



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**
FACULTAD DE DERECHO

**RESPONSABILIDADES PENALES QUE PUEDEN
PRESENTARSE EN LAS SOCIEDADES
MERCANTILES**

T E S I S

Que presenta en su exámen profesional

CONCEPCION SINENCIO HERRERA

para obtener el título de:

Licenciado en Derecho

México, D. F., 1972



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Desde lo más profundo de mis sentimientos, con -
carifio, admiración y respeto. A MIS PADRES:

Dr. Raymundo Sinencio Recillas y María Guadalupe
Herrera de Sinencio. Inextinguibles luces que han mantenido --
iluminado el camino de mi existencia en esta primera etapa --
de mi vida.

A mis hermanos:

**RAYMUNDO, LUPITA, ALFONSO, ROGELIO, ENRIQUE
FERNANDO Y ELISA. Compañeros inseparables de los momentos
dificiles y coparticipes también de las alegrías.**

Al Dr. Fco. Sinencio Recillas, con la certeza de que el temple y carácter que lo singularizan, habrán de llevarlo a conseguir lo que de la vida espera.

R E C O N O C I M I E N T O .

Al Sr. Gónzalo Barquín Díaz, con la admiración al político de limpia trayectoria, quien me brindó la --
oportunidad de colaborar con él en su Ayuntamiento -----
1970-1972 en Ciudad Netzahualcóyotl con el cargo de JUEZ -
MENOR MUNICIPAL.

Al amigo de la familia Sr. Licenciado Luis -
Revueltas Marín, con respeto y agradecimiento.

A la Señorita Licenciado Hilda Rosa María --
López Torres, con mi mayor agradecimiento por su sabia --
dirección que me brindó.

I N D I C E

	Págs.
INTRODUCCION.	1
CAPITULO I. - ANTECEDENTES HISTORICOS.	
1.- DERECHO PRUSIANO.	
2.- CODIGO BAVARO DE 1813.	
3.- LA LEY FRANCESA DE 1867 Y LA LEY ITALIANA DE 1931.	
4.- EL CODIGO ALEMAN DE 1933.	
5.- LA REGLAMENTACION DE LOS DELITOS SOCIETARIOS EN AMERICA LATINA.	4
CAPITULO II. - POSIBLES SUJETOS ACTIVOS DE LOS DELITOS.	
1.- ADMINISTRADOR .	
2.- COMISARIO.	
3.- GERENTE Y DIRECTOR GENERAL.	
4.- SOCIO FUNDADOR .	
5.- REPRESENTANTE COMUN DE LOS OBLIGACIONISTAS.	
6.- LIQUIDADOR.	20
CAPITULO III. - LA PLURALIDAD DE SUJETOS EN LOS ILICITOS SOCIETARIOS.	
1.- LOS LIMITES DE RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS COMETIDOS POR JUN <u>TAS</u> .	
2.- RESPONSABLES PRINCIPALES Y --- ACCESORIOS.	
3.- PENALIDAD SEGUN LOS GRADOS -- DE PARTICIPACION.	

4.- RESPONSABILIDAD PENAL QUE --- PUEDE RECAER EN LAS SOCIEDADES.	
5.- EL CODIGO PENAL DE 1871 PARA EL D.F.	
6.- EL CODIGO PENAL DE 1929 PARA EL D.F.	
7.- EL CODIGO PENAL DE 1931 PARA EL D.F.	
8.- EL PUNTO DE VISTA DOCTRINA-- RIO.	64

CAPITULO IV.- LAS RESERVAS OCULTAS.	
1. CONCEPTO DE RESERVAS.	
2.- SITUACION JURIDICA.	
3.- RESERVAS LEGALES.	
4.- RESERVAS VOLUNTARIAS U OCUL- TAS.	
5.- LA CONSUMACION.	83

CAPITULO V.- LA DISTRIBUCION DE UTILIDADES FIC- TICIAS O NO REPARTIBLES.	
1.- NOCIONES GENERALES.	
2.- CONCEPTO DE DIVIDENDOS SOCIA- LES.	
3.- DISTRIBUCIONES PROHIBIDAS.	
4.- UTILIDADES FICTICIAS.	
5.- EL DOLO, LA TENTATIVA Y EL - CONCURSO.	92

CONCLUSIONES.	109
BIBLIOGRAFIA.	112
LEGISLACION.	114

INTRODUCCION .

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

Es obvio y necesario que la tendencia de nuestro país sea la industrialización, tal como se demuestra — con las bases sentadas por la Constitución, que si bien se refleja de modo primordial a la Reforma Agraria, con ello y la regulación laboral en buena medida busca fomentar la integración de un mercado consumidor de la producción manufacturera, y con la actividad de los gobiernos al establecer medidas estrictas de control a la importación, que robustecen la sustitución progresiva de bienes importados por artículos hechos en México, a grado tal que los mismos artículos que con anterioridad importábamos, en la actualidad estamos exportándolos.

Al hablar de las industrias existentes en nuestro país, debemos reflexionar en la importancia que revisiten las sociedades que las crean y que reúnen grandes masas de capital que evidentemente no pueden ser aportadas por una sola persona, sino por un número indeterminado de sujetos quienes, reuniendo sus patrimonios y canalizándolos a través de las sociedades, hacen posible la realización de obras de gran envergadura.

Si no podemos dejar de reconocer la importancia que tienen las sociedades para la industria en el país, - también hemos de considerar que durante su vida presentan un sinnúmero de riesgos que en un momento dado pueden hacer -- tambalear la economía pública; piénsese por ejemplo en las - consecuencias que trae consigo una mala administración, una ~ liquidación anómala de sociedades, o la actuación dolosa de --- los socios fundadores en una sociedad.

Todos estos aspectos que hemos ejemplificado y alguno más, han despertado el interés de quien esto escribe, al grado de elegirlos como tema de tesis profesional, de--- mandando un control más estricto para evitar que se presenten.

C A P I T U L O I .

A N T E C E D E N T E S H I S T O R I C O S .

- 1.- DERECHO PRUSIANO
- 2.- CODIGO BAVARO DE 1813
- 3.- LA LEY FRANCESA DE 1867 Y LA LEY ITALIANA DE 1931.
- 4.- EL CODIGO ALEMAN DE 1933.
- 5.- LA REGLAMENTACION DE LOS DELITOS SOCIETARIOS EN AMERICA LATINA.

1. - DERECHO PRUSIANO.

La regulación penal de las sociedades mercantiles que me permito proponer como necesario en nuestro Derecho Positivo Mexicano, no es una creación mía sino, por el contrario, ha tenido orígenes muy remotos en países europeos tales como Alemania e Italia entre otros, países que la consideraron digna de regulación jurídica.

El antecedente más remoto lo localizamos hacia el año de 1577, cuando en el Ordenanza de la Policía Imperial en Alemania se sancionaba a los tutores que se condujeran con infidelidad en su encargo, con el consecuente detrimento al patrimonio de los pupilos tutelados.

Más tarde, a fines del siglo XVIII, el Derecho Prusiano toma interés en ese delito pero dándole ya un campo de acción más amplio haciendo resaltar el elemento patrimonial del delito como una nota característica, el sancionar la infidelidad patrimonial de los apoderados privados en general, considerando tal infidelidad, como dice HELMUTH MAYER, (1) " En la violación de un deber surgido de un contrato o de un cuasicontrato".

(1).- JIMENEZ HUERTA MARIANO, -"Derecho Penal Mexicano".

Parte Especial, Tomo IV, Primera Edición, Editorial Antigua
Librería Robredo, México 1963, Pág. 242.

Siguiendo el desarrollo de nuestra figura hasta el siglo XVIII, nos percatamos de que en su primer momento - histórico no tenía por objeto a las sociedades mismas sino la administración de bienes del pupilo por el tutor, más amplio - pero todavía no lo suficientemente concreto. Cabe en estos mo-
mentos anotar que a la responsabilidad penal existente en las sociedades, se le ha enfocado de muy diversas maneras, por - lo que ha tenido también distintas denominaciones, entre las -- que anotaremos las siguientes: Delito de Administración Fraudu-
lenta, Delitos Societarios, Responsabilidades penales que pue- den presentarse en las Sociedades Mercantiles, que es la deno-
minación que considero más apropiada, ya que la primera ---- connotación no encierra el verdadero contenido del delito pues
en la sociedad, como habremos de ver, no únicamente cometen ilícitos los administradores sino muy diversas personas o suje-
tos propios de ella; de las dos denominaciones restantes por - el desarrollo de este trabajo he optado por la tercera deno-
minación.

2. - EL CODIGO BAVARO DE 1813.

No obstante que desde el año de 1577 se ini-
ciara la reglamentación de una administración fraudulenta como
delito, no es sino hasta el año de 1813 cuando el autor -----

FEUEREBACH, (2) logra introducir en el Código Bávaro la primera definición que se conoce, exponiéndola como: " Perjuicio doloso en contra de aquella persona a la que se está obligado por un deber de fidelidad en virtud de un contrato o de otro vínculo jurídico semejante, siempre que la acción no recaiga dentro del ámbito de otros delitos contra el patrimonio".

Esta definición tuvo amplios comentarios por parte de autores que erróneamente interpretaron las palabras "perjuicio doloso" confundiéndolas con una apropiación dolosa de dinero, o de la cosa sobre la que recae la administración. Con el uso del vocablo apropiación se está cayendo en una confusión garrafal, el grado de identificar a la administración fraudulenta por una apropiación indebida.

CARRARA, (3) al definir este delito nos dice: "Delito de quien habiendo llegado a ser gestor fiduciario con o sin estipendio o participación en los beneficios de una operación administrativa en interés de otro, y en tal concepto consignatorio de las cosas de ajena pertenencia para aquel uso determinado, abusa de la confianza que le fue conferida y con--

(2).- IBIDEM. Pág. 242

(3).- IBIDEM. Pág. 243

vierte indebidamente en su provecho las mismas cosas que le fueron entregadas para que las administre, o las ganancias obtenidas ".

La definición elaborada por FEUERBACH tiene como característica importante el que logra distinguir a la administración fraudulenta como un delito autónomo de los demás de orden patrimonial.

Desde ese momento histórico determina a las personas que pueden resultar sujetos en el delito de la Administración Fraudulenta, pues incluye a los tutores y a los administradores en general. Con anterioridad a la unificación política de Italia, el Código Toscano en su artículo 401 contenía bajo el título de "Fraudulenta Administración", sanciones para los tutores o curadores que defraudasen la administración de sus pupilos y a los administradores que de cualquier manera defraudasen la administración a su encargo.

3. - LA LEY FRANCESA DE 1867 Y LA LEY ITALIANA DE 1931.

La Ley Francesa de 1867 misma que fue reformada en el año de 1935, estatuye que serán sancionadas con las mismas penas de la estafa:

a).- Las gentes que por mala fe hacen -- de los bienes o de los créditos de la sociedad un uso que saben contrario a los intereses de ésta, ya sea con un fin personal, o bien para favorecer a una sociedad en la que pudieran estar interresados;

b).- Los gerentes que con mala fe hacen de sus poderes o de los votos de calidad de que disponen, uso con-- trario a los intereses sociales.

La exposición de motivos de las leyes a - que nos venimos refiriendo fue elaborada en Italia por el maes-- tro ALFREDO ROCCO (4) misma exposición que se juzga de su mo interés para la finalidad de este trabajo, y en la que se afir-- ma que las irregularidades y los abusos que se cometen en el - campo de acción de las sociedades, no lesionan solamente interses privados, sino que causan inimaginables perjuicios para la - ciudadanía en general, pues se perturba el orden económico del - país, siempre que las sociedades por acciones absorben gran -- parte del ahorro nacional y toda fuga del capital societario se - debe a las malversaciones de fondos de quienes las dirigen.

La legislación italiana agrupa con el nom-

(4) Cit. Por JIMENEZ HUERTA MARIANO. Pág. 244

bre de delitos Societarios a los hechos que propiamente pueden caber bajo la denominación de Administración Fraudulenta, y - esta reglamentación de los casos estudiados, es sumamente -- minuciosa por la inquietud existente entre los autores de ese - país, no sin dejar de reconocer que cuenta con fallas e inope - rancias para nuestro derecho. Sin embargo dicha legislación es la única realmente de valor como antecedente histórico y prác - tico en nuestra ley pues el enfoque que les da es totalmente - societario, excluyendo ya del todo a los tutores y curadores, - para concretarse a los sujetos que intervienen en la sociedad.

La legislación italiana en su título XI -- del libro V, se refiere a los delitos cometidos con violación - de los deberes o abuso de ellos por los encargados de ejercer funciones de particular importancia dentro de las sociedades - de comercio o, más concretamente, en las sociedades sujetas a registro.

El título del Código Civil a que nos veni - mos refiriendo, consta de veintidós artículos subdivididos en - cinco capítulos, comprendiendo el primero de ellos el grupo de delitos que pueden cometerse en las sociedades de comercio o bien las sujetas a registro.

El segundo capítulo trata únicamente de las sociedades de capitales, como las sociedades por acciones, sociedades en comandita por acciones, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades cooperativas.

El tercer capítulo hace alusión exclusiva a los administradores de los consorcios; en el cuarto trata de los administradores llamados judiciales y comisarios gubernativos y en el quinto y último dispone reglas comunes a los delitos anteriormente previstos; es decir, las agravantes, las penas accesorias y las normas de tipo meramente procesal consistentes en notificación de sentencias condenatorias a los organismos profesionales de los cuales dependiesen los responsables de los delitos societarios a que hacen mención los capítulos que anteceden, y cuyo contenido se ha enunciado.

El Código de Comercio de 1882, basado en la legislación francesa, estableció represiones penales para los delitos societarios, pero dichas sanciones fueron sumamente limitadas y consistentes en dinero, que atendiendo al creciente incremento de las sociedades por acciones en esa época, demostraron su inoperancia causándole con tales sanciones un detrimento para la economía pública.

Al observar tanto juristas como economistas el detrimento que se estaba causando a la economía pública, en el año de 1931 se vió forzada una reforma al Código de Comercio de 82, reforma que tendía a coordinar disposiciones penales con inovaciones a portadas en materia de sociedades.

Como se desprende de la exposición de motivos hechar por el jurista ALFREDO ROCCO, ya se está poniendo de manifiesto el carácter puramente societario del delito, -- centrando además perfectamente bien el problema existente en nuestro Derecho Mexicano, y señalando desde entonces a la economía pública como perjudicada, razón por demás suficiente que obliga en nuestro medio a la reglamentación jurídica del delito societario.

4.- EL CODIGO ALEMAN DE 1933.

Al ir creciendo paulatinamente el interés por la integración del delito en los países europeos, por considerar su existencia como una inminente necesidad de orden jurídico, - Alemania puso especial interés en resolver o determinar el quid del delito, sobre el que existían serias dudas, haciéndolo consistir algunos autores en un abuso de poder, o bien, en el quebran

tamiento de un deber de fidelidad ya que el parágrafo 266 del citado Código castigaba a los tutores, curadores de personas y bienes, secuestradores, administradores de la masa patrimonial, ejecutores de última voluntad y administradores de fundaciones que intencionalmente actuasen en perjuicio de las personas o de las cosas confiadas a su cuidado y vigilancia, incluyendo también a los apoderados que con toda intención adoptasen posiciones contrarias a los intereses del mandante en cuanto a sus créditos o cuentas patrimoniales y para ser más extenso aún, agrupaba a los agrimensores, rematadores, medidores encargados de pesas e inspectores, en los asuntos que se les encomendase y a quienes perjudicasen intencionalmente intereses de personas cuyos negocios provisionalmente atendieran.

En mi concepto la gran agrupación de sujetos que el Código Alemán hacía, fue la que trajo como consecuencia lógica que se confundiera el quid del delito, haciéndolo consistir en un abuso de poder para unos, y en el quebrantamiento de un deber para otros, lo que obligó necesariamente a la reforma del parágrafo 266 del Código Alemán en el año de 1933, misma que admitía solamente dos hipótesis:

a).- La primera sancionaba quien infringiera el deber de cuidar los intereses patrimoniales ajenos de un en

cargo conferido por la autoridad o de un negocio jurídico o de cualquier otra reglamentación concreta de fidelidad.

b).- La segunda hipótesis sancionaba a -- quien dolosamente abusara de la facultad que le fuera otorgada por la Ley, por un encargo de la autoridad, o por un negocio jurídico de disponer de patrimonios ajenos obligando con su encargo a otro.

Estas hipótesis del Código Alemán de --- 1933, han sido ampliamente comentadas por MARIANO JIMENEZ HUERTA, (5) quien afirma que la primera de ellas es absolutamente inoperante en nuestro Derecho Mexicano atendiendo a -- las incertidumbres de sus límites pues el sólo hecho, como lo enuncia la hipótesis, de quebrantar el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, no es bastante sólido para sostener una - responsabilidad penal por infidelidad patrimonial, además no de- termina claramente los casos en que una persona tiene el deber de tutelar los patrimonios ajenos.

La segunda de ellas señala todos aquellos casos de administración fraudulenta existentes, por lo que sí --

(5). - Ob. Cit. Págs. 242 y 243

sería factible que se pudiese aplicar de una manera relativa - para nuestro objeto.

En la anterior explicación y comentario del maestro JIMENEZ HUERTA al Código Alemán, se descarta por completo la posibilidad de aplicar la primera de ellas a - nuestra legislación. La segunda, al ser aceptada en forma relativa dados los diversos casos que plantea, coincide con nuestra opinión también en parte, pues se requiere concretarla para poder introducirla en nuestro derecho positivo.

La jurisprudencia alemana trató de defender la primer hipótesis dados los innumerables ataques de que fuera víctima, diciendo que el deber de cuidar los intereses -- ajenos debía ser no una obligación secundaria, sino por el contratio obligación principal derivada de un contrato, pero la realidad es que tal aclaración no robustece en nada a tan criticada hipótesis.

Características parecidas a las de la -- hipótesis que hemos venido mencionando y tratando, siguieron - los Códigos de Suiza en 1937 y el del Imperio de Etiopía en el año de 1957, toda vez que sancionaban al que teniendo la obligación legal o contractual de cuidar los intereses pecuniarios de otros, le causan un perjuicio; encontrándose agravada además -

la penalidad si los móviles de tal perjuicio eran fines de lucro.

5. - LA REGLAMENTACION DE LOS DELITOS SOCIETARIO EN AMERICA LATINA.

De los países latinoamericanos el único que se ha preocupado por el estudio de este delito de tipo societario lo es Argentina, país que en su Código Penal, artículo 173, número siete, describe en una forma que podemos considerar -- como casuística a los sujetos activos que intervienen en el fícito, dándole además el carácter de enunciativo al artículo, pero sin dejar de reconocer que incluye una clara expresión de los hechos constitutivos de la conducta ejecutiva.

El mencionado artículo incluye al comisionista el capitán de buque o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, con la alteración en sus cuentas, de los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o por --- otra parte exagerando los que hubiera hecho.

En el año de 1960 el jurista SEBASTIAN - SOLER (6) formuló el proyecto del Código Penal Argentino, -- mismo que en su artículo 220 crea perfeccionándolo, el delito - de administración fraudulenta, mismo que concibe de la siguien-

(6). - Cit. por Jiménez Huerta Mariano. Págs. 247 y 248

te manera; " El que por cualquier motivo tuviere a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos y perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o las --- condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos o - exagerando los que hubiere hecho ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente.

Respecto a nuestra legislación, como se ha po-
dido anotar en el transcurso de este capítulo, el único autor que se ha preocupado por nuestro tema lo es MARIANO JIMENEZ ---- HUERTA, quien lo enfoca únicamente a los actos del administra-- dor social, dejando oscuros otros muchos ilícitos que día a día - se vienen cometiendo en el seno de las sociedades en nuestro -- país, sin que exista por parte del derecho represión alguna de ti- po penal para ellos, por lo que considero que si las normas y me- didas preventivas que existen son únicamente de orden privado, -- pues son impuestos por el Código Civil o las leyes mercantiles, - se siente la necesidad de la tutela del derecho penal, máxime el- gran incremento industrial de nuestro medio, o de lo contrario se llegará al caso de que se supriman las inversiones societarias por la desconfianza que existirá tanto para los inversionistas, los pro- pios acreedores y la economía pública.

Aún sin considerar que se trata con toda ----

probidad de un delito societario porque no abarca el actuar en el manejo total de una sociedad mercantil sino de operaciones aisladas, encontramos en nuestro derecho una disposición protectora de intereses sociales en el Artículo 387, Fracción XIX del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales que dispone lo siguiente:

" ARTICULO 387.- Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:.....

Fracc. XIX.- A los intermediarios - en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos, que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuenta de él o -- para constituir ese gravamen, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposi- ción en provecho propio o de otro.

Para los efectos de este delito se - entenderá que un intermediario no ha dado su destino, o ha dis- puesto, en todo o en parte, del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en Nacional Financiera, S.A. o en cualquier -- Institución de Depósito, dentro de los 30 días siguientes a su -

recepción a favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado, dentro de este término, al vendedor o al deudor del gravamen real, o devuelto al comprador, o al acreedor del mismo gravamen.

Las mismas sanciones se impondrán a los gerentes, directivos, mandatarios con facultades de dominio o de administración, administradores de las personas morales que no cumplan o hagan cumplir la obligación a que se refiere el párrafo anterior.

El depósito se entregará por Nacional Financiera, S.A. o la Institución de Depósito de que se trate, a su propietario o al comprador.

Cuando el sujeto activo del delito devuelva a los interesados las cantidades de dinero obtenidas con su actuación, antes de que formulen conclusiones en el proceso respectivo, la pena que se le aplicará será la de tres a seis meses de prisión".

Esta fracción fué creada o adicionada por el artículo Noveno del Decreto de 2 de enero de 1968, publicado en el "Diario Oficial" de 8 de marzo del mismo año, en vigor, - - - - -

C A P I T U L O I I

POSIBLES SUJETOS ACTIVOS DE LOS DELITOS:

1. - ADMINISTRADOR.
2. - COMISARIO.
3. - GERENTE Y DIRECTOR GENERAL.
4. - SOCIO FUNDADOR.
5. - REPRESENTANTE COMUN DE LOS OBLIGACIONISTAS.
6. - LIQUIDADOR.

1.- ADMINISTRACION.- La representación social típica es la que la ley confiere al administrador o administradores de las sociedades; esta representación se diferencia de -- otras figuras representativas en que el órgano que la ejerce tiene facultades, poderes directos de gestión, organización y control de los factores de producción, en la vida económica de la sociedad.

La administración de la sociedad no se hace patente únicamente frente a terceros, sino interiormente en la sociedad con las relaciones existentes entre el administrador, los socios, el personal de la empresa o sociedad, los bienes sociales, - es decir la explotación de todos los elementos de la empresa. Generalmente los administradores se agrupan en juntas o consejos de administración actuando conjuntamente aunque también se dan los casos de administradores únicos. (7) .

De la necesidad de la sociedad de hacerse representar y dirigir por personas físicas (administradores) se deriva por un lado, que estas personas vengan a constituir -----

(7).- Barrera Graf Jorge "La Representación Voluntaria en Derecho Privado". Representación de Sociedades. Edit. U.N.A.M., - México, 1967, Pág. 150

un elemento imprescindible en las sociedades y que sus funciones representativas y de gestión sean necesarias, constantes y permanentes dentro de la sociedad, por otra parte ese conjunto de funciones representativas y de gestión son necesarias --- como hemos dicho, pero debemos aclarar que las relaciones --- entre el administrador y la sociedad no constituyen un mandato ni relación de trabajo, pues la actividad del administrador no se concreta a la ejecución de actos jurídicos que la sociedad --- como mandante le encarga, ni tiene las características de subordinación, que supone el contrato de trabajo. (8)

El fundamento que ha servido de base a ---- JORGE BARRERA GRAF (9) para defender la posición contraria considerando las relaciones entre administrador y sociedad como contrato de mandato, es el artículo 1546 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, y por otra parte, el artículo 20 de la Nueva Ley Federal del Trabajo, mismo que considera como contrato individual de trabajo, aquél en el que una persona se obliga a presentar a otra un servicio personal bajo su dirección y dependencia; dirección que en el caso del administrador de sociedades no se da, ya que éste no se encuentra subor-

(8).- IBIDEM. Pág. 152

(9).- IBIDEM. Pág. 153

dinado a las órdenes de aquélla, sino por el contrario es quien la dirige dando la impresión más bien, que la sociedad es quien está subordinada a los dictados, dirección y gestión del administrador.

El autor JORGE BARRERA GRAF. (10) al hablarnos de la naturaleza jurídica del órgano de administración nos dice que: "el carácter necesario de la administración y lo complejo de sus funciones, da como consecuencia la existencia en la integración de una figura típica aunque no exclusivamente social; es decir, propia de las personas colectivas, tanto de las privadas como de las públicas - (Estado, organismos administrativos, los entes nacionales e intencionales), que es el órgano, el cual se forma de personas (agentes y funcionarios) y de fines, actividades o funciones y sólo constituyen una parte del ente mismo. Este, - en efecto, se integra de la personalidad jurídica que nuestro ordenamiento le reconoce y de los distintos órganos formados por individuos y a los que se les atribuye esferas de competencia; y ambos elementos, la persona y sus órganos, se complementan, sin que se requiera ni exija o justifique el

(10). - Ob. Cit. Págs. 154, 155.

dotar de personalidad jurídica a los órganos que constituyen los medios e instrumentos necesarios para la manifestación de dicha personalidad de la sociedad".

De lo que se ha dicho da la impresión de que el órgano jurídico está ligado y forma parte de una persona jurídica; no obstante ello, depende del Derecho Positivo, que puede constituir y reconocer órganos o instituciones que carezcan de personalidad.

La existencia de órganos en esos casos, suponen una finalidad concreta de la institución y carácter unitario y transitorio de su patrimonio y requiere la atribución y deslinde de esferas de competencia a los órganos, y el nombramiento de personas físicas como titulares.

La figura jurídica de la representación no basta para explicar toda la actividad del órgano de la administración social; y tampoco puede explicarse como un contrato de prestación de servicios. El primero de los casos no es posible dado que las funciones del administrador, no se constriñen a actuar frente a terceros a nombre y por cuenta de la sociedad, pues un gran número de actos del administrador no se realizan frente a terceros, sino tienen reflejo y se refieren a una actividad interna

de organización dentro de la propia sociedad.

La prestación de servicios tampoco agota el contenido de la actividad del órgano de administración ni tampoco su naturaleza jurídica, pues la prestación de servicios o el contrato de prestación de servicios plantean su ejecución y correlación respecto a otro sujeto, lo cual no se da en el órgano de administración y también es indiscutible que se dé en el administrador individualmente considerado, que como hemos dicho, más que estar sometido a la sociedad la dirige y la guía. (11)

La designación de administradores presenta ligeras variantes, según el tipo de sociedad de que se trate y así vemos que en la sociedad colectiva la administración puede estar a cargo de uno o varios administradores que bien pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad. Generalmente en los estatutos se hace la designación de los administradores y en caso contrario concurren todos los socios en la administración. Respecto al nombramiento y revocación de los administradores, si éstos son designados por los socios, será por mayoría de personas, aunque también puede establecerse en el contrato social -

(11).- BARRERA GRAF JORGE.- Ob. Cit. Pág. 153, 154.

la forma especial de nombramiento. El nombramiento solamente corresponde a los socios siendo ilícito todo nombramiento por terceros ajenos a la sociedad. (12)

El administrador en esta sociedad y conforme al artículo 39 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, siendo socio y habiéndose pactado desde el contrato social su inamovilidad, únicamente puede ser removido judicialmente en caso de dolo, culpa o inhabilidad, con lo que de hecho y de derecho se establece en favor de éste una garantía personal creando además un derecho individual que no puede ser modificado o revocado directamente por una decisión mayoritaria.

En la sociedad en Comandita Simple y en la Sociedad en Comandita por Acciones, se aprecian en lo general las mismas reglas, con excepción de la prohibición para los socios comanditarios de integrar la administración y en caso contrario, éstos responden para con los terceros de las obligaciones contraídas a nombre de la sociedad, siendo solidariamente responsables frente a los terceros aún en las operaciones en que hayan

(12). - RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN. - Derecho Mercantil. Tomo I Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1969 Pág. 69.

tomado parte si han administrado habitualmente los negocios so
ciales. (13)

Para poder asumir el cargo de adminig
trador, en las Sociedades Anónimas se exige como requisito el
otorgamiento de garantía que deberán determinar los estatutos o
la asamblea general, para asegurar la responsabilidad que pudier
re contraer en el desempeño de sus encargos. En la práctica y
dicho sea de paso, la garantía ofrecida por los administradores
resulta como lo dice JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ. (14) -
"Irrisoria por representar una fracción íntima de la cuantía de
la responsabilidad en que pudieran incurrir; por ello parece más
racional el proyecto de D'Amelio, que exige a los administrador
res una garantía por su gestión no inferior a la cincuentava par
te del capital social. Esta fijación de la garantía en proporción
al capital social les daría una ~~base~~ mucho mayor real y tendría
en cuenta la importancia autentica de las responsabilidades que
puedan contraerse y que siempre guardan una cierta proporción
con el capital social".

En la Sociedad de Responsabilidades -
Limitada el órgano administrativo al que corresponden la admin
istración de los negocios, la ejecución de acuerdos, y la repre

(13).- IBIDEM. Págs. 75y 185

(14).- IBIDEM. Pág. 126

sentación de la sociedad lo es el gerente, sujeto cuyo carácter más adelante analizaremos. (15)

En la Sociedad Cooperativa el Consejo de administradores es el órgano ejecutivo al que corresponde el cumplimiento de los acuerdos de las asambleas, decisiones administrativas y la representación social. Este Consejo está formado por un número impar y funciona como órgano colegiado, adoptándose las decisiones por mayoría y su nombramiento o revocación competen únicamente a la asamblea general. (16)

DELITOS QUE PUEDE COMETER EL
ORGANO DE ADMINISTRACION:

a).- SUPERVALORACION DE LOS APORTES EN ESPECIE O DEL PATRIMONIO SOCIAL.

La ley establece como requisito includible para la constitución de las sociedades el pago de las aportaciones de dar, que es lo que constituye el capital social. Al efecto del artículo 89 de la Ley General de Sociedades Mercantiles refiriéndose a la Sociedad Anónima establece en la fracción III que para ----

(15). - IBIDEM. Pág. 178

(16). - CAMPO REDONDO, L. Asociaciones Cooperativas Librería Bergua, Madrid, Pags. 74 y 75

proceder a la constitución de una Sociedad Anónima deberá exhibirse en dinero efectivo cuando menos el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario, agregando en la siguiente fracción que deberá quedar exhibido íntegramente el valor de cada acción cuando haya de pagarse con bienes distintos del numerario, total o parcialmente. (17)

Es precisamente en relación con las -- aportaciones en especie donde puedan realizarse una serie de actos ilícitos que requieren igualmente de la intervención del derecho público como medida de freno a las supervaloraciones de dichas aportaciones en especie constituyendose un detrimento social.

Las aportaciones en especie tal como - lo dice JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ (18), deben tratarse con desconfianza por la frecuencia con que suponen quebrantos y - graves perjuicios para los terceros que contratan con la sociedad y aún para los propios socios. En efecto, una supervaloración de los bienes aportados puede significar un gran beneficio para el que lo hace y un perjuicio decisivo para la sociedad que lo sufre.

Podemos incluir como aportaciones en - especie, ejemplificando, la aportación de inmuebles, la de mue---bles, ya sean éstos por naturaleza o disposición de la ley como - (17). - RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. Ob. Cit. Págs. 95 y 96 (18). - IBIDEM. Págs. 98 y 99

sucede en los casos de acciones, títulos, valores de otra clase como los representativos de mercancías, los de participación - la propiedad intelectual, la aportación del nombre, concesiones administrativas, patrimonios, las aportaciones de cosas futuras, cosa ajena y aportación condicional. (19)

Si bien es cierto que la ley estatuye que las acciones pagadas en todo o en parte mediante aportaciones hechas en especie deben quedar depositadas en la sociedad durante un plazo no menor a dos años para responder de las diferencias de valor, el ilícito que proponemos refuerza las sanciones del derecho privado tendientes a impedir que en el caso de aportaciones en especie o transformación de sociedades, se emitan acciones o se asignen cuotas por valor superior al efectivo de lo aportado o del patrimonio social respecto de la sociedad transformada, faltando correspondencia entre el capital declarado y el capital real.

El abuso que se trata de combatir es el conocido como inflación del capital social, que al ser combatido protege los intereses tanto de los socios como de los acreedores y futuros socios y acreedores.

(19) IBIDEM. Págs. 79, 80 y 81

Para determinar en este ilícito quienes deben ser considerados como sujetos activos, debemos tener en cuenta que el ilícito puede darse por cualquiera de las siguientes conductas:

A).- Un avalúo exagerado de los aportes en especie en la escritura de constitución,

B).- Avalúo exagerado de las aportaciones tratándose de aumento de capital, y

C).- Avalúo exagerado del patrimonio en la transformación de la sociedad. (20).

En el primer caso señalaremos como sujetos activos a los socios fundadores, en el segundo los propios --- aportadores y los administradores y en la tercera los administradores de la sociedad que se transforma.

La única duda que es conveniente aclarar se presenta al considerar a los administradores como sujetos, en la segunda hipótesis, pero la razón de la inclusión es obvia, pues el aumento de capital en una sociedad requiere una propuesta o declaración de los administradores quienes cometerán el ilícito -- cuando en su informe a la asamblea que habrá de decidir, exageren en forma fraudulenta el valor de los bienes que han de aportarse en especie.

(20).- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. Según Doctrina. Ob. Cit. Págs. 80, 81 y 82

En las dos primeras hipótesis el avalúo exagerado es de trascendental importancia aún en el caso de que la escritura constitutiva sea nula, ya que tal nulidad no libera a los socios de la obligación de sus aportes hasta en tanto no se hayan satisfecho los acreedores sociales.

Como elementos de la conducta en el caso que nos ocupa encontramos el hecho de existir una intención dolosa entendiéndose ésta como engaño a otro, es indispensable -- además, que en el sujeto se represente la posibilidad de procurarse mediante tal engaño un provecho con perjuicio ajeno y que este provecho sea meramente patrimonial.

El delito alcanza a perfeccionarse en el momento de establecerse en la primera hipótesis, en la escritura constitutiva, un avalúo exagerado de las aportaciones, en la segunda cuando se adopta la decisión de aumento de capital y en la última al resolverse la transformación de la sociedad; además de -- todo ello, no debemos descartar la posibilidad de la tentativa.

Debe hacerse notar que existe también responsabilidad de parte del perito que en el caso de la transformación de una sociedad proceda a rendir un juicio y avalúo exagerado teniendo conocimiento de la falsedad de su dictamen, pues la realidad es que estaría actuando de conformidad con los autores -

del ilícito, quedando por ello obligado a responder de su participación en tal ilícito.

Sabemos y estamos conscientes que nos habremos de enfrentar a severas críticas con lo que se ha dejado dicho respecto a la valoración fraudulenta de las aportaciones en especie, ya que no existe ninguna norma que determine cuál valoración debe ser considerada como fraudulenta, ya que por otra parte el perito encargado del avalúo podría disculparse manifestando que se trata de un avalúo inexacto, mas no de una valuación fraudulenta. A mi modo de ver la solución del problema reside únicamente en el juez, quien para dictaminar deberá tener en cuenta la capacidad del perito en la materia esclareciendo si se encuentra frente a una inexactitud de avalúo o una valuación fraudulenta.

**b).- FALSA INTEGRACION DE MAYORIAS
EN LAS ASAMBLEAS.**

El delito de la formación artificiosa de -- mayorías en las asambleas comprende y abarca como sujetos activos tanto a los administradores como a los comisarios, y tiende a reprimir las maquinaciones que falsean la voluntad de las -- mayorías societarias que la ley, o bien los estatutos, exigen -- para la validez de las decisiones.

Como elemento objetivo del delito que -

pretendemos sea tipificado, encontramos la verificación de un resultado al que se llega mediante determinados medios. El resultado es la formación de mayorías para la asamblea y el sujeto activo debe haber constituido dicha mayoría. (21)

Los medios de que puede disponer el sujeto activo para tal formación puede ir desde valerse de acciones o cuotas no colocadas hasta ejercitar con otro nombre el voto correspondiente a las acciones o cuotas de los administradores.

Las acciones o cuotas no colocadas son aquéllas que no se encuentran suscritas, o las que estando suscritas no han sido liberadas por falta de pago. En el caso de simple mora en las consignaciones nos encontramos frente a acciones o cuotas que aún habiéndose colocado no permiten el derecho al voto (22)

Respecto al ejercicio del derecho del voto con otro nombre supone que en ciertas acciones portadoras de un derecho de voto éste no pueda ejercitarse, como se ve claramente en el caso de los administradores que tengan con

(21). - DONATI ANTIGONO. Sociedades Anónimas. La invalidez de las liberaciones de las Asambleas, Traducción Lic. - Felipe J. Tena, Editorial Porrúa Hnos y Cía. México, -- 1939 Pags. 22, 23, 24 y 25

(22). - IBIDEM. Págs. 27 y 28

intereses con la sociedad o cuando vaya a votarse su responsabilidad.

Lo común y corriente en la práctica es que en el acta de asamblea se hagan figurar como presentes a accionistas que no intervinieron, en este caso si el acta es redactada por un Notario nos encontramos frente a una falsedad de documentos existiendo, por ende, responsabilidad del Notario, y si por el contrario el acta la redactó un secretario elegido por los votantes indudablemente se constituye también - un medio ilícito tendiente a la formación ficticia de la mayoría exigida por los acuerdos sociales quedando el secretario como copartícipe en la conducta ilícita que venimos analizando.

Se requiere indudablemente la existencia del dolo para la configuración del ilícito, mismo que no presenta dificultades para su demostración pues los administradores deben no sólo querer la acción sino darse cuenta que por medio de ella se influye en la integración de mayoría, estableciendo y satisfaciendo una condición sin la cual esa mayoría no se lograría.

La consumación del delito se localiza en el momento en que la mayoría se integre y si a pesar del uso de medios ilícitos ésta no se obtiene, el delito no se per---

fecciona. De esto podemos concluir que es muy posible la configuración de la tentativa pues cuando los medios que se emplean se encamina de modo inequívoco al resultado y además son idóneos para conseguirlo pero su plan se frustra por causas ajenas a su voluntad, es evidente que existe tentativa.

Para el caso que mencionamos con anterioridad respecto del administrador que valiéndose de interpósita persona hace valer un derecho cuando se encontraba impedido para ello, surge la cuestión de si debe considerarse a aquélla como copartícipe del ilícito, cosa que a mi modo de ver debe responderse afirmativamente, siempre que esta persona se encontrara consciente de la maniobra y de la calidad del administrador por el cual opera.

c). - INDEBIDA RESTITUCION DE --
APORTES O EXENCION DE LA OBLIGACION DE PAGARLOS:

La tutela de la ley penal debe intervenir en la restitución a los socios de los aportes del capital social y en la exención de la obligación de pagarlos siempre que estos medios no sean consecuencia de una reducción de capital. Como sabemos, las sociedades se ven precisadas a reducir su capital cuando existe un exceso de capital sobre la cifra auténticamente necesaria para el desenvolvimiento de las operaciones

sociales y la otra causa lo es una pérdida que deja muy por encima del patrimonio real, el valor nominal de su capital declarado. (23).

Como la reducción del capital social --- afecta especialmente a los socios y a los acreedores sociales deben ser tutelados dichos intereses, ya que los acreedores tienen derecho a confiar en el capital social.

El elemento material del ilícito se constituye con la restitución en forma directa o indirecta, notoria o simulada de aportes ya hechos, sin los requisitos que establece la ley para la reducción del capital social.

El dolo requiere la voluntad del comportamiento con el conocimiento de que no existe resolución válida de reducción de capital y que la operación es irregular.

El ilícito se consuma en el momento en que se verifican la restitución o la exención no permisibles y se da lugar y cabida a la tentativa ya que se trata de un delito que requiere de varios actos para su consumación.

Hemos dicho que la reducción de capital - afecta directamente a los socios pero primordialmente a los acreedou

(23). - RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. Ob. Cit. Págs. 139 y 140.

res sociales, pues en la medida que el capital se reduce disminuye la cifra patrimonial que es lo que constituye su garantía; por tal motivo la ley ha establecido determinados requisitos para la disminución del capital.

Respecto de las disminuciones simuladas, la ley establece la prohibición de adquirir a una sociedad sus propias acciones, señalando como sanción la extinción de las acciones; otra prohibición que establece la ley lo es la de hacer préstamos o anticipos con la garantía de las propias acciones, con excepción de la adquisición de acciones en caso de adjudicación judicial por el cobro de créditos. Pero como puede verse, las sanciones que se establecen no garantizan plenamente la confianza de los acreedores sociales por lo que se hace necesaria la intervención del derecho público con garantía más efectiva. (24)

(24). - RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. Ob. Cit. Págs. 142 y 143.

2.- COMISARIO. Los comisarios son los órganos encargados de la vigilancia permanente de la gestión social, con entera independencia de la administración y teniendo por único interés a la sociedad misma. Por tanto no son, como vulgarmente se piensa, revisores de la contabilidad social; teniendo tal equivocación base en el señalamiento que hace el artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en sus fracciones II, III y IV, que son meramente contables; no obstante la fracción IX del mismo artículo establece que les compete en general vigilar ilimitadamente y en lo general las operaciones sociales. (25)

Los Códigos de Comercio mexicanos de 1884 y 1889 conceden ya funciones de vigilancia social sin contraerse únicamente a las funciones contables, incluyendo el artículo 581 del Código de Comercio del año de 1884, un derecho de veto.

Es tan importante teóricamente la importancia que tienen los comisarios dentro de la sociedad, que el consejo de administración debe sujetarse a la vigilancia de los comisarios; pero sí decimos que éstos son tan importantes en la sola teoría, debido a diversos factores viciados en la práctica. -

(25).- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. Ob. Cit. Pág. 131

Por la importancia de la función a que nos venimos refiriendo se establece que los comisarios no dependen directa ni indirectamente de los administradores ya que con ello se verían coartados en su libertad de actuación, no permitiéndose además que los ocupantes de dicho cargo sean dependientes de la negociación o parientes de los administradores. (26)

La ley establece que los comisarios -- pueden ser uno o varios. En este último caso y a diferencia de lo que sucede con los administradores, no forman Consejo de Comisarios ni actúan por mayoría de votos como aquéllos, formando entonces órganos individuales sea cual sea su número.

El nombramiento de los comisarios está determinado en el artículo 181, fracción II, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece que dicho nombramiento es competencia de la asamblea ordinaria de accionistas. La minoría, si constituye un veinticinco por ciento del capital, tiene derecho a nombrar a un comisario si éstos son tres o más; otra variante -- nos la da el artículo 168 de la Ley, en sus párrafos segundo y -- tercero, teniendo los nombramientos hechos por la autoridad judicial, el carácter de provisionales o interinos. (27)

(26).- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. Ob. Cit. Pág. 132

(27).- IBIDEM, Pág. 133

La naturaleza jurídica del nombramiento de los comisarios, no es la de un mandato, ya que no existe subordinación en sus funciones; además, no es una relación voluntaria entre éstos y la sociedad, sino por el contrario de carácter obligatorio, que en ningún momento puede pasarse por alto y además el mandato es siempre para actos jurídicos cosa que los comisarios no siempre celebran; por las razones antes expuestas debe entenderse la naturaleza jurídica del comisario como la de una prestación de servicios. (28)

DELITOS QUE PUEDE COMETER EL ORGANISMO DE VIGILANCIA:

a).- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE LOS COMISARIOS RESPECTO A LA CONVOCATORIA DE ASAMBLEA.

De conformidad con la fracción VI del artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los comisarios tienen la obligación de convocar a asambleas tanto ordinarias como extraordinarias de accionistas, en el caso de que los primeramente obligados como lo son los administradores, falten a su deber,

(28).- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. Ob. Cit. Pág. 134

o en el caso que lo estimen pertinente. De tal obligación se puede derivar otro ilícito. (29)

Como puede notarse, la obligación de -- los comisarios surge sólo en el caso de incumplimiento de los administradores a los que sustituyen, pero se da otro caso en que es obligación exclusiva de los comisarios hacer la citación para la celebración de asambleas de accionistas y tal es el caso de que existe una denuncia por escrito respecto de hechos irregulares en la administración, haciendo mención de tales hechos en sus informes a la asamblea general de accionistas formulando, además, las consideraciones que estimen pertinentes.

Caso un tanto cuanto difícil de determinar lo es el de la época de convocar a la asamblea en caso de incumplimiento de los administradores, ya que la ley no establece término para la intervención de los comisarios citando a la asamblea, por lo que debe esta situación dejarse al arbitrio del juez. (30)

Como puede verse, el delito es de mera omisión, configurándose además como ilícito de peligro presuntote

(29). - RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. Ob. Cit. Pág. 135

(30). - DONARI ANTIGONO. Ob. Cit. Págs. 40 y 41

niendo como objeto específico el interés general por el funcionamiento de las sociedades. Respecto el elemento subjetivo es necesario el dolo, el cual, dada la naturaleza del delito requiere solamente la voluntad de la omisión con el conocimiento de las circunstancias de las que surge la obligación, acompañándose de la conciencia de que el comportamiento es indebido.

b).- ILICITUD DE LA ACTUACION DE
LOS COMISARIOS EN EL REPARTO ILEGAL DE UTILIDADES.

El caso que nos ocupa es indudablemente de omisión pues se falta a los deberes de control y vigilancia que les compete a los comisarios siempre que se haya hecho una distribución ilegal de las utilidades por parte de los administradores y directores sociales. El balance se lleva a cabo conforme la fracción IV del artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; ahora bien, la omisión es antes del reparto de utilidades.

A).- En el caso de omisión anterior, se presenta el problema de si es necesaria una relación causal entre tal omisión de los comisarios y el ilícito de los administradores - al reparto de utilidades en forma ilegal, debiéndose comprobar que este reparto no se habría llevado a cabo sin la omisión de los comisarios. (31)

(31).- DONATI ANTIGONO. Ob. Cit. Pág. 259

Los comisarios serán responsables solidariamente por los hechos y omisiones de los administradores siempre que el daño se hubiese producido; si con su actuación y -- cumplimiento de deber los hubieran impedido siempre que existe un nexo causal entre el comportamiento ilícito de los administradores y la actitud omisiva de los comisarios ya que con ella facilitan la ejecución del ilícito por parte de los administradores.

B).- En el caso de las omisiones posteriores al reparto ilícito, los comisarios son responsables conjuntamente con los administradores si conociendo la distribución ilegal - de las utilidades después de hecha la denuncia a la asamblea.

(23)

El establecimiento del elemento subjetivo no presenta dificultades de consideración, desechándose la opinión - que establece como suficiente la simple culpa, ya que esta opi-- nión choca con los postulados del derecho penal que exigen la -- existencia del dolo, salvo los casos en que se establezca la preterintencionalidad del delito o la culpa.

La consumación del delito se da para el primer caso en el momento en que los administradores ejecu--

(32). - DONATI ANTIGONO. Ob. Cit. Pág. 264

tan el ilícito, es decir cuando se procede al reparto de las uti
lidades, y en la segunda, se consume cuando los comisarios co
nociendo la distribución no denuncian el hecho a la asamblea, -
es decir posterior al reparto de utilidades.

3. - GERENTE Y DIRECTOR GENERAL.

Se ha discutido en la sociedad si el director general o el gerente son órganos o meros representantes con una amplitud de funciones mayor o menor. Para resolver mejor esta duda entraremos un poco en el Derecho Comparado.

En el Derecho Alemán se diferencia el -- Consejo de Administración del Consejo de Dirección y se atribuyen a aquél de representación y a éste de vigilancia de la sociedad. -- Pueden admitirse dos órganos con funciones y atribuciones propias y características; considerándose en ese derecho la posibilidad de existencia de un consejo singular y en dado caso, la designación y carácter del órgano recae sobre su único miembro, teniéndose en cuenta el papel preponderante del Presidente del Consejo para admitir y justificar que se le atribuya junto al Consejo de Administración la calidad de órgano social. También puede admitirse que el Director General, persona que guía y dirige a la sociedad anónima sea un órgano en cuanto le corresponda una determinada competencia y cierta posición de superioridad jerárquica, incluso frente al Consejo. (33)

(33). - BARRERA GRAF. JORGE. OB. Cit. Pág. 174

BIBLIOTECA CENTRAL
C. E. A. M.

En el Derecho Italiano, por ejemplo, se le reconoce al Director General una representación más amplia y responsabilidad frente a los terceros, a la sociedad y a los socios: por el cumplimiento de sus deberes y obligaciones sociales, puede hablarse de una representación orgánica que es atribuible al director o a un órgano por corresponderle la vigilancia en general y la observancia de los estatutos y la ley; no obstante, esta tesis ha sido combatido por FRE dada la doble consideración de que el Director General no integra la capacidad de actuar del ente y de que únicamente es un empleado subordinado al consejo y a la asamblea. (34)

En nuestro Derecho Mexicano los gerentes administradores y representantes de la sociedad, están subordinados al Consejo. La necesidad de la existencia de esta figura compréndese fácilmente si se toma en cuenta que el Consejo de Administración actúa discontinuamente por tener períodos de descanso y es precisamente en esta época cuando debe existir suplencia para el órgano colegiado, pues la cantidad de asuntos y necesidades cotidianas que en una sociedad existen, deben ser atendidas y decididas al momento; tales decisiones adminis-----

(34).- BARRERA GRAF, JORGE.- Ob. Cit. Pág. 174

trativas son tomadas por los gerentes que siempre estarán bajo la vigilancia y dirección de los órganos administrativos ordinarios, aclarándose que en otras legislaciones como hemos visto se les denomina directores generales, directores técnicos, directores gerentes, etc. (35)

La relación jurídica existente entre el gerente y la sociedad, para algunos se ha considerado como una relación de mandato, para otros como prestación de servicios y como contrato de trabajo para otros más siendo esta última la que ha mantenido nuestro país a través de la Suprema Corte de Justicia en diversas ejecutorias. (36)

Por mi parte no estoy conforme con tal carácter, basándome además en la tesis de JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, (37), quien al respecto dice: No se tiene en cuenta la existencia de múltiples matices que puede tener la compleja figura del gerente. El Gerente General de una negociación se encuentra prácticamente a un abismo de distanciamiento

(35). - BARRERA GRAF, JORGE. Ob. Cit. Pág. 175

(36). - IBIDEM. Págs. 180 y 181

(37). - RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN Ob. Cit. Pág. 128

cia de los gerentes especiales encargados de sectores o actividades particulares de aquélla. Al primero le faltan todas - las notas que la doctrina considera propias de los trabajadores y muy en particular la de subordinación, ya que el gerente es quien asume el papel de principal o patrono en sentido concreto, que en abstracto corresponde a la sociedad; en cambio los segundos sin duda alguna, sí pueden ser considerados como trabajadores porque ellos presentan su actividad en una relación de subordinación. Para los primeros puede afirmarse la existencia de un mandato y, para unos y otros, la de una relación representativa de carácter convencional, los límites de la cual han de determinarse en la escritura constitutiva o en el contrato de gerencia o en simples apoderamientos a favor de los interesados ".

La Sociedad puede nombrar uno o varios gerentes generales o especiales: en el caso de ser varios los nombrados, los estatutos establecerán su actuación individual o colegiada o bien determinarán su campo de acción. (38)

(38). - L. MANTILLA MOLINA, ROBERTO. "Derecho Mercantil" "Introducción y conceptos fundamentales sociedades. Quinta Edición Editorial Porrúa, S.A. México 1961. Pág. 295

Los nombramientos de gerentes lo serán -- por asamblea general de accionistas, el Consejo de Adminis-- tración o en su caso el administrador único. El nombramien-- to por la asamblea ordinaria se hará después de la delibera-- ción mayorista de la misma, sólo que en los estatutos se ha-- ya establecido que el nombramiento o revocación deba hacerse por mayorías especiales con lo que la competencia sería de -- la asamblea extraordinaria. (40)

Si el nombramiento lo hizo el Consejo de-- berá procederse por mayoría salvo caso en contrario enmarca-- do por los estatutos en el que se haya dispuesto que lo sea -- por el Consejo o una mayoría especial de consejeros. Si el -- administrador es único, a éste le corresponde tal nombramien-- to como un acto de voluntad personal. (41)

Los ilícitos que comete esta figura son los mismos que vimos en la figura del administrador, por ejem-- plo la supervaloración de los aportes en especie o del patrimo-- nio social, la falsa integración de mayorías en las asam-----

(40).- RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. Cit. Pág. 129

(41).- IBIDEM, Pág. 130

bleas, indebida restitución o exención de la obligación de pagarlos. Ilícitos que ya tratamos en la figura del administrador.

4. - SOCIO FUNDADOR. La Ley --

considera como socio fundador al otorgante del contrato constitutivo social y del programa que contiene el proyecto de -- estatutos con los requisitos del artículo 60., de la Ley General de Sociedades Mercantiles, mismos requisitos que deben depositarse como es sabido en el Registro Público de Comercio. Doctrinalmente el aspecto económico de una sociedad -- supone la participación de varios socios cuya mayoría actúa pasivamente, de lo que se desprende la necesidad de una actividad creadora que debe concretarse en personas determinadas que lo son los socios fundadores; las pequeñas sociedades anónimas resultan fundadas por particulares o por otras sociedades que desean transformar su forma legal, en cambio las grandes sociedades anónimas se crean con la intervención de trusts, de sociedades financieras, de Bancos o de grandes -- organismos del campo económico o del jurídico cuya actividad principal es la creación o financiamiento de empresas. (42)

Dentro de las funciones de los socios fundadores podemos citar entre ellas la preparación de boletines de suscripción, realizar convenios con las asociaciones que

(42). - L. MANTILLA MOLINA, ROBERTO. Ob. Cit. Pág. 385

han de ocuparse de su distribución, realización de pactos ne
cesarios con las instituciones de crédito en las que pueda -
efectuarse el depósito de las aportaciones en numerario, la
organización y convocatoria y, además, celebración de la --
asamblea constitutiva una vez suscrito todo el capital, el --
ejercicio judicial de las acciones obligatorias de aportación -
en contra de los socios morosos y dar cumplimiento a las -
disposiciones sobre ofrecimiento al público de las acciones.

(43)

El autor Mantilla Molina nos dice
que sobre los socios fundadores recae todo el trabajo de or-
ganización de una sociedad, sin embargo se les conceden de-
rechos restringidos por ser indignos de confianza plena. (44)

La Ley no exige un número deter-
minado de fundadores y sólo exige que sean cuando menos --
cinco socios de la sociedad, pero una cosa debe entenderse -
como socio fundador y otra por socio de la sociedad; los so-
cios fundadores no están obligados a ingresar como socios de

(43).- L. MANTILLAMOLINA, ROBERTO. Ob. Cit. Pág. 386

(44).- IBIDEM. Pág. 385

la sociedad por la que pugnan. En este precepto la ley mexicana se contrapone con otras legislaciones.

El análisis de todas y cada una de las funciones de los socios fundadores ya está tratado en los ILICITOS QUE PUEDE COMETER EL ORGANISMO DE LA ADMINISTRACION, y vimos los ilícitos que con dichas funciones se cometen.

5. - REPRESENTANTE COMUN DE LOS OBLIGACIONISTAS. - Estos sujetos tienen como momento de su nombramiento a la inmisión de obligaciones, ya que éste debe comparecer para autorizar el acta de emisión y firmar las obligaciones en el momento de ser emitidas, por ello se deduce que el representante común de los obligacionistas no es nombrado por ellos sino por la entidad que emite las obligaciones, desde luego sin perjuicio de que los accionistas revoquen el nombramiento y procedan al nombramiento de otro según las mayorías que para ello establece el artículo 220 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Debemos recordar que para ser nombrado representante común, no se requiere necesariamente ser obligacionista, siendo además el desempeño del encargo estrictamente personal y en caso de delegarse a una persona moral, ésta actuará por medio de sus representantes legales autorizados, a lo que agregaremos que el representante común cuenta con autorización legal para otorgar poderes judiciales para pleitos. (45)

(45). - L. MANTILLA MOLINA, ROBERTO. - Según doctrina. -

Ob. Cit. Págs. 284 y 185

Las formas de substitución del representante, han sido previstas por la ley diciendo que éste será -- substituído, en caso de ser una institución de crédito, por otra - institución de la misma naturaleza designada por los obligacionis- tas y en caso opuesto por la persona o institución que sea desig- nada por los propios obligacionistas. En tanto los obligacionistas designan otro representante, deberá designarse con carácter de - interino, una institución autorizada para desenvolverse como fidu- ciaria debiendo hacerse este nombramiento a petición del deudor o de cualquiera de los obligacionistas, por el Juez de Primera -- Instancia del domicilio de la Sociedad emisora. La Institución de- signada debe expedir un término no mayor de 15 días desde la - fecha de aceptación del cargo, la convocatoria para la celebración de la asamblea de obligacionistas; en el caso de que no se hubie- re designado a ninguna institución fiduciaria con el carácter de -- Interina, o bien que la designada no aceptara, el juez expedirá la convocatoria mencionada. (46).

(46). - L. MANTILLA MOLINA, ROBERTO. - Ob. Cit. Pág. 285

El representante común opera como - mandatario de los obligacionistas y tiene por obligación comprobar los datos del balance de la sociedad emisora que formula para efectuar la emisión; comprobar en su caso, la -- existencia de contratos de adquisición o constancia de bienes que menciona el artículo 212 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y otras más de vigilancia y control - que comentamos, en los ilícitos que se pueden dar dentro del órgano de la administración, como por ejemplo. La superva- loración de aportes en especie o del patrimonio social, y la falsa integración de mayorías en las asambleas de obligacio- nistas, que él debe convocar y presidir.

6.- LIQUIDADOR. Estos sujetos deben ser tomados en cuenta como sujetos de los ilícitos societarios ya que éstos al fin y al cabo son administradores en última fase de la existencia de la sociedad.

Los liquidadores son los representantes legales de la sociedad en liquidación encargados de llevar a cabo ésta. El artículo 235 de la Ley General de Sociedades, nos dice que la liquidación estará a cargo de uno o más liquidadores, quienes serán representantes legales de la sociedad y responderán por los actos que ejecuten excediéndose de los límites de su encargo.

Estrictamente, los liquidadores son réplica de los administradores respecto a las funciones administrativas sólo que los primeros son en la etapa de la liquidación o última fase social.

Los liquidadores en su encargo pueden actuar judicial o extrajudicialmente para la realización de sus funciones, ya que con su solo carácter de liquidadores se encuentran legitimados para iniciar y seguir los litigios a nombre de la sociedad en liquidación, pudiendo transigir como un acto de disposición. (47)

(47).- RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN. Ob. Cit. Págs 200 v 210.

Sólo a los liquidadores corresponde la representación pues no se puede argüir que es una petición de principio, considerar que la representación legal de la sociedad corresponde a las personas cuyos poderes dimanen del acto en que se impugne el acuerdo de poner en liquidación a una sociedad: por último, debe decirse que los Liquidadores actúan en interés no de los socios ni de los acreedores de éstos ni siquiera de los acreedores de la propia sociedad que administran sino en único y exclusivo interés de la sociedad.

Al analizar el artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la sociedad en la etapa de su liquidación estará a cargo de uno o varios liquidadores, siendo los estatutos los que determinarán el número de ellos, para el nombramiento de ellos puede darse el caso que éstos se encuentren nombrados desde la escritura constitutiva (artículo 6 fracción XIII, L.G.S.M.), o bien que los estatutos señalen el procedimiento que ha de seguirse para el nombramiento, aunque no sería remoto que los estatutos guarden silencio al respecto, en cuyo caso el procedimiento a seguir será el de que el nombramiento se acuerde por los socios reunidos en junta de socios -- en la sociedad colectiva y en la de Comandita Simple, o en asamblea general para las de - - - - -

más; para adoptar este acuerdo se requiere un número de vo
tos favorables que será igual al requerido para la disolución.

(48)

Cuando el nombramiento de los liquida
dores no se haga por cualquier circunstancia, cualquier so-
cio puede ocurrir ante la autoridad judicial para que sea ésta
en vía sumaria quien lo haga.

En el caso de ser varios los liquidado
res nombrados, deben actuar conjuntamente, es decir por ma-
yoría, mas no debe entenderse por unanimidad, pues son prin-
cipios de derecho mercantil las decisiones mayoritarias, que -
no hay razón para desconocerlo en materia de liquidación.

Por la misma razón que los liquidado
res son nombrados por los socios, son ellos quienes pueden re-
vocarlos reuniendo la misma mayoría que la ley establece para
el nombramiento. El juez tiene también facultades para ello --
siempre que el socio que intente la acción pruebe la existencia
de una causa grave: conviene aclarar que la revocación puede -
afectar a uno o varios de los Liquidadores sin que lo haga pre-
cisamente con todos y además, el Liquidador nombrado por la -
minoría no requiere revocación por parte de los que pidieron -

(48). - RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. Cit. Pág. 211

su nombramiento.

DELITOS QUE PUEDE COMETER EL
ORGANO LIQUIDADOR.-

a).- DISTRIBUCION INDEBIDA DEL -
ACTIVO ENTRE LOS SOCIOS POR PARTE DE LOS LIQUIDADOQ
RES.

Como sabemos, la liquidación es la conclusión de los vínculos jurídicos que existen entre la sociedad y los terceros que con ella contrataron, lo que supone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, el pago de deudas y el cobro de los créditos de que sea titular y la extinción de las relaciones entre la sociedad y los socios y de éstos entre sí, lo que a su vez implica la enajenación del activo para transformarlo en efectivo y la aplicación del mismo a los socios en las proporciones que la propia ley establece.

Cuando el liquidador actúa en franca oposición a sus funciones distribuyendo el activo de la sociedad antes de haber sido satisfechos los titulares de derechos de crédito contra la sociedad o separadas las cantidades necesarias para satisfacerlos, indudablemente se está actuando ilícitamente requiriendo, por ende, una sanción que haga efectiva la garantía

para los acreedores sociales. No se requiere para que exista la responsabilidad del liquidador o liquidadores que la recepción del activo lo sea por todos los socios, pues basta con - que uno o varios lo hayan recibido prematuramente.

Por la estructuración del ilícito a -- que nos estamos refiriendo, para la existencia del dolo, basta la existencia de la voluntad del comportamiento y el conoci--- miento de la irregularidad de la operación.

La consumación se establecerá en - el momento mismo del reparto del activo social y se perfecciona con una sola operación irregular; se da también la existencia de la tentativa como en el caso del liquidador que **habiendo** realizado las operaciones necesarias para dar a cada **socio** o - alguno de ellos parte del activo, pero no se haya llegado al **pa** go efectivo por causas independientes a su voluntad. (49)

Con el breve repaso que hemos dado de las personas que tienen intervención directa en el tema que nos ocupa ya que como hemos visto son el Administrador, Gerente y Director General, Comisario, Socio Fundador, Repre--

(49).- RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN.- Ob. Cit. Págs. 212 y 213.

sentante Común de los Obligacionistas, y Liquidador, únicas personas que me propongo demostrar que a la luz de sus -- funciones abusando de ellas o tergiversándolas pueden cometer innumerables actos ilícitos que lesionan directamente a la economía pública nacional y al patrimonio de los particulares, objetividades jurídicas que requieren de una verdadera y valedera garantía dado lo común y corriente de dichos actos ilícitos que día a día van adquiriendo mayor importancia por el constante incremento y desarrollo de la industria en nuestro medio.

C A P I T U L O I I I

LA PLURALIDAD DE SUJETOS EN LOS ILICITOS SOCIETARIOS.

- 1.- LOS LIMITES DE RESPONSABILIDAD EN
LOS DELITOS COMETIDOS POR JUNTAS.
- 2.- RESPONSABLES PRINCIPALES Y ACCESORIOS.
- 3.- PENALIDAD SEGUN LOS GRADOS DE PARTICIPACION.
- 4.- LA RESPONSABILIDAD PENAL QUE PUEDE RECAER EN LAS SOCIEDADES.
- 5.- EL CODIGO PENAL DE 1971 PARA EL D.F.
- 6.- CODIGO PENAL DE 1929 PARA EL D.F.
- 7.- CODIGO PENAL DE 1931 PARA EL D.F.
- 8.- EL PUNTO DE VISTA DOCTRINARIO.

1. - LOS LIMITES DE RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS COMETIDOS POR JUNTAS.

Como hemos visto y es sabido, dentro del campo de la sociedad se opera frecuentemente mediante juntas o consejos. De esta situación se deriva un problema grave y delicado que estriba en determinar si los actos indebidos de esas juntas o consejos constituyen un ilícito civil o penal, y si la responsabilidad de cada uno de los miembros integrantes de esos organismos en un mismo acto es indefectible o puede a veces no existir; en otras palabras, si un miembro de la junta tiene siempre responsabilidad o bien si les es posible sustraerse a la responsabilidad y en qué casos. El problema principal aparece al tratar de determinar si el miembro de la junta que disiente de la decisión adoptada es o no responsable tanto penal como civilmente, del ilícito. Problema similar aparece respecto del miembro que no participa en la decisión por ausencia.

Nuestra legislación de Derecho Privado habla poco o casi nada de estos aspectos, aplicándose analógicamente los artículos 286 y 287 del Código de Comercio y 2562 y 2563 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, para establecer que los administradores deberán proceder en su encargo con arreglo a las instrucciones recibidas y con la diligencia de un comerciante en sus negocios propios. Este deber de -----

obrar legalmente y con diligencia en la gestión, de acuerdo con el objeto social, es en definitiva el que establece el artículo 157 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, diciendo que " los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen. "No por ello debe entenderse que los administradores posean obligaciones propias del mandato, sino que únicamente deberán cumplir su encargo llevando como finalidad la correcta gestión social conforme al objeto de la misma.

Este deber de bien administrar supone - desde luego el cumplimiento de las instrucciones recibidas, mismas que son establecidas por los estatutos, por la ley o bien por la asamblea general. Por esto puede afirmarse que el sistema de la responsabilidad de los administradores, encuentra su razón de ser en el principio de que en la organización social se asigna al órgano administrativo el deber fundamental de desarrollar la propia actividad para el cumplimiento del interés que se persigue, atendiendo, desde luego, a determinadas normas que pueden ser integradas por el acto constitutivo y por los estatutos, las cuales representan las reglas esenciales e inderogables a las que dicha actividad debe concretarse. (50)

(50).- Mantilla Molina Roberto I. Ob. Cit. Pág. 394

De lo que hasta este momento hemos dicho podemos concluir que nuestro Código Civil en sus artículos 2562 y 2569 y que el Código de Comercio en sus artículos 286 y 287 y que el artículo 157 de la Ley General de Sociedades -- Mercantiles, artículos ya mencionados consideran que los administradores de las sociedades deben cumplir con los deberes -- que se les asignan y son responsables hacia la sociedad por -- los daños derivados de la inobservancia de los deberes. En todos los casos los administradores son responsables si no han -- vigilado la marcha de la sociedad o si teniendo conocimiento de actos perjudiciales no han hecho lo que debían hacer para evitarlos o atenuarlos en sus consecuencias dañosas. Pero como -- dice ROBERTO L. MANTILLA MOLINA (51), la responsabilidad por actos u omisiones de los administradores no se entenderá -- el administrador que estando exento de culpa, haya manifestado su inconformidad en el momento de la deliberación y resolución del acto de que se trate, siendo válida idéntica consideración para los comisarios.

(51). - IBIDEM. Pág. 395

Como hemos visto las únicas sanciones que existen son de carácter eminentemente civilístico o -- mercantilista, sin que nuestros códigos penales hablen en concreto de dichos ilícitos, pero sí se habla en nuestro Derecho Penal de las penas según los grados de participación en el delito en general.

2.- RESPONSABLES PRINCIPALES Y ACCESORIOS.

La distinción entre delincuentes principales y accesorios se debe a CARRARA, quien consideró como delincuente principal a aquel que prepara, concibe o ejecuta el acto físico constitutivo del delito; y cuantos más le dan vida en sus distintos grados, tantos más serán los autores -- principales con que cuente el delito, siendo todos los demás -- delincuentes accesorios. (52)

La anterior diferencia entre unos y otros es la más comúnmente aceptada, en la inteligencia de -- que los delincuentes accesorios son los secundarios o cómplices y que los varios autores principales son los coautores.

(52).- CARRANCA Y TRUJILLO.- " Derecho Penal Mexicano" Parte General. Edit. Antigua Librería Robredo. Octava Edición. México, 1955, Pág. 380

Según la doctrina clásica, el delito es uno y el mismo, y los sujetos que de él deben responder pueden ser varios, siendo consecuencia de que existan varios de lincentes el que sea necesario encontrar las condiciones que deben existir en todos los partícipes de un mismo delito: la voluntad común o consecuencia sceleris y que cada uno haga algo para llevar a cabo la realización del resultado sin que se limite a la sola resolución o concurso moral. (53)

Al quedar la punibilidad adecuada al resultado objetivo y a sus circunstancias, las personales de alguno de los partícipes sólo perjudican a los demás cuando -- eran conocidas de ellos, en tanto que las agravantes objetivas del hecho perjudican únicamente al que las produjo individualmente, salvo cuando se tuvo conocimiento de ellas anterior al acto de participación.

La pena debe corresponder a cada uno de ellos según sus actos, siendo más grave para los directores, jefes o promotores y ejecutores del acto común para el que se reunieron y mayor para los principales que para los accesorios o cómplices.

(53). - IBIDEM, Pág. 390

La escuela positiva admite también - que el delito en los casos de participación es una única acción compleja y colectiva con varias aportaciones personales que -- concurren todas ellas desde el punto de vista de la intención a realizar la obra criminosa.

a).- AUTORES PRINCIPALES Y COAUTORES.- La responsabilidad por un mismo delito puede ser diversa tratándose de los sujetos activos que intervienen. La primera de las clases lo es la del autor que se identifica como - la persona que por sí sola o conjuntamente con otra u otras -- ejecuta el ilícito de todo a todo y por propia mano, o bien que instiga a otro imputable y culpable o no, para que lo ejecute. En el caso de que sean varios los sujetos que han ejecutado el ilícito, todos son penalmente responsables y se les denomina -- doctrinalmente coautores.

De lo anterior podemos deducir que - el autor o ejecutor material puede ser uno y el intelectual o - moral una persona distinta, siendo entonces los morales coautores, se presenta entonces una especie de participación en la - que cabe diferenciar la provocación o inducción directa, que es una autoría por provocación o inducción, de la ejecución que representa una autoría material. (54)

(54).- IBIDEM. Pág. 370

Los administradores son los únicos sujetos que puede condenarse como autores principales, porque como sabemos, la responsabilidad a título principal recae sobre los administradores en ejercicio (55)

b). - AUTORES MEDIATOS E INDUCTORES. - Cuando el autor se vale de un medio penalmente inerte para ejecutar un delito, se convierte en autor mediatos, -- siendo por tanto responsable como autor. El medio que opera como instrumento para la consecución del ilícito propuesto, - no debe ser nunca una persona inculpada, ni dolosa ni culpablemente por el delito ejecutado, pues en sentido contrario -- sería la inducción o instigación por medio de la cual se logra que otra persona plenamente responsable, ejecute el hecho en que consistió el delito. (56)

c). - COMPLICES Y ENCUBRIDORES. - Cuando el delincuente principal se encuentra ayudado o socorrido premeditadamente por otras personas, a estas últimas se les denomina cómplices. Los cómplices deben reu-

(55). - HAMEL JOSEPH. "Derecho Penal Especial de la Sociedad Anónimas" Editora Buenos Aires", México 1964 -- Pág. 145

(56). - CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. - Ob. Cit. Pág. 371

nir como calidades el ser sujeto plenamente responsables y no inductores pues de lo contrario serían coautores. Su ayuda debe ser tal que sin ella sería difícil conseguir el ilícito previsto, - por ejemplo, los administradores dimitentes y los falsos suscriptores, los empleados superiores, los colocadores de acciones.

El encubrimiento, por el contrario, es tribo en que los sujetos denominados encubridores realizan actos posteriores a la ejecución del delito mismo. En las legislaciones clásicas se considera el encubrimiento como un delito -- especial y no como un grado de participación. (75)

3.- PENALIDADES SEGUN LOS GRADOS DE PARTICIPACION.

Según la participación en un delito así debe ser la pena.

Este es uno de los postulados de la teoría objetiva, que observa la actividad desarrollada en la ejecución del delito mismo. Se sostiene también que puede corresponder la pena a la culpabilidad del sujeto conforme a la teoría subjetiva que mira a la causalidad del sujeto, a la causalidad moral del hecho, entendiéndose que todas las condiciones producen conjuntamente el resultado y por tanto que todos los co-

partícipes de un delito son igualmente responsables.

En la doctrina clásica toda pena íntegra corresponde a los autores; la pena de los delincuentes accesorios está referida a la de los principales. De esto derivan insuperables dificultades prácticas, cuando el autor se sustrae a la acción judicial y el cómplice no. (58)

En la doctrina positiva se dedica especial atención a la temibilidad acreditada por el solo concurso de voluntades, ya que se observa que recurren a la participación en la ejecución del delito los delincuentes por tendencia instintiva, los habituales y los profesionales, nunca los ocasionales, no los pasionales o políticos. En consecuencia se dice que la participación debe constituir siempre una circunstancia agravante, ya que cuando varios delincuentes se asocian para cometer un mismo delito no dan psicológica y socialmente un resultado equivalente a la simple adición, sino al producto. (59)

Nuestro Código Penal de 1871 para el Distrito y Territorios Federales sigue a la escuela filosófico penal distinguiendo entre los responsables criminalmen-

(58) - CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.- Ob. Cit. Pág. 372

(59) - IBIDEM. Pág. 374

te, a los autores, cómplices y encubridores. Lógicamente con sideró como agravantes cometer un delito auxiliado por otras personas (60)

El Código de 1929 siguió la misma línea que el anterior reproduciendo su texto con ligeras varian tes, ya que en cuanto a las penas estableció una importante in novación que lo fue el arbitrio judicial restringido y señaló -- para los cómplices de un décimo a las tres cuartas partes de la sanción para los encubridores, atendiendo a sus circunstan cias personales y a la gravedad del delito.

El Código vigente agrupa en una fór mula general todas las definiciones anteriores al establecer - que son responsables de los delitos: I. - Los que intervienen - en la concepción, preparación o ejecución de ellos; II. - Los - que inducen o compelen a otro a cometerlo; III. - Los que pres tan auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecu- ción y IV. - Los que en casos previstos por la ley auxilien a - los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delic- tuosa.

(60).- CARRANCA Y TRUJILLO.- Ob. Cit. Pág. 375

No quieré esto decir, aclaran CENICEROS Y CARRIDO, (61) " Que para el Código vigente ya no existan grados de participación en la empresa delictuosa, sino que toca el juez precisarlos y señalar la pena adecuada a la temibilidad del responsable ".

En el citado Código Penal vigente se distinguen los siguientes grados de participación: a).- Autor material por tomar parte en la ejecución del delito; b).- El autor intelectual por inducir directamente a alguno o por compelerlo a cometerlo; c).- Cómplice por prestar auxilio o cooperación de cualquier especie por concierto previo y para su ejecución; y, d).- Encubridor por prestar auxilio con posterioridad al hecho delictivo. Todos estos participantes son denominados genericamente responsables.

CONFIGURACION DEL ILICITO COMETIDO POR JUNTAS.

A los inicios del actual Código Civil Italiano, RENDE a fin de resolver el problema de los delitos cometidos por juntas sostuvo: " Que los ilícitos penales cometidos -- por los administradores, liquidadores y revisores fiscales de sociedades reunidos en junta, entran en una categoría autónoma de

(61).- Carranca y Trujillo.- Ob. Cit. Pág. 376

delitos que definió como delitos colegiales o cometidos por juntas". Dicho delito es realizado no por personas que se unen con el propósito de ejecutar delitos sino por personas constituídas por la ley en junta como órgano de una persona jurídica, pública o privada, que cometen uno o más delitos en el ejercicio de sus funciones -- (62)

De tal manera en dicha categoría de delitos no podían incluirse ni el delito extraño a las funciones de las personas mencionadas como sujetos activos, ni los que se cometerían simplemente con motivo de hallarse reunidas en junta.

La doctrina italiana más adelante y apoyando al autor que hemos citado, les denominó delitos plurisubjetivos calificándolos entre los delitos-acuerdos.

La doctrina del país que venimos estudiando al respecto, inició una fuerte lucha contra la configuración del delito cometido por juntas, ya que sus bases se encuentran inciertas pues es falso que un delito sea distinguido de otros por ser cometido por actos colectivos: es por ello que para nuestra legislación es prudente observar tal crítica para no caer en el mismo error, ya que debe considerarse como característica peculiar de los ilícitos sociales en nuestro medio la participación de

(62). - Antolisei Francesco. - "Delitos Relacionados con las Quiebras y las Sociedades. Edit Temis. Pág. 316

las juntas en su comisión mas no como una causa determinante -- puesto que pueden ser efectuados por una sola persona como en - los casos del administrador único de sociedades, de acuerdo a -- sus funciones y atribuciones.

De lo anterior podemos concluir que la - configuración de dicho ilícito es totalmente impropia por lo que de - be desecharse y únicamente debe tomarse como una modalidad que - habrá de evitar un sinnúmero de errores; mas, como medida acla - ratoria, consideramos pertinente el haber tocado el tema haciendo - referencia a la legislación italiana que es la más aventajada res-- pecto de los ilícitos sociales.

Como hemos mencionado, la responsabi- lidad que se señala para los administradores y los demás sujetos - estudiados como activos en el tema que nos ocupa, es únicamente - de Derecho Privado, pero si las medidas dictadas por este Dere- cho resultan en la práctica actualmente insuficientes, se requiere - de la tutela del Derecho Público, con medidas más drásticas y - eficaces.

La naturaleza unitaria de los actos de - las juntas en la mayoría de los casos y el deber que la ley esta - blece de que los administradores que habiendo conocido los actos - lesivos a la sociedad por la que deben trabajar y hacer lo posi--

ble por impedir su realización o bien atenuar las consecuencias dañosas y no lo hacen de este modo, no implica el hecho de que deban considerarse como coautores necesariamente, puesto que la responsabilidad debe ser estrictamente personal, en contraposición a las leyes privadas que admiten la responsabilidad solidaria: ya que es principio de sobra conocido de que nadie puede ser llamado a responder de un delito no habiendo concurrido a causar el hecho lesivo si no ha actuado con dolo o con culpa.

Ahora bien, el hecho de no impedir un resultado que se tiene obligación jurídica de impedir, equivale a causarlo. Para resolver esta situación de omisión, se requiere: la existencia de una obligación jurídica y que esta obligación tenga como fuente de nacimiento cualquier rama del derecho; en el caso de los administradores tales requisitos se satisfacen conforme a nuestro derecho con la exigencia que impone a los administradores el impedir la realización de hechos perjudiciales a la sociedad, eliminarlos o bien atenuarlos. El contenido de tal obligación es bastante amplio ya que como se ha visto, el administrador únicamente se encontrará exento de culpa si ha manifestado su inconformidad haciéndola constar con las formalidades que se exigen. La doctrina italiana es más basta al respecto pues manifiesta que existirá responsabilidad del administrador si

no ha promovido la anulación de aquella resolución con la que se manifestó inconforme, ante la autoridad respectiva.

A mi juicio el ilícito frente al cual nos encontramos es susceptible de perfeccionarse con acciones o con omisiones, dejándose a criterio del juez que conociera del asunto la calificación del grado de culpabilidad por la omisión, difiriendo de la opinión de autores italianos que sugieren en este caso -- concreto una responsabilidad meramente civil; con lo que de nueva cuenta nos situaríamos en dejar al Derecho Privado la represión de actitudes ilícitas, que estamos viendo en la práctica es -- insuficiente; no por ello debemos dejar de considerar que el hecho de demostrar la actitud culposamente omisiva es totalmente indispensable para configurar el ilícito, pues en el caso de mera negligencia sí coincide en la idea de la responsabilidad civil.

4.- LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LAS SOCIEDADES.-

Se ha querido dejar para finalizar este capítulo, lo referente al tema tan debetido de las Responsabilidades Penales que pueden imputarse a las Sociedades Mercantiles, tema que por demás está decir, es de suma importancia para nuestro trabajo, razón por la cual conviene precisar mi punto de vista al respecto.

Antes de exponer las razones que me inclinan a descartar la posibilidad de que se impute responsabilidad penal a las personas morales, quiero hacer una breve referencia al desarrollo legislativo seguido en este renglón, hasta llegar a nuestro Código Penal vigente y finalmente citar algunas opiniones de célebres tratadistas.

5.- EL CODIGO PENAL DE 1871 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

El primer Código Penal que tuvo vigencia desde el año de 1871 hasta 1929, rechazó tajantemente la responsabilidad de las personas morales, al establecer en su artículo treinta y tres que: " La responsabilidad CRIMINAL no pasa de la persona y bienes del delincuente, aún cuando sea miembro de una sociedad o corporación".

La redacción del Código a que nos estamos refiriendo se encomendó a ANTONIO MARTINEZ DE CASTRO, quien si bien es cierto que en la exposición de motivos no hace mención al artículo 33, también es cierto que el contenido de dicho precepto no deja lugar a dudas sobre la interpretación que debía dársele. (64)

(64).- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Ob. Cit. Pág. 404

6.- CÓDIGO PENAL DE 1929 PARA EL

D.F.,-

En el Código de veintinueve se observa un cambio total en la redacción del artículo 33, quedando redactado de la siguiente manera: " La responsabilidad penal es individual. Cuando los miembros que constituyen una persona jurídica o formen parte de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, cometen un delito con los medios que las mismas entidades les proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, los tribunales decretarán en la sentencia según proceda:

I.- La suspensión de las funciones de la persona jurídica.

II.- Disolución de dicha entidad.

Cuando se trate de organismos administrativos del Estado, el tribunal se limitará a dar cuenta al Ejecutivo y al superior jerárquico de la entidad en cuestión".

El precepto que hemos transcrito fue una copia fiel del artículo 44 del Código Español de 1928, por lo que carece de bases propias; por otra parte enumera sanciones pero omitió, y he aquí su principal error, reglas de aplicación para hacer efectivas dichas sanciones, con lo que se come

ten serian violaciones a la Constitución respecto de la garantía de audiencia en caso de hacerlas efectivas. (65)

7.- CODIGO PENAL DE 1931 PARA EL D.F.

Este Código en el artículo 11 reprodujo la responsabilidad de las personas morales solucionando en parte errores que que tuviera su antecesor, pues ya establece la forma de ejecución de las sanciones que señala.

De lo que hasta este momento hemos visto respecto a la posición de los diferentes Códigos Penales, lo gramos comprender que únicamente el Código de setenta y uno -- que negó la responsabilidad de las personas morales, todos los demás la aceptan pero incurriendo en errores que hemos señalado, de lo que se concluye que la legislación penal respectiva no ha logrado esclarecer la base de sus puntos de vista para admitir la responsabilidad de las personas morales. (66)

(65).- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.- Ob. Cit. Pág. 403

(66).- IBIDEM. Pág. 404

8. - PUNTO DE VISTA DOCTRINAL.

FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA. Al hacer un estudio y desmenuzamiento del artículo 11 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, nos dice:

"ARTICULO II.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, -- cuando lo estime necesario para la seguridad pública."

"Apenas contiene una simple apariencia de la responsabilidad colectiva, y no contraría la tesis de que sólo las personas físicas pueden ser en nuestro derecho posibles sujetos activos del delito pues la redacción del mismo establece claramente que si algún miembro o representante de la persona jurídica, es decir, un hombre es el que comete el delito, ello sin perjuicio de que se apliquen las re---

glas de la participación a los demás colaboradores y de que se decrete la suspensión o disolución de la agrupación. Estas sanciones más que penas tienen el carácter de medida de seguridad a simple título preventivo de nuevas actividades criminales"(67)

Estamos de acuerdo en parte con el criterio antes expuesto, por la razón de que las bases en que se apoya en su primera parte son evidentemente ciertas y de gran solidez, pero estamos en completo desacuerdo con la admisión que hace tanto de la suspensión como disolución de las sociedades que si bien no las considera como penas, la admite -- como medidas de seguridad a título preventivo para actividades criminales nuevas, y si digo que no estoy de acuerdo con tal criterio lo es por que lo que precisamente me propongo con este trabajo es hacer conciencia de la necesidad de creación o configuración y tipicidad de ilícitos societarios en especial y tomando como punto de partida las conductas personales de los que he considerado como sujetos para este trabajo.

CARLOS FRANCO SODI (68) se encuen

(67). - Exposición de Motivos. - Código Penal. Comentado por González de la Vega Francisco

(68). - Cit. Por Matos Escobedo Rafael. - "La Responsabilidad Penal de las Personas Morales" Edit. Botas. México, 1956, Pág. 49

tra en desacuerdo con la crítica que GONZALEZ DE LA VEGA -- hace del Artículo 11, y expone: " De acuerdo con el Art., 13 del mismo Código son responsables no sólo los autores materiales del delito, sino todos los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie ya sea por acuerdos previos o posteriores y precisamente dentro del supuesto legal del artículo 11, las sociedades resultarán prestando auxilio o cooperación a sus miembros en la comisión de un delito que además a ellas les aprovecha".

Lo que no se ha querido entender, a mi juicio es que las sociedades no son las que facilitan o auxilian la comisión de un delito, sino por el contrario, las personas físicas componentes o integrantes de tales sociedades, entonces por qué sancionar a la persona moral y no únicamente, como debe ser, a la física, que es la única capaz de pensar y actuar, elementos -- que de ningún modo pueden ser atribuidos a las personas morales; por otra parte, sería absurdo aceptar la idea de que debe sancionarse a una persona moral por actos de su administrador por ejemplo. quien abusando de sus funciones las aprovecha para enriquecerse ilícitamente, y así como este ejemplo podríamos dar mu

(68).- MATOS ESCOBEDO RAFAEL.- "La Responsabilidad Penal de las Personas Morales. "Edit. Botas. México, 19, Pág. 49

chos, pero como ello es materia de capítulos por separado y en los que pugno constantemente por señalar la necesidad de creación en nuestro derecho de delitos concretos que dentro de las sociedades se cometen pero por los cuales deben ser sancionadas las personas físicas que en ellos intervengan y en el caso de tratarse de una agrupación de ellas según el caso, complicidad o encubrimiento, mas nunca habré de señalar al Consejo de Administración o a la sociedad misma como responsable ya que como acertadamente en la Exposición de Motivos de nuestro Código Penal se manifiesta, las personas morales carecen de voluntad psicológica, que les veda la calidad de sujetos del delito.

C A P I T U L O I V .

L A S R E S E R V A S O C U L T A S .

- 1.- C O N C E P T O D E R E S E R V A S .
- 2.- S I T U A C I O N J U R I D I C A .
- 3.- R E S E R V A S L E G A L E S .
- 4.- R E S E R V A S V O L U N T A R I A S U O C U L T A S .
- 5.- L A C O N S U M A C I O N .

LAS RESERVAS OCULTAS.

CONCEPTO DE RESERVAS. - El artículo 20 de la Ley de Sociedades Mercantiles y Cooperativas nos dice:

'De las utilidades netas de toda sociedad - deberá separarse anualmente el cinco por ciento, como mínimo, para formar el fondo de reserva, hasta que importe la - quinta parte del capital social.

El fondo de reserva deberá ser reconstituido de la misma manera cuando disminuya por cualquier motivo."

La constitución de las reservas contiene la idea de previsión, habiendo llegado a afirmarse que las reservas constituyen en cierto modo el papel de los seguros.

La creación de las reservas se justifica - como previsión de la sociedad frente a sus necesidades futuras que pueden ser muy diversas, y con dichas reservas se están previendo las consecuencias económicas de lo que pueden ser bajas imprevistas de precio o de existencia, de déficits transitorios, adquisición de nuevas maquinarias, necesidades que aparecen espontáneamente para la sociedad como consecuencia de las relaciones con su personal o con terceros.

Algunos autores nos hablan de las reservas complementarias de activo, y reservas de capital.

a).- RESERVAS COMPLEMENTARIAS DE ACTIVO.- Representan una disminución de valor del activo y obedecen a la probable incapacidad de convertirse totalmente a efectivo ciertos renglones del activo, es decir se trata de costos, gastos y pérdidas aplicables a los ingresos en la estimación de los resultados; significan abonos indirectos a las cuentas de activo a las que se refieran, registradas separadamente por conveniencia técnica. (69)

b).- RESERVAS DE CAPITAL.- Representan utilidades retenidas, beneficios que en vez de repartirse a los socios o accionistas se conservan invertidos en la sociedad.

Pero otros tratadistas (70) han considerado que el término RESERVA debe usarse sólo para referirse a determinadas sumas de valores patrimoniales activos, excluidos de la distribución con el único fin de proporcionar a la empresa una mayor solvencia y seguridad económicas, por lo que deben de eliminarse del mismo las cuentas que sirvan para

(69).- RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. Cit. Pág. 162

(70).- IBIDEM. Pág. 163

comprobar pérdidas o deudas para reducir a su justo valor - algunos asientos del activo.

Conforme a DE GREGORIO (71), - entre las partidas del concepto reservas deben eliminarse; - 1o.- Cuentas de Amortización; 2o.- Cuentas de Reservas o fondos para créditos inexigibles o dudosos; 3o.- Cuentas de reservas por Inmuebles; 5o.- Cuentas o Fondos de Garantía; 6o.- Fondos de Amortización de Acciones; 7o.- Reservas de Primas en las Sociedades de Seguros; 8o.- Reservas de Si-- niestros Todavía no Liquidados; 9o.- Fondos de Pensiones -- para Empleados, etc.

Basándonos en la reducción que ha ce DE GREGORIO, el concepto de reserva se reduce a la de capital, por constituir una suma de valores patrimoniales que constituyen un activo neto para la sociedad, que son neces-- rios para asegurar la integridad del capital social y que tam-- poco pueden ser sustraídos cada año en los repartos anuales de beneficios.

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ

(72), toma como notas características de las reservas las si--

(71).- RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN.- Ob. Cit. Pág. 162

(72).- IBIDEM. Pág. 163

güentes:

a).- Se trata de valores patrimoniales del activo, no de deducciones de otros valores ni de obligaciones de cualquier naturaleza que sea;

b).- Han de provenir de las utilidades o de otros incrementos del patrimonio como resultado de la actividad de la empresa;

c).- No son parte del capital social, sino una adición al mismo.

d).- Finalmente, representan valores irrepartibles pues de otro modo formarían parte de las utilidades por repartir, cuando precisamente se han separado de --- ellas.

2. - SITUACION JURIDICA. - La reserva viene a constituir una parte del patrimonio social, mas no del capital. Por ello, si la reserva es propiedad de la sociedad, no existe ningún derecho de los accionistas sobre --- ella: de igual modo no tienen derecho alguno a las utilidades existentes hasta en tanto no se acuerde su reparto. El derecho del socio a la reserva queda comprendido en su derecho a la cuota de liquidación.

3. - RESERVAS LEGALES.

La reserva legal se forma por mandato - de ley como puede verse en el artículo 20 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece que de las utilidades netas de toda sociedad deberá separarse anualmente el cinco- por ciento como mínimo para formar el fondo de reserva, has ta que importe la quinta parte del capital social.

El fondo de reserva deberá ser reconstituído de la misma manera cuando disminuya por cualquier motivo.

En contra de este estatuto legal no cabe - pacto ni acuerdo en contrario, ya que el artículo 21 de la misma ley establece la nulidad de pleno derecho a los acuerdos - de los administradores y juntas de socios, que sean contra-- rios a lo que dispone el artículo 20 (sanción). Tal nulidad es absoluta y total, creando una acción que cualquier socio puede ejercitar sin que tenga término de prescripción.

4. - RESERVAS VOLUNTARIAS Y OCULTAS.

Esta forma de reserva resulta conveniente - para las sociedades, conteniendo las limitaciones que ellas mismas estatuyan, ya que la legal es sumamente rígida y no toma en cuenta las necesidades tangibles y concretas de las sociedades vistas por separado.

Las reservas ocultas provienen de actos intencionales de los administradores. A veces, ellos desean -- que la situación de la sociedad parezca menos próspera de lo que en verdad es. Puede suceder también que los administra-- dores pretendan constituir de ese modo reservas importantes -- en previsión de una posible crisis económica y que teman cho-- car con cierta resistencia en la masa de accionistas, si, en -- vez de distribuirles un dividendo sustancial, les proponen apro-- bar la constitución de reservas aparentes.

Hay casos en que las preocupaciones -- fiscales llevan a formar estas reservas ocultas, con el propó-- sito de eludir determinados impuestos o contribuciones.

Los administradores de sociedades dis-- ponen de varios procedimientos para llevar a cabo sus proyec-- tos de constituir reservas ocultas. Pueden, al confeccionar el balance, hacer figurar ciertos elementos del activo por un va-- lor muy inferior al que les corresponde. Basta hacer objeto -- de este procedimiento a determinados inmuebles, partidas de -- mercaderías o títulos en cartera, para que la reserva oculta -- quede automáticamente constituida. La amortización exagerada -- de ciertos elementos del activo también permite constituir una reserva oculta.

Los casos anteriormente vistos, requieren como elemento subjetivo formado por un animus nocendi o intención de causar daño, y el animus lucri faciendi o intención de obtener un provecho. El primero de los requisitos lleva el propósito de causar un perjuicio a otro, mas precisamente un perjuicio efectivo, económico o patrimonial, y el segundo lleva como propósito el preocuparse para sí o para otros una ventaja económica o patrimonial; ambos requisitos han sido propuestos por la doctrina en general.

Para nuestra opinión basta el hecho de que los administradores, al falsear datos o al ocultarlos, se encuentren conscientes de los daños que con ello ocasionan y no hayan desistido de su acción, para que se dé por configurado el elemento subjetivo del ilícito.

5. - LA CONSUMACION.

De lo que hemos dicho respecto del elemento objetivo se puede concluir que el ilícito se tendrá por consumado y perfeccionado al momento en que se haga la comunicación del administrador a los socios y a los terceros, respecto de los datos falsos, sin que sea necesario que éstos forzosamente caigan en el engaño.

C A P I T U L O V .

LA DISTRIBUCION DE UTILIDADES FICTICIAS, O NO REPARTIBLES.

- 1.- NOCIONES GENERALES.
- 2.- CONCEPTO DE DIVIDENDOS SOCIALES.
- 3.- DISTRIBUCIONES PROHIBIDAS.
- 4.- UTILIDADES FICTICIAS.
- 5.- EL DOLO, LA TENTATIVA Y EL
CONCURSO.

1. - NOCIONES GENERALES.

Con la creación del delito de distribución de utilidades ficticias, o no repartibles, se tutela y trata de proteger la integridad del capital y las reservas legales de la sociedad. Mediante esta norma incriminadora se procura impedir que la sociedad distribuya entre los socios utilidades que no han sido obtenidas o bien, que habiendo sido obtenidas deban ser destinadas a reintegrar el capital social disminuido en virtud de -- pérdidas anteriores, o constituir o reconstituir las reservas legales.

Sabemos que el capital social como las reservas, representan la mayor y tal vez la única garantía para los terceros o acreedores de la sociedad y para los futuros socios, -- lo que hace necesaria la regulación de dicha distribución y necesaria también la sanción para los administradores, que sea cual fuere la forma que utilicen, cobren o paguen utilidades ficticias o que no puedan ser distribuidas.

En esta forma de comisión de ilícitos pueden considerarse sujetos activos a los administradores y en ciertos casos aunque remotos, a los liquidadores, porque si bien es -- cierto que éstos intervienen en la conclusión de las operaciones sociales, ello es en la última fase, y en ella puede darse el --

caso de que existen utilidades que repartir.

2.-CONCEPTO DE DIVIDENDOS SOCIALES.

Los dividendos constituyen uno de los derechos patrimoniales de los socios más importante y se identifica como el beneficio pagadero a cada acción, al participar en el beneficio neto periódicamente obtenido; tal derecho se exige ante la asamblea, pues una vez aprobada por ésta la distribución, surge un derecho de crédito en favor del accionista frente a la sociedad. De lo dicho con anterioridad se desprende que se ha considerado al derecho al dividendo como compuesto de una doble condición, la una suspensiva, por provenir de un balance que debe ser aprobado por la asamblea, y la otra resolutoria proveniente de que la asamblea acuerde o no suspenda el pago.

Puesto que el dividendo es la parte alícuota de las utilidades repartibles atribuidas a una acción, resulta ser un concepto en función directa del de utilidad. La asamblea general ordinaria es la que fija las utilidades por ser ella y sólo ella la única que tiene competencia para la discusión, aprobación o modificación del balance. Por otra parte la fija--

ción de utilidades debe hacerse anualmente, pero con esto se cae frecuentemente en errores al identificar la determinación de los dividendos en la manera en que se hace con las utilidades; por ello es preciso que digamos que el accionista tiene derecho para solicitar el reparto de utilidades en forma de dividendos. El acuerdo de repartir utilidades es de la competencia exclusiva de la asamblea ordinaria de accionistas que en principio procede a ello con la más absoluta libertad. (73).

3.- DISTRIBUCIONES PROHIBIDAS.

El elemento objetivo del ilícito lo constituye el hecho de distribuir entre los socios fundadores, administradores o comisarios, sumas que no se les deben. La palabra utilidad comprende en sí a los dividendos que hemos dicho son suma de dinero que a cada socio corresponden en relación con su inversión para la formación del capital social y como remuneración de ellas. En segundo término comprende las participaciones, que son las utilidades que en forma eventual y por disposición de los estatutos se otorgan a los socios fundadores y a los administradores de la sociedad. --

(- 3). RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN. Ob. Cit Pag. 105

Estas últimas no deben ser confundidas con las compensaciones, que son las que el administrador pueden corresponder por la actividad desarrollada en interés de la empresa a su cargo.

La distribución prohibida entonces, se da en el caso de que las cantidades de dinero sean entregadas a los socios fundadores, administradores o comisarios.

La acción para la restitución de distribuciones prohibidas reside en los socios o acreedores de la sociedad, acción que a nuestro juicio y por lo común de esta distribución irregular, no es suficiente, a más de que en pocas o muy contadas ocasiones, la sociedad ejercitará su derecho en contra del administrador o administradores, requiriéndose mayor tutela, ahora en forma directa, por parte del derecho público, hecha la denuncia por el o los perjudicados ante la Agencia del Ministerio Público para después seguirse de oficio.

Nos dice RODRIGUEZ RODRIGUEZ -- JOAQUIN (74), que la ilícitud en la distribución existe aún en el caso de que se disimule con otros nombres, como compensaciones, retribuciones, participaciones, premios, etc., abarcando también los préstamos a los socios que equivalen a una parcial retribución de sus aportes, oponiéndose al principio de intangibilidad del capital social.

(74). - Ob. Cit. Pág. 106

Existe en el Tratado de Sociedades Mercantil de JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ (75) un párrafo que nos parece importante y dice " La ocultación de beneficios, la simulación de gastos y maniobras similares son delictivas, - tanto desde el punto de vista fiscal, como desde el punto que - representa la lesión a los legítimos intereses de los accionistas defraudados en su derecho ".

Con tal afirmación, considero que nuestros autores están creando conciencia de la necesidad de una tutela penal respecto de los fraudes en las gestiones sociales.

4. - UTILIDADES FICTICIAS.

Nos parece que nuestro derecho habla poco de las utilidades ficticias, restándole con ello importancia, ignorando además la determinación de lo que debe entenderse por utilidad ficticia, por lo que tratando de aclarar algo al respecto, podemos decir que para poder determinar si una utilidad es ficticia se requiere un examen del balance aprobado por la asamblea y en el caso de distribución con ausencia del balance, debe elaborarse éste, el que deberá resultar lo más -

exacto posible enunciando sin distinción alguna, todos los pasivos y activos de la empresa, aunando a ello la fidelidad -- del avalúo, y de las reservas adecuadas, pues de modo contrario, como ya se dijo en otros capítulos, nos encontraríamos únicamente frente a una simple lista de bienes, créditos y deudas que sin mostrar su adecuado valor, no dan base su ficiente para considerar que el balance es fiel.

De lo que hemos dichos llegamos - a la conclusión de que el juez, al encontrarse frente a la ne cesidad de determinar si hubo o no actos tendientes a repartir, o reparto de utilidades ficticias, debe colocarse en el lu gar de un consciente administrador que ayudado por un perito contable, tendrá en cuenta los intereses que la ley tutela - respecto a la organización de las sociedades del comercio, - las condiciones especiales de la empresa, sus exigencias y - las condiciones económicas del momento, para lograr los --- principios de equidad y justicia de todo derecho que se pre-- cie de serlo.

Concretándonos a la distribución de utilidades no repartibles, diremos que éstas las constituyen - cantidades indebidamente entregadas, puesto que ellas por ---

disposición de la ley o de los propios estatutos deben ser destinadas a la eventual reintegración del capital o a la constitución y mantenimiento de las reservas estatutarias. A este respecto debe tenerse en cuenta lo establecido por nuestra legislación, - que en su artículo 18 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que: "Si hubiera pérdida del capital social, éste deberá ser reintegrado o reducido antes de hacerse repartición o asignación de utilidades", y el artículo 20 de la misma ley -- que establece: " De las utilidades netas de toda sociedad deberá separarse anualmente el cinco por ciento, como mínimo, para - formar el fondo de reserva hasta que importe la quinta parte -- del capital social. El fondo de reserva deberá ser reconstituido de la misma manera cuando disminuya por cualquier motivo".

Nuestro derecho positivo, nos dice -----
JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ (76), que todo reparto que se haga en contravención a lo dispuesto por los artículos 20, 21 y - 22, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, deberá ser -- restituida a la sociedad, encontrándose obligados a tal restitución los administradores , aún en el caso de que el -----

(76). - Ob. Cit. Pág. 105

acuerdo de la distribución provenga de la asamblea general, -
respondiendo los administradores de una manera solidaria il-
mitada en esta obligación.

Respecto a lo que se han suscitado
discusiones es a considerar como ilícito de reparto de utilida-
des ficticias, al anticipo de dividendos, es decir, su pago an-
terior a la aprobación adecuada del balance; generalmente no
se ha llegado a considerar como ilícito a tal acto, pues la --
norma incriminadora se refiere a ficción en el reparto de di-
videndos y no a la irregularidad en el pago de las utilidades,
ya que en este caso únicamente se crea una obligación de re-
sarcimiento cuando los dividendos no lleguen a existir; base -
para considerar que además la práctica de tal anticipo no se
considera ilícita, nos la dan los estatutos de muchas socieda-
des, que establecen que el Consejo de Administración podrá -
acordar la distribución de un anticipo a cuenta de beneficios,
según sea la cuantía prevista para éstos, tan pronto como se
cierre el ejercicio social o aún antes.

Antes de proseguir con el dolo y la
tentativa en los ilícitos que nos ocupan, conviene aclarar que
el ilícito de distribución de utilidades ficticias o no distribui-

bles puede presentarse en cualquiera de estas dos hipótesis: -

a).- Falta de balance aprobado,

b).- Falsedad del balance;

Respecto a la primera hipótesis se prevé el hecho de que la distribución se haga sin la aprobación del balance. En la segunda se alude a la distribución sin conformidad con el balance aprobado, por lo que viendo el fondo de la tutela, no se trata de limitar o sancionar los excesos de poder de los administradores, sino como ya hemos dicho, se trata de proteger la integridad del capital y las reservas; no toda utilidad distribuída que difiera de los resultados del balance configura el ilícito, pues se requiere, además que dichas utilidades sean ficticias o no distribuibles.

Respecto a la distribución de utilidades basadas en un balance falso que ha sido aprobado por la asamblea, el administrador tiene la obligación de negarse a ejecutarlo, ya que en caso contrario sí se configura el ilícito. La responsabilidad de los administradores se da tanto en el caso de que de ellos haya partido la falsedad como en el caso de que los propios socios hayan acordado una distribución de utilidades superiores o no existentes, al igual que de aquellas que no podían distribuirse.

5.- EL DOLO, LA TENTATIVA Y EL CONCURSO.

Para el ilícito que nos ocupa se requiere del dolo, ya que en este caso se requiere que el sujeto activo - haya querido el hecho que constituye el delito como lo son la - distribución de utilidades ficticias o no distribuibles conociendo ambas circunstancias y preñiendo que tal distribución resultaría o podría resultar un perjuicio para los intereses tutelados por - la ley, de tal modo, se excluye el dolo si el sujeto por error - ~~piensa~~ que las utilidades son repartibles o verdaderas. (77)

La consumación del ilícito se da en el - momento de las distribuciones prohibidas, ya ~~que~~ que los so- cios fundadores, administradores o comisarios, las perciban o - que las paguen, y en el de la entrega de las utilidades ficticias, o no repartibles, a los socios.

Se ha prestado a discusión el determinar si la anotación de los dividendos o de las participaciones en el activo de la cuenta de los socios y administradores equivale a - la distribución, cosa que a nuestro juicio debe negarse ya que - tal asiento en el activo ya sea del socio o del administrador, --

equivale únicamente al reconocimiento de una deuda; además la ley debe sancionar el cobro y el pago de utilidades mas no los asientos en el activo. Lo que hemos dicho debe atenderse con la exclusión del caso en que el asiento en el activo en las cuentas, permite la disponibilidad.

Por lo que respecta a la tentativa no existen dudas, pues la ejecución del delito es bastante compleja da y por ende sumamente factible que se ejecuten acciones idóneas dirigidas a distribuir utilidades ficticias, o no repartibles y que con posterioridad no se logren por causas imprevistas y ajenas a la voluntad de los administradores o los socios, o bien dirigidas a efectuar distribuciones prohibidas y que no se logren por causas ajenas a los socios fundadores comisarios o administradores.

No puede dejar de administrarse la existencia del concurso de delitos en los casos en que concurren la falsedad de comunicaciones sociales como base para las distribuciones prohibidas o el reparto de utilidades ficticias o no repartibles, ya que no puede hablarse de un delito progresivo -- que englobambas figuras. Tampoco puede hablarse de un único delito continuado pues la continuación requiere que se trate de -

violaciones a una misma disposición legal y en el caso a -
que nos venimos refiriendo se trata de dos normas diferentes
tes que dan lugar también a diferentes delitos.

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

CONCLUSIONES.

1a. Fuera del alcance de nuestros Códigos Penales y dando origen a lo que se ha dado en llamar Derecho Penal complementario, se encuentran diseminados en el Derecho Privado algunos preceptos que es urgente rescatar con objeto de integrarlos al Código Penal, como ya se ha hecho en otros países. Entre aquellos preceptos podemos mencionar el artículo -- 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por cuanto en nuestra opinión se refiere a una verdadera comisión del delito de fraude mediante la suscripción de cheques sin fondos; otro caso más y de especial interés, lo encierra el artículo 149 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que protegiendo el patrimonio de los bancos, que en realidad es ahorro del público, reputa como fraude al hecho de que una sociedad con el objeto de obtener créditos, proporcione datos falsos sobre el monto de su activo o de su pasivo.

2a.- La ventaja que reporta el rescate de esos preceptos espaciados es, en primer término, la sistematización lógica jurídica de nuestro Derecho Penal y además el lograr, -- con la intervención del Derecho Público, una mayor protección para la economía pública, que respecto de las sociedades se encuentran deficientemente tutelada por el Derecho Privado.

3a.- Los delitos societarios son ilícitos que pueden cometerse dentro de una sociedad por personas físicas: administrador, gerente y director general, comisario, socio -- fundador, representante común de los obligacionistas o liquidador, únicas personas que en ejercicio de sus funciones, abusan do de ellas o tergiversándolas, pueden cometer innumerable -- actos ilícitos que lesionan directamente al patrimonio de los -- particulares e indirectamente a la economía pública, no sólo -- por el dato de una pérdida de dinero, sino por la desconfianza que se crea entre el público y que evita una mayor inversión -- de éste en el capital de las sociedades, por lo que resulta el raquítico mercado de valores mobiliarios que padecemos en la actualidad, objetividades jurídicas que requieren de una verdadera y valedera garantía, dado lo común y corriente de los -- actos ilícitos que estudiamos, que día a día van adquiriendo -- mayor importancia por la necesidad de un constante incremento y desarrollo de la industria de nuestro medio, que por supuesto supone la creación de un mayor número de sociedades.

4a.- Las sociedades no pueden cometer, -- ni facilitar o auxiliar a la comisión de un delito, sino las --- personas físicas componentes o integrantes de tales socieda--

des, entonces no existe razón para sancionar a la persona -- moral y sí a la física, que es la única capaz de pensar y - actuar, elementos que de ningún modo pueden ser atribuidos a las personas morales; por otra parte, sería absurdo aceptar la idea de que debe sancionarse a una persona moral por actos de su administrador por ejemplo, quien abusando de -- sus funciones las aprovecha para enriquecerse ilícitamente.

5a.- Delitos que pueden ser cometidos en las sociedades: a).- Supervaloración de los aportes en especie o del patrimonio social. b).- Falsa integración de mayorías en las asambleas, c).- Indebida restitución de aportes o exención de la obligación de pagarlos, d).- Incumplimiento de la obligación de los comisarios respecto a la convocatoria de asamblea, e).- Ilícitud de la actuación de los comisarios en el reparto ilegal de utilidades, f).- Distribución indebida - del activo entre los socios por parte de los liquidadores.

6a.- Los delitos societarios deben ser considerados eminentemente como dolosos, desechando en -- ellos por completo su integración por culpa, pues en el caso de que ésta interviniera en la vida de la sociedad por parte de -- alguno de los sujetos integrantes de la misma, ellos deberán ser

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

sancionados conforme a las normas de la responsabilidad
civil establecidas por nuestras leyes respectivas.

ANTOLISEI, FRANCESCO.- Delitos Relacionados con las Quiebras y las Sociedades.

BARRERA GRAFF, JORGE.- La Representación Voluntaria en Derecho Privado. Representación de Sociedades.

CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.

CAMPO REDONDO, L.- Asociaciones Cooperativas.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- Derecho Penal Mexicano. Parte general.

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO.- Dos Tomos. Instituto de Derecho Penal y Criminología.

DONATI ANTIGONO.- Sociedades Anónimas. La invalidez de las deliberaciones de las Asambleas.

HAMEL JOSEPH.- Derecho Penal Especial de las Sociedades Anónimas mas.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- Derecho Penal Mexicano. Parte Especial.

MATOS ESCOBEDO, RAFAEL.- La Responsabilidad Penal de las Personas Morales.

MANTILLA MOLINA, ROBERTO L. - Derecho Mercantil. Introducción y conceptos fundamentales Sociedades.

PALLARES, EDUARDO.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- La Tentativa.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. - Tratado de Sociedades Mercantiles.

VICENTE Y GELLA, AGUSTIN. - Curso de Derecho Mercantil ---
Comparado.

LEGISLACION.

L E G I S L A C I O N .

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS.

CODIGO PENAL ANOTADO.

LEGISLACION BANCARIA Y LEYES COMPLEMENTARIAS.

IMPRESA GOBIERNO FEDERAL

MEXICO 1953