, sino más bien del mandato no representativo, razón por la cual un gran número de autores han desterrado es-

(11) Planiol, Marcelo y Jorge Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil. Editorial Cultural, S.A. La Habana, Cuba, s/a. Tomo II, Pág. 783.

(12) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo III, Teoría General de las Obligaciones. Edit. Porrúa. México, 1985. Pág. 132.

ta división de los capítulos de sus obras destinadas a la representación.

Se considera que los efectos de la representación son diversos, según ésta sea directa o indirecta.

Existe la primera cuando el acto celebrado por el representante, produce inmediatamente sus efectos en la esfera jurídica del representado en virtud de que siempre el representante actúa a nombre del representado, como si fuera éste el que concurre a la celebración del acto o negocio jurídico que se lleve a cabo; "exige, pues... el conocimiento o la inteligencia del tercero de que contrata o se relaciona con otro (el representado)... y exige también que éste (el representante), no calle ni oculte, sino al revés ostente y manifieste su función instrumental" (13). De tal suerte que en el acto o negocio ejecutado, el representado está actuando, a través de su representante, como si lo hiciera personalmente.

En la representación indirecta, también llamada oculta, el representante no exterioriza su relación con el representado, haciendo nacer los efectos jurídicos a su propio nombre, siendo el verdadero titular ante los terceros y solo mediante una transmisión posterior y en virtud de una relación interna y oculta, hace llegar los derechos y obligaciones al representado, verdadero dueño del negocio. En este caso no estamos ante la presencia de la representación en virtud de que no se da

(13) Barrera Graf, Jorge. Ob. Cit. Pág. 31.

el elemento esencial de ésta, que es su exteriorización, puesto que en la actuación del representante debe hacerse patente su vinculación con el representado, situación que en la representación indirecta el tercero no sólo ignora sino que contrata con la intención de que los efectos jurídicos del acto o negocio recaigan directamente sobre la persona del oculto representante que para él es el verdadero dueño del negocio, sin que en su horizonte aparezca para nada el representado, que en el ánimo de ese tercero es totalmente ajeno al negocio, y por tanto sólo se aprovechará de él o se perjudicará con él mediante un acto posterior del representante, en el cual, a su vez, el tercero es completamente ajeno.

Esta figura, en principio ajena al instituto de la representación, tiene, sin embargo, algunas semejanzas con ella, desde el punto de vista de que la actuación del representante indirecto es por cuenta y en interés de otro y el acto afecta el patrimonio del representado, aun cuando no sea de una manera inmediata.

C A P I T U L O I I

E L M A N D A T O

CAPITULO II

E L M A N D A T O

Al igual que la representación, el mandato no fué conocido en la primera época del Derecho Romano, pues no se sentía la necesidad de que un tercero realizara un negocio que el propio interesado podía realizar por sí mismo, además de que no se concebía la idea de que la actuación de una persona pudiera obligar a otra que no hubiera intervenido personalmente en el negocio realizado por aquél.

El crecimiento territorial del Imperio produjo que las relaciones económicas y jurídicas en Roma se hicieran cada vez más complejas, lo que trajo como consecuencia que existieran negocios que el propio interesado no podía ejecutar personalmente, por lo que hubo de confiar su gestión a otros. En virtud de que en un principio no existieron normas que regularan este tipo de transacciones, se recurría a personas de confianza, las que se comprometían a realizar fielmente el negocio, dando como garantía la palabra y en base a la amistad que los unía con el titular del negocio a realizar. Era, pues, un compromiso de honor el cual se formalizaba simbólicamente estrechándose las manos entre las partes. De aquí deriva su nombre el mandato "Manum Dare" "Manum Data", lo que a su vez implicaba

la fidelidad en la ejecución del negocio que prometía el mandatario al mandante. (14)

En la edad media, la legislación difícilmente comprendió la representación, y así, el mandato se presentó normalmente como el contrato que consiste en el encargo recibido por un amigo, sin preocuparse de los efectos que los actos del mandatario pudieran producir en el patrimonio del mandante, y sobre todo, se ignoraban los efectos que eventualmente se producían entre mandante y terceros, los cuales solo eran admitidos rara vez, más por razones de equidad que por reconocimiento de un verdadero instituto de representación.

Basta para nuestros propósitos hacer una cita de uno de los monumentos jurídicos medievales más famosos y de mayor influencia en los siglos posteriores como fueron Las Siete Partidas del Rey Sabio. Dice la Partida 5a., Ley XX, "Fazen algunos omes por mandato de otros algunas cosas; ...si aquel a quien manda fazer la cosa, recibe el mandamiento, tenuto es de cumplirlo. E si alguna cosa pecharé, o pagare, o desprendiere, en cumplir el mandamiento, tenuto es otrosi deselo pagar, aquel por cuyo mandato lo fizo. Otrosi dezimos, que si aquel que recibe el mandamiento faze algun engaño, en non cumplirlo, o por su culpá viene daño al otro, que es tenuto do pecharle todo el daño, que le viniere por razon del; ca tal mandamiento como este reciben los omes, unos de otros, por fa-

(14) Stichkin Branover, David. El Mandato Civil. Santiago de Chile, 1975. Pág. 37.

la fidelidad en la ejecución del negocio que prometía el mandatario al mandante. (14)

En la edad media, la legislación difícilmente comprendió la representación, y así, el mandato se presentó normalmente como el contrato que consiste en el encargo recibido por un amigo, sin preocuparse de los efectos que los actos del mandatario pudieran producir en el patrimonio del mandante, y sobre todo, se ignoraban los efectos que eventualmente se producían entre mandante y terceros, los cuales solo eran admitidos rara vez, más por razones de equidad que por reconocimiento de un verdadero instituto de representación.

Basta para nuestros propósitos hacer una cita de uno de los monumentos jurídicos medievales más famosos y de mayor influencia en los siglos posteriores como fueron Las Siete Partidas del Rey Sabio. Dice la Partida 5a., Ley XX, "Fazen algunos omes por mandato de otros algunas cosas; ...si aquel a quien manda fazer la cosa, recibe el mandamiento, tenuto es de cumplirlo. E si alguna cosa pechare, o pagare, o desprendiere, en cumplir el mandamiento, tenuto es otrosi deselo pagar, aquel por cuyo mandato lo fizo. Otrosi dezimos, que si aquel que recibe el mandamiento faze algun engaño, en non cumplirlo, o por su culpã viene daño al otro, que es tenuto do pecharle todo el daño, que le viniere por razon del; ca tal mandamiento como este reciben los omes, unos de otros, por fa-

(14) Stichkin Branover, David. El Mandato Civil. Santiago de Chile, 1975. Pág. 37.

zerles amor, e non por fazerles daño".

Como se ve, non entraba en la mente de ese tiempo una representación que estableciera relaciones directas entre mandante y terceros sin quedar comprendido en ellas siempre y necesariamente el mandato.

En la evolución de la figura del mandato, podemos distinguir los diversos criterios que imperan en las distintas legislaciones de la naturaleza jurídica del mandato que son las siguientes:

- a) Aquellas que caracterizan el mandato por la representación. Art. 1984, Código Civil Francés: El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa para el mandante en su nombre. El contrato no se forma sino por la aceptación del mandatario.
- b) Legislaciones que distinguen el mandato por la gratuidad. El Art. 662, Código Civil Alemán, dispone que por la aceptación del mandato, el mandatario se obliga a cuidar gratuitamente el asunto que el mandante le haya encargado;
y
- c) Las que tienden principalmente a la naturaleza del encargo que es objeto del mandato. Nuestro Código Civil dispone en su artículo 2546: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga". Más adelante,

en su artículo 2560 señala que: "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario" y, agrega, "El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante".

Conforme la definición que da nuestro Código Civil del mandato, podemos distinguir los siguientes elementos:

- A) El mandato es un contrato, implica un acuerdo de voluntades.
- B) Su ramo de actuación radica exclusivamente sobre actos jurídicos como anteposición de la prohibición en la ejecución de actos materiales.
- C) El mandatario deberá ejecutar los actos por cuenta del mandante. (Distinción entre mandato representativo y no representativo).

1.- EFECTOS DEL CONTRATO DE MANDATO

Siguiendo al Maestro Ramón Sánchez Medal, diremos que los efectos del contrato son las consecuencias jurídicas que dimanar de éste, efectos que se producen ordinariamente al momento mismo en que se perfecciona el contrato (nacimiento o transmisión de obligaciones y transmisión o constitución de derechos reales), pero que también se generan en ocasiones hasta que se efectúa el contrato... (15)

(15) Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Editorial Porrúa. México, 1984. Pág. 67.

Conforme a lo dispuesto por la segunda parte del artículo 1976 de nuestro Código Civil, los contratos, desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fé, al uso o a la ley. Más adelante el artículo 1797 establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Existen contratos que pueden únicamente tener efectos obligatorios (como el mandato), o bien efectos reales o bien una y otra cosa.

Partiendo de la regla general derivada del principio de la relatividad de los contratos, éstos solo surten efectos entre las partes que intervienen en la celebración, es decir, solo aprovechan o perjudican directamente a dichas partes y solo también para ellas crean derechos y obligaciones.

Debemos distinguir el concepto de parte en su sentido material y en su sentido formal. Parte en sentido material será aquella persona titular del interés o de la relación jurídica material de un contrato, mientras que parte en sentido formal será la que, a través de la expresión de su voluntad, ha concurrido a la celebración del contrato.

Ahora bien, como habíamos visto, la regla general es que el

contrato solo aprovecha o perjudica directamente a las que fueron partes a la vez en sentido formal y en sentido material en ese contrato, sin embargo, existen ciertas personas que no habiendo intervenido en la elaboración del contrato pueden prevalerse de él o sufrir sus efectos. Es decir, personas que han obtenido de las "partes" derechos sobre el patrimonio de las mismas o sobre el objeto del contrato.

Dentro del mandato se aplica un sentido más amplio a la noción de partes del contrato, desde el punto de vista de los terceros con quienes contrata el mandatario, lo cual no implica una excepción a la regla de los efectos relativos de los contratos, pues únicamente se aleja de la concepción de partes por una noción "concebida por el derecho en forma demasiado estrecha y material".(16)

Así, ..."el concepto de parte en un contrato no se identifica con el concepto de persona, sino que coincide con el concepto de centro de intereses en el propio contrato". (17)

Respecto al contrato de mandato, analizaremos primeramente los efectos que se producen entre mandante y mandatario para después revisar los efectos que se dan entre aquellos y los terceros.

A) Efectos obligatorios del mandatario con respecto del mandante:

(16) Gaudemet, Eugene. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa. México, 1974. Pág. 226.

(17) Trabuchi, citado por Ramón Sánchez Medal. Ob. Cit. Pág. 29.

- 1.- El mandatario deberá ejecutar el mandato personalmente, no puede delegar ni sustituir el mandato salvo que tenga facultades expresas para ello. Existe una diferencia entre la delegación y la sustitución del poder. En la primera el mandatario otorga un nuevo poder a un segundo mandatario, pero responde de la actuación de éste ante el mandante; no sale de la relación jurídica, convirtiéndose en mandante respecto al segundo mandatario y respondiendo ante el mandante original de la ejecución del acto encomendado. En la sustitución, el mandatario sale de la relación jurídica al ser sustituido por un segundo mandatario que puede ser elegido por aquél o bien que se haya establecido el sustituto en el propio mandato y sólo responderá en el caso de que el mandatario sustituto, habiendo sido escogido por el mandatario sustituido, sea insolvente o actué de mala fé. (Arts. 2574, 2575 y 2576 Código Civil)

- 2.- El mandatario, en la ejecución del mandato, deberá sujetarse a las instrucciones recibidas por parte del mandante y no podrá proceder contra disposiciones expresas del mismo. En caso de algún acontecimiento imprevisto o que las instrucciones fueren insuficientes o no existan, el mandatario deberá consultar con el mandante, si la naturaleza del negocio lo permite, y si ello no fuere posible, debe actuar prudentemente co-

mo si se tratara de un negocio propio. Dentro de la actuación del mandatario, éste no puede extralimitarse respecto a las facultades conferidas en el mandato, caso en el que los actos realizados traspasando dichos límites serán nulos y dará nacimiento a una acción del mandante para reclamar los daños y perjuicios que se le ocasionen. Además quedará el arbitrio del mandante el ratificar los actos así hechos por el mandatario o bien dejarlos a su cargo. (Art. 2565)

3.- El mandatario deberá informar regularmente al mandante sobre las operaciones que vaya realizando por él y en caso de que un accidente imprevisto hiciere perjudicial la ejecución del negocio, deberá suspender dicha ejecución, o dar noticia al mandante de todos los hechos o circunstancias que puedan determinarlo a retirar o modificar el encargo y comunicarlo al mandante por el medio más rápido posible, para hacer lo que éste último le indique. (Arts. 2564 y 2566)

4.- Rendición de cuentas. El mandatario, además de la información oportuna al mandante sobre la ejecución del negocio para evitar, por ejemplo, doble cobro de créditos o ventas ya realizadas, debe rendir cuentas al mandante entregando las sumas que hubiere recibido en virtud del mandato, y las utilidades o cantidades que por cualquier otra causa percibiere, aunque legalmente no

correspondan al mandante y aún los intereses sobre tales sumas si el mandatario dispuso de ellas. (Arts. 2570 y 2572).

5.- El mandatario deberá indemnizar al mandante de los daños y perjuicios que le causare cuando se exceda en sus facultades, traspasando los límites del mandato.

B) Efectos obligatorios del mandante con relación al mandatario:

1.- Anticipar al mandatario los fondos necesarios para la ejecución del mandato, cuando éste se los solicite. En caso de que el mandatario hubiere erogado dichos fondos, el mandante deberá restituirlos con intereses, aún cuando el negocio no hubiere tenido éxito, con tal que el mandatario esté exento de culpa. A la inversa, el mandatario no podrá exigir un reembolso mayor a lo erogado en la ejecución del mandato, basándose en el éxito del encargo efectuado.

2.- El mandante deberá pagar al mandatario una retribución, conforme lo convenido o a falta de convenio, conforme a los usos del lugar o en su defecto se establecerá a juicio de peritos. El mandato en nuestro derecho se presume oneroso, pues para ser gratuito requiere cláusula expresa en ese sentido.

- 3.- Indemnización al mandatario por los daños y perjuicios que le haya causado la ejecución del mandato, a condición de que éstos no se hayan originado en virtud de la negligencia o culpa del mandatario.
- 4.- Cumplir con las obligaciones contraídas a su nombre (mandato representativo) por el mandatario con respecto a terceros, dentro de los límites del mandato o bien aquellas contraídas más allá de los límites, cuando el mandante ratificó dicha actuación de dicho mandatario.

Esta obligación no se produce en el caso del mandato no representativo en virtud de que el mandatario debe responder personalmente ante terceros de las obligaciones contraídas y solo mediante un acto posterior transmitirá los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas al mandante, el cual no aparece en la vinculación entre mandatario-terceros, empero continúa la obligación a cargo del mandante de hacer suyo el negocio encomendado, con todas sus consecuencias legales.

C) Efectos entre mandante, mandatario y terceros:

Para establecer los efectos derivados de las relaciones jurídicas entre mandante, mandatario y los terceros, debemos distinguir entre mandato representativo y no representativo.

En el primer caso las relaciones jurídicas se crean directamente entre los terceros con quienes contrata el mandatario y el mandante. Una vez llevado a cabo el negocio encomendado, el mandatario es ajeno en cuanto a exigir el cumplimiento o responder de las obligaciones contraídas (Art. 2582 C.C.). En este caso el mandatario obra a nombre del mandante estableciéndose una relación directa entre éste y los terceros, quedando únicamente obligado la persona y patrimonio del mandante. (Art. 2581 C.C.)

Lo anterior varía en el caso de que el mandatario, en la ejecución del mandato, se extralimite en las facultades conferidas, o bien cuando el mandato haya sido revocado o fuese nulo, pues en tal supuesto no se crean relaciones entre el mandante y los terceros y será el mandatario el que deberá responder, a menos que el mandante ratifique los actos ejecutados en dicha forma. (Art. 2583)

Si el mandante no ratifica los actos ejecutados, nacerá para éste acción en contra del mandatario para reclamar los daños y perjuicios que se le hubieren causado. Asimismo, los terceros de buena fé tendrán acción en contra del mandatario que se excedió en sus facultades. Los terceros de mala fé, o sea aquellos que contrataron a sabiendas de la nulidad del mandato o de que éste había sido revocado, o

bién que el mandatario actuaba más allá de sus facultades, solo tendrán acción en contra de éste cuando el mismo hubiere contratado a nombre propio, supuesto de mandato no representativo. (Art. 2584)

Dentro del mandato no representativo, las relaciones jurídicas se dan directamente entre el mandatario y los terceros, esto es, se afecta directamente la persona y patrimonio del mandatario y solo mediante una actuación posterior de rendición de cuentas, el mandatario traspasará los créditos y las deudas al mandante. La rendición de cuentas es un negocio complejo de transmisión de derechos y obligaciones del mandatario y de asunción por parte de éste de todos los riesgos, gastos y obligaciones en general, contraídos por el mandatario. Decimos que es complejo, porque puede implicar enajenación de bienes, cancelación de créditos, asunción de deudas, etc. En este caso el mandatario debe cumplir las obligaciones contraídas y puede exigir a los terceros el cumplimiento de las suyas. El mandatario no podrá exigir el pago de las cantidades erogadas en la ejecución del mandato hasta el momento de la transmisión de los derechos y obligaciones adquiridos y contraídos a la persona y patrimonio del mandante. Se exceptúa el caso en que el encargo recaiga sobre bienes propiedad del mandante. (Art. 2561 C.C.)

2.- EL MANDATO Y LA REPRESENTACION

Tal como ha quedado asentado en páginas anteriores, mandato y representación son dos figuras distintas, nacidas en diferentes campos y encontrando la segunda su fuente en el primero, cuando el mandatario actúa a nombre del mandante.

Ambas figuras, en ocasiones, han sido confundidas y se ha llegado a igualarlas, tratando de explicar una partiendo de la otra.

En esta parte del presente trabajo analizaremos las diferencias que existen entre ambos conceptos.

Cuando el representante deriva sus poderes o facultades de la ley, no hay problema pues no cabe confundir la representación legal con el mandato. Este es un contrato que se genera por el acuerdo de voluntades y aquélla, una facultad que confiere la ley a ciertas personas en atención a que tienen a su cargo la administración de un patrimonio ajeno que tiene necesidad de ser representado para la protección de un incapaz, la liquidación de una herencia (albacea), el pago de unos acreedores (sindicado), etc. La dificultad se produce, en cambio, cuando la facultad del representante emana de un acto voluntario del representado; solo entonces surge la posibilidad de confundir la representación con el mandato. De aquí la necesidad de determinar en qué consiste el poder de representar y cuál es su diferencia con el mandato.

Para que una persona pueda representar a otra y obligarla por actos o contratos que ejecuta o celebra, es necesario, entre otras cosas, que tenga poder para ello, facultad de representarla. En la representación voluntaria esa facultad la confiere el representado mediante el otorgamiento de un poder. Por eso se le llama también poderdante.

Como concepto del otorgamiento de poder, diremos que es "el acto por el cual una persona autoriza a otra para que la obligue directamente respecto de terceros en los actos y contratos que la segunda ejecute o celebre a nombre de la primera". (18)

El poder de representación viene a alterar la regla general que manifiesta que las personas no pueden obligar sino su propio patrimonio. Regla que altera tanto la situación del poderdante como la del apoderado. En cuanto al primero, al otorgar el poder admite que su patrimonio pueda verse afectado tanto por los actos que ejecute él mismo, que es lo normal, como por los actos que a su nombre ejecute la persona a quién autoriza para ello, que es lo excepcional. Tocante al apoderado, en virtud del poder que se le confiere, puede obligar no solo su propio patrimonio, que es lo normal, sino también el patrimonio de otra persona, el poderdante, que es lo excepcional.

Visto de esta forma, el otorgamiento del poder, respecto al poderdante, consiste en abrir su patrimonio para que éste pue-

(18) Stitchkin Branover, David. Ob. Cit. Pág. 37.

da ser afectado no solo por actos del titular, sino también mediante actos o declaraciones de voluntad del apoderado, que no es el titular; y para el apoderado implica una legitimación especial que le permite actuar en un patrimonio ajeno mediante su acto o declaración de su voluntad.

De lo anterior se desprende que el apoderamiento u otorgamiento del poder es un acto jurídico unilateral, que deriva su fuerza de la sola voluntad del poderdante y que para la consecución de los efectos que le son característicos no necesita la aceptación de parte del apoderado. (19)

Siguiendo a Hupka, la teoría del acto unilateral se ajusta a la naturaleza jurídica del apoderamiento. Al conceder el poderdante al apoderado la facultad de disponer sobre la esfera jurídica del primero y a nombre de él, ejecuta un acto que afecta única y simplemente el interés del principal. El poder no toca en lo más mínimo la esfera del apoderado como tal; no deriva éste de aquél ni obligaciones ni derechos, sino solamente la aptitud jurídica necesaria para hacer nacer, por medio de sus actos, derechos u obligaciones a favor o en contra de otra persona. Falta por tanto, una razón intrínseca para hacer depender el nacimiento del poder de representación de un acto de aceptación del apoderado. La aceptación del poder es o una declaración indiferente para el derecho o la declaración que se asume de ponerlo en práctica, es decir, un elemen-

(19) Hupka, José. "La Representación Voluntaria en los Negocios Jurídicos. Madrid, 1930. Pág. 89.

to que reside fuera del negocio constitutivo del poder y que pertenece a la relación del mandato. La decisión del apoderado de hacer uso o no del poder conferido es cosa que compete a él mismo, y si hace uso de él no por eso crea la relación de apoderamiento, como no la impide ni extingue si no la usa.
(20)

De lo anterior podemos establecer claramente la diferencia substancial que existe entre ambas figuras. Son dos instituciones, dos conceptos tan extraños, que no cabe posibilidad alguna de confusión.

El mandato es un contrato que esencialmente consiste en que una persona confíe la gestión de uno o más negocios a otra y que ésta se encargue de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Genera para el mandante las principales obligaciones de suministrar al mandatario lo necesario para la ejecución del encargo y de remunerarle la gestión (salvo pacto expreso en contrario), y para éste las de ejecutar el negocio que se le ha encomendado y rendir cuentas al término del mismo. Como importa una obligación para el mandatario, el contrato solo se perfecciona por su aceptación y al manifestarla, expresa o tácitamente, se compromete a ejecutar el negocio, so pena de responder de los daños y perjuicios que la inexecución o negligencia en dicha ejecución acarée al mandante.

El otorgamiento del poder, no es sino la facultad que una persona confiere a otra para que obligue el patrimonio de la primera a los efectos jurídicos de los pactos o contratos que celebre o ejecute respecto de terceros.

Partiendo de estos conceptos, podemos establecer las diferencias que separan el poder de representación del mandato, conforme lo siguiente:

- a) El mandato se origina siempre en una relación contractual; es siempre un acto jurídico bilateral porque requiere acuerdo de voluntades; la representación puede ser legal, cuando emana de la ley, o voluntaria, si tiene su origen en un acto o declaración de voluntad del representado;
- b) El mandato es un acto jurídico bilateral; es un contrato. El poder de representación voluntario emana de un acto jurídico unilateral que no requiere la aceptación y ni siquiera el conocimiento del apoderado;
- c) El mandato engendra obligaciones recíprocas entre las partes que lo celebran. El poder de representación no crea, por sí solo, obligaciones de ninguna especie, ya que su objeto consiste simplemente en facultar, capacitar al apoderado para afectar un patrimonio ajeno. En caso alguno impone al apoderado la necesidad jurídica de hacer uso del poder;

- d) El mandato determina las relaciones que se producen entre mandante y mandatario; el poder de representación da origen a la representación, que determina las relaciones jurídicas entre el poderdante y los terceros;
- e) El mandato es un contrato principal, pues subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención; el otorgamiento de poder de representación también es un acto jurídico principal que subsiste independientemente de otro acto jurídico, pero por lo general va unido a otro acto o contrato (compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato, etc.).
- f) Por último, el mandatario debe actuar a nombre propio, si carece de la facultad de representar al mandante; el apoderado siempre debe actuar a nombre del poderdante. Si omite este requisito no opera la representación.

El análisis de la naturaleza jurídica de la representación, el apoderamiento y el mandato, ha permitido concluir a los tratadistas contemporáneos que la representación no es un elemento esencial del mandato, de manera que puede faltar en él sin que por eso el contrato degenera en otro diferente o no produzca efecto alguno.

Generalmente el mandatario es a la vez apoderado del mandante, pero puede no serlo cuando por estipulación o por su voluntad, el mandatario actúa a nombre propio.

Lo que sucede es que la ley presume que por el solo hecho de celebrarse el contrato de mandato, queda autorizado el mandatario para desempeñar su cometido en representación del mandante. Esto con el objeto de simplificar la labor del mandatario, quién de este modo, no se obliga en su actuación respecto de los terceros con quien contrata, ni al término de su gestión se verá en la necesidad de traspasar al mandante los créditos derivados del negocio realizado por su cuenta. Pero nada impide que el mandatario deseché esta facultad y contrate a su propio nombre, ni que así lo estipulen expresamente el mandante y el mandatario en el mismo contrato o posteriormente y entonces, terminada la gestión deberá traspasar al mandante los créditos adquiridos y contraídos y éste, deberá hacerse cargo de las obligaciones nacidas por la gestión del mandatario.

Como conclusión se puede afirmar que la representación, en nuestro Derecho, es simplemente un elemento de la naturaleza de mandato, es decir, una cosa que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin necesidad de una declaración especial, pero que, por lo mismo, puede suprimirse mediante una estipulación en contrario, por lo que no debe de tomarse como punto para diferenciarse el mandato de otros contratos.

C A P I T U L O I I I

LAS PERSONAS MORALES EN
CUANTO SON REPRESENTADAS

CAPITULO III

LAS PERSONAS MORALES EN CUANTO SON REPRESENTADAS

Como se ha mencionado con anterioridad, las personas morales a efecto de actuar frente a terceros, requieren de representantes. La representación en las personas morales guarda un carácter necesario y permanente.

Desde que la sociedad nace hasta que muere, sus relaciones y manifestaciones se dan en virtud y por medio de representantes.

La representación de las personas morales se atribuye por ley a sus administradores (Art. 10 L.S.M.) o a todos los socios (Art. 40 L.S.M.) según el tipo de sociedad, pero a diferencia de otros casos de representación, la propia ley limita tal representación al cumplimiento del objeto o finalidad de la sociedad, sin que esto impida que la escritura social amplíe dichas limitaciones (Art. 10 L.S.M.).

La sociedad elige y revoca libremente a sus representantes (administradores) para un plazo, generalmente determinado y la propia ley (Art. 145 L.S.M.) les impone continuar en el desempeño de sus funciones mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus cargos.

Como se ha dicho, la representación de las personas morales

tiene un carácter necesario y permanente. Necesario porque solo pueden obrar a través de un representante; y permanente en virtud de que desde que se crea y hasta que se extingue, sus manifestaciones y relaciones externas se producen por medio de sus representantes. Adquiere personalidad jurídica cuando se ostenta, a través de sus representantes, ante terceros (Art. 20, 3er. párrafo L.S.M.) y muere y se extingue cuando el último acto de liquidación es llevado a cabo por su legítimo representante (Liquidador).

Además de este carácter necesario y permanente de la representación de las personas morales, encontramos que también se trata de una representación legal, que la ley atribuye a los administradores (Art. 10 L.S.M.), o a todos los socios (Art. 40 L.S.M.) cuando se trate de una sociedad personal y no se hubiere nombrado a aquéllos.

Conforme a lo anterior y siguiendo al Maestro Barrera Graf, podemos configurar las características de la representación de las personas morales de la siguiente forma:

- a) Las limitaciones legales, estatutarias o corporativas impuestas a los administradores y representantes no deben impedir la consecución del objeto social de la sociedad y el actuar a través de sus representantes; ni que los terceros que se ligen con la sociedad se encuentren impedidos para actuar judicialmente a efecto de obligar a la sociedad a

cumplir con sus obligaciones.

- b) Que dichas limitaciones no anulen el carácter representativo de los administradores ni que se atribuyan dichas facultades a órgano distinto al que correspondan; y
- c) Que tales restricciones no supriman ciertas facultades de la administración que son insustituibles e indelegables y que tampoco pueden atribuirse a las asambleas y juntas de socios. (21)

"La representación... de las personas morales es, por una parte consustancial, orgánica y propia de dicha figura, de tal manera, que todas las sociedades deben tener siempre personas físicas que las representen, y solo mediante la actitud de ellas (socios, administradores, gerentes, apoderados) actúan ante terceros, y por otra parte, dicha representación supone la capacidad de la sociedad para la ejecución y celebración de actos y negocios, inclusive para imputarle directamente los efectos de los actos ilícitos cometidos por sus representantes". (22)

1.- Sus órganos de representación:

En esta parte del trabajo haremos un análisis de los órganos de representación de las principales personas morales reconocidas por la ley, aclarando que no se incluirá a la sociedad

(21) Barrera Graf, Jorge. Ob. Cit. Págs. 148 y 149.

(22) Idem. Pág. 147

anónima en virtud de que ésta será tratada con amplitud más adelante.

A) Sociedad en Nombre Colectivo:

El Art. 25 de la Ley General de Sociedades Mercantiles nos dá la definición de la sociedad en nombre colectivo afirmando que... "Es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales".

La administración de la sociedad estará a cargo de los administradores, nombrados y removidos libremente por el voto favorable de la mayoría de los socios, los cuáles podrán ser socios o personas ajenas a la sociedad (Arts. 36 y 37), pero en caso de ser un extraño, el socio que hubiere votado en contra del nombramiento, tendrá derecho a retirarse de la sociedad (Art. 38).

En el caso de no hacerse nombramiento del administrador o administradores, la administración de la sociedad se hará con la participación de todos los socios (Art. 40).

El uso de la razón social corresponde a todos los administradores, salvo que en la escritura constitutiva se limite a uno o varios de ellos (Art. 40).

De lo anterior se deduce que pueden existir administradores que carezcan de facultades de representación, limitando sus funciones a las de dirección y gestión de los asuntos internos de la sociedad. Lo anterior no va en contrario al principio general que establece el artículo 10 de la L.S.M., pues si bien éste extiende la representación de toda sociedad mercantil a sus administradores, también contempla la posibilidad de limitar dicha facultad en los estatutos sociales respecto a uno o varios de ellos.

B) Sociedad en Comandita Simple y por Acciones:

Se verán al mismo tiempo la comandita simple y la comandita por acciones, en virtud de que el régimen legal aplicable respecto a sus órganos de administración es igual para ambas.

Las sociedades en comandita han caído en desuso hace algunos años. Su régimen establece la existencia de dos clases de socios:

- 1) Socios comanditados los cuales responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales; y
- 2) Socios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones -o de sus acciones, en el caso de la comandita por acciones-.

La administración y por consiguiente la representación de la sociedad solo puede recaer en los socios comanditados o bien en personas extrañas a la sociedad conforme al acuerdo de los socios, esto es, en caso de que haya nombramiento de administradores el cargo recaerá en todos los socios comanditados (Art. 57-40) y las decisiones se tomarán por mayoría (Art. 57-45).

Los socios comanditarios no podrán intervenir en la administración ni como apoderados de los administradores (Art. 54). En caso de que algún socio comanditario interviniere en algún acto de administración, quedará obligado solidariamente en relación a los terceros respecto a las obligaciones sociales derivadas del acto ejecutado. Asimismo será responsable ante terceros aún en aquellas operaciones sociales en las que no hubiere intervenido, si habitualmente administrare los negocios de la sociedad (Arts. 54 y 55).

Como caso de excepción la ley otorga la posibilidad de administración a cargo de un socio comanditario, cuando ocurra muerte o incapacidad del administrador y no se hubiere estipulado sustituto, limitando dicha administración interina al lapso de un mes, caso en que el socio comanditario únicamente será responsable de la ejecución del cargo (Art. 16).

C) Sociedad de Responsabilidad Limitada:

El Artículo 58 de la L.S.M. define a la sociedad de responsabilidad limitada como aquella... "que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador, pues solo serán cedibles en los casos y con los requisitos que establece la ley".

El órgano administrativo a quien corresponde la dirección, gestión y representación de la sociedad, son los gerentes. La figura del gerente guarda una similitud con el administrador de la sociedad anónima. Es un órgano independiente.

El número de gerentes se establecerá en la escritura constitutiva. En caso de que no haya designación, todos los socios tendrán tal carácter (Art. 74). Si hay un solo gerente, a éste le corresponderá la representación de la sociedad y podrá realizar todas las operaciones tendientes a cumplir con el fin u objeto social.

En caso de que sean varios los gerentes, las resoluciones se tomarán por mayoría de votos. En los estatutos se podrá limitar las facultades de alguno o algunos de los gerentes respecto a la representación de la sociedad, pero si nada se establece al respecto, a todos corresponderá la representación social y el uso de la firma social (Arts. 44 y 86).

La gerencia puede recaer en socios o personas extrañas a la sociedad, sin embargo, en caso de nombramiento de un extraño, los socios disconformes tendrán el derecho de separación (Art. 86-36).

El nombramiento deberá hacerse por el acuerdo de la asamblea general de socios, ya sea en el acto constitutivo o por acuerdo posterior y el cargo es revocable en cualquier tiempo (Arts. 78, Fracc. III y 74).

D) Sociedades Cooperativas:

La Ley General de Sociedades Cooperativas de 1938 contempla dos tipos de sociedades cooperativas: las de consumo y las de producción; las primeras son... "aquellas cuyos miembros se asocien con el objeto de obtener en común bienes o servicios para ellos, sus hogares o actividades individuales de producción" (Arts. 52 L.G.S.C.).

Son cooperativas de producción las formadas por "socios que se obligan a prestar sus servicios en la misma empresa explotada por la sociedad y en la que, por regla general, no puede haber asalariados, sino que todos los miembros deben tener el carácter de socios". (23)

La administración de la sociedad estará a cargo de un consejo de administración el cuál será el órgano ejecutivo al que

(23) Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, 1984. Pág. 295.

corresponde el cumplimiento de los acuerdos de las asambleas, la administración y la representación social para el cumplimiento del objeto de la sociedad.

El consejo administrativo es el órgano representativo de la sociedad y llevará la firma social (Art. 28 L.G.S.C.). El consejo se compondrá de un número impar de miembros que no puede ser mayor de nueve (Art. 29). Deben designarse suplentes para el caso de ausencia de los propietarios. La duración del cargo de consejeros no puede exceder de dos años y no pueden ser reelectos sino después de transcurridos un período igual a aquél durante el cual ejercieron sus funciones (Art. 31).

La designación corresponde a la asamblea de socios y podrá ser consejero un socio o persona extraña a la sociedad. Las resoluciones del consejo se tomarán por mayoría de votos y en caso de empate el presidente tendrá voto de calidad.

E) Sociedad Mutualista:

La sociedad mutualista se forma "por socios expuestos a una determinada categoría de riesgos, cuyas consecuencias económicas serán cubiertas a través de la sociedad, por las aportaciones que en forma de primas hagan los propios mutiilizados".
(24).

(24) Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil. Editorial Herrero. México, 1982. Pág. 130.

La representación de la sociedad mutualista recae en sus administradores. El consejo de administración se formará necesariamente por socios de la mutualista, que no pueden ser nombrados por un período mayor de cinco años (Art. 78, Fracción XIII, Ley de Instituciones de Seguros). Las minorías que representen un cinco por ciento del total de la asamblea respectiva, pueden nombrar un consejero.

Los miembros del consejo podrán designar uno o más directores que tendrán funciones de administración. Los directores, en principio deberán ser mutualizados, pero podrán recaer en personas extrañas si la escritura social lo autoriza.

F) Sociedades Irregulares:

Estamos en presencia de una sociedad irregular cuando ésta no ha sido inscrita en el Registro Público de Comercio. La Ley General de Sociedades Mercantiles regula a las sociedades irregulares y les reconoce personalidad jurídica (Art. 2º).

Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad se considerarán como sus representantes, en caso de que la escritura o el pacto social fueren omisos respecto al nombramiento de administradores.

Los representantes quedan obligados personalmente, es decir, responden solidaria e ilimitadamente de las obligaciones de

la sociedad, aunque de modo subsidiario con respecto a ésta (Art. 2º, párrafo quinto).

La falta de registro es imputable a quienes, por tener la representación de la sociedad, pudieron inscribirla y no lo hicieron, en virtud de lo cual, los representantes, amén de su responsabilidad derivada de las obligaciones sociales, responderán de los daños y perjuicios ocasionados a los socios no culpables (Art. 26, último párrafo).

Las limitaciones de los administradores consignadas en los estatutos, no podrán ser opuestas a los terceros en virtud de la falta de inscripción de la escritura social.

2.- SUS MANDATARIOS

En el sistema jurídico, por tradición, se ha unido la representación con el mandato (al igual que con la comisión mercantil) a pesar de que no es, por sí, un negocio representativo sino de "gestión de actos ajenos". (25)

La fuente de la representación es el poder, que a su vez puede tener su causa en un mandato o en una porción de relaciones jurídicas de índole muy diversa como un contrato de sociedad, un contrato de trabajo, un arrendamiento de servicios, etc.

El contrato de mandato se refiere únicamente a la relación jurídica que se da entre mandante y mandatario, que no implica

necesariamente el obrar a nombre de otro (representación), sino que obra por cuenta o por interés ajeno, lo cual se traduce en una gestión; se refiere a una relación que se plantea exclusivamente entre las dos partes, en tanto que la representación, aspecto externo fundamentalmente, se refiere al acto o negocio celebrado por el representante con el tercero, aunque también y de manera inevitable, el acto por medio del cual autoriza o faculta al representante (otorgamiento del poder de representación).

No profundizaremos sobre la diferenciación entre los representantes y mandatarios en virtud de que dicho tema será tratado con mayor amplitud en el capítulo quinto del presente trabajo, por lo que solo haremos unas breves notas respecto a los mandatarios de las personas morales.

La organización personal de las sociedades está en relación directa con su fuerza. Mientras más se extiende en el espacio y en el tiempo, mayor es su necesidad de rodearse de cooperadores y dependientes. A través de las relaciones que rigian a la sociedad con su personal, ésta penetra en las más amplias esferas sociales, difunde en ellas su actividad, sus contratos y su seguridad económica a las relaciones directas con los terceros. Por la vía de la representación, la ciencia jurídica ha aportado valiosos auxilios a través del dogma inagotable de la experiencia jurídica. La naturaleza de la relación ju-

rídica existente entre la sociedad y sus representantes, no tiene, para los terceros con quienes contrata, sino una importancia desde el punto de vista en cuanto en que de aquella pueda derivarse una defensa para la protección de los intereses de estos últimos. Las relaciones internas entre la sociedad y su personal quedan en su propio ámbito; ellas fijan el contenido y límite de las obligaciones respectivas y delimitan los derechos recíprocos. Las relaciones del personal con el exterior son el modo vital de operar de la sociedad. Se inspiran en la noción de la representación y van íntimamente unidas con la relación concreta y causal que está para sostenerla.

La sociedad, como ente, requiere de personas que lo auxilien en el desarrollo de sus actividades. De ellos, unos actúan en el interior de la empresa y otros por el contrario, participan de la actividad externa, entablando relaciones de diversa índole por cuenta de la sociedad, con terceros. Estos últimos, aún cuando no intervienen constantemente o de una manera permanente en las funciones de la sociedad, adquieren de ella facultades expresas y limitadas de representación, guardando una posición de independencia y autonomía respecto de aquella. Dentro de esta categoría encontramos a los mandatarios.

Como ya hemos visto con anterioridad, el mandato es un contrato por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más

actos jurídicos por cuenta y encargo del mandante. Se refiere únicamente a la realización y ejecución de uno o más actos jurídicos a diferencia de otro tipo de representación, como la de los administradores, la cual ocupa un campo mucho más amplio que incluirá tanto actos jurídicos, como materiales e intelectuales.

Aún cuando el mandato se otorgue de modo general, esto es, para todos los negocios jurídicos, no abarcará los actos que competen la ordinaria administración.

La obligación principal del mandatario es el cumplimiento de lo mandado, la ejecución del negocio, la cual debe hacerse de una manera personal, toda vez que para sustituir el mandato se requiere autorización expresa del mandatario.

Sabemos que el mandatario no puede exceder los límites prefijados en virtud de que al hacerlo viola el mandato y el acto realizado queda a su cargo, a menos que el mandante lo ratifique con posterioridad.

Nos parece interesante, siguiendo el autor italiano Francisco Ferrara, hacer la distinción entre los límites del mandato y las simples instrucciones. Los primeros jamás pueden sobrepasarse; en cambio el mandatario puede separarse, excepcionalmente, de las instrucciones recibidas, como ocurre cuando se presentan circunstancias desconocidas del mandante y de tal naturaleza que no se le puedan comunicar a tiempo, que hacen

pensar al mandatario que de conocerlas habría dado su aprobación, en virtud de la conveniencia y dentro del principio de considerar el negocio como propio.

Es un caso, como habíamos dicho, excepcional y el problema radica en saber cuando se trata de límites y cuando de instrucciones, según el caso, de acuerdo con la voluntad del mandante, tal y como resulta del mandato y de las circunstancias concretas de cada uno de ellos. Como criterio directivo puede decirse que... " los límites se refieren al objeto del acto que el mandatario debe realizar, mientras que las instrucciones se refieren a las modalidades accesorias del mismo acto. Es claro que la cosa y el precio entran dentro de los límites del mandato, porque el mandatario no puede adquirir una cosa distinta o a un precio más alto de lo indicado; por el contrario, adquirir de una persona en vez de otra (siempre que la cosa sea idéntica) pertenece a la esfera de las instrucciones".
(26)

Respecto a las obligaciones entre mandante y mandatario, éstas han quedado apuntadas con anterioridad.

Interesa ahora hablar sobre la naturaleza de la relación que vincula al mandante con el mandatario.

Como ya habíamos visto, el otorgamiento del poder de representación no crea, en sí, obligaciones entre el representante y

(26) Ferrara, Francisco (hijo). Empresarios y Sociedades. Traducción de Fco. Javier Osset. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid s/a. Pág. 87.

representado. Su objeto es facultar al representado para actuar a nombre del representante, y estas facultades están dadas desde el momento del otorgamiento del poder, es decir, antes de la aceptación, el apoderado ya tiene las facultades y queda a su arbitrio el usarlas o no.

El mandato es un contrato, requiere el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento. El vínculo que une al mandatario con el mandante es de naturaleza contractual y se deriva del propio contrato el cual, sea representativo o no, faculta al mandatario para obrar por cuenta del mandante ante terceros y es frecuente que a dicho pacto se una el encargo de obrar a nombre de aquél. El mandato se limita a establecer las relaciones (derechos y obligaciones) entre mandante y mandatario, desligándose de las facultades que se otorguen para la celebración y ejecución de una manera más específica al poder de representación; es decir, el mandato se concreta a actos de gestión de carácter interno, no como la representación que implica una autorización y la ejecución de una actividad externa del representante, no frente al representado, sino frente a terceros.

La relación jurídica que se da entre el mandatario y la sociedad mandante deriva del propio contrato de mandato el cual fijará los límites, obligaciones y derechos de las partes además de las que se derivan de la propia ley. Es el contrato la

causa generadora del vínculo mandante-mandatario y esto importa no solo a las partes sino también a los terceros con quienes contrate. Es, pues, el mandatario de la sociedad un ejecutor de los negocios jurídicos específicos de la misma, cuyas limitaciones, deberes y derechos son fijados entre ambas partes teniendo como causa generadora el contrato de mandato. Es su vínculo de unión de naturaleza contractual debiendo sujetarse a sus propias condiciones específicas y debiendo las partes sujetarse a dichos límites y estipulaciones en todo tiempo.

Es el mandatario, pues, un auxiliar, un ejecutor autónomo y temporal, ligado a la sociedad únicamente por un vínculo contractual, sin un interés específico en el desarrollo de la empresa. Sus funciones se limitan al encargo recibido y puede la sociedad prescindir de sus servicios, pues su función no es esencial para la vida de la sociedad.

C A P I T U L O I V

LA SOCIEDAD ANONIMA EN LA LEY
GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

CAPITULO IV

LA SOCIEDAD ANONIMA EN LA LEY GENERAL
DE SOCIEDADES MERCANTILES

La importancia del descubrimiento de la sociedad anónima es incuestionable. Su estructura y forma de organización es ideal para aquellas tareas que requieren capitales elevados. Su aplicación abarca los más diversos objetos. La gran mayoría de empresas del sector privado están organizadas bajo el régimen de sociedades anónimas y de igual manera el Estado ha mostrado una marcada tendencia para organizar sus empresas bajo esta forma de sociedad. "La sociedad anónima ha surgido con el albor del capitalismo, con él se ha desarrollado y alcanzado su máximo esplendor como su instrumento más potente en el campo de organización de las empresas". (27)

La Ley General de Sociedades Mercantiles, promulgada el 28 de julio de 1934, en su artículo 1º, fracción IV, reconoce a la sociedad anónima, reglamentándola particularmente en sus artículos 87 al 206.

El concepto de sociedad anónima lo encontramos en el artículo 87 de la L.S.M., el cuál establece que la "sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus ac-

(27) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Edit. Porrúa. México, 1983. Tomo I, página 77.

ciones".

1.- Sus órganos de representación.-

La L.S.M. establece que la representación de toda sociedad mercantil quedará a cargo del administrador o administradores, según el caso, estableciendo como limitación a dicha facultad la realización del objeto o finalidad de la sociedad.

La representación de la sociedad anónima presenta un carácter necesario al tiempo que legal. Necesario en virtud de que requiere de órganos de representación a efecto de poder actuar y así adquirir derechos y obligaciones. La sociedad constituye una persona moral que requiere de personas físicas para establecer relaciones con terceros.

..."Estamos en presencia de un concepto estrictamente jurídico, de una abstracción legal, en cuanto la persona moral carece de los atributos fisiológicos y psíquicos de la persona física... Desde este punto de vista, el derecho reconoce a las sociedades los mismos derechos y obligaciones de contenido patrimonial que concede y reconoce a los individuos; los hace sujetos a unos y otras y les concede igual o parecida legitimación para que se les pueda demandar el cumplimiento de éstas". (28)

Además del carácter necesario de la representación de la so-

(28) Barrera Graf, Jorge. Ob. Cit. Pág. 151. En el mismo sentido Mantilla Molina, Roberto. Ob. Cit. Pág. 396.

ciudad anónima podemos afirmar su carácter de legal en virtud de que si bien el artículo 8° de la L.S.M. permite omitir el nombramiento de El Administrador o Administradores, el artículo 91, Fracción V, establece que deberá necesariamente hacerse el nombramiento de él o los comisarios, los cuales, conforme lo establecido por el artículo 155, Fracción II (por analogía), tendrán la facultad de nombrar al administrador o administradores cuando éstos faltaren.

2.- El Administrador Unico y el Consejo de Administración.-

Conforme al artículo 142 de la L.S.M., "la administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad".

El órgano de administración, conforme lo establezca cada sociedad anónima en sus estatutos podrá recaer en una sola persona, caso en el que se le llamará administrador único, o bien en un cuerpo colegiado, integrando el consejo de administración (Art. 143 L.S.M.).

El conjunto de actividades del organo de administración, abarca la dirección, gestión, representación y en general todos los actos regulados por la ley y por la escritura social que tengan como resultado la obtención del objeto o fin de la sociedad. Esta actuación implica tanto las relaciones externas de la so-

ciudad, a través de la celebración de actos y negocios con terceros, así como las relaciones internas dentro de la propia empresa, las cuales comprenden la organización y explotación de la misma.

La asamblea general de accionistas, al nombrar a los administradores puede limitar sus facultades (Art. 10 L.S.M.) y así podrá darse el supuesto de que en la realización de ciertas operaciones, los administradores requieran el consentimiento previo de la asamblea general de accionistas o bien que los poderes de los administradores se den únicamente para actos de administración y pleitos y cobranzas, excluyendo los actos de dominio.

El nombramiento de los administradores de las sociedades anónimas corresponde a la asamblea general de accionistas (Arts. 181, 236 y 182 a contrario sensu). Excepcionalmente puede él o los comisarios de la sociedad hacer dicho nombramiento, pero solo en el caso de revocación, muerte, incapacidad o falta de nombramiento original (Art. 155).

El cargo de administrador es personal, temporal, revocable y remunerado. El carácter personal del cargo impide que sea desempeñado por medio de representación (Art. 147) y "de aquí que necesariamente haya de recaer en personas físicas, ya que las morales siempre actúan por medio de representantes". (29)

(29) Mantilla Molina, Roberto. Ob. Cit. Pág. 398. En el mismo sentido Jorge Barrera Graf. Ob. cit. Pág. 166 y Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Ob. Cit. Pág. 125.

Los administradores durarán en su cargo el tiempo que le fijen los estatutos. La L.S.M. no fija un tiempo mínimo o máximo a la duración del cargo de administrador, pero debe tomarse en cuenta que el cargo puede ser revocado en cualquier tiempo (Art. 142).

Como ha quedado asentado, compete a la asamblea de accionistas la designación de los administradores, acuerdo que deberá tomarse por mayoría. La L.S.M. establece que cuando la administración de la sociedad quede a cargo de un consejo de administración y éste se encuentre integrado por tres o más personas, la minoría que alcance un 25% del capital social podrá nombrar un consejero (Art. 144).

El cargo de administrador puede ser desempeñado por cualquier persona que no esté inhabilitada para ejercer el comercio, sea socio o extraño a la sociedad (Arts. 151 y 152).

Cuando el órgano de administración se constituye como consejo, a efecto de que éste funcione válidamente, deberá reunirse en sesiones a las que deberán de concurrir cuando menos la mitad de sus miembros (Art. 143). La escritura social podrá establecer consejeros suplentes, para el caso de ausencia de algún consejero propietario.

Conforme a la L.S.M., el presidente del consejo será el primero nombrado y vicepresidente el que le siga en orden. Las sesiones se celebrarán con la periodicidad que fijen los estatutos.

tos, y a falta de disposición, según lo establezca el propio consejo. Las resoluciones deberán ser tomadas por la mayoría de los miembros del consejo presentes y en caso de empate, el presidente tendrá voto de calidad para decidir (Art. 143).

El consejero que tenga un interés opuesto al de la sociedad en algún asunto que requiera su aprobación, deberá abstenerse de votar, y si lo hace será responsable de los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad, si su voto fue determinante en la resolución (Art. 156).

Las funciones de los administradores, como habíamos visto, consisten en la dirección y representación de la sociedad anónima, en relación a la consecución del objeto o finalidad de ésta. Podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto social, con las limitaciones que la ley y los estatutos establezcan.

Los administradores tienen la obligación de presentar anualmente, a la asamblea general de accionistas, el resultado de su gestión por medio de un balance, el cual debe reflejar el estado financiero de la sociedad (Art. 172). La fidelidad y veracidad de dicho balance quedará bajo la responsabilidad de los administradores. El balance deberá entregarse a él o los comisarios de la sociedad, junto con la documentación justificativa del mismo y una relación sobre la marcha de los negocios de la sociedad (Art. 173), a efecto de que rindan a la

asamblea un informe sobre la documentación financiera suministrada por los administradores.

Una vez aprobado el balance por la asamblea de accionistas, debe publicarse en el periódico oficial en que tenga su domicilio la sociedad y depositarse una copia en el Registro Público de Comercio correspondiente (Art. 77).

El cargo de administrador, como se ha visto, es revocable. La manera normal de que un administrador cese en sus funciones es la expiración del plazo para el cual fue designado, pero en cualquier tiempo la asamblea de accionistas puede acordar la revocación del cargo, bien de uno o de todos los miembros del consejo de administración. En caso de que exista un consejero nombrado por la minoría, éste solo podrá ser revocado cuando también lo sean los demás miembros del consejo de administración (Art. 144). La revocación del nombramiento de una parte de los consejeros no impide que los demás sigan actuando, si su número es suficiente para integrar el consejo, es decir, que continúen en sus cargos la mitad de los consejeros (Art. 155).

Respecto a la responsabilidad de los administradores, ésta se refiere a la fidelidad en la ejecución de su cargo (Art. 157); dicha responsabilidad es solidaria entre los integrantes del consejo (Arts. 158 y 159) y entre los que se suceden en el cargo.

En el primer caso, sólo se exime de la responsabilidad solidaria al consejero que haya manifestado su inconformidad respecto al acto que motivó dicha responsabilidad, pero no a aquel que no haya estado presente al momento en que se tomó la resolución.

Respecto al segundo supuesto de responsabilidad, el sucesor para estar exento de aquella deberá hacer del conocimiento inmediato del comisario las irregularidades que encuentre y que hubieren sido cometidas por su predecesor.

La responsabilidad de los administradores deberá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas (Art. 161), pero en caso de acuerdo en sentido de no exigir dicha responsabilidad, los accionistas que posean el 33% del capital social, pueden deducir por si mismos la acción de responsabilidad, siempre y cuando no persigan intereses propios, sino el beneficio de la sociedad.

En caso que la asamblea decida exigir responsabilidad a sus administradores, éstos cesarán automáticamente en sus cargos y no podrán ser nombrados nuevamente sino hasta que haya sido declarada judicialmente infundada la acción de responsabilidad (Art. 162).

Excepto los casos de revocación y remoción por causa de responsabilidad, los administradores continuarán en sus cargos,

aun cuando concluya el plazo para el cual fueron designados, mientras que no se nombren nuevos administradores y éstos no tomen posesión de su cargo (Art. 154).

3.- LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS

Conforme el artículo 178 de la L.S.M., la asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Es el centro de decisiones en la sociedad, de la cual dependen los demás órganos de ésta. Marca las normas de actuación de la sociedad y todos los órganos están sometidos a las instrucciones y autoridad de la asamblea general, ante la cual responderán de su actuación.

Ahora bien, ¿Puede considerarse a la asamblea de accionistas como un órgano de representación de la sociedad? Para contestar esta pregunta analicemos la función de la asamblea, dejando para más adelante sus atribuciones y competencia conforme a ley.

La sociedad expresa su voluntad por medio de la asamblea. El control de una sociedad se encuentra en las manos de sus miembros y por ello la asamblea de socios se presenta como el órgano supremo de la sociedad. De ella emanan las decisiones con base en las cuales la sociedad debe gobernarse. Por medio de la asamblea los socios expresan su voluntad y dirigen la marcha de los negocios. La voluntad que emerge de la asamblea

será la que prevalezca y se imponga a todos los socios. La asamblea es el órgano que manifiesta la voluntad social, empero los efectos de dicha manifestación son internos pues la exteriorización y la ejecución de la decisión o decisiones de la asamblea deberá hacerse por el o los administradores, órgano primordialmente representativo de la sociedad.

Hasta aquí podría decirse que la asamblea únicamente integra la voluntad social, sin que pueda ejecutar las decisiones tomadas; sin embargo nosotros consideramos que en determinados casos la asamblea podrá estar en aptitud de ejecutar sus acuerdos, y siguiendo a Vivante estamos de acuerdo en que... "nada hay de absoluto en la distribución de las funciones, ya que la asamblea puede excepcionalmente ejecutar ella misma sus propios acuerdos sin la intervención de otros órganos ejecutivos, encargando para ello a un representante especial. Así podría proceder a la estipulación de los negocios jurídicos por ella misma acordados, por ejemplo, cuando el negocio presentase un conflicto de intereses contra todos los administradores, cuando vacase todo el consejo o el cargo de administrador único y precisase proveer con urgencia. No se puede negar a este órgano supremo el poder de comunicar directamente su acuerdo al otro contratante y de concluir el contrato en aquellas circunstancias temporales en que falte el órgano ejecutivo y administrativo de la sociedad. Es cierto que los estatutos y la ley confían esta función al consejo de adminis-

ción, pero ellos previenen incompatibilidad en que el órgano supremo debe, por necesidad de las circunstancias, reivindicar con un acto de su soberana voluntad el poder de hacer directamente lo que de ordinario hace por medio de los poderes legalmente constituidos, aunque de este modo se cierre anticipadamente la posibilidad de revocar o modificar su propio acuerdo". (30)

Según veremos más adelante en relación a las facultades de la asamblea, ésta, en principio, requiere del órgano de administración a efecto de ejecutar sus acuerdos, pero excepcionalmente y en casos de urgencia, consideramos que la asamblea puede actuar como un órgano de representación, llevando a cabo sus propias decisiones a través de un apoderado especial o un mandatario nombrado por la propia asamblea para tal efecto.

La función propia de la asamblea de accionistas no es representativa, sino corporativa. La asamblea es, según una expresión gráfica, no exacta, pero sí ilustrativa, órgano de la sociedad, y según otros autores, órgano corporativo para significar que la asamblea es en cierto sentido la sociedad misma, y por tanto no es su representante, pues nadie se representa a sí mismo. En efecto, un representante nunca es necesario para que exista una persona; se puede actuar en el campo jurídico, sin representante; en cambio una sociedad anónima no se

(30) Vivante, César. Tratado de Derecho Mercantil. Citado por Oscar Vázquez del Mercado. Asambleas de sociedades anónimas. Editorial Porrúa. México, 1971. Págs. 21 y 22.

concibe sin asamblea de accionistas, aunque ésta no se haya reunido más que en el acto fundacional de la sociedad.

La asamblea general de accionistas se compone por la reunión de accionistas, los cuales deben estar legalmente convocados y componer la mayoría que la ley y los estatutos requieran a efecto de deliberar y expresar la voluntad de la sociedad en los asuntos de su competencia.

Las facultades que corresponden a la asamblea de accionistas conforme a la ley, no son delegables en ningún otro órgano social. La asamblea general de accionistas forma la voluntad colectiva de la sociedad y son los órganos administrativos de la misma los que la ejecutan y declaran frente a terceros.

La L.S.M. reglamenta diversas clases de asambleas: Las generales y especiales, las ordinarias y las extraordinarias.

Son asambleas generales aquellas a las que tienen derecho a concurrir todos los accionistas; asambleas especiales son aquellas a las que solo concurren accionistas con derechos particulares o especiales, a los que se pretenda efectuar.

3.1 Asambleas Generales:

Las asambleas generales pueden ser ordinarias y extraordinarias. Su distinción radica en los asuntos que se tratan y en la mayoría exigida por la ley o por los estatutos pa-

ra que su reunión sea legal.

A) Asambleas Ordinarias:

Las asambleas ordinarias son aquellas que se reúnen para acordar sobre asuntos que no correspondan a la competencia de la asamblea extraordinaria (Art. 180) y que son enumerados por el artículo 182 de la L.S.M., que más adelante analizaremos. A la asamblea ordinaria le corresponderá la aprobación del informe que los administradores están obligados a rendirle anualmente. (Art. 181, Fracción I), sobre la marcha y funcionamiento de la sociedad (Art. 172); nombrará y removerá a los administradores y de más órganos de la sociedad y puede determinar sus emolumentos (Art. 181, Fracs. II y III).

La asamblea ordinaria debe reunirse, por lo menos una vez al año, dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social de la sociedad (Art. 181), sin perjuicio de que se reúna con mayor frecuencia.

La asamblea deberá llevarse a cabo en el domicilio social, que por lo general se establece en una población (V GR. la Ciudad de México).

Para reunirse en asamblea, los accionistas deben ser legalmente convocados, esto es, mediante un aviso adecuado, a efecto de que tengan oportuno conocimiento de

la fecha, el lugar, la hora y el motivo de la asamblea relativa. A lo anterior se le llama convocatoria.

Ordinariamente la ley, dentro de las facultades del administrador único o consejo de administración, contempla la facultad y obligación de convocar la asamblea de accionistas (Art. 183); pero además otorga tal derecho a los comisarios, en el caso de omisión por parte de los administradores o cuando aquellos lo juzguen conveniente (Art. 183 en relación con la Fracción VI del Art. 166). Además, la convocatoria puede ser solicitada a los administradores o comisarios por el accionista o accionistas que representen un 33% del capital social, solicitud que se podrá hacer en cualquier tiempo. En caso de negativa por parte de los órganos mencionados, la convocatoria podrá hacerse por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad a solicitud de quienes representen el 33% del capital social y previa la exhibición de los títulos correspondientes que acrediten dicha calidad.

Existen ciertos casos en que la solicitud de convocatoria a asamblea de accionistas podrá ser hecha por el titular de una sola acción (Art. 185) que son:

- a) Cuando no se ha celebrado asamblea alguna durante dos años consecutivos (Fracc. I);

- b) Cuando habiendo sido celebradas durante ese tiempo, dichas asambleas no se hubieren ocupado en el examen del informe financiero de los administradores y en designación de los órganos sociales (Fracción II);
- c) Cuando faltare la totalidad de los comisarios (Art. 168).

En caso de negativa de los administradores, la convocatoria se hará por autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a través de un procedimiento incidental.

La convocatoria debe contener el día, la hora y el lugar en que habrá de celebrarse la asamblea respectiva, y debe insertarse el orden del día, es decir, los asuntos que serán sometidos a la discusión y aprobación de la asamblea. Deberá publicarse en el periódico oficial de la entidad en que se encuentre el domicilio social o en uno de los diarios de mayor circulación en dicho lugar, con la anticipación que fijen los estatutos y si éstos son omisos, con por lo menos 15 días de anticipación (Art. 186).

La asamblea ordinaria puede deliberar válidamente con la presencia de accionistas que representen la mitad del capital social y las resoluciones requerirán del voto favorable de la mayoría de los presentes (Art. 189). En caso de que en la primera convocatoria no se reunieran suficientes accionistas que integren el 50% del capital

social requerido para formar el quorum legal, se deberá hacer una segunda convocatoria en los mismos términos y con los mismos requisitos que la primera, con la mención de ser segunda convocatoria, y la asamblea se considerará válidamente instalada sea cual fuere el porcentaje del capital social representado (Art. 191) y las resoluciones se tomarán por el voto favorable de la mayoría de los accionistas presentes.

El único caso en que no se requerirá convocatoria para la celebración de asamblea de accionistas se da cuando en la misma está representado la totalidad del capital social.

Durante el tiempo que transcurre entre la convocatoria y la celebración de la asamblea, deberán ponerse a disposición de los accionistas los documentos relativos a los asuntos que se vayan a tratar en la correspondiente asamblea. En la asamblea ordinaria de accionistas que vaya a resolver sobre el informe que anualmente deben rendir los administradores sobre la situación financiera de la sociedad (Art. 172), la documentación correspondiente deberá ponerse a disposición de los accionistas con por lo menos 15 días de anticipación a su celebración (Arts. 186 y 175).

Los accionistas pueden asistir a la asamblea, bien per-

sonalmente o por medio de un representante, con la única prohibición de que dicho representante no sea administrador o comisario de la sociedad (Art. 192).

Las asambleas serán presididas por el administrador o consejo de administración, salvo estipulación distinta de la escritura social (Art. 193).

Cada acción da derecho a un voto, pero en los estatutos puede limitarse el voto de algún tipo de acciones (Art. 113).

El derecho de voto no puede ejercerse por aquel accionista que en la votación correspondiente, tenga un interés contrario al de la sociedad (Art. 196). Los administradores y comisarios no podrán votar en relación a la aprobación del informe resultado de su gestión. En el primer caso el accionista será responsable de los daños y perjuicios que se cause a la sociedad si su voto fue decisivo para determinar la mayoría necesaria para la aprobación de tal resolución. En el segundo supuesto, el voto del administrador o comisario será nulo y lo será también la votación respectiva, si dicho voto del administrador o comisario fue determinante en la decisión.

Una vez concluida la asamblea, se deberá levantar un

acta sobre las resoluciones tomadas en la misma en el libro que para tal efecto debe llevar la sociedad, la cual deberá ser firmada por el presidente y secretario de la asamblea respectiva (Art. 193). En caso de que el acta no pueda asentarse en el libro correspondiente, deberá protocolizarse en el Registro de Comercio de la entidad en que tenga su domicilio la sociedad.

Los acuerdos de las asambleas de accionistas legalmente instaladas y válidamente aprobados son obligatorios para todos los accionistas y órganos sociales, aun para los ausentes y disidentes (Art. 200).

B) Asambleas Extraordinarias:

El régimen legal que reglamenta a las asambleas extraordinarias de accionistas es el mismo que el de las ordinarias, solo que aquéllas se diferencian de éstas en los asuntos de su competencia y en el porcentaje del capital social que requieren para su legal establecimiento y para la validez de sus resoluciones. De ahí que sólo analizaremos las variantes de la asamblea extraordinaria de accionistas, en la inteligencia de que lo relativo a su reunión, convocatoria, información de los accionistas y legalidad de sus determinaciones se rige por las disposiciones relativas a las asambleas

de accionistas ordinarias que ya quedó visto.

Las asambleas extraordinarias (Arts. 181 y 182) son las que se reúnen para acordar modificaciones a los estatutos (Art. 182, Fraccs. I a VII y XI); acuerdos sobre amortización de acciones con utilidades repartibles (Fracc. IX); acuerdos sobre la emisión de acciones privilegiadas, acciones de goce y bonos (Fraccs. VIII, IX y X).

Se celebrarán cada vez que deba tomarse un acuerdo sobre los asuntos de su competencia.

Las asambleas extraordinarias, para su legal celebración, requieren la presencia de los accionistas que representen tres cuartas partes del capital social y sus resoluciones serán válidas cuando reúnan el voto favorable de aquellos accionistas que representen la mitad del capital social (Art. 190). Los estatutos podrán establecer un porcentaje mayor de accionistas al establecido por la ley para la celebración de asambleas extraordinarias. En caso de que en la primera convocatoria no se reúna el quorum requerido para la celebración de la asamblea extraordinaria, se hará una segunda convocatoria a la cual deberán de asistir por lo menos los accionistas que representen la mitad del capital social. Lo anterior se desprende de lo dispuesto por la segunda

parte del artículo 191 de la L.S.M. que dispone que las resoluciones de asamblea extraordinaria en segunda convocatoria, para su validez, requieren el voto favorable de los accionistas que representen el 50% del capital social.

El acta que se levante al término de la celebración de asamblea extraordinaria debe siempre ser protocolizada e inscrita en el Registro de Comercio del domicilio de la sociedad.

3.2 Asambleas Especiales:

Las asambleas especiales consisten en la reunión de accionistas que tiene algún derecho especial (V. GR. accionistas preferentes) para resolver sobre asuntos que puedan perjudicar su derecho en particular.

Las asambleas especiales se rigen por las normas que la ley establece para las asambleas generales en lo relativo a convocatoria, publicidad, lugar de reunión, asistencia por representantes, actas y demás materias. La mayoría requerida para su reunión es aquella que se requiere para las asambleas extraordinarias. Dispone el Art. 195 de la L.S.M. que "en el caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar los derechos de una de ellas deberá ser aceptada previamente por la categoría afectada, reu-

nida en asamblea especial; en la que se requerirá la mayoría exigida para las modificaciones al contrato constitutivo, la cual se computará con relación al número total de acciones de la categoría de que se trate".

4.- EL COMISARIO

Antes de entrar al análisis de este órgano social, veamos si se puede considerar al comisario como un órgano representativo de la sociedad.

El órgano de administración de la sociedad, entre sus deberes, tiene la obligación de rendir a ésta cuentas acerca de los asuntos ejecutados y guardarle obediencia respecto a los que en lo sucesivo haya de ejecutar. La asamblea general es, en primer término, el órgano encargado para darle instrucciones respecto a su gestión administrativa, pero este organismo, integrado por un gran número de personas y que, ordinariamente, sólo se reúne una vez al año, cuyos miembros cambian además constantemente, no es el más indicado para vigilar que se acaten sus decisiones. Ante esta necesidad práctica, se ha establecido otro órgano social encargado de dichas funciones, que ocupa un lugar intermedio entre la asamblea general de accionistas y la administración, conocido por nosotros como comisario. El cargo, como veremos más adelante, es provisto por la asamblea de accionistas, sin que los que lo desempeñen necesi-

ten serlo, siendo su función la vigilancia de la gestión social. Su derecho y su deber consiste en asegurarse que la administración cumple con los objetivos de la sociedad delineados por la asamblea, revisando además los datos consignados en los libros y los balances de aquellos, cuidando que se apeguen a la verdad. Su misión es la de un órgano de control; un simple revisar sin facultades para dar instrucciones al órgano administrativo.

Por lo anterior y según se desprende de la naturaleza y facultades de este órgano de vigilancia, podemos afirmar que no constituye en ningún momento un órgano de representación de la sociedad, facultades otorgadas principalmente al administrador único y consejo de administración y que excepcionalmente pueden ser llevadas a cabo, como hemos afirmado con anterioridad, por la asamblea de accionistas.

Tampoco el comisario puede ser considerado como un representante de los accionistas ante los administradores, pues es cierto que es nombrado por la asamblea de accionistas, pero sus funciones derivan de los estatutos, y ni la asamblea, ni un accionista individual puede dar instrucciones al comisario para que actúe fuera de sus atribuciones estatutarias. No es por tanto representante de nadie, sino vigilador de la marcha de la sociedad.

Pasemos ahora a analizar a este órgano social conforme su re-

glamentación en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles.

Es el comisario el "órgano encargado de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés de la sociedad ". (31)

El artículo 166 en su Fracción IX establece como facultad de los comisarios el "vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad". A diferencia de los administradores, la ley no establece que el cargo sea personal. Es un cargo temporal y revocable que puede ser desempeñado por uno o varios comisarios, socios o extraños a la sociedad (Art. 164).

La ley no fija un límite máximo en la duración del cargo de comisario, por lo que puede fijarse cualquier plazo en los estatutos de la sociedad. Aún así, el cargo es revocable en cualquier tiempo. Por lo general su función es remunerada, aun cuando nada establece la ley al respecto, por lo que será la asamblea de accionistas la que podrá fijar los emolumentos del comisario, aunque también sería válido que el desempeño del cargo se estableciera como gratuito.

Cualquier persona que no esté inhabilitada para ejercer el comercio, sea o no accionista, puede ser comisario, con excepción (Art. 165):

a) De los empleados de la sociedad; los empleados de aquellas

(31) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 132.

sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un 25% del capital social, los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un 50%.

- b) De los parientes consanguíneos de los administradores, en línea directa sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.

El comisario deberá otorgar garantía por la responsabilidad en que podría incurrir en el desempeño de sus funciones, conforme lo establezcan los estatutos o en caso de falta de regulación de éstos, según lo resuelva la asamblea de accionistas.

Como ha quedado visto, el comisario es el órgano encargado de la vigilancia de la sociedad; sus facultades y obligaciones están enumeradas por el artículo 166 de la L.S.M. de la siguiente manera:

- I. Cerciorarse de la garantía que exige el artículo 152 (respecto a la garantía que deben prestar los administradores y gerentes en relación al desempeño de sus funciones); dando cuenta sin demora de cualquier irregularidad a la asamblea general de accionistas;
- II. Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados;

III. Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones que la ley les impone y para poder rendir fundadamente el dictamen que se menciona en el siguiente inciso.

IV. Rendir anualmente a la asamblea general ordinaria de accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el consejo de administración a la propia asamblea de accionistas. Esta informe deberá incluir, por lo menos:

A) La opinión del comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.

B) La opinión del comisario sobre si estas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.

C) La opinión del comisario sobre si, como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la so-

ciudad.

- V. Hacer que se inserten en la orden del día de las sesiones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas los puntos que crea pertinente;
- VI. Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los administradores y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente;
- VII. Asistir con voz, pero sin voto, a todas la sesiones del consejo de administración, a las cuales deberán ser citados;
- VIII. Asistir con voz, pero sin voto, a las asambleas de accionistas; y
- IX. En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad.

Además de lo anterior, los comisarios designarán provisionalmente a los administradores que faltaren, en caso de que no los haya en número suficiente para integrar el quorum (Art. 155, Fracción II), requerido para sesionar válidamente.

La sociedad podrá tener uno o más comisarios. En caso de ser tres o más, la minoría que represente un 25% del capital social podrá nombrar, cuando menos, un comisario (Art. 144-171).

Los comisarios responden individualmente de sus actos (Art. 169) y serán solidariamente responsables por las irregularidades de sus predecesores, cuando conociendo dichas irregularidades, no las denunciaren por escrito a la asamblea de accionistas o a los administradores (Art. 160-171). Es causa de responsabilidad la intervención en aquellas operaciones en que el comisario en cuestión tenga un interés opuesto al de la sociedad. La responsabilidad, al igual que para los administradores, puede ser exigida por el acuerdo de la asamblea general de accionistas o por aquellos que posean el 33% del capital social (Arts. 161, 163-171). En caso de que se exija responsabilidad al comisario, éste se separará de su cargo y se encontrará inhabilitado para volverlo a desempeñar, mientras no se declare judicialmente infundada la acción en su contra.

A excepción de la causa de separación por responsabilidad, los comisarios continuarán en sus cargos, aun concluido el plazo de su designación, mientras no sean nombradas personas distintas para el desempeño de dichos cargos y éstas no tomen posesión de los mismos.

C A P I T U L O V

DIFERENCIACION ENTRE ORGANOS DE REPRESENTACION
Y MANDATARIOS EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS

CAPITULO V

DIFERENCIA ENTRE ORGANOS DE ADMINISTRACION Y
MANDATARIOS DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS

1.- CRITEROS DE DISTINCION ENTRE AMBAS FIGURAS

Establecida la existencia de un contrato de sociedad (en este caso anónima), es necesario esclarecer si los órganos encargados de su administración son mandatarios de la sociedad, sujetos por tanto a las normas del mandato, tanto en sus relaciones jurídicas con aquélla, cuanto con los terceros con quienes contratan o bien la facultad de administración que se les ha conferido descansa en otra vinculación jurídica cuyas normas particulares prevalecen sobre los del mandato y deben sujetarse a aquellas en la determinación de sus atribuciones, derechos, deberes y responsabilidades.

Debe recordarse que en nuestro Derecho las sociedades inscritas en el Registro Público forman una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (Art. 2º, 1er párrafo L.S.M.). De ello se sigue la necesidad de que requieran de órganos que la representen en los asuntos y negocios judiciales y extrajudiciales que le conciernan.

La representación de la sociedad anónima corresponde por ley siempre al administrador único o consejo de administración, según sea el caso (Art. 10 L.S.M.), independientemente de

cualquier limitación establecida en los estatutos o acto constitutivo de la misma, sin que pueda impedir la consecución o realización del objeto o fin de la sociedad.

A diferencia de otros tipos de sociedades mercantiles, en las que a falta de disposición expresa en el contrato social, todos los socios pueden ejercer la administración, en la sociedad anónima no se puede legalmente encomendar esta actividad a cada uno de los accionistas, ni por otra parte resultaría practicable que aquella función fuera ejercida por la asamblea general de accionistas.

La estructura de la sociedad hace necesario que esas funciones sean ejercidas por una persona o por un grupo de personas que, designadas por los accionistas reunidos en asamblea y actuando colectivamente, tengan a su cargo los negocios y la dirección de la empresa.

De acuerdo con la fracción VIII del artículo 6° en relación con el artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en la escritura constitutiva de la sociedad anónima deberá estipularse la manera conforme a la cual ha de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores.

En nuestro Derecho, los administradores de la sociedad anónima son considerados mandatarios, así los califica el artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y en su artículo 157 se ratifica que los administradores actúan en virtud de

un mandato.

Podemos afirmar que la función de los administradores no se concreta a la ejecución de uno o más actos jurídicos que el mandante, en este caso la sociedad, le encarga, conforme a la definición que del contrato de mandato nos da el artículo 2546 del Código Civil. El campo de actividades del órgano de administración es muy amplio. Además de tener la representación de la sociedad, tiene otras facultades muy importantes como la dirección y gestión interna de la sociedad. Multitud de actos del órgano de administración no se refieren a su vinculación con terceros a nombre de la sociedad, sino consisten en la actividad interna de organización de la sociedad (V. GR. Organización de personal, compras, ventas, inversiones, etc.).

Existen algunas funciones del órgano de administración que son indelegables a apoderados o mandatarios, como las siguientes:

- a) Formación y presentación de los proyectos de balance a la asamblea de accionistas (Arts. 173 y 242, Fracc. V, L.S.M.), aún cuando en su elaboración puedan intervenir gerentes, contadores y otros colaboradores.
- b) Firma de bonos de fundador, certificados provisionales y títulos definitivos de acciones (Arts. 108-VI y 125-VIII).
- c) Conservación de libros y papeles de la sociedad por los liquidadores, durante 10 años posteriores a la liquidación de la sociedad (Art. 245 L.S.M.).

d) Voto de calidad para decidir en caso de empate en las resoluciones del consejo de administración a cargo del presidente del mismo.

Como hemos visto, la representación de la sociedad corresponde a los administradores, nombrados por la asamblea de accionistas. La figura jurídica del mandato no basta para explicar toda la actividad que corresponde al órgano de administración, esto no se restringe a un obrar frente a terceros a nombre o por cuenta de la sociedad, ... "e inclusive se cuestiona y discute si el obrar del administrador frente a terceros sea el de un ALTER EGO (representante, estrictamente) del sujeto interesado (o sea, la propia sociedad), o bien, el de la propia sociedad que actúa a través de una de sus partes, como es el órgano administrativo". (32)

Ahora bien, aun cuando por ley (Art. 10 L.S.M.) la representación de la sociedad anónima (al igual que las demás sociedades mercantiles) corresponde a sus administradores, esto no impide que la sociedad otorgue facultades representativas a otras personas como mandatarios, factores y gerentes.

Por lo general el órgano de administración está constituido por un consejo el cual está investido, como órgano colegiado, de las funciones de representación y dirección de la sociedad, las cuales se otorgan, no a sus miembros individualmente considerados, sino al consejo como unidad. En estos casos el

(32) Barrera Graf, Jorge. Ob. Cit. Pág. 154.

el consejo requiere de personas físicas (mandatarios o apoderados) para la celebración de convenios y contratos de la sociedad. Asimismo, en la práctica, es común que las personas que integran el consejo de administración tengan otras ocupaciones o que pertenezcan al mismo tiempo a varios consejos de diversas sociedades por lo que están en imposibilidad física de dedicar todo su tiempo a alguna de ellas en particular de lo que se deriva la necesidad de tener mandatarios o apoderados que ejecuten o hagan efectivas las resoluciones tomadas por el consejo.

Aún en el caso de administrador único, es usual que se nombren mandatarios para funciones específicas.

Estos mandatarios están ligados con la sociedad a través de una relación jurídica de naturaleza contractual, derivada del propio mandato, y están subordinados a la sociedad mandante.

El nombramiento de los administradores por la asamblea general de accionistas no puede considerarse dentro del concepto de la figura jurídica del mandato, por la naturaleza propia de sus funciones y su relación jurídica con la sociedad.

Podemos distinguir también al órgano de administración del simple mandatario desde el punto de vista de su designación.

Conforme a los artículos 236, 181 y 182 en sentido contrario, de la L.S.M., corresponde a la asamblea general ordinaria de accionistas la designación de los administradores, indepen-

dientemente del nombramiento de un miembro del consejo por las minorías de accionistas que representen el 25% del capital social, cuando el consejo exceda de tres miembros (Art. 144 L.S.M.).

La designación de mandatarios (generales o especiales) puede corresponder a la asamblea de accionistas y al órgano de administración (Art. 145 L.S.M.), pudiendo limitarse en los estatutos dicha facultad a uno u otro de dichos órganos. Si los estatutos no prevén sobre el particular, dicha facultad corresponderá, implícitamente, a ambos órganos. Además, la designación de mandatarios también puede atribuirse a otros mandatarios dependiendo de las facultades de delegación otorgadas a aquéllos.

La designación de administradores es necesaria para la vida y funcionamiento de la sociedad y en el caso de la sociedad anónima, ésta está obligada a hacer el nombramiento respectivo, pues aun cuando podría argumentarse conforme lo dispuesto por los artículos 8° y 6°, Fracción VII y IX de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, que en el acto constitutivo se puede omitir dicho nombramiento así como la forma en que habrá de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores, el comisario, que siempre debe ser nombrado en la escritura (artículo 91, Fracción V) tiene la facultad de designar provisionalmente a los administradores (Artículos 155, Fracción II por analogía y 208).

Lo anterior se reafirma conforme lo que la ley ha establecido respecto a los administradores en relación a que éstos no podrán renunciar a sus cargos hasta en tanto no se hagan nuevos nombramientos de administradores y éstos no tomen posesión de su cargo (Art. 154 L.S.M.). Lo anterior tiende a evitar que durante cierto lapso la sociedad opere sin órgano de administración o con un órgano incompleto, lo que causaría un grave daño a la sociedad, dado el carácter necesario de dicho órgano.

No ocurre lo mismo en el caso de mandatarios de la sociedad anónima, en virtud de que ésta puede perfectamente operar transitoriamente al menos, sin tales representantes. De ahí el carácter meramente discrecional del nombramiento de mandatarios o apoderados de la sociedad (Arts. 149 y 150 L.S.M.).

Como hemos dicho en varias ocasiones, ninguna duda existe en torno a que las personas morales tienen que valerse para llevar a cabo actos y negocios jurídicos de la colaboración de personas físicas. Podría decirse que la sociedad se concibe como un ser incapaz de obrar por sí mismo, que, a semejanza con lo que ocurre con los demás incapaces, necesita valerse de un representante legal.

El hecho de que las personas morales hayan de poseer órganos permanentes, a quienes permanentemente se les confiera su representación, no excluye, naturalmente, que la persona moral pueda tener también representantes a través de una pura representación voluntaria (apoderados, mandatarios, etc.), pero es-

tos, como se ha dicho, no son necesarios para el funcionamiento y actuación de la sociedad, sino que son meros auxiliares temporales de la misma. La representación permanente de la sociedad, que legalmente se concede al órgano de administración, guarda un papel esencial dentro de la misma; la sociedad desde que nace hasta que muere obra y se relaciona a través de sus representantes.

Conforme lo expuesto se puede afirmar que la sociedad no puede actuar sin órganos de representación, a diferencia de lo que ocurre en el caso de mandatarios, los que constituyen un instrumento, de mayor o menor importancia, en el funcionamiento de la sociedad, pero que en ningún momento pueden considerarse como imprescindibles para la vida diaria y el desenvolvimiento y actuación de la sociedad.

En nuestro medio, la mayoría de tratadistas han criticado la postura de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles respecto a su codificación de mandatarios de los administradores de la sociedad anónima.

Veámos algunas de sus opiniones:

Mantilla y Molina: ... "La ley considera a los administradores como mandatarios de la sociedad (Art. 142 y 157 L.S.M.). Al hacerlo así, confunde la representación y el mandato. Puede haber mandato sin representación (Art. 2560 C.C.). El manda-

tario sólo está obligado a realizar actos jurídicos (Art. 2546 C.C.). Los administradores también están obligados a realizar actos materiales.

El mandato es un contrato, pero ¿Quién representa a la sociedad al conferir mandato a los administradores, si justamente éstos son quienes representan a la sociedad? El mandante puede realizar por sí mismo los actos cuya celebración confía al mandatario; la sociedad, supuesta mandante, nunca puede actuar si no es por medio de sus administradores... Más notorio es que los administradores no sean mandatarios, si se piensa en el caso, tan frecuente, de que forman un consejo de administración: Entonces ninguno de ellos aisladamente representa a la sociedad. Concurren a integrar un órgano de ella, que es quien goza de la facultad de representarla". (33)

El citado autor concluye su exposición manifestando que los administradores, contrariamente al carácter de mandatarios atribuidos por la ley, son verdaderos "órganos representativos de la sociedad".

Joaquín Rodríguez y Rodríguez: ..."Siendo el mandato un contrato presupone el acuerdo de voluntades, lo cual no ocurre en el nombramiento de los administradores". Y citando a Fre (34) manifiesta: "La llamada voluntad social formada en la asamblea, jamás podría determinar la constitución de un vínculo contractual entre la sociedad y otro sujeto (la administración), sin

(33) Ob. Cit. Pág. 182.

(34) Fre Giancarlo. L'Organo Amministrativo nelle Società Anonime, citado por Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Ob. Cit. Pág. 68.

que una personas física intervenga en representación de la primera. El pretendido mandato de los administradores, sería, pues, conferido antes que la sociedad hubiere constituido con el mandato mismo, el órgano destinado a representarla; podría estimarse suficiente consideración para excluir el concepto de mandato". Concluye el Maestro manifestando que el supuesto mandato conferido a los administradores, rompe con el principio de libertad contractual, en virtud de que el establecimiento de administradores es una obligación que se deriva de la ley, sin que la sociedad pueda escoger entre nombrarlos o no. (35)

Ignacio Galindo Garfias: ... "La voluntad de los administradores, expresada dentro del ámbito de sus atribuciones, es legalmente la voluntad de la sociedad. Partiendo de este principio, el órgano administrativo goza de cierta autonomía frente a los demás órganos. No necesita de las instrucciones expresas de la asamblea de accionistas para llevar a cabo la ejecución de los actos que le competen. Esta autonomía hace que la actividad de los administradores no sea solo un instrumento para la ejecución de los acuerdos de la asamblea, sino que los capacita para formar y declarar la voluntad social siempre y cuando actúen en ejercicio de sus atribuciones. En este sentido el órgano administrativo es un órgano necesario, decisivo para la sociedad, en cierto modo independiente de los demás, aunque sujeto a regulación del estatuto, de la ley y

de los acuerdos de la asamblea, cuando éstos han sido pronunciados... Conforme a lo anterior, se excluye que a través de la figura contractual del mandato se pueda explicar la representación del ente colectivo en la persona de los administradores". (36)

Jorge Barrera Graf: ..."De que la sociedad necesite de personas físicas para que la representen y la dirijan, y de que correspondan al órgano otras actividades de interposición gestoria, además de las representativas, se deriva, por un lado, que dichas personas físicas -administradores- constituyan un elemento imprescindible de toda sociedad, y que sus funciones, que se comprenden dentro del concepto genérico de prestación de servicios, no constituyan una relación contractual de mandato... porque la actividad del sujeto no se concreta a la ejecución de actos jurídicos que el mandante le encarga, según la definición del artículo 2546 del Código Civil... sino que es el administrador quien dirige a la sociedad, y más bien la sociedad aparece subordinada a los dictados, a la dirección y a la gestión del administrador, que éste a aquella... la afirmación (respecto a la administración de las sociedades anónimas) de tratarse de un contrato de mandato -como lo afirma el artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles- siguiendo la tradición francesa, si está en franca derrota". (37)

(36) Galindo Garfias, Ignacio. Sociedades Anónimas; Responsabilidad Civil de sus Administradores. México, 1957. Págs. 48, 49 y siguientes.

(37) Ob. Cit. Págs. 152 y siguientes.

2.- NATURALEZA JURIDICA DEL VINCULO ENTRE LA SOCIEDAD ANONIMA Y SUS ADMINISTRADORES.

Desechada la figura jurídica del mandato para explicar la situación de los administradores frente a la sociedad, surge la pregunta respecto a cuál es la naturaleza jurídica del vínculo que existe entre dicho órgano y el ente colectivo.

Pasaremos, entonces, a hacer un breve análisis respecto a las principales posturas que se sostienen sobre este punto.

2.1 Como acto unilateral:

Esta corriente considera que el nombramiento de los administradores es un acto unilateral de la asamblea de accionistas, que no requiere para su validez de la aceptación de aquéllos.

Manifiesta que la sociedad, a efecto de declarar su voluntad y establecer vínculos jurídicos con terceros, requiere necesariamente de representantes. El consentimiento, como acuerdo de voluntades, que debe producirse en la celebración de un contrato, no ocurre en el caso del nombramiento de los administradores, en virtud que éstos son quienes deben representar a la sociedad necesariamente, por lo que no podría entenderse que ésta pudiese establecer una relación contractual, antes de contar con dichos representantes.

Dicho en otras palabras, se afirma que la voluntad social formada en la asamblea, a efecto de estar en aptitud para establecer un vínculo contractual con otra persona, requiere de personas físicas que declaren dicha voluntad frente a terceros, por lo que la sociedad no podría establecer una relación contractual antes de haber nombrado el órgano destinado a representarla.

La tesis expuesta excluye que exista un contrato apto para explicar la representación del ente social en la persona de los administradores. Si bien admite que la representación existe, considera que ésta es una ... "representación (ex-lege) y estatutaria, que nace de una situación general, objetiva y propia de la organización misma de la sociedad ... en ella no existen dos voluntades, sino una sola, la voluntad del órgano, que es la voluntad originaria de la sociedad... la designación de las personas titulares del órgano administrativo no es un acto contractual. Es una declaración unilateral de voluntad de la asamblea cuya validez no depende de la aceptación del cargo por la persona electa. La aceptación del cargo, es una condición de plena eficacia que no afecta la validez de la declaración de voluntad emitida por el órgano supremo". (38)

- (38) Galindo Garfías, Ignacio. Ob. Cit. Págs. 52, 53 y siguientes. Otros autores que niegan la postura contractualista: Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Ob. Cit. Tomo II, Pág. 123, al manifestar que la representación de los administradores es un ... "caso de representación necesaria que se deriva de un acto unilateral de las asambleas, por lo que la estructura jurídica de los administradores se aproxima definitivamente a la situación del tutor o del albacea..."; Mantilla Molina, Roberto. Ob. Cit. Pág. 389. En contra Jorge Barrera Graf. Ob. Cit. Págs. 183 y siguientes.

Esta corriente parece considerar el nombramiento de los administradores de las sociedades anónimas como el otorgamiento de poder o procura (39) en el que el representado otorga facultades de representación, sin que se requiera para perfeccionar dicho acto el consentimiento del representante. Se dice que antes de su aceptación ya es apoderado, siendo sólo una cuestión de eficacia el hacer uso de dichas facultades otorgadas o no.

2.2 Como contrato:

La tesis contractualista, sostenida en nuestro medio por el Maestro Jorge Barrera Graf (40), considera que en el nombramiento de los administradores estamos en presencia de un acto bilateral de naturaleza contractual.

Sostiene el autor citado que aun cuando la Ley General de Sociedades Mercantiles no exige la aceptación del cargo de administradores, la práctica ha impuesto como requisito para dicho nombramiento la aceptación del cargo, junto con la protesta por el fiel desempeño del mismo, así como el otorgamiento de la garantía a que se refiere el artículo 152 ... "Las exigencias de otorgar una garantía, que es requisito para inscribir el nombramiento de los administradores en el Registro Público de Comercio (Artículo 153) y por cuyo cumplimiento debe velar el comisario (Artículo 166, Frac. I), y la de tomar posesión del cargo para susti-

(39) Ver capítulo II, No. 2 del presente trabajo.

(40) Ob. Cit. Págs. 181, 182 y siguientes.

tuir al administrador o administradores anteriores (artículos 154 y 237), así como la referencia que hace la Ley General de Sociedades Mercantiles al mandato (Arts. 142 y 157) en el caso de la anónima... nos convence que estamos en presencia de un acto bilateral, de un contrato".

La crítica que se hace a la tesis que considera el nombramiento de los administradores como un acto unilateral consiste en considerar que en ella se confunde el órgano de administración con uno de los elementos (en el inciso No.3 de este capítulo trataremos los elementos que componen al órgano), o sea su esfera de competencia, sus atribuciones, olvidando el segundo elemento que son las personas físicas que lo integran. El vínculo contractual se produce entre la sociedad y el administrador como persona física. Aquélla obra por resolución de órgano respectivo (asamblea de accionistas) y éste acepta el cargo como cualquier otro representante o mandatario. Para hacer el nombramiento, la sociedad no requiere de una persona física que la represente a efecto de celebrar el contrato, en virtud de que el nombramiento es una facultad reservada a la asamblea de accionistas a través del acuerdo de sus miembros. En ese momento se celebra el contrato, el cual a su vez requerirá de formalidades externas (protocolización e inscripción) las que podrán hacerse a través de un delegado especial o bien por el propio administrador nombrado, sin que esto varíe su naturaleza contractual.

De esta manera, Barrera Graf considera al mencionado vínculo como un "contrato especial de administración", el cual guarda notas distintivas del contrato de mandato por iniciarse con una designación y terminar su renuncia o revocación. Sus características principales son señaladas de la siguiente forma: oneroso, en virtud de lo establecido por el artículo 181, fracción III de la L.S.M., conmutativo, de ejecución personal y tracto sucesivo, que requiere para su validez del acuerdo de la asamblea y que normalmente no exige más formalidades que la transcripción del acuerdo y la aceptación en el libro de la asamblea de socios y accionistas. El contenido, además de la ejecución de actos jurídicos, incluye otros actos de gestión y dirección de la empresa, no necesariamente representativos.

Además de las características apuntadas, el autor citado señala que el "contrato de administración", aun cuando es una especie del contrato de prestación de servicios desde el punto de vista de que, conforme a la ley, existe una subordinación al órgano supremo que es la asamblea de accionistas, en la práctica de las sociedades anónimas y según la corriente moderna del derecho corporativo, tal subordinación se invierte, para quedar sometidos a la administración los demás órganos, convirtiéndose aquél en la cabeza de la sociedad, la cual fija la política y establece la actividad de la empresa.

2.3 Opinión personal:

Nosotros nos adherimos a la corriente que considera el vínculo que une a la administración con la sociedad como aquel derivado de un acto unilateral de la asamblea, por las consideraciones que se apuntan a continuación.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles en ninguna parte de su articulado dispone que la aceptación del cargo por parte del administrador o administradores sea un requisito necesario para su designación o nombramientos.

El otorgamiento de la garantía y la inscripción en el Registro Público de Comercio no impiden que los administradores entren en funciones en virtud de que la ley no impone dichos requisitos como formalidad para otorgar tal carácter a las personas designadas para desempeñar el cargo.

Aún el propio Barrera Graf tiene que aceptar que el administrador o consejo de administración puede funcionar a pesar de que no se cumplan los requisitos de aceptación, protesta del cargo y prestación de la garantía a que se refiere el artículo 152, considerando que aquello sería únicamente una situación irregular que tendría que sanarse con posterioridad.

El hecho que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles

considere a los administradores de las sociedades anónimas como mandatarios (Arts. 147 y 152), no debe interpretarse necesariamente como el reconocimiento de que se trata de una relación contractual entre la sociedad y su administración, sino que consideramos que nuestra ley, al no tener una regulación específica en relación a la figura de la representación social, acude, para su reglamentación y sólo en cuanto a los actos representativos, a la figura jurídica que se adecúa o se asemeja al carácter del representante social, en este caso el contrato de mandato.

Así pues, nosotros, con todo el respeto que nos merece el Maestro Jorge Barrera Graf, no compartimos su punto de vista, en virtud de que consideramos que el vínculo que se establece entre la sociedad y su órgano de administración se da a través de un acto unilateral consistente en la designación o nombramiento del mismo. Dicho nombramiento otorga facultades de representación, así como de gestión y dirección de la sociedad. Los administradores quedan, en efecto, investidos por virtud del nombramiento de los poderes o facultades que la ley y los estatutos les confieren, sin perjuicio de que los efectos de aquel no se produzcan hasta el momento de la aceptación y protesta del cargo, del otorgamiento de la garantía y de la inscripción del documento en el que consta tal nombramiento en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

3.- TEORIA DFL ORGANO.

Para explicar y entender mejor la compleja función de la administración de sociedades, la doctrina ha acudido a la noción del órgano.

Como ha quedado apuntado con anterioridad, diremos brevemente que la función de los administradores abarca tanto actos de representación, como actos de gestión y dirección. Dichas facultades son una nota esencial y necesaria para la vida y desarrollo de la sociedad y es a través de la administración como la sociedad adquiere personalidad jurídica y capacidad para obrar, siendo que la administración es el órgano en el que se integra su voluntad y se exterioriza, a través de los propios administradores o bien de apoderados o mandatarios de la sociedad.

Asimismo, hemos apuntado que la figura de la representación (al igual que el mandato) es insuficiente para explicar todas las facultades, así como toda la actividad que el órgano de administración lleva a cabo en su tarea de organizar y dirigir el ente colectivo.

La administración de las sociedades constituye, pues, no solamente el instrumento a través del cual la sociedad expresa su voluntad ante terceros, sino una parte integrante, necesaria y esencial de la misma, sin el cual la sociedad no podría desarrollarse y actuar.

a esta actividad del órgano de administración, con funciones representativas y no representativas se le ha calificado acertadamente como una "representación orgánica", a efecto de diferenciarla, en virtud de sus características propias, de otras formas de representación.

Dentro del concepto de órgano, deberán distinguirse dos elementos integrantes del mismo: uno objetivo y otro subjetivo.

El primero es de carácter jurídico y se constituye por el conjunto de facultades, funciones y atribuciones que se derivan del ordenamiento legal y de los estatutos sociales. Dentro de éste se fija la competencia del órgano, o sea la medida y el límite de sus funciones.

El segundo elemento, a saber, el subjetivo, se compone por la persona o personas que lo integran, que serán los que aplican y usan dichas facultades, funciones y atribuciones.

La sociedad se puede componer de varios órganos y a mayor complejidad de aquella, mayor será el número de éstos.

La concurrencia de ambos elementos es necesaria para la integración del órgano. No se podrían concebir facultades y atribuciones sin un destinatario de aquellas que las ponga en práctica, imputándole los efectos de sus actos al ente colectivo del cual emanan; y de la misma manera no podría entenderse que existieran personas que pudieran hacer nacer derechos

y obligaciones para con la sociedad, sin estar debidamente investidas de las atribuciones o facultades para tal efecto.

La existencia y necesidad del órgano no puede negarse y puede afirmarse que en las modernas sociedades anónimas, cuyo funcionamiento y actividades es muy diversificada y en las cuales ... "las funciones se atribuyen entre la asamblea de socios, administradores y comisarios y en que a cada uno de éstos corresponde una función específica, propia y compleja, el concepto de órgano es insustituible". (41)

(41) Barrera Graf, Jorge. ob. cit. pág. 180.

C O N C L U S I O N E S

1.- La figura jurídica de la representación encuentra sus antecedentes remotos en el mandato del Derecho Romano, como figura que permitía actuar sobre patrimonio ajeno pero el cual no producía una relación entre mandante y terceros, es decir, una representación directa. El Derecho Romano no permitió en principio que la actuación de una persona pudiera modificar directamente el patrimonio de otra que no hubiere intervenido en el acto generador; podía actuarse por cuenta de otro, pero no a nombre de otro. Dicho principio está contenido en la regla "per extraneam personam nemo adquiri potest".

El instituto de la representación directa no se regula e institucionaliza sino hasta finales de la Edad Media.

2.- La representación directa, que es la única verdadera representación, puede derivar de la ley o de un acto voluntario y debe producir efectos vinculatorios entre representado y terceros. La llamada representación indirecta no contiene el elemento esencial de la representación, consistente en que el representante deba actuar a nombre del representado, ostentándose como tal ante terceros, para que el acto ejecutado produzca sus efectos directamente entre éstos y aquél. Sin que se dé este elemento,

llamado "contemplatio domini", no se llega a configurar una verdadera relación representativa, hipótesis que encaja más bien dentro del mandato no representativo, o de las diversas hipótesis de legitimación para actuar en patrimonio ajeno.

3.- Mandato y representación son dos figuras distintas nacidas de diversas necesidades en diferentes campos. Ambos institutos han sido con frecuencia confundidos constantemente. Conforme el avance de la ciencia jurídica, se han llegado a diferenciar y delimitar ambas figuras, regulándose el mandato con poder de representación o sin él. La representación no es un elemento esencial del contrato de mandato. Existe tanto representación sin mandato como mandato sin representación.

4.- Las personas morales requieren necesariamente de personas físicas que las representen a efecto de poder actuar y vincularse con terceros. Dicha representación, además de necesaria, guarda un carácter legal y permanente. Esta representación ejercida por el órgano de administración no impide que la sociedad o los mismos órganos de representación nombren mandatarios para llevar a cabo actos específicos.

Estos mandatarios temporales no son indispensables para la vida y funcionamiento de la sociedad.

- 5.- Nuestra Ley general de Sociedades Mercantiles califica a los administradores como mandatarios de las mismas. La figura jurídica del mandato es insuficiente para explicar todas las funciones que corresponden al órgano de administración, el cual no se limita a llevar a cabo los actos jurídicos que el mandante le encarga. La función del órgano de administración ocupa una amplia gama de facultades y atribuciones, ejercitando tanto actos materiales como jurídicos dentro de su actuación en la dirección y representación de la sociedad.
- 6.- La naturaleza del vínculo entre la sociedad anónima y sus administradores se deriva de un acto unilateral de la asamblea de accionistas. Dicho acto consiste en el nombramiento que hace la asamblea, a través del cual se otorgan al órgano de administración facultades de representación, así como de gestión y dirección de la sociedad, sin perjuicio de que los efectos de dicho nombramiento no se produzcan hasta el momento de la aceptación y protesta del cargo, de la prestación de la garantía o de su inscripción en el Registro Público de la Sociedad y del Comercio.
- 7.- La representación de las sociedades anónimas encomendada a su órgano de administración no encaja en la figura tradicional de la representación y mucho menos en el mandato. Es una representación sui-generis, que aun cuando guarda

semejanza con la representación de las personas físicas y con las características del mandato, adquiere por su naturaleza notas especiales y distintas. Nuestro sistema legal no regula el tipo de representación que se deriva del contrato de sociedad y que ejercen los administradores. Al establecer la regulación del mandato, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido lo que algunos autores llaman como la disciplina típica de una relación representativa. De aquí se sigue que aun cuando la representación encuentre su fundamento en una relación de gestión distinta del mandato, en nuestro caso el de una sociedad anónima, a esta relación en cuanto representativa habrá que aplicarle aquella disciplina típica regulada por la ley, o sea, la del mandato, hasta en tanto no se regule de una manera específica la representación social a cargo del órgano de administración de la sociedad anónima.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. México, 1982.
- 2.- BARRERA GRAF, Jorge. La Representación Voluntaria en Derecho Privado. UNAM, Instituto de Derecho Comparado. México, 1967.
- 3.- BONET RAMON, Francisco. Naturaleza Jurídica del Contrato de Mandato. Barcelona, España, 1941.
- 4.- BORJA SORIANO, Manuel. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, 1984.
- 5.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil. Editorial Herrero. México, 1982.
- 6.- DIEZ-PICAZO, Luis. La Representación en el Derecho Privado. Editorial Civitas. Madrid, España, 1979.
- 7.- FERRARA, Francisco (hijo). Empresarios y Sociedades. Traducción de Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, s/a.
- 8.- FISCHER, Rodolfo. Las Sociedades Anónimas; su Régimen Jurídico. Editorial Reus. Madrid, España, 1934.
- 9.- FRISCH PHILIPP, Walter. La Sociedad Anónima Mexicana. Editorial Porrúa, 1982.
- 10.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Sociedades Anónimas; Responsabilidad Civil de sus Administradores. México, 1957.
- 11.- GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, 1981.
- 12.- GAUDAMET, Eugene. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa. México, 1974.
- 13.- HUPKA, Joseph. La Representación Voluntaria en los Negocios Jurídicos. Madrid, España, 1930.
- 14.- MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, 1984.
- 15.- PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Representación Voluntaria Directa. Tesis E.L.D. México, 1952.

- 16.- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil. Editorial Cultural. La Habana, Cuba. s/a.
- 17.- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, 1983.
- 18.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, 1985.
- 19.- SANCHEZ MEDAL, Ramon. De los Contratos Civiles. Editorial Porrúa. México, 1984.
- 20.- STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago de Chile, 1975.
- 21.- TENA, Felipe de J. Derecho Mercantil Mexicano, con exclusión del Marítimo. Editorial Porrúa. México, 1978.
- 22.- VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Asambleas de Sociedades Anónimas. Editorial Porrúa. México, 1971.

Leyes consultadas:

- Código Civil para el Distrito Federal.
- Ley de Instituciones de Seguros.
- Ley General de Sociedades Cooperativas.
- Ley General de Sociedades Mercantiles.
- Las Siete Partidas de Alfonso X.

I N D I C E

Introducción.....	1
Capítulo I - La Representación.....	5
1.- Antecedentes y conceptos.....	5
1.1 Derecho Romano.....	5
1.2 Edad Media.....	7
1.3 Edades Moderna y Contemporanea.....	9
2.- Voluntaria y Legal.....	17
3.- Directa e Indirecta.....	19
Capítulo II - El Mandato.....	22
1.- Efectos del Contrato de Mandato	25
2.- El Mandato y la Representación.....	34
Capítulo III - Las Personas Morales en Cuanto son Representadas.....	41
1.- Sus Organos de Representación.....	43
2.- sus Mandatarios.....	51
Capítulo IV - La Sociedad Anónima en la Ley General de Sociedades Mercantiles.....	58
1.- Sus Organos de Representación.....	59
2.- El Administrador Unico y el Consejo de Administración	60
3.- Las Asambleas de Accionistas.....	66
3.1 Asambleas Generales.....	69
A) Ordinarias.....	70
B) Extraordinarias.....	75
3.2 Asambleas Especiales.....	77
4.- El Comisario.....	78

Capítulo V - Diferenciación entre Organos de Representación y Mandatarios en las Sociedades Anónimas.....	85
1.- Criterios de Distinción entre ambas Figuras.....	85
2.- Naturaleza Jurídica del Vínculo entre la Sociedad Anónima y sus Administradores.....	96
2.1 Como Acto Unilateral.....	96
2.2 Como Contrato.....	98
2.3 Opinión Personal.....	101
3.- Teoría del Órgano.....	103
Conclusiones.....	106
Bibliografía.....	110
Índice.....	112