

117

26j



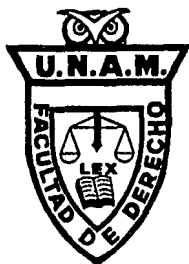
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

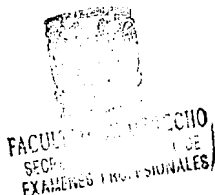
PROBLEMATICA DEL FENOMENO REPRESENTATIVO EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA EDUARDO RAUL CALVO BARBEAU



TESIS CON MÉRITO 1994
MALLA DE ORIGEN





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis padres Octavio y Joan, a quienes solo me resta volver a darles las gracias.

A mis hermanos Chip, Ellie y Pata.

A mi cuñada Ana.

A mis sobrinos Pepe y Ana Paula.

A mis abuelos Octavio, Rosita, Joe y Ruth.

A mi tía Rene.

A Maya, Rosa y la Chuta.

A la Facultad de Derecho y en especial a mis profesores.

A todos mis compañeros y amigos, dentro y fuera de la Facultad.

INDICE

PROBLEMATICA DEL FENOMENO REPRESENTATIVO EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS

pág.

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO PRIMERO. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPRESENTACION.....	5
A) ANTECEDENTES EXTRANJEROS DE LA REPRESENTACION.....	7
A.1) Derecho Romano.....	7
A.2) Derecho Canónico.....	11
A.3) Doctrina alemana del siglo XIX.....	11
B) ANTECEDENTES NACIONALES DE LA REPRESENTACION.....	14
B.1) La representación en los Códigos Civiles de 1870 y 1884:.....	14
CAPITULO SEGUNDO. REPRESENTACION, MANDATO Y PODER.....	21
A) CONCEPTO DE REPRESENTACION.....	23
B) TEORIAS QUE EXPLICAN LA REPRESENTACION.....	23
C) CLASES DE REPRESENTACION.....	25
D) INSTRUMENTOS DINAMICOS DE LA REPRESENTACION:.....	29
D.1) MANDATO:.....	29
D.1.1) Concepto.....	29
D.1.2) Clases de mandato.....	30
D.1.3) Límites del mandato.....	41
D.2) PODER:.....	43
D.2.1) Concepto.....	43
D.2.2) Clases de poder.....	44
D.3) RAZON POR LA CUAL NO SE DEBEN UTILIZAR COMO SINONIMOS.....	44
CAPITULO TERCERO. LA PERSONA.....	47
A) CONCEPTO.....	49
B) CLASES:.....	52
B.1) LA PERSONA FISICA:.....	52
B.1.1) Concepto.....	52
B.1.2) Inicio y fin de la personalidad.....	53
B.1.3) Atributos:.....	55
B.1.3.1) Capacidad.....	55

B.1.3.2) Estado Civil	64
B.1.3.3) Patrimonio	66
B.1.3.4) Nombre	71
B.1.3.5) Domicilio	74
B.1.3.6) Nacionalidad	79
B.2) LA PERSONA MORAL:	81
B.2.1) Noción	81
B.2.2) Teorías que explican su naturaleza jurídica	83
B.2.3) Enumeración	86
B.2.4) Atributos:	86
B.2.4.1) Capacidad	87
B.2.4.2) Patrimonio	88
B.2.4.3) Denominación o razón social	88
B.2.4.4) Domicilio	89
B.2.4.5) Nacionalidad	89

CAPITULO CUARTO. LA SOCIEDAD MERCANTIL

91

A) NOCION	93
B) NATURALEZA JURIDICA	95
C) PERSONALIDAD JURIDICA	103
D) CONSTITUCION	104
E) CALIFICACION LEGAL POR EL NOTARIO	111
F) PUBLICIDAD	113
G) IRREGULARIDAD	114
H) ACTOS ULTRA VIRES	116

CAPITULO QUINTO. LA SOCIEDAD ANONIMA

121

A) CONCEPTO	123
B) CONSTITUCION	124
C) ELEMENTOS ADICIONALES DE LA ESCRITURA CONSTITUTIVA	126
D) ORGANOS:	128
D.1) SIGNIFICADO DE ORGANO	128
D.2) NECESIDAD DE ACTUACION DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS A TRAVES DE SUS ORGANOS	129
D.3) ORGANOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA	131
D.3.1) La Asamblea:	131
D.3.1.1) Concepto	131
D.3.1.2) Clases	133
D.3.1.3) Convocatoria	135
D.3.1.4) Competencia y facultades	137
D.3.1.5) Integración y desarrollo	139
D.3.2) La Administración:	142

D.3.2.1) Maneras en que se efectúa.....	143
D.3.2.2) Calidades para el desempeño del cargo	144
D.3.2.3) Características del cargo	145
D.3.2.4) Designación.....	146
D.3.2.5) Naturaleza jurídica del cargo.....	147
D.3.2.6) Función legal de representación	148
D.3.2.7) Atribuciones y facultades.....	149
D.3.2.8) Garantía del cargo.....	153
D.3.2.9) Publicidad	154
D.3.2.10) Responsabilidad	154
D.3.2.11) Gerentes.....	159
D.3.3) Vigilancia:.....	161
D.3.3.1) Noción.....	161
D.3.3.2) Calidades para el desempeño del cargo	162
D.3.3.3) Características del cargo	163
D.3.3.4) Designación.....	163
D.3.3.5) Número.....	164
D.3.3.6) Naturaleza jurídica del cargo.....	164
D.3.3.7) Atribuciones y facultades.....	164
D.3.3.8) Garantía del cargo.....	166
D.3.3.9) Responsabilidad.....	166
E) MANDATARIOS Y DELEGADOS:.....	167
E.1) DESIGNACION	167
E.2) CONSECUENCIAS DE SUS FACULTADES EN RELACION CON LOS ADMINISTRADORES Y GERENTES	168
E.3) RESPONSABILIDAD	169
E.4) FORMALIDAD.....	169
E.5) PUBLICIDAD	171
F) LIQUIDACION:.....	172
F.1) Breve referencia a la disolución.....	172
F.2) Liquidación	174
F.2.1) Concepto	174
F.2.2) Liquidadores:	175
F.2.2.1) Concepto y naturaleza jurídica.....	175
F.2.2.2) Calidades para el desempeño del cargo.....	176
F.2.2.3) Características del cargo.....	177
F.2.2.4) Designación.....	177
F.2.2.5) Actuación	178
F.2.2.6) Atribuciones y facultades	178
F.2.2.7) Garantía del cargo y publicidad	182
F.2.2.8) Responsabilidad	182
CONCLUSIONES.....	185
BIBLIOGRAFIA.....	191

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Es innegable el vínculo que existe entre las instituciones jurídicas de la representación y la persona jurídica colectiva. Ambas son creaciones de la ciencia jurídica, que a lo largo del tiempo han alcanzado un desarrollo y trascendencia tales, que hoy en día sería imposible concebir un orden jurídico que no las reconociera y regulara.

Por lo que respecta a la representación, constituye una respuesta del Derecho en miras a permitir la cooperación en la gestión y cuidado de los bienes e intereses ajenos, logrando con ello una dinamización de la vida jurídica. Así, es debido a la representación el que las múltiples relaciones jurídicas que se suscitan día con día no se vean paralizadas en virtud de diversas circunstancias que pudieren surgir: Incapacidad, multiplicidad de ocupaciones, imposibilidad física de poder estar en diferentes lugares, etc.

Por lo que respecta a la persona jurídica colectiva, es un ente reconocido por la Ciencia Jurídica al cual se le atribuye personalidad jurídica, convirtiéndose en un sujeto de derecho más, y el cual se constituye mediante la agrupación de personas, las cuales unen sus esfuerzos o capitales, según sea el caso, para poder llevar a cabo actividades y lograr fines, los cuales serían de imposible o muy difícil realización si se llevaran a cabo de manera individual.

La persona jurídica colectiva como una generalidad se desarrolla en diversas especies, según se desprende del Código Civil. De entre estas especies, se encuentran las sociedades mercantiles, o sea, aquéllos entes que son regulados por las leyes mercantiles.

Las sociedades mercantiles por su parte se manifiestan en diversas subespecies. Por lo que respecta al presente estudio, y en relación con la representación, se pretende desarrollar la especie que ha tenido mas trascendencia y desarrollo en nuestro orden jurídico: La Sociedad Anónima.

La sociedad anónima es sin duda alguna el tipo social que más prevalece en nuestro medio. Es cada vez mas evidente como ha venido a desplazar a los otros tipos sociales regulados por la ley, propiciando que unos hayan desaparecido, y que otros contemplen ese destino.

La sociedad anónima esta destinada a permanecer y ser perfeccionada por el Derecho. La razón de ésto se encuentra en primer lugar en la limitación de la responsabilidad de quienes las integran. Por ello, el máximo

riesgo que corren en un principio es el perder el monto de lo que aportan a la misma (que puede ser mínimo o sustancial). En segundo lugar, es sin duda alguna el tipo social mejor regulado y estructurado por la ley. Debido a esto, existen diversas leyes que exigen como requisito para poder realizar ciertas actividades, el que se lleven a cabo por personas organizadas como sociedad anónima.

El objeto del presente trabajo es el poder explicar como se manifiesta el fenómeno representativo en relación con las personas jurídicas colectivas. Para ello se escogió a la sociedad anónima, ya que debido a la amplitud de su regulación estimo será más factible encontrar las respuestas que se buscan.

Se pretende entonces hacer un estudio de la representación, incluyendo sus diversas especies. En segundo lugar, ver si esta institución se desarrolla de igual manera tanto en las personas jurídicas individuales como las colectivas. Y finalmente, conocer el alcance y significado que tiene el fenómeno representativo en las sociedades anónimas, determinando la naturaleza jurídica de las personas que en un momento dado tienen la facultad de representar a las mismas.

CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPRESENTACION

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPRESENTACION.

A) ANTECEDENTES EXTRANJEROS DE LA REPRESENTACION.

A.1) Derecho Romano.

Es la opinión general de maestros y tratadistas que la representación no existía en el Derecho Romano. Las obligaciones eran personalísimas, de tal manera que el deudor respondía con su persona cuando caía en la insolvencia.

Pero esta afirmación, sólo se puede admitir en principio, si con ella se quiere decir que el Derecho Romano no admitió por regla general un efecto jurídico directo entre el dominus negotii y el tercero con quien el gestor ha contratado, y viceversa, como consecuencia del negocio del gestor. Ahora, con base en lo anterior, se puede afirmar que en el Derecho Romano no se conoció la figura de la representación tal y como es concebida en la actualidad, sin perjuicio de que se encontraron soluciones jurídicas para cada uno de los problemas prácticos implicados con el fenómeno de la representación; las consecuencias se fueron atenuando en interés de la equidad.

Entonces, la REGLA GENERAL es que la gestión representativa tiene una eficacia indirecta. El que actúa por otro o para otro realiza un acto cuya eficacia se produce sólo en su propio patrimonio y en su esfera jurídica. El tercero que contrata con el gestor adquiere derechos y contrae obligaciones con dicho gestor, y éste con el tercero, pero en el entendido de que no habrá perjuicio de la obligación que el gestor asume frente a quien le encomienda la gestión de llevar a cabo una posterior transmisión de los efectos jurídicos obtenidos. Por consiguiente, habrá un efecto directo entre dominus negotii y el gestor y de éste con el tercero, quedando a salvo una acción a favor del dominus para ejercerla contra el gestor a efecto de que éste le atribuya o le transfiera los resultados obtenidos del negocio.

Pero toda regla tiene sus excepciones y por ende, no se puede considerar la mencionada regla como un dogma incontrovertible. Si bien es cierto que las adquisiciones hechas por el hijo y por el esclavo acrecían directamente el patrimonio del paterfamilias, fundado esto en que el patrimonio de familia era único, también era cierto que la incapacidad del hijo y del esclavo del paterfamilias subsistía cuando desempeñaba al contratar el papel de deudor. Este resultado era injusto cuando el incapaz contrataba con autorización expresa o tácita del paterfamilias, o cuando éste sacaba un provecho personal de la operación. Estas eran las

consecuencias de la patria potestas en el Derecho Civil. Pero se fueron modificando en dos direcciones: a) Haciendo al paterfamilias responsable de las deudas del hijo, en determinadas condiciones (acciones adiecticiae qualitatis); b) Reconociendo al hijo como titular de derechos patrimoniales (peculios).

a) Acciones adiecticiae qualitatis: Los esclavos como los hijos de familia, con arreglo al ius civile sólo podían hacer al dominus acreedor, mas no deudor. Para corregir esta anomalía el pretor prometía en su edicto estas acciones, ejercitables contra el pater por aquellos que resultaran acreedores en negocios celebrados por el filius o, en idénticas hipótesis, con el esclavo:

1.- Actio quod iussu: Si el pater manifestó expresamente su voluntad de que el hijo realizara el acto.

2.- Actio exercitoria: Si el negocio lo celebró el hijo como magister navis, o capitán de una nave, puesto para el que fue designado por el jefe armador.

3.- Actio institoria: Si el pater puso al hijo al frente de un comercio o industria y con tal carácter (institor) realizó el acto creador de la deuda.

4.- Actio de peculio et de in rem verso: Se trata de una sola acción con dos condenaciones alternativas: una de peculio y la otra de in rem verso. La primera hace responsable al pater o dominus en los límites del peculio, deducido lo que le debe a él el hijo o el esclavo. La segunda determina una responsabilidad en la medida del enriquecimiento patrimonial que experimenta el pater o el dominus a consecuencia de negocios realizados por la persona sujeta a su potestad.

5.- Actio tributoria: Si el hijo o el esclavo intervienen en operaciones industriales o mercantiles, a sabiendas del pater o dominus y luego resultaban insolventes, procedía un reparto proporcional del peculio entre todos los acreedores, comprendiendo al pater o dominus. Si el pater o dominus impide dolosamente el concurso, el acreedor perjudicado podía entablar contra el la actio tributoria, para obtener la parte que le correspondía.

b) Peculios: Ciertas masas de bienes sobre las que se reconocieron al filiusfamilias facultades variables, según las épocas y clases de peculios:

1.- Peculio profecticio: El más antiguo, el cual también lo podían tener los esclavos. Estaba constituido por aquellos bienes que el pater dejaba al filius, el cual los administraba y frecuentemente los dedicaba al

ejercicio del comercio o de alguna industria. El propietario era el pater. El filius solo tenía facultades de disfrute y de administración, revocables en todo momento. No podía enajenar dicha masa, y si moría, ésta regresaba al paterfamilias.

2.- Peculio castrense: Creado por Augusto, vino a ser un privilegio para los militares. Comprendía todo lo que el hijo adquiría con motivo de su profesión militar. Estos bienes pertenecían de plena propiedad al hijo. Si moría sin testar, los bienes pasaban al padre.

3.- Peculio cuasicastrense: Creado por Constantino. Comprendía los bienes que adquiría el hijo en el servicio de la Corte, en el palacio del emperador o en la Iglesia. No transmisible por testamento.

4.- Bienes adventicios: Creado por Constantino. Los bienes que el hijo heredase de su madre no seguían el régimen general de ser absorbidos por el patrimonio del pater, sino que eran reservados para el hijo, quedando el padre sólo con el usufructo y la administración.

En materia de contratos, los romanos regularon perfectamente el contrato de mandato. El tratadista francés Eugene Petit lo define de la siguiente manera:

"El mandato es un contrato por el cual una persona da encargo a otra, que acepta, de realizar gratuitamente un acto determinado o un conjunto de operaciones" ¹.

El que da el mandato se llama mandante, mandator o dominus; el que se encarga de realizarlo se llama mandatario, procurator. El contrato de mandato se perfeccionaba por el solo acuerdo de las partes. Podía darse el consentimiento de manera expresa, de manera verbal, por carta o por mensajero; o de manera tácita, pues el que sabe que un tercero obra por él y no se opone a ello, es considerado como habiendo dado un mandato tácito. Las partes eran libres de contratar pura y simplemente, o sujetarse a un plazo o condición. Por su extensión el mandato podía ser general o especial, según se diciera para atender uno o algunos asuntos determinados del mandante, o la totalidad de ellos, en el segundo caso.

En virtud de la confianza que el mandante depositaba en el mandatario, éste estaba obligado a actuar sin exigir por ello ninguna remuneración.

¹ Petit, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, Traducido por D. Jose Fernández González, Editorial Epoca, S.A., México, 1977, p. 412.

Este carácter de gratuidad era elemento básico del mandato romano, pues en el caso de estipularse un salario en provecho del mandatario, desaparecía este contrato para dar origen a un contrato de arrendamiento de servicios o un contrato innominado. Sin embargo, estaba permitido remunerar los servicios que prestaban los profesores, filósofos, jurisconsultos, y otros, tomando esta remuneración el nombre de *honorarium*.

El contrato de mandato en el Derecho Romano era un contrato sinalagmático imperfecto, por producir sólo una obligación esencial, que era la de ejecutar el mandato por parte del mandatario y sólo incidentalmente el mandante tendría que indemnizar al mandatario. Así, las obligaciones del mandatario eran las siguientes:

a) Ejecutar el mandato: Para este fin el mandatario debía sujetarse a las indicaciones que se le hicieran, pues en caso de excederse en sus funciones, se exponía a pagar daños e intereses y a la infamia resultante de la condena, no pudiendo además hacerse indemnización de sus desembolsos.

b) Rendir cuentas al mandante: Una vez ejecutado el mandato, el mandatario debía entregar a su mandante lo que recibiera para él.

c) En la ejecución de su obligación, el mandatario era responsable de su dolo y de toda su falta; a pesar de no estar interesado en el contrato y de prestar un servicio gratuito, respondía por todo, pues se consideraba que el mandatario, en quien el mandante ponía toda su confianza, debía merecerla por sus cuidados, a los que quedaba comprometido tácitamente aceptando el mandato, que era libre de rehusar.

El mandante tenía contra el mandatario para obligarlo la acción *mandati indirecta*, que implicaba una condena infamante.

Por su parte, el mandante debía para evitar que el mandatario no sufriera ningún perjuicio en el cumplimiento de su encargo, indemnizarle en caso de haber sufrido pérdidas o hecho gastos justificados; liberándole cuando había contraído obligaciones, tomándolas a su cargo por medio de una novación; etc. Su obligación quedaba sancionada por la acción *mandati contraria* que no era infamante como la acción directa.

En el mandato del Derecho Romano no había representación directa. En nuestro orden jurídico la representación derivada de un mandato en un principio es indirecta, pero con la posibilidad de convertirse

en directa.

En materia procesal, si se permitió que los efectos recayeran directamente sobre el representado en relación con el representante procesal. Así se tiene en primer lugar al cognitor que era el representante típico judicial, que se le designaba solemnemente ante el magistrado; y en segundo lugar al procurator, que era el administrador o representante común ordinario, que se presentaba en juicio sin ninguna formalidad.

A.2) Derecho Canónico.

En la Edad Media continúa rigiendo la prohibición de lo que se podría llamar una representación directa. El formalismo que velaba originariamente el nacimiento de la obligación impedía que se pudieran adquirir cosas o créditos o asumir obligaciones a través de personas que se encontrasen bajo la potestad del interesado. El acto jurídico sólo era válido frente a quien había observado las formas establecidas. Pero probablemente debido al influjo de las necesidades comerciales aquel principio comienza a caer en crisis. La figura de la estipulación a favor de tercero comienza a tener una elaboración experimentada, consiguiéndose los efectos prácticos que la representación busca.

Fue el Derecho Canónico el que hizo quebrar la antigua regla romana. Es en las primeras disposiciones de los papas donde aparece por primera vez el punto de vista moderno de la admisibilidad general de la representación de los actos jurídicos y así por ejemplo en el capítulo "De prebendarum" del Código Canónico se admite que la investidura a un clérigo ausente de un beneficio eclesiástico puede hacerse por intermedio de otra u otras personas que lo sustituyan en el acto de la investidura. Y si no ha precedido mandato del investido para la adquisición efectiva del beneficio es necesaria una ratificación del titular. Pero mientras no se verifique esta ratificación, el Obispo no puede transmitir la investidura.

A su vez, en el Libro VI del Código Canónico y en el capítulo De procuratoribus se declara lícita la celebración de un matrimonio por medio de un mandatario especial.

A.3) Doctrina alemana del siglo XIX.

Al frente de la doctrina alemana del siglo XIX se encuentra el jurista Rodolfo Von Ihering, con su obra "Mitwirkungsfremde Rechtsgeschäfte (Colaboración o participación en los negocios jurídicos ajenos)". Este tratadista sostiene que a un negocio jurídico ajeno se le puede prestar una colaboración puramente

fáctica o de hecho y una colaboración jurídica. La primera es una ayuda casi exclusivamente física y no posee otro carácter que el de la mera prestación de un servicio. Ahora, en cuanto a la segunda, posee una importancia mayor y puede ser de tres maneras:

1.- En primer lugar, una participación conjunta con intervención del interesado o parte del negocio en sentido estricto.

2.- En segundo lugar, una actuación en lugar del principal, es decir, sustituyéndole, pero sin concluir el negocio en su nombre (persona interpósita).

3.- El tercer supuesto es la verdadera y propia representación, que se da cuando se concluye un negocio jurídico en lugar del principal y en su nombre. Aquí es donde claramente se expone la doctrina moderna de la representación: conclusión de un negocio jurídico en lugar del principal y en su nombre.

Esta postura de Ihering es el antecedente de la llamada doctrina clásica de la representación, la cual se consagra definitivamente en la obra de Windscheid y en el Código Civil Alemán.

Para Windscheid, la representación es una declaración de voluntad que se realiza o emite por medio de otro. Sólo hay verdadera representación cuando el acto se realiza en nombre de otro y una vez declarada la voluntad del representante, siempre y cuando no se haya excedido de los límites del poder de representación, no produce para él ningún efecto y para aquél por quien actúa, produce el mismo efecto que si éste hubiese actuado por sí mismo.

La doctrina clásica descansa en una serie de dogmas que aparecen hoy en día en la mayoría de legislaciones y obras doctrinales:

I. La incorporación de la representación en la teoría del negocio jurídico: Aquí se considera a la representación como la conclusión de un negocio jurídico por medio de otra persona que actúa en nombre del representado y de manera tal que los efectos jurídicos del negocio se producen siempre de modo directo en la esfera jurídica del representado y nunca en la del representante.

Frente a esta postura, hay otras que sostienen que la representación es una figura que comprende toda clase de actos jurídicos, incluidos los que no tienen carácter negocial. Para ello trasciende al Derecho Privado y se sitúa como un concepto general del Derecho. Inclusive tiene aplicación en el campo del

Derecho Público.

II. La actuación en nombre ajeno: La representación supone una actuación en nombre de otro, producida de manera tal que los efectos jurídicos del acto se derivan siempre de modo directo para la esfera jurídica del representado y nunca para la del representante. De aquí se desprende que una actuación realizada por cuenta de otro, pero en nombre propio, cuyos efectos, para llegar al representado, deban seguir una vía indirecta, pasando por el representante, no debe ser considerada como una verdadera representación.

La crítica que se puede hacer a este principio es que no se debe considerar sólo a la representación directa como una verdadera representación. La representación indirecta no excluye los efectos directos.

III. La irrelevancia del interés gestionado por el representante: Se reconoce como regla general que el representante actúa tutelando el interés del representado y debiendo hacerlo así, pero ello no es esencial y necesario para que haya representación. Cabe por lo tanto una representación en interés del propio representante (ej. un acreedor facultado por el deudor para enajenar bienes y cobrarse el crédito con el producto).

La crítica aquí consiste en señalar que cuando el representante actúa en su propio interés, no se puede establecer que pertenezca a la esencia de la representación.

IV. La distinción entre mandato y poder: Esto fue obra principalmente de Ihering y Windscheid. Windscheid distingue las figuras de mandato y poder de la siguiente manera: mandato significa que uno debe o está obligado a hacer algo, mientras que poder supone que uno tiene la potestad de hacer; el mandato es una relación obligatoria entre el mandante y el mandatario, mientras que la idea de poder designa la posición jurídica individual de la persona del apoderado, contemplada, sobre todo, desde el lado externo, es decir, por lo terceros que contratan con él. Así, se puede referir la palabra mandato a la relación entre el mandante y el mandatario y la palabra poder a la relación del mandante con el tercero, indicándose así que el mandato indica el lado interno de la relación y el poder el lado externo.

La crítica a lo anterior estriba en que se pretende decir que mandato y poder siempre coinciden, cuando la verdad es que sólo coinciden ocasionalmente. Puede existir un "mandato sin poder", es decir, un encargo que el mandatario debe ejecutar de manera que contrate él con el tercero en su propio nombre.

B) ANTECEDENTES NACIONALES DE LA REPRESENTACION.

B.1) La representación en los Códigos Civiles de 1870 y 1884:

Para iniciar, cabe señalar la evidente e indiscutible influencia del Derecho Francés en Derecho Civil Mexicano, sobre todo en lo que atañe a la materia de obligaciones. En un principio, el Derecho en Francia era casi exclusivamente consuetudinario y así permaneció hasta el siglo XV. Posteriormente se redactaron algunas costumbres como la de Orleans en 1509 y la de París en 1510. Así, las fuentes del Derecho Francés se reducían fundamentalmente a las Costumbres Oficiales, al Derecho Romano, al Canónico, a las ordenanzas reales y a las resoluciones de diversos parlamentos.

A partir del siglo XVI, se empezaron a hacer algunos intentos de codificaciones, los cuáles no lograron realizar su propósito. Fue hasta 1804 cuando entró en vigor, derogando la legislación anterior romana, de un modo fundamental en materia de obligaciones, el Código Civil Francés, llamado Código de Napoleón.

Este Código ejerció una notable influencia en lo que respecta a las obligaciones y particularmente al contrato de mandato en nuestro Código Civil de 1870. La razón de esto fué que el mencionado Código Civil Francés inspiró el proyecto del Código Civil Español de 1851, publicado por Don Florencio García Goyena. Este proyecto a su vez sirvió de base al proyecto que inició Don Justo Sierra en 1861 por orden del Presidente Juárez. Este proyecto se convirtió en el arranque para el desarrollo de subsecuentes proyectos que continuaron durante el gobierno de Maximiliano, hasta llegar a la expedición del Código Civil de 1870. Este Código, según se indica en su exposición de motivos, se inspiró en los principios de Derecho Romano, en la antigua legislación española, los Códigos de Francia, Cerdeña, Austria, Holanda, Portugal y otros, así como los proyectos elaborados en México y España que ya quedaron indicados.

Por lo que respecta al Código Civil de 1884, es casi una reproducción literal del de 1870. Sin embargo hoy día conserva su importancia, ya que el Código Civil de 1928 reproduce o se inspira en multitud de sus disposiciones.

En cuanto al Código Civil de 1928, éste fué resultado del Proyecto de un nuevo Código Civil que encomendó la Secretaría de Gobernación a los señores Francisco H. Ruiz (Presidente de la Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), Ignacio García Téllez (Ex rector de la Universidad Nacional

Autónoma de México), Angel García Peña y Fernando Moreno. Esta comisión formuló el Proyecto que en forma de Código se publicó el 25 de abril de 1928. Este Proyecto, que fue reformado por sus autores, se convirtió en el nuevo "Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal", expedido por el Presidente de la República, en uso de la facultad que le confirió el Congreso de la Unión. Entró en vigor el 1 de octubre de 1932. La inspiración que recibe en materia de obligaciones y contratos, se debe principalmente a los Códigos Francés, Italiano, Español, Argentino, Chileno, Alemán y Suizo de las Obligaciones. En materia de mandato, se inspiró particularmente en el Código de Comercio Mexicano de 1889, el cual a su vez se inspiró en el Código de Comercio Español de 1829, del cual tomó casi todas sus disposiciones; así como los Códigos Italiano, Francés, etc.

A continuación se procederá a señalar algunos preceptos relativos a la representación y en especial al mandato que eran regulados por los Códigos de 1870 y 1884, y que subsecuentemente pasaron al Código Civil de 1928:

I. 1870: "Art. 1399: El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado."

1884: "Art. 1283: Literal".

1928: "Art. 1800: Literal."

II. 1870: "Art. 1400: Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley."

1884: "Art. 1284: Literal."

1928: "Art. 1801: Literal."

III. 1870: "Art. 1401: Los contratos celebrados a nombre de otro, por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte."

1884: "Art. 1285: Literal, pero añade al final: La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exiga la ley."

1928: "Art. 1802: Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de

que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la Ley.

Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató."

IV. 1870: "Art. 2474: El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa.

1884: "Art. 2342: Literal."

1928: "Art. 2546: El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga."

V. 1870: "Art. 2476: Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la Ley no exige la intervención personal del principal interesado."

1884: "Art. 2344: Literal."

1928: "Art. 2548: Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la Ley no exige la intervención personal del interesado."

VI. 1870: "Art. 2481: El mandato puede ser general o especial: el primero comprende todos los negocios del mandante; el segundo se limita a ciertos y determinados negocios."

1884: "Art. 2349: Literal."

1928: "Art. 2553: El mandato puede ser general o especial. Son generales los contenidos en los tres primeros párrafos del art 2554. Cualquiera otro mandato tendrá el carácter de especial."

VII. 1870: "Art. 2482: El mandato general no comprende mas que los actos de administración. Para enajenar, hipotecar y cualquiera otro acto de riguroso dominio, el mandato debe ser especial."

1884: "Art. 2350: Literal."

1928: "Art. 2554: En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas, bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieren cláusula especial conforme a la Ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna.

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos.

Cuando se quieren limitar, en los tres casos antes mencionados las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales.

Los notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen."

VIII. 1870: "Art. 2491: El mandatario está obligado a cumplir el mandato en los términos y por el tiempo convenidos."

1884: "Art. 2359: Literal."

1928: "Art. 2562: El mandatario, en el desempeño de su encargo, se sujetará a las instrucciones recibidas del mandante y en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas del mismo."

IX. 1870: "Art. 2494: El mandatario que se excede de sus facultades, es responsable de los daños y perjuicios que cause al mandante y al tercero con quien contrató, si éste ignoraba que aquél traspasaba los límites del mandato."

1884: "Art. 2362: Literal."

Estas fuentes pasaron a los siguientes artículos del Código Civil de 1928:

1928: a) "Art. 2565: En las operaciones hechas por el mandatario, con violación o con exceso del encargo recibido, además de la indemnización a favor del mandante, de daños y perjuicios, quedará a opción de éste ratificarlas o dejarlas a cargo del mandatario."

b) "Art. 2568: El mandatario que se exceda de sus facultades, es responsable de los daños y perjuicios que cause al mandante y al tercero con quien contrató, si éste ignoraba que aquél traspasaba los límites del mandato."

X. 1870: "Art. 2510: El mandante está obligado a cumplir las obligaciones que el mandatario haya contraído sin traspasar los límites del mandato."

1884: "Art. 2378: Literal."

1928: "Art. 2581: El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato."

XI. 1870: "Art. 2511: El mandatario no tendrá acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas en nombre del mandante, a no ser que esa facultad se haya incluido también en el poder."

1884: "Art. 2379: Literal."

1928: "Art. 2582: El mandatario no tendrá acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas a nombre del mandante, a no ser que esta facultad se haya incluido también en el poder."

De las fuentes que se acaban de mencionar, así como el lugar que ocupan en el Código Civil vigente, es menester hacer algunas observaciones:

1.- En los Códigos Civiles de 1870 y 1884, la institución jurídica de la representación, tanto en su aspecto legal como voluntario, se encontraba perfectamente regulada.

2.- El objeto del contrato de mandato era muy vago, ya que dichos Códigos lo consideraban como "alguna cosa", y no "actos jurídicos" propiamente. Sin embargo, los artículos 2476 y 2344 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, respectivamente, precisaban que "pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exiga la intervención personal del principal interesado." Y así, el término "lícito" necesariamente debe referirse a actos jurídicos.

3.- El mandato regulado en los Códigos anteriores siempre era de representación directa. Esto implicaba que necesariamente el mandatario siempre actuaba en nombre del mandante. Esto coincidía con el resto de los Códigos del mundo de aquel entonces. Es hasta Código Civil de 1928 en que el mandato contempla la representación indirecta, o sea, que el mandatario actúa por cuenta del mandante pero en su propio nombre. Esto se desprende en primer lugar del artículo 2546 del Código Civil, que establece que el "mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante". En segundo lugar, se desprende de los artículos 2560 y 2561 del Código Civil, que a continuación se transcriben:

"Art. 2560: El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato en su propio nombre o en el del mandante."

"Art. 2561: Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuere personal suyo. Exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante."

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario."

La fuente directa del artículo 2560 del Código Civil se encuentra en el artículo 283 del Código de Comercio de 1889, relativo a la comisión, que es el mandato aplicado a actos concretos de comercio. Dicho precepto a su vez se inspiró en el artículo 245 del Código de Comercio español.

El artículo 2561 del Código Civil es una copia literal del artículo 1717 del Código Civil español.

CAPITULO SEGUNDO
REPRESENTACION, MANDATO Y PODER

CAPITULO II. REPRESENTACION, MANDATO Y PODER

A) CONCEPTO DE REPRESENTACION.

El Maestro Gutiérrez y González la define de la siguiente manera:

"Es el medio de que dispone la ley o una persona capaz, para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente el incapaz." ²

Sin querer adelantarme, considero esta definición como la idónea para establecer la clasificación que mas adelante se hará de la representación.

Por otro lado, el Maestro Rojina Villegas señala:

"Existe la representación cuando una persona celebra un contrato o un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, de tal manera que los efectos se referirán al patrimonio de aquel que no ha intervenido en el acto jurídico." ³

Actuar en nombre del representado significa que es su voluntad jurídica la que concurre para la validez del acto jurídico, mas no su voluntad material. Actuar por su cuenta significa que el patrimonio del representado resulta afectado reportando las obligaciones que contrajo el representante, pero también beneficiándose de los derechos que surjan. En este orden de ideas, lo dicho por el jurista acabado de citar es en principio cierto, pero no es la regla general. Sin embargo, el citado jurista posteriormente aclara:

"El primer elemento implica al segundo, pero éste no incluye al primero: es decir, el acto jurídico que se ejecuta en nombre del representado, siempre es por su cuenta, pero el que se celebra por cuenta del representado no siempre es en su nombre".⁴

Esto se entenderá mejor al estudiar el mandato con representación directa e indirecta.

B) TEORIAS QUE EXPLICAN LA REPRESENTACION

La representación es una institución muy peculiar en el Derecho. Múltiples tratadistas han elaborado diversas teorías, de las cuales sobresalen las siguientes:

² Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial José M. Cajica Jr., S.A., segunda edición, México, 1965, p. 284.

³ Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Volumen I, Editorial Porrúa, S.A., quinta edición, p. 389.

⁴ Idem.

a) **Teoría de la ficción:** Comúnmente aceptada en Francia, apoyada por autores como Laurent y Planiol. Explican que en la representación el obligado es el representado y no el representante. Se le ha denominado ficción porque justamente acepta que aun cuando es el representante el que comparece en el contrato o en el acto jurídico, por una verdadera suposición, completamente ficticia, se dice que es el representado el que comparece en el acto jurídico. Rojina Villegas critica esta teoría porque dice que elude el problema que trata de explicar, porque fingir o suponer un hecho contrario a la realidad para explicar ese mismo hecho es tanto como no explicar nada.

Esta teoría no puede abarcar a la representación legal, ya que no se puede concebir que el incapacitado es el que manifiesta su voluntad a través del representante, ya que por carecer de voluntad suficiente, es por lo que necesita al representante.

b) **Teoría del Nuncio:** Propuesta por Savigny. El imaginó que el representante es un mensajero del representado, un simple portavoz que lleva su voluntad y que por esto queda obligado jurídicamente.

En mi opinión esta teoría puede aplicarse sólo en lo que se refiere a un mandato especial, donde hay una delimitación bien marcada de lo que puede hacer el representante. Pero definitivamente no tiene lugar en la representación legal, porque si la voluntad no es reconocida para el incapaz, por lo mismo no habrá nada que el mensajero pueda llevar.

c) **Teoría de la Cooperación de Voluntades:** Se debe a Mitteis, quien cree que en todo género de representación no existe una sola voluntad, sino que hay una verdadera cooperación de voluntades en distinto grado, según las distintas formas de representación jurídica.

Así, en el mandato especial predomina la voluntad del mandante, y la del mandatario es prácticamente nula ya que debe sujetarse a las instrucciones específicas que le han dado. Aquí se puede decir que hay una coincidencia con la Teoría del Nuncio. En cambio, en el mandato general, la voluntad del mandatario predomina por la amplia libertad de acción con la que cuenta en razón de lo que se le encomienda. Sin embargo, hay una cooperación porque se requiere que el mandante autorice al mandatario a ejecutar toda clase de actos jurídicos y después dejarlo en libertad para la ejecución de dichos actos. Aquí juega un papel importantísimo la confianza que el mandante le tiene al mandatario.

Sin embargo, esta teoría no incluye a la representación legal, y con sólo mirar el nombre de esta teoría se

entiende el porqué.

d) Teoría de la sustitución real de la voluntad del representado por la del representante: Esta teoría se contraponen directamente con la teoría de la ficción, porque aquí se considera que hay una sustitución real de la voluntad del representado por la del representante.

Esta teoría tampoco queda absuelta de crítica. No puede haber una sustitución absoluta, y ésto lo corrobora la teoría anterior. Hay una cooperación. Y esto en lo que atañe a la representación voluntaria. Por lo que respecta a la representación legal, solo quedaría formular el siguiente cuestionamiento: ¿Cómo se puede sustituir algo que en primer lugar la ley no quiso reconocer?

De lo visto en las teorías anteriores, independientemente de la afinidad que se pueda sentir hacia alguna o algunas, éstas teorías aisladamente consideradas, no pueden explicar el fenómeno jurídico de la representación en todo su alcance. Podrán explicar sólo partes aisladas.

C) CLASES DE REPRESENTACION.

Los tratadistas coinciden en que la primera clasificación que debe hacerse de ésta institución es la siguiente:

- a) La legal, y
- b) La voluntaria.

El Código Civil coincide con lo anterior, y en su artículo 1801 establece:

"Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley."

Al analizar el precepto citado, es evidente que no dice nada acerca de contratar por cuenta de otro, pero como ya se vió, el que celebra actos jurídicos a nombre de otro tiene implícita la facultad de actuar por su cuenta, mas no viceversa, luego entonces el precepto de referencia está completamente en lo correcto.

A continuación se procederá a analizar la representación legal:

a) Representación legal: El Maestro Rojina Villegas señala:

"Existe representación legal, cuando por virtud de una norma jurídica alguien puede actuar en nombre y por cuenta de otro, reconociéndose validez a los actos que realiza para afectar a la persona y al patrimonio

del representado".⁵

En esta representación la actividad del representante es independiente y hasta puede ser contraria a la voluntad del representado. La representación legal normalmente es obligatoria y supone un deber, en cuanto está ligado a una función como lo es la patria potestad, la tutela, el albaceazgo.

Dentro de esta clasificación y siguiendo las ideas de los Maestros Gutiérrez y González y Rojina Villegas, hay dos subclases:

1.- Representación legal de incapaces.

2.- Representación legal de capaces.

1.- Representación legal de incapaces: El Maestro Gutiérrez y González señala:

"Se presenta cuando la ley faculta a una persona capaz para verificar actos por nombre y cuenta de otra, que por mandato de la misma ley tiene incapacidad de ejercicio, y entonces las conductas que realiza aquella, surten efecto en el patrimonio o persona del incapaz".⁶

La representación legal de incapaces es una institución jurídica necesaria, y esto se entiende porque la ley reconoce la capacidad de goce a los incapaces, y sin la representación los incapacitados no pueden ejercer sus derechos, y la consecuencia sería su privación de la capacidad de goce.

Los que tienen la representación legal de los incapaces son los que ejercen la patria potestad y los tutores, sean legítimos, testamentarios o dativos.

2.- Representación legal de capaces: Es también una institución jurídica necesaria porque si bien se trata de personas que en un principio se les reconoce la capacidad de ejercicio, surgen circunstancias que traen como consecuencia que se les prive de capacidad jurídica. Y tal es el caso del concursado o el quebrado, del autor de la herencia que muere y del ausente. Al concursado o al quebrado se les nombra un síndico; en las herencias, los albaceas representan los intereses de los bienes, derechos y obligaciones de una herencia; en la ausencia, si el ausente no dejó apoderado o habiéndolo no se le puede localizar, es necesario que se nombre un representante para la protección y administración de los bienes del ausente. El representante

⁵ Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Volúmen I, op cit., p. 392.

⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, op cit., p. 287.

legal del ausente, tendrá facultades análogas a las del tutor, o sea para pleitos y cobranzas y actos de administración. Esta representación termina por el regreso del ausente, porque se presente su apoderado, o bien porque se tenga conocimiento de su muerte.

b) Representación voluntaria:

El fundamento legal se encuentra en el artículo 1800 del Código Civil:

"El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado."

El Maestro Gutiérrez y González señala al respecto:

"Una persona capaz encomienda a otra también capaz, que acepta, la realización en su nombre de un determinado o indeterminado número de actos jurídicos." ⁷

Por su parte, el Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo establece:

"La representación voluntaria se realiza dentro del ámbito de la libertad y autonomía de la voluntad. Por medio de ella una persona faculta a otra para actuar y decidir en su nombre o por su cuenta." ⁸

Así, la definición de Gutiérrez y González no hace hincapié en la facultad de actuar "en su nombre o por su cuenta", como sí lo hace la de Pérez Fernández del Castillo.

Este es un punto muy importante en lo que respecta a la representación voluntaria, ya que en la representación legal invariablemente se actúa en nombre y por cuenta del representado (incapaz, ausente, muerto, etc.). Pero en esta clase de representación, se advierte la posibilidad de actuar sólo por cuenta de otro, mas no en su nombre. Surge aquí entonces una subclasificación:

I. Representación directa.

II. Representación indirecta.

I. Representación directa: El Maestro Pérez Fernández del Castillo señala al respecto:

"Se refiere a la actuación de una persona en nombre y representación de otra, en cuyo caso, los efectos jurídicos y patrimoniales recaen sobre el representado, estableciendo entre éste y el tercero, una relación

⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, op cit., p. 288.

⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Representación, Poder y Mandato, Editorial Porrúa, S.A., sexta edición, México, 1992, p. 13.

directa e inmediata."⁹

El Maestro Jorge Barrera Graf explica esta idea:

"Exige, pues, la representación verdadera, directa o strictu sensu, el conocimiento o la inteligencia del tercero de que contrata o se relaciona con otro, o sea, el representado, a través y por la actuación del representante (apoderado, mandatario, representante legal), y exige también que éste, no calle ni oculte, sino al revés ostente y manifieste (contemplatio domini) su función instrumental, el intervenir en el asunto no como dueño o interesado directo, sino como persona ajena, como representante del dueño o del directo interesado, cuyo nombre por lo general, dará a conocer al tercero."¹⁰

Ahora, la fuente directa de la representación voluntaria es el contrato de mandato, el cual posteriormente se estudiará. Pero no se puede hablar de un contrato de mandato como fuente de representación directa si se contempla sólomente en su aspecto liso y llano. Para que haya representación directa, surge el concepto de poder, que también será objeto de una posterior referencia.

II. Representación indirecta: El Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo señala:

"Se llama indirecta cuando una persona actúa en nombre propio y por cuenta de otra, quien frente a terceros, adquiere personalmente los derechos y obligaciones."¹¹

Por su parte, el jurista español Luis Díez-Picazo señala:

"Existe una representación indirecta -se dice- cuando el agente o gestor actúa en su propio nombre con el tercero con quien contrata, de manera tal que es él y no el dominus quien queda directamente vinculado por el contrato. Se sigue de ello que en este tipo de representación el principal no tiene acción contra el tercero, sino contra el representante; del mismo modo, el tercero tampoco tiene acción contra el principal y puede únicamente dirigir sus reclamaciones contra el representante."¹²

La fuente aquí es el mandato liso y llano. Pero, ¿como se puede decir entonces que hay una representación? El mandante (supuesto representado) y el tercero con quien contrata el mandatario no tienen

⁹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Representación, Poder y Mandato, op. cit., p. 13.

¹⁰ Barrera Graf, Jorge, La representación voluntaria en el derecho privado. Representación de sociedades, U.N.A.M., primera edición, México, 1967, p. 31.

¹¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Representación, Poder y Mandato, op. cit., p. 13.

¹² Díez-Picazo, Luis, La representación en el Derecho Privado, Editorial Civitas, S.A., primera edición, Madrid, 1979, p. 45.

ningún vínculo. ¿Como puede entonces el mandante allegarse a esos efectos del negocio celebrado entre el mandatario y el tercero? Se allegará a esos efectos en virtud de un contrato celebrado con anterioridad (ese contrato es precisamente el mandato) y por virtud del cual en definitiva los efectos del acto relativo recaen en el patrimonio del representado, no en el del representante

Entonces, en principio no hay una representación, porque no se establecen relaciones directas entre el representado y los terceros. Pero existen las consecuencias patrimoniales de la representación, porque en última instancia el patrimonio de aquél que no intervino materialmente en el acto es el que se beneficia o perjudica.

En la representación voluntaria el representante no debe obrar en contra de la voluntad principal. El representado es quien señala su amplitud y fija los límites que mejor le convengan.

La representación voluntaria es una institución jurídica práctica a diferencia de la representación legal, que es necesaria. Viene a suplir las dificultades de tiempo, lugar o multiplicidad de ocupaciones a las que diariamente se enfrentan las personas en el mundo de sus relaciones jurídicas.

Hasta aquí la clasificación de la representación se ha desarrollado sin mayor problema. Esto es debido a que se presume que nos hemos referido sólomente a las personas físicas. Pero surge la duda. ¿Que sucede con las personas morales? ¿Su representación se considerará legal o voluntaria? ¿Si se considera voluntaria, se puede limitar su utilidad como sólomente práctica, o habrá que considerarla también como necesaria? Es prematuro resolver estas cuestiones por el momento. Es necesario hacer un estudio completo del concepto de persona moral, incluyendo su personalidad jurídica y atributos.

D) INSTRUMENTOS DINAMICOS DE LA REPRESENTACION:

D.1) MANDATO:

D.1.1) Concepto.

De manera acertada, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2546 dispone:

"El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga."

Conserva en un principio la misma esencia del mandato regulado por el Derecho Romano, con la salvedad

de que el mandato del Código Civil de 1928 se limita única y exclusivamente a la realización de actos jurídicos. Existe otra diferencia importante: Es fuente de la representación.

Si se vuelve a leer el texto del artículo 2546 del Código Civil, se puede apreciar que sólo se refiere a actos jurídicos ejecutados por cuenta del mandante, mas no en su nombre. Aquí se diría que en el mandato sólo hay representación indirecta. Pero basta leer el artículo 2560 donde se manifiesta la posibilidad de que pueda haber también una representación directa. El mencionado precepto señala a la letra:

"Art. 2560: El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratandq en su propio nombre o en el del mandante."

D.1.2) Clases de Mandato.

El Código Civil para el Distrito Federal, que en el Título Noveno de la Segunda Parte del Libro Cuarto regula al contrato de mandato, lo clasifica en general o especial, de conformidad con el artículo 2553. Continúa estableciendo el mismo artículo que serán generales los contenidos en los tres primeros párrafos del artículo 2554, y que cualquier otro mandato tendrá el carácter de especial. En el Capítulo V del Título Noveno, lo dedica al mandato judicial. Entonces, siguiendo al Código, ésta es la clasificación del mandato. Pero conforme se van analizando los demás artículos referentes a este contrato, se aprecia que se desprenden mas clasificaciones, por lo que el mandato puede ser:

a) Oneroso o gratuito:

Por su naturaleza es oneroso. Por excepción es gratuito. Si es oneroso, se puede clasificar también como bilateral, porque desde su perfeccionamiento engendra obligaciones tanto para el mandatario (ejecutarlo, rendir cuentas, etc.) como para el mandante (pagar retribución). En base a ésto, el Maestro Ramón Sánchez Medal señala:

"No se trata de un contrato sinalagmático en sentido propio o estricto, con obligaciones interdependientes. En efecto, no puede exigirse la rescisión de este contrato por incumplimiento de la citada obligación a cargo del mandante y, además, nada impediría que el mandatario reclamara y obtuviera el pago de la retribución pactada".¹³

¹³ Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Cíviles, Editorial Porrúa, S.A., novena edición, México, 1988, p. 303.

Cuando es gratuito, se clasifica como unilateral, porque las obligaciones a cargo del mandante de reembolsar los gastos e indemnizar los daños y perjuicios causados al mandatario en ejercicio del mandato, no nacen al perfeccionarse el contrato, sino con posterioridad y a consecuencia de hechos eventuales, todo esto siguiendo las ideas del Maestro Ramón Sánchez Meda.

b) Principal o accesorio:

Por excepción es accesorio cuando se otorga como condición en un contrato bilateral o como medio para cumplir una anterior obligación ya contraída, como acontece en el mandato irrevocable.

c) Revocable o irrevocable:

Es un contrato intuiti personae, y por ende es de naturaleza revocable. Sobre ésto el Maestro Miguel Zamora y Valencia señala:

"Los mandatos no revocables son aquellos en los que las facultades otorgadas al mandatario se hubieren estipulado:

- a) Como condición en un contrato bilateral, o
- b) Como medio para cumplir una obligación contraída por el mandante.

En estos casos el mandante no puede revocar las facultades otorgadas, ni el mandatario puede renunciar al ejercicio de esas facultades conferidas (2596).

Son mandatos revocables todos los demás que no reúnan las características señaladas para los irrevocables." ¹⁴

Sobre el mandato irrevocable, el Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo señala:

"El mandato irrevocable debe ser siempre limitado y nunca general o amplísimo, pues se debe circunscribir al cumplimiento de una obligación contraída, o contrato bilateral, cuando su otorgamiento sea una condición." ¹⁵

d) Mandato representativo y mandato no representativo:

Esta clasificación es manejada por la gran mayoría de autores. Sin embargo, es necesario en éste momento

¹⁴ Zamora y Valencia, Miguel Angel, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S.A., tercera edición, México, 1989, p. 201.

¹⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Representación, Poder y Mandato, op cit., p. 38.

desechar ésta clasificación. Sin temor a equivocarme, afirmo que el mandato siempre es representativo. Al clasificar la representación, y en especial la representación voluntaria, se dijo que ésta podía ser directa o indirecta. La diferencia entre éstas dos estriba simplemente en el momento en que se verifica la representación.

En un principio, el mandato es una fuente de representación indirecta. Esta es la regla. La excepción es que sea una fuente de representación directa. Si se remite al artículo 2546 del Código Civil, se logra apreciar que los actos jurídicos encargados al mandatario son por cuenta del mandante, mas no en su nombre. Si éste es el caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, y por consiguiente, el mandante no tiene acción contra las personas con quien el mandatario ha contratado, ni éstas contra el mandante. El vínculo se establece entre el mandante y el mandatario, y éstos sí tienen acciones entre sí. Atendiendo a lo anterior, la representación no nace en el momento en que el mandante encarga al mandatario la ejecución de actos jurídicos por su cuenta, sino que la misma nace al momento en que tenga lugar la afectación del patrimonio del mandante en virtud de los derechos y obligaciones adquiridos por el mandatario, para que sea en última instancia el patrimonio del mandante, el cual no contrató directamente, el que se beneficie o perjudique.

En el mandato con representación directa, se encuentra la excepción a la regla, sin perjuicio de que es ésta excepción la que sucede con más frecuencia en la vida jurídica. Es el artículo 2560 del Código Civil el que abre la puerta al mandato con representación directa:

"Art. 2560: El mandatario, salvo convenio en contrario celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante."

Desde el momento en que el contrato se perfecciona se verifica la representación. Una persona actúa en nombre y por cuenta de otra (ya se vió que actuar en nombre de una persona trae implícito el actuar por su cuenta), produciendo una relación directa e inmediata entre representado y tercero. El poder que posteriormente se estudiará es el ejemplo clásico de este tipo de mandato.

e) Mandato general y mandato especial

Esta es la única clasificación expresa que hace el Código Civil del mandato. También es la más importante de las ya estudiadas.

En primer lugar, el mandato general se refiere a una categoría de actos. La ley no lo define, sino que señala en el artículo 2553 del Código Civil de manera enunciativa que son generales los contenidos en los tres primeros párrafos del artículo 2554 del Código Civil. Ahora, por exclusión, dice que cualquier otro mandato tendrá el carácter de especial.

El artículo 2554 del Código Civil, sin definir lo que es el mandato general, lo clasifica en tres tipos:

- a) Para actos de pleitos y cobranzas.
- b) Para actos de administración.
- c) Para actos de dominio.

Así, el Código Civil vigente contempla tres clases de mandatos generales. Entonces, el mandatario puede realizar cualquier tipo de actos, con tal que sean de la especie del mandato general que se le dió.

El mandato especial, por el contrario, es aquel que se da para realizar cierto acto jurídico; ya no abarca una categoría de actos. Para otorgar este mandato, no es necesario acudir al artículo 2554. Sin embargo, a manera de ejemplo, una persona puede otorgar un mandato a otra para vender una casa determinada (es un mandato especial), y señalar en el mandato que para ese sólo fin, tendrá las facultades de los apoderados generales para actos de dominio que señala el párrafo tercero del artículo 2554 del Código Civil.

La interpretación del mandato general y del especial es diferente, ya que la interpretación del primero es en forma extensiva, y la del segundo es en forma restrictiva. Así, en el mandato general hay facultades implícitas. Es suficiente señalar que se otorga un mandato general de cualquiera de las tres categorías que menciona el artículo 2554 en sus tres primeros párrafos para que el mandatario goce de toda clase de facultades. No es necesario enumerar todos los actos que puede realizar el mandatario, basta con indicar la categoría general a la que corresponde el mandato para que el mandatario goce de toda clase de facultades dentro de esa categoría. Sobre esto el Maestro Francisco Lozano Noriega señala:

"El Código Civil vigente simplifica el problema y dispone: vamos a establecer tres clases de mandatos generales porque es peligroso dar un simple mandato general que comprenda todo. Pero en vez de tener que hacer un enunciado de todo acto o de los objetos que el mandatario va a poder realizar, vamos a establecer ese mandato con facultades implícitas; basta dar un mandato general para actos de disposición, de dominio, para que pueda el mandatario vender, hipotecar, pignorar, realizar cualquier acto de disposición. Pero si

quieres limitar ese mandato, consigna la limitación y entonces dirás: se otorga un mandato general para actos de dominio, pero el mandatario no podrá donar bienes. Sigue siendo un mandato general, pero limitado; ya no hay facultad implícita en ese sentido porque consta expresamente la limitación." ¹⁶

En el mandato especial, la regla de interpretación es restrictiva; sólo podrá el mandatario realizar aquellos actos para los que expresamente haya sido facultado por el mandante.

La característica esencial de los mandatos (sean generales o especiales) es la facultad que tiene el mandante de determinar la limitación a las facultades del mandatario. Por ejemplo, puede darle un mandato para pleitos y cobranzas, con las facultades más amplias, pero con la limitación expresa de que el mandatario en ningún momento podrá substituir o delegar ese mandato.

Ahora, hay autores que piensan que si en un mandato se limitan las facultades, ésto repercutirá en considerarlo como general o especial. El Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo opina al respecto:

"Cuando a una persona se le quieren dar todas las facultades o alguna de las enunciadas en éste artículo (2554), pero nada más respecto de un asunto o respecto de un bien inmueble, el mandato debe ser general limitado." ¹⁷

En lo personal no coincido en lo señalado por el citado jurista. Debo concluir que en un principio, si se otorga un mandato general para cualquiera de las tres categorías mencionadas, y no se señalan limitaciones, eso implica que el mandatario tiene las más amplias facultades y se refiere no a un determinado acto jurídico (vender un terreno), sino a un número indeterminado (vender terrenos). Si se limitan las facultades, (no puedes donar), sigue siendo general. Cuando se limita el objeto (tal inmueble, tal asunto judicial) por ese sólo hecho el mandato se vuelve especial. Aquí también opera el otorgar las más amplias facultades y limitarlas en su caso.

Entonces, se puede lograr en la práctica mediante la combinación del mandato general y el especial, una serie de situaciones ventajosas, ya que se protege al mandante con el objeto de que no conceda facultades tan amplias que pueden hacer que peligre su patrimonio, así también que siempre se pueda establecer de

¹⁶ Lozano Noriega, Francisco, Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., quinta edición, México, 1990, p. 269.

¹⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Representación, Poder y Mandato, op cit., p. 36.

manera sencilla el alcance que pueda tener un mandato: ej: otorgo a alguien un mandato especial para actos de dominio, con todas las facultades generales de conformidad con el artículo 2554 del Código Civil (donar, vender, hipotecar), pero limitado a un sólo bien inmueble determinado.

Por lo que se refiere a las tres categorías de actos mencionada en el artículo 2554 del Código Civil, éste no define lo que son actos de administración, actos de pleitos y cobranzas y actos de dominio. Se limita a señalar el alcance que puede tener cada uno.

Aquí surgen numerosos problemas. Hay autores que señalan que las facultades para actos de dominio traen implícitas las facultades para actos de administración y para pleitos y cobranzas. Al efecto el Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo señala:

"Considero que el que puede lo más puede lo menos, pues por ejemplo, el tercer párrafo del artículo 2554 establece que el mandatario tendrá todas las facultades de un dueño tanto en lo relativo a los bienes como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos."¹⁸

Otros piensan que el apoderado sólo tiene las facultades establecidas en la categoría de poder, y así el apoderado para actos de dominio no puede realizar actos de administración ni defenderlos judicialmente.

Ahora, yo me inclino más por la postura de quien puede lo más puede lo menos, pero también pienso que si se otorga un mandato general para actos de dominio, no está demás señalar que también será para actos de administración y para pleitos y cobranzas. Si se dá sólo para actos de administración, debe señalarse que también es para pleitos y cobranzas.

Resulta un problema determinar que es un acto de administración y que es una acto de dominio. A primera vista, un acto de dominio es aquel que implica la facultad de enajenar algo (donar, vender, hipotecar, etc.). Pero hay ocasiones en que la enajenación se considera una acto de administración. Esto entonces resulta muy confuso. Un número de tratadistas, entre los que destacan Manuel Borja Soriano y Ernesto Gutiérrez y González, hicieron la distinción partiendo de la base de que primero había que ver de cual patrimonio provenía el acto. Ahora, siguiendo las ideas del Maestro Gutiérrez y González, hay que clasificar al patrimonio en:

¹⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Representación, Poder y Mandato, op cit., p. 35.

- 1) Patrimonio de derecho común.
- 2) Patrimonio de explotación.
- 3) Patrimonio en liquidación.

Dentro de cada clasificación, estableció una serie de reglas para identificar al acto de administración y al de dominio.

1) Patrimonio de derecho común: Conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración pecuniaria. Su carácter esencial es la fijeza, la estabilidad. El titular busca conservarlos. Pero dichos bienes sí pueden ser objeto de enajenación, pero atendiendo a lo que dice la ley.

a) Reglas para identificar el acto de administración en el patrimonio de derecho común:

I.- El Maestro Gutiérrez y González señala al respecto:

"Es acto de administración para cada persona, o tipo de personas a las que se refiere la ley - tutores, ascendientes, albaceas, menores, mandatarios, etc. - aquél que con tal carácter señala o autoriza el legislador." ¹⁹

II. El citado jurista continúa señalando:

"Cuando la ley no determina cuáles son actos de administración para el titular de un patrimonio, o para un representante, debe atenderse a los que para otros titulares o representantes el ordenamiento positivo considera actos de administración.

Por analogía de lo que hacen otros titulares o administradores, se sabrá en el caso concreto, a falta de ley aplicable al caso, si el acto es o no de administración." ²⁰

III. El citado jurista continúa señalando:

"Cuando no se pueda determinar conforme a las dos anteriores reglas si el acto es de administración o no, se debe resolver atendiendo a si ese acto busca mantener la esencia del patrimonio de derecho común." ²¹

Como la esencia de éste patrimonio es la estabilidad, la necesidad de conservarlo, una enajenación no

¹⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, op cit., p. 299.

²⁰ Idem, p. 300.

²¹ Idem, p. 300.

sería considerada como acto de administración, ya que aquí hay una disgregación del patrimonio.

b) Reglas para identificar el acto de dominio en el patrimonio de derecho común:

La primera y la segunda regla son iguales que las dos primeras para los actos de administración. En cuanto a la tercer regla, la salvedad está en que será acto de dominio aquél que tienda a disgregar los elementos del patrimonio, como por ejemplo una venta, una donación, etc.

2) Patrimonio de explotación: El ejemplo típico de éste patrimonio es el de los comerciantes, sean personas físicas o morales. El Maestro Gutiérrez y González lo define de la siguiente manera:

"Se puede considerar como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a su circulación en el comercio jurídico, y se caracteriza por la falta de fijeza de sus elementos, ya que éstos para incrementarlo, deben ser enajenados para adquirir otros, que también habrán de ser substituidos, y así sucesivamente repetir la operación." ²²

a) Reglas para identificar el acto de administración en el patrimonio de explotación: La primera y segunda regla coinciden con las reglas también primera y segunda para identificar el acto de administración y el acto de dominio en el patrimonio de derecho común. En cuánto a la tercera regla, la diferencia estriba en que se considerará como acto de administración, si no se puede determinar con las dos primeras reglas, aquél que tienda a incrementar los elementos del patrimonio por medio de su circulación. Se puede decir que hay una disgregación momentánea.

b) Regla para identificar el acto de dominio en el patrimonio de explotación: Será acto de dominio el que tienda a liquidar en forma definitiva el patrimonio de explotación o a reducir su capacidad de incremento.

3) Patrimonio en liquidación: El Maestro Gutiérrez y González lo define de la siguiente manera:

"Conjunto de bienes, derechos y obligaciones, destinados a su enajenación, con el fin generalmente de desinteresar a los acreedores de su titular, y dejar siempre un solo patrimonio activo, si es el caso." ²³

Tal es el caso de una persona moral que entra en liquidación, y los liquidadores son sus administradores. Buscan pagar las deudas, desinteresando a los acreedores. El liquidador realiza todos los actos tendientes a

²² Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, op cit. p. 301.

²³ Idem, p.302.

enajenar los bienes de su representada. Aquí se identifican el acto de administración y el de dominio. El liquidador debe administrar ese patrimonio, el cual es temporal y de duración breve, y luego lo extingue realizando el activo, y aquí se identifican también el acto de administración y el de dominio.

g) Mandato judicial:

En vez de considerarlo como una clasificación más, hay que estudiarlo aparte como un mandato con características peculiares. Sobre éste el Maestro Sánchez Medal señala:

"Es el mandato que se otorga generalmente a un abogado o a un experto en asuntos agrarios, obreros o penales, para que represente a una de las partes en uno o varios juicios." ²⁴

Aquí al mandatario se le llama procurador. Su actuación será entonces ante órganos judiciales e inclusive órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales.

El artículo 2585 del Código Civil señala los casos en que no se puede ejercer este mandato:

"Art. 2585: No pueden ser procuradores en juicio:

I. Los incapacitados.

II. Los jueces, magistrados y demás funcionarios y empleados de la administración de justicia, en ejercicio, dentro de los límites de su jurisdicción, y

III. Los empleados de la Hacienda Pública, en cualquier causa en que puedan intervenir de oficio, dentro de los límites de sus respectivos distritos."

También de conformidad con el artículo 26 de la Ley de Profesiones, son incapaces para ser mandatarios judiciales aquellas personas que no sean abogados con título debidamente registrado, cuando se confiera un mandato especial para asuntos judiciales o contencioso administrativos determinados que no sean asuntos agrarios, obreros, cooperativos o amparos de carácter penal.

Ahora, a este tipo de mandato se le considera especial, o sea para asuntos perfectamente determinados. Se puede otorgar en escritura pública o ratificarse ante el juez que conozca del asunto.

Asimismo, para ejercer este tipo de mandato, la ley establece que ciertas facultades requieren de cláusula especial, y las señala en el artículo 2587 del Código Civil:

²⁴ Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, op cit., pág. 307.

"Art. 2587: El procurador no necesita poder o cláusula especial sino en los casos siguientes:

- I. Para desistirse;
- II. Para transigir;
- III. Para comprometer en árbitros;
- IV. Para absolver y articular posiciones;
- V. Para hacer cesión de bienes;
- VI. Para recusar;
- VII. Para recibir pagos, y
- VIII. Para los demás actos que expresamente determine la Ley.

Cuando en los poderes generales se desee conferir alguna o algunas de las facultades acabadas de enumerar, se observará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 2554."

El requisito de señalar estas cláusulas se debe a que en un principio son actos que se deben ejercer de manera personal. Además, la facultad de hacer cesión de bienes implica que también se deben tener facultades de dominio.

Ahora, ¿El mandato general o especial para pleitos y cobranzas en qué difiere del mandato judicial?

En que el primero se otorga en escritura pública. No es necesario ser abogado o tener cualquier otro título profesional para poder ejercerlo. Si se establece que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieren cláusula especial, no se requiere entonces poner éstas cláusulas especiales. La facultad de hacer cesión de bienes depende de que con anterioridad el mandatario tenga facultades de dominio. Siguiendo el principio de quien puede lo más puede lo menos, en un mandato general para actos de dominio o actos de administración, se entienden comprendidas también las facultades para pleitos y cobranzas e inclusive las del artículo 2587 del Código Civil. Pero es muy común en la práctica que de todos modos se señalen.

De lo anterior caben destacar dos puntos importantes:

1.- El mandato general o especial para pleitos y cobranzas se puede otorgar a cualquier persona. Si se establece que se otorga con todas las facultades generales y especiales que requieran cláusula especial, adquiere también el carácter de mandato judicial.

2.- El mandato judicial siempre será especial, y sólo se conferirá a un abogado o a cualquier otro profesional, cuando no sean asuntos agrarios, obreros o amparos penales. Este sí requerirá de las cláusulas especiales.

El artículo 2587 del Código Civil en su fracción VIII establece que se requerirá cláusula especial en los demás casos que expresamente determine la ley.

El Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo señala al respecto:

"Hay leyes que exigen poderes con cláusula especial para hacer valer cierto tipo de derechos, tales como pedir y desistirse en el juicio de amparo; iniciar y desistirse de querellas, etc. Esto se debe a que éstos derechos son personalísimos, y los poderes generales se refieren mas bien a derechos patrimoniales."²⁵

Existe una facultad que no se ha mencionado y es la de suscribir títulos de crédito en nombre de otra persona. Tiene 2 variantes: A) Cuando se es mandatario de una persona física capaz. B) Cuando se es miembro del órgano de administración en una persona moral. Por el momento se estudiará sólomente la primera variante.

Cuando se es mandatario de una persona física capaz, cabría decir que ésta facultad de suscribir títulos de crédito se desprende de las facultades de actos de dominio. Por ende, si se es mandatario general para actos de dominio, debería entenderse implícita ésta facultad. Pero no es así. Hay que leer el artículo 85 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el cual en su primer párrafo establece:

"La facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro no comprende la de obligarlo cambiariamente, salvo lo que dispongan el poder o la declaración a que se refiere el artículo noveno."

El artículo 9 del mismo ordenamiento dispone:

"La representación para otorgar o suscribir títulos de crédito se confiere:

- I. Mediante poder inscrito debidamente en el Registro de Comercio;
- II. Por simple declaración escrita dirigida al tercero con quien habrá de contratar el representante.

En el caso de la fracción I, la representación se entenderá conferida respecto de cualquier persona, y en el de la fracción II, sólo respecto de aquella a quien la declaración escrita haya sido dirigida.

²⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Representación, Poder y Mandato, op cit., pág. 36.

En ambos casos, la representación no tendrá más límites que los que expresamente le haya fijado el representado en el instrumento o declaración respectivos."

De la lectura de este artículo se desprende: No se requiere de poder o facultades de dominio en el caso de la fracción segunda. En el caso de la fracción primera, y remitiendo al artículo 85, si se requiere que además del poder se establezca esa facultad expresamente, o sea, la cláusula especial. La crítica que se puede hacer es respecto a la fracción primera del artículo noveno, que dice que ese poder debe estar inscrito en el Registro de Comercio. Esto es cierto cuando el mandante es persona física comerciante o persona moral. En los demás casos, no se requiere de esa publicidad.

D.1.3) Límites del mandato.

La esencia del contrato de mandato es la confianza que se le tiene a la persona a la cual se le confiere la representación. La actuación del mandatario afecta directamente al patrimonio del mandante, y por lógica, a éste le interesa sobremanera una actuación adecuada del mandatario. ¿Adecuada en qué sentido? En el sentido de que el mandatario actúe con toda diligencia y no se exceda de sus facultades.

En relación con lo anterior, se pueden distinguir en primer lugar los límites del mandato, los cuáles son consignados de manera expresa en el documento, surtiendo efecto frente a terceros. Por otro lado, se distinguen las simples instrucciones que el mandante da al mandatario, constituyendo una relación interna entre ambos, pero ajena a el o los terceros con quien haya de contratar el mandatario. Por ende, si el mandatario obra vulnerando las instrucciones, pero dentro de los límites, su actuación es eficaz, independientemente de que infringe una obligación y por ello incurre en responsabilidad frente al mandante.

Existe una lógica en establecer que mientras más facultades se otorguen, más confianza hay. Supongamos que una persona es propietaria de varios terrenos en un estado en el cual no tiene su domicilio. Eventualmente los querrá vender o gravarlos como garantía de créditos que se le puedan otorgar. Ahora, una persona a la que le tiene extrema confianza (un hermano, su mejor amigo) tiene su domicilio en ese estado. Entonces, puede conferirle un mandato general para actos de dominio, y así no tendrá que constituirse en ese estado para celebrar las operaciones en relación a esos terrenos. La ventaja del mandato general es que por una sola vez tendrá que acudir a un notario para otorgarlo. Si fueran mandatos especiales, cada vez que quisiera vender o gravar uno o varios terrenos, tendría que acudir a un notario para

otorgar el mandato respectivo, implicando más gastos por concepto de honorarios. Aún más, puede confiar en el buen juicio de esa persona a la que le tiene confianza, y facultarlo para poder substituir o delegar ese mandato a un tercero.

En atención a este ejemplo, se aprecia que las facultades otorgadas aquí son amplísimas. Y así, el mandante puede restringir con la más amplia libertad las facultades en los mandatos que otorgue.

Entonces, el mandato será válido siempre y cuando se actúe dentro de los límites expresos señalados por el mandante, sin perjuicio de una posterior ratificación del mismo en el caso de que el mandatario se exceda de sus facultades. Al respecto, el artículo 2583 del Código Civil establece:

"Art. 2583: Los actos que el mandatario practique a nombre del mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, serán nulos, con relación al mismo mandante, si no los ratifica tácita o expresamente."

Interpretando éste artículo, el tercero que contrata con el mandatario está obligado a conocer el límite de las facultades otorgadas al mandatario, ya que si éste se excede, los actos serán nulos, salvo que haya posterior ratificación por parte del mandante.

A su vez, el artículo 2584 del Código Civil establece:

"El tercero que hubiere contratado con el mandatario que se excedió en sus facultades, no tendrá acción contra de éste, si le hubiera dado a conocer cuáles fueron aquéllas y no se hubiere obligado personalmente por el mandante."

El mandato es un contrato intuiti personae. Debe ser desempeñado personalmente por el mandatario. Pero puede suceder que esté facultado para substituir ese mandato, o sea la facultad de encomendar a un tercero el desempeño del mandato. Así, el artículo 2574 del Código Civil establece:

"El mandatario puede encomendar a un tercero el desempeño del mandato si tiene facultades expresas para ello."

Esta facultad debe ser expresa. Por lo tanto se requiere de una cláusula especial. Puede el mandante señalar la persona del substituto, o facultar al mandatario para designarlo. Si opera la substitución, el mandatario substituto adquiere los derechos y obligaciones del substituído, el cual además pierde sus

facultades. El substituido no es responsable de los actos del substituto, salvo cuando el tiene la facultad de designarlo y la persona designada sea de mala fè o se halle en notoria insolvencia.

A diferencia de la substitución, puede que el mandante faculte al mandatario mediante una cláusula especial a otorgar otros mandatos, o sea, delegarlo. Aquí, no podrá el mandatario delegar facultades que excedan de las que él tiene, o de las que expresamente está facultado para delegar.

Puede haber pluralidad de mandatarios, ya sea que se otorguen a varias personas a la vez, o por virtud de las delegaciones que haga el mandatario. Se les puede facultar para que actúen conjunta o separadamente. Si actúan conjuntamente, serán responsables solidariamente. Si actúan por separado, cada uno responde de sus actos.

También existen límites legales:

"Art. 2280: No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:

I.....

II. Los mandatarios."

Esta prohibición es lógica ya que el mandatario debe actuar siempre en beneficio del mandante, y como aquí contrata en nombre propio y por su cuenta, se presume que se inclinará más por el beneficio que él obtenga. Sin embargo, el mandante le puede otorgar esa facultad, y se estaría frente a la figura del contrato consigo mismo.

En el mandato para actos de dominio, los cónyuges requieren de autorización judicial para celebrarlo, no así para el mandato de actos de administración o pleitos y cobranzas.

D.2) PODER.

D.2.1) Concepto de poder.

El Maestro Sánchez Medal lo define de la siguiente manera:

"Es la facultad concedida a una persona, llamada representante, para obrar a nombre y por cuenta de otra llamada representada." ²⁶

²⁶ Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, op cit., pág. 307.

Esta facultad puede derivar de la ley o de la autonomía de la voluntad. Si deriva de la ley, se trata de una representación legal, en la cual el representante actúa siempre en nombre y por cuenta de otra.

Si deriva de la autonomía de la voluntad, se trata de un contrato de mandato con representación directa. Ya se vió que el mandato siempre es representativo, con la distinción que esa representación puede ser directa o indirecta. Así, el mandato será de representación directa si se le une el otorgamiento de un poder.

Ahora bien, en la representación voluntaria, ¿el poder tiene su fuente en un contrato o en una declaración unilateral de voluntad? Si se dice que el mandato es un contrato y el poder se une al mandato para que surja la representación directa, entonces hay que decir que su fuente es también un contrato.

Si bien es un contrato, el consentimiento no requiere ser contemporáneo. El mandante expresa su voluntad de contratar y posteriormente la acepta el mandatario en forma expresa o tácita (ejecutando los actos).

D.2.2) Clases de poder.

En vista de lo anterior, el poder se puede concebir como una cualidad que se le adhiere al mandato para que éste pueda ser de representación directa. Sigue la suerte del mandato y por ende, debe clasificarse de la misma manera con la que se clasifica al mandato con la salvedad de que el poder invariablemente es de representación directa.

D.3) RAZON POR LA CUAL NO SE DEBEN UTILIZAR COMO SINONIMOS.

En primer lugar, el mandato es un contrato. El poder es una facultad. Entonces, ¿porqué se confunden? Basta leer el artículo 2554 del Código Civil, el cual fue objeto de estudio en relación con la clasificación que se hacía del mandato general o especial. Pero éste artículo no habla de mandatos, sino de poderes. Por ello, es muy común en la práctica al otorgar los mandatos en los términos del artículo 2554 del Código Civil que se les designe poderes. Esto es correcto, pero no por ello se puede decir que el mandato y el poder sean indistintamente sinónimos. Cuando se estudió al mandato con representación indirecta, en el que sólo se actúa por cuenta y no en nombre de alguien, se dijo que el objeto de éstos mandatos debe estar perfectamente definido. Se hablaría entonces de un mandato especial. Pero sería un error gravísimo el decir que es un poder especial, utilizando el criterio de que son sinónimos, ya que el poder siempre será de representación directa.

Con todo esto, caben las siguientes afirmaciones:

1.- Los mandatos generales siempre deberán ser de representación directa, y podrá designárseles también como poderes.

2.- Los mandatos especiales podrán ser de representación directa o indirecta. Sólo cuando sean de representación directa podrán ser designados también como poderes.

CAPITULO TERCERO***LA PERSONA***

CAPITULO III. LA PERSONA.

A) CONCEPTO.

El Maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez señala:

"Jurídicamente, persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos como a las personas morales, precisamente los primeros como seres y a las segundas como entes. Ambos son sujetos de derechos y obligaciones."²⁷

El jurista español José Castán Tobeñas establece:

"La palabra persona tiene su origen en las lenguas clásicas. El sustantivo latino "persona", "ae", se derivó del verbo persono (de per y sono, as are), que significaba sonar mucho, resonar. Se designaba con dicho sustantivo la máscara o careta que usaban los actores, y que servía al mismo tiempo para caracterizarse y para ahuecar y lanzar la voz. Por una serie de transposiciones se aplicó la palabra persona al actor, y luego a los actores de la vida social y jurídica; es decir, a los hombres considerados como sujetos de derecho."²⁸

El Maestro Ignacio Galindo Garfias completa esta idea:

"Así el ser humano, para actuar en el foro del Derecho, adquiere en el sentido antes dicho, la calidad de persona, sujeto de las relaciones jurídicas; para intervenir como sujeto de derechos y obligaciones, en la medida en que los fines que se proponen realizar (ya comprar, ya vender, ya adoptar un hijo, ya hacer un testamento, etc.) merece la tutela, la protección y garantía del ordenamiento jurídico."²⁹

El citado jurista continúa señalando:

"Al Derecho sólo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquella parte de la conducta que el Derecho toma en cuenta, para derivar de ella consecuencias jurídicas. En este sentido se dice que es persona, el sujeto de derechos y obligaciones."³⁰

Es necesario para el presente estudio conocer el concepto jurídico fundamental de persona. En una primera instancia, se podría decir que persona no es sino el hombre en sí mismo considerado. Y como la

²⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., segunda edición, México, 1992, p. 131.

²⁸ Citado por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op cit., pág. 131.

²⁹ Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, 1er Curso, Editorial Porrúa, S.A., séptima edición, México, 1985, pág. 304.

³⁰ IDEM., p. 303.

persona es el sujeto de la relación jurídica, entonces el Derecho se vería obligado a regular absolutamente todas las conductas del hombre.

El concepto jurídico de persona es una noción de la técnica jurídica. Este concepto se creó en vista de las relaciones que tiene el hombre con sus semejantes. Muchas de esas relaciones humanas interesan al Derecho, y así el ser humano se convertirá en persona en el mundo de lo jurídico.

El Maestro Galindo Garfías expresa:

"El Derecho ha constituido un instrumento conceptual que se expresa con la palabra "persona" (sujeto de derechos y obligaciones), instrumento creado en función del ser humano para realizar en el ámbito de lo jurídico aquella porción de fines de su existencia que el Derecho se ha encargado de proteger, a través del ordenamiento jurídico." ³¹

Kelsen considera que el hombre como persona jurídica es algo totalmente distinto del hombre como organismo. Del ser humano sólo interesa cierta parte de su conducta. El Derecho se ocupa solamente de ciertos actos humanos. Desde luego no deben quedar incluidas sus funciones biológicas, físicas o psíquicas. Pero hay un conjunto de actos del hombre que sí interesan al Derecho.

Ferrara sostiene que en sentido jurídico "persona" significa ser sujeto de derechos y obligaciones, y como tal, éste concepto es una creación del orden jurídico que tiene su causa y nacimiento en el derecho objetivo.

A este concepto tan importante de persona se le une otro concepto jurídico fundamental: LA PERSONALIDAD. En cuanto a este concepto, el Maestro Galindo Garfías establece:

"En fin , ya se trate de la persona física, es decir, de los seres humanos, individualmente considerados o de la persona moral (el Estado, el Municipio, las sociedades y asociaciones, etc.) el Derecho protege y garantiza sólo aquellos fines que estima valiosos, y para lograr esa protección y garantizar la realización de tales fines, construye el concepto de personalidad, que es susceptible de aplicarse a la persona humana individualmente o a un conjunto de hombres o de bienes organizados (sociedades y asociaciones, fundaciones) para la realización de ciertas finalidades jurídicamente valiosas." ³²

³¹ Galindo Garfías, Ignacio, Derecho Civil, 1er Curso, op cit., p. 304.

³² Idem. p. 305.

Los términos de persona y personalidad con frecuencia se confunden. No son sinónimos. Si persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad debe entenderse la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas. Se es persona, se tiene personalidad. La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del Derecho. Es la proyección de la persona en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta para actuar como sujeto (activo o pasivo) en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse.

Estimo pertinente transcribir algunos párrafos del pensamiento del Maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez:

"La personalidad jurídica es una de las instituciones componentes de la Ciencia Jurídica y cuya presencia en ésta es esencial; su participación es imprescindible en la concepción y la estructura de lo jurídico; es única e inmutable; su significado ha sido siempre el mismo, sin variación alguna, independientemente de la época y del lugar en que se le considere. Sea cual fuere el momento histórico, con o sin esclavitud institucionalizada, y cualquiera que sea la circunscripción territorial, cuando y donde un orden jurídico sea analizado, la personalidad jurídica existe en él, sin siquiera poder concebirse lo contrario. Esta será siempre la misma; ese orden sólo se explicará y podrá ser calificado como tal, en función de dicha personalidad, pues ésta condiciona inclusive la existencia de aquél; si por un momento pretendiéramos concebir cualquier sistema jurídico sin haberlo integrado con la institución de la personalidad, aquél no sería tal; ésta le es consubstancial.

La personalidad jurídica no admite alteración alguna en cuanto a su naturaleza, alcances y contenido, bien sea respecto de un sujeto particular e independientemente de otros, o bien si dicha personalidad es comparada con la de sus congéneres, es decir, la personalidad jurídica del primero es idéntica a la de cualquier otro; no hay diferencia alguna entre la personalidad de alguien y la de otra persona. En todos los sujetos, trátese de personas físicas o de morales, la personalidad es la misma. No es una sola personalidad para todos los sujetos, sino más bien, la substancia, los alcances, el contenido en sí de la personalidad jurídica son idénticos en las de todos y cada uno de los sujetos.

En consecuencia, no se puede tener más o menos personalidad jurídica comparativamente con otras personas; no se puede por lo mismo, ser más o menos persona; se tiene personalidad jurídica porque se es persona y es suficiente con que el orden jurídico reconozca este carácter para que se tenga personalidad sin

limitación alguna; no hay personalidad graduable.

Como se desprende del concepto vertido al principio del párrafo anterior, ser sujeto de derechos y obligaciones depende de la personalidad jurídica; de esa personalidad depende ser persona para el Derecho. Ello significa que ser persona está condicionado a tener personalidad jurídica, se es persona porque se tiene dicha cualidad; no se tiene personalidad porque se sea persona sino al contrario, se tiene el carácter de persona por tener personalidad jurídica.

El origen y fundamento de la personalidad jurídica está, como lo afirma la generalidad de la doctrina, en el ordenamiento legal. El Estado es al que corresponde atribuir la personalidad. Sin embargo, esta atribución oficial es una mera formalidad cuando de las personas físicas se trata, pues como apuntábamos, las épocas en las que procedió legalmente el desconocimiento de su personalidad a los seres humanos, como sucedió con la esclavitud y la muerte civil, han quedado definitivamente en el pasado; la evolución y madurez alcanzada por la humanidad hacen bien difícil la existencia de un sitio donde se le desconozca personalidad jurídica a cualquier partícipe del género humano.

Esa potestad oficial se manifiesta con más claridad respecto de las personas morales; no obstante, ésta mucho de ser ilimitada; si bien de ella depende la personalidad de estos entes, la ley debe y suele fijar los requisitos a satisfacer por una persona moral para alcanzar el reconocimiento de su personalidad jurídica; cumplidos y satisfechos esos requisitos, la personalidad se alcanza ipso jure, sin posibilidad legal de desconocimiento discrecional." ³³

B) CLASES:

B.1) LA PERSONA FISICA:

B.1.1) Concepto.

La personalidad jurídica es una cualidad cuyo origen está en el ordenamiento legal. Es el medio por el que el Estado reconoce aquella tanto a las personas físicas como a las personas morales. Dicho reconocimiento no queda a la mera discrecionalidad de la autoridad estatal, sino por el contrario, a ésta sólo le resta reconocer personalidad en los seres humanos, porque el Estado es una creación del individuo precisamente para garantizarse el reconocimiento y respeto de su personalidad.

³³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, op cit., p. 130.

De acuerdo a lo estudiado, explicar este concepto resultará muy sencillo. Se le puede definir como la persona jurídica individualmente considerada.

B.1.2) Inicio y fin de la personalidad.

El Maestro Rafael de Pina señala al respecto:

"El origen de la personalidad del sujeto individual de derechos se coloca, según las diversas doctrinas formuladas a este respecto, bien en el momento de la concepción, bien en el del nacimiento (ya puramente o retrotrayendo los efectos jurídicos al momento de la concepción), bien en el momento en que el nacido muestra aptitud para seguir viviendo separadamente del claustro materno."³⁴

Han existido varias teorías para explicar cuando es que para el Derecho se origina la personalidad. Así, estas teorías han querido encuadrar este origen en primer lugar desde que un sujeto es concebido (Teoría de la concepción); otras a partir del nacimiento de un sujeto (Teoría del nacimiento); otras que dicen que el origen de la personalidad es en el nacimiento, pero reconociendo por una ficción derechos al concebido, retrotrayendo los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción (Teoría ecléctica); otras que exigen para el reconocimiento de la persona no sólo el hecho de nacer, sino, además, la aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno (Teoría de la viabilidad); y finalmente las que sostienen que el individuo no debe ser considerado como capaz de derechos hasta que adquiere el sentimiento de su personalidad jurídica, el cual tiene que ser posterior al de la adquisición de la personalidad psicológica (Teoría psicológica o de la consciencia o sentimiento de la personalidad).

Ahora, de conformidad con nuestro Derecho Positivo, la teoría que mas se adecuaría a éste sería la del nacimiento, de conformidad con el artículo 22 del Código Civil, que establece que la personalidad se inicia con el nacimiento y termina con la muerte. No obstante lo anterior, el precepto legal menciona que desde el momento en que el ser es concebido, se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en el Código Civil. Aquí se podría decir que hay una identidad con la Teoría ecléctica. Pero no se puede concebir esa protección jurídica del concebido como una ficción, ni tampoco considerar al concebido como ya nacido. Simplemente se le reconocen a su favor reservas de derechos eventuales.

³⁴ De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil, Volúmen I, Editorial Porrúa, S.A., décima séptima edición, México, 1992, p. 209.

El concebido o también llamado nasciturus, se le considera un futuro titular de derechos y obligaciones. Su personalidad jurídica depende de su viabilidad, o sea, de una condición suspensiva que establece el artículo 337 del Código Civil al disponer:

"Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad."

En razón y con los requisitos que establece este artículo, el embrión humano es titular de futuros derechos subjetivos patrimoniales. Esto se establece como un mínimo grado de capacidad de goce, y por ende, se tiene personalidad jurídica.

Ahora, si el ser concebido al nacer vive menos de veinticuatro horas o muere dentro de este término sin haber sido presentado en el Registro Civil, se verifica una condición resolutoria por virtud de la cual quedarán destruidos esos derechos subjetivos patrimoniales que estaban en suspenso, como si nunca hubieren existido. En este caso, se puede decir que nunca existió para el Derecho la personalidad jurídica del ser concebido.

En cuanto al fin de la personalidad, esta termina con la muerte. Nuestra legislación no conoce otra forma de terminar con la personalidad.

Sin embargo, puede darse el caso de que la muerte, por ignorarse el momento en que se realizó, no extinga la personalidad. Esto ocurre con las personas ausentes. Como se ignora si el ausente aún vive o ha muerto, hay una incertidumbre que debe desecharse en relación con la extinción de la personalidad. La única solución es formular presunciones de muerte.

Ahora, para presumir la muerte, se debe declarar antes por la autoridad judicial la ausencia del individuo en cuestión. Antes de declarar la ausencia, el juez debe citar al ausente para que éste o su apoderado comparezca en un término no menor de tres meses y no mayor de seis meses. Si no concurre cualquiera de los dos, a partir de la fecha en que debieron comparecer empezará a correr un término de dos años. Si dentro de éste término no aparece el ausente, una vez transcurrido, procederá el juez a declarar la ausencia. Asimismo, si no aparece dentro de los seis años siguientes a que fué declarada la ausencia, se declarará por el juez la presunción de muerte.

La declaración de ausencia o de presunción de muerte tiene consecuencias interesantes. En la declaración de ausencia, los herederos testamentarios o en su caso los legítimos que tengan capacidad para administrar serán puestos en posesión provisional de los bienes. Lo mismo en el caso de que estén sujetos a patria potestad o tutela, a través de las personas que conforme a Derecho estén facultadas. Ahora, si el ausente se presenta o se prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte, éste recobrará sus bienes, sin tener derecho a los frutos industriales, y sólo a la mitad de los frutos naturales y civiles. Si se declara la presunción de muerte, los herederos entrarán en posesión definitiva de los bienes. Ahora, si el ausente se presentare o se probare su existencia después de otorgada la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los enajenados, o los que se hubieren adquirido con el mismo precio, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

B.1.3) Atributos.

B.1.3.1) Capacidad.

El Maestro Domínguez Martínez señala:

"El primer atributo de la personalidad es la capacidad. En su sentido amplio, es decir, por capacidad en general, entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio."

35

La capacidad tiene dos especies:

1. Capacidad de goce.
2. Capacidad de ejercicio.

1. Capacidad de goce: El Maestro Rojina Villegas la define de la siguiente manera:

"La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones."³⁶

Leído lo anterior, sin duda alguna este es el atributo mas importante de las personas. Es tal su trascendencia que muchos autores manejan a la personalidad jurídica y a la capacidad de goce

³⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil, op cit., pág. 130.

³⁶ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., vigésima edición, México, 1988, p. 158.

indistintamente como sinónimos. Entre los autores que sí las distinguen, está el Maestro Galindo Garfias, quien dice:

"Los conceptos de personalidad y de capacidad de goce no significan lo mismo aunque se relacionan entre sí. La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse.

La capacidad alude a situaciones jurídicas concretas (para celebrar tal o cual contrato, para contraer matrimonio, con determinada persona, para adquirir este o aquel inmueble, etc.). De tal manera que sin mengua de su personalidad, una persona puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado. Si es por ejemplo, mandatario del vendedor.

La personalidad es única, indivisa y abstracta. La capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta."³⁷

La personalidad es única e inmutable. Se es persona, se tiene personalidad. No es susceptible de graduación alguna, como en cambio sí lo es la capacidad de goce, que si bien es cierto que surge al mismo tiempo que la personalidad, la capacidad de goce está destinada dependiendo de las circunstancias a una serie de graduaciones. La capacidad de goce varía de persona a persona, cosa que ni siquiera puede concebirse en lo que atañe a la personalidad.

De acuerdo a las ideas de los Maestros Rafael Rojina Villegas y Raúl Ortiz Urquidi, los grados de la capacidad de goce son los siguientes:

a) El concebido:

- 1.- La posibilidad de ser instituido como heredero. (arts. 1314 y 1638 del Código Civil).
- 2.- La posibilidad de ser designado legatario. (art. 1391).
- 3.- La posibilidad de recibir donaciones. (art. 2357).

Estas tres posibilidades incluyen todo lo que por estos medios pueda ser transmitido: derecho de propiedad y servidumbres; derechos reales de garantía (prenda, hipoteca); y derechos personales o de

³⁷ Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, 1er curso, op cit., p. 306.

crédito.

Si el niño nace viable de conformidad con el artículo 337 del Código Civil y después muere, los bienes y derechos que adquiriera pasarán a sus herederos legítimos. Si muere sin haber nacido viable, los bienes y derechos regresarán a la masa hereditaria, tratándose de la herencia o del legado. En cuanto a la donación, ésta quedará sin efecto.

4.- La posibilidad del derecho a la filiación y como consecuencia al derecho a la herencia. (arts. 337, 2281 y 1649).

5.- La posibilidad de percibir alimentos cuando la madre ha quedado encinta a la muerte del marido. (art. 1643).

6.- La posibilidad de vida o el derecho a la vida que establecen los artículos 329 y 330 del Código Penal al sancionar al aborto, así como la fracción IV del artículo 328 del Código Civil que prohíbe al marido desconocer al hijo de su esposa que nace después de los 180 días que siguen a la celebración del matrimonio o de los 300 días que siguen a la separación de los cónyuges.

b) Menor de edad:

La ley le impone restricciones: Para contraer matrimonio, dado que sólo podrá hacerlo el hombre que ha cumplido 16 años y la mujer mayor de 14 (art. 148 del Código Civil); para ser tutor, ya que solo puede serlo el mayor de edad (art. 503, frac. I); para ser curador (art. 622, en relación con la fracción I del artículo 503); para ser representante del ausente (art. 660 en relación con la propia fracción I del artículo 503); para reconocer a los hijos extramatrimoniales, cuyo derecho sólo lo tienen los menores que hayan cumplido la edad requerida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido (arts. 361 y 362); para legitimar a un hijo, cuyo derecho sólo lo tienen los menores que hayan cumplido la edad requerida para contraer matrimonio, más la edad del hijo de cuyo reconocimiento se trate (art. 355, en relación con los arts. 361 y 362); para hacer testamento, cuyo derecho sólo se adquiere hasta los dieciséis años de edad (art. 1306, frac. I); para adoptar, pues si bien esta restricción no se señala expresamente a los menores, el artículo 390 la señala para los mayores que no hayan cumplido los veinticinco años de edad, y por ende, tiene aplicación para los menores.

c) Mayor de edad:

El artículo 646 del Código Civil dispone: "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos."

Al mayor de edad le corresponde el máximo grado de capacidad de goce cuando se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales y, en general, que no esté sujeto a interdicción ni por ésta ni por ninguna otra de las causas que señala el Código Civil en el artículo 450, ya que de suceder esto serán equiparados a los menores. Cabe aclarar que la interdicción no afecta la capacidad de goce en lo que respecta al Derecho Patrimonial, pues no se le restringe su titularidad de derechos y obligaciones valuables en dinero. Por lo que respecta al Derecho Familiar, al sujeto a interdicción si se le imponen restricciones como son el carecer de aptitud para casarse (art. 156, fracc. VIII y IX). Es tal la trascendencia de lo anterior, que el artículo 267 en su fracción VII señala como causal de divorcio el que un cónyuge sea declarado en interdicción; para ejercer la patria potestad y para ser tutor o curador y en general para ser representante de persona alguna.

Ahora, el mayor de edad que no esté sujeto a interdicción si tiene una restricción en lo que respecta a la adopción, puesto que están incapacitados para adoptar si no han cumplido los veinticinco años de edad y además no haya una diferencia mínima de diecisiete años entre adoptante y adoptado, de conformidad con el artículo 390 del Código Civil.

Ahora, la mayoría de edad que señala el Código Civil no es la única. En ramas como el Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Laboral y Derecho Agrario entre otras, manejan distintas mayorías de edades para tener la titularidad de ciertos derechos: ciudadanía, votar, desempeñar cargos públicos, imputabilidad por delitos, etc.

Ahora, existen restricciones comunes tanto para los mayores como los menores de edad en su carácter de cónyuges, según se desprende de varios preceptos del Código Civil:

"Art. 174: Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración."

"Art. 175: También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad.

La autorización, en los casos a que se refieren éste y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando

resulten perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges."

"Art. 176: El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes."

En cuanto a los cónyuges divorciados, sean mayores o menores, el artículo 289 establece que el cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá contraer nuevo matrimonio sino después de dos años contados a partir de que cause ejecutoria la sentencia que lo decrete. Si los cónyuges se divorcian voluntariamente, no podrán contraer nuevo matrimonio sino después de un año a la ejecutoria del divorcio.

La mujer mayor o menor no puede contraer nuevo matrimonio sino pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere luz a un hijo. En los casos de nulidad o divorcio, puede contarse este tiempo a partir de la interrupción de la cohabitación (art. 158).

Una restricción más la establece el artículo 177, al señalar que el marido y la mujer, mayores o menores, podrán ejercitar los derechos y las acciones que tengan el uno con el otro, pero la prescripción no corre mientras dure el matrimonio. Esto lo reitera la fracción II del artículo 1167. El mismo artículo 1167 establece que además la prescripción no puede correr entre ascendientes y descendientes durante la patria potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley; entre los incapacitados y sus tutores o curadores, mientras dure la tutela; entre copropietarios o coposeedores, respecto del bien común; contra los ausentes del Distrito Federal que se encuentren en servicio público; y contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra.

d) Capacidad para heredar:

De los artículos 1313 y 1314 del Código Civil se desprende la incapacidad para heredar por falta de personalidad. Esto se aplica a los que todavía no han sido concebidos o a los concebidos que no nazcan viables.

Los artículos 1316 y 1317 señalan una serie de supuestos de incapacidad por razón de delito, como la tiene el cónyuge adúltero o su coautor, el homicida del autor de la sucesión, los padres o el padre que hubieren expuesto al hijo, los padres que abandonaren a sus hijos, prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor, respecto de los ofendidos; quien ejerciere violencia contra alguien para que haga o revoque su testamento, etc.

Existen una serie de supuestos por virtud de presunción de influjo contrario a la libertad del testador: Son incapaces para adquirir por testamento del menor los tutores o curadores (art. 1321 del Código Civil); el médico asistente del testador en su última enfermedad si durante ella éste hizo su testamento (art. 1323); el notario, los testigos y los parientes de éstos (art. 1324).

El albacea, tutor o curador son incapaces para heredar por renuncia o remoción en el desempeño de sus cargos, de conformidad con el artículo 1331 y siguientes.

e) Extranjeros:

El artículo 33 Constitucional establece una limitación a la capacidad jurídica de los extranjeros, al indicar que éstos "no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país." Los derechos de esa índole se entienden reservados a ciudadanos mexicanos.

En cuanto a derechos patrimoniales, la fracción I del artículo 27 Constitucional establece:

"Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas."

En seguida se abre la puerta a los extranjeros:

"El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo."

En seguida se establece una restricción que es absoluta:

"En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas."

De conformidad con el artículo 4 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, los extranjeros tienen prohibido participar en sociedades que se dediquen a radio, televisión, transporte automotor urbano, inter-urbano y en carreteras federales, transportes aéreos y marítimos nacionales, explotación comercial, distribución de gas y otros objetos sociales señalados en dicho precepto.

Sólo inversionistas mexicanos pueden participar en el capital de tales empresas.

f) Ministros de los cultos:

Estimo pertinente estudiar este capítulo, pues en vista del decreto de fecha 27 de enero de 1992, se reformó el artículo 130 constitucional. Lo que sobresale de esta reforma es que por virtud de la misma, se le reconoce personalidad jurídica a las iglesias y agrupaciones religiosas, pero claro está, con restricciones:

Los ministros de los cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados, salvo que dejen de ser ministros de culto con la anticipación y en la forma que establezca la ley reglamentaria. Los ministros de los cultos no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de algún candidato. Tampoco podrán en reunión pública, en actos de culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.

Si se remite a la capacidad para heredar, de conformidad con el artículo 1325 del Código Civil son incapaces para heredar de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tenga parentesco dentro del cuarto grado. El artículo 130 Constitucional a su vez dispone:

"Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado."

2. Capacidad de ejercicio: El Maestro Domínguez Martínez la define de la siguiente manera:

"Es la aptitud del sujeto para ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer en juicio por derecho propio."³⁸

El Maestro Rojina Villegas establece:

"Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones

³⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil, op cit., p. 176.

conducentes ante los tribunales." ³⁹

Es la parte complementaria de la capacidad en general. Se tiene capacidad de ejercicio simple y sencillamente porque se tiene capacidad de goce.

El Maestro Ortiz Urquidi señala:

"Dicha capacidad necesariamente supone la de goce, pues si ésta no existe, tampoco puede existir aquélla, y ello por la sencilla razón de que si no es titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce) no es posible pensar en el ejercicio de los primeros ni en el cumplimiento de las segundas, ni por otro ni por sí (capacidad de ejercicio) en forma o manera alguna." ⁴⁰

Cabe anotar que el inicio de esta capacidad no coincide con el de la capacidad de goce. Necesariamente hay que referirlo a una época posterior, la cual se señala en el comienzo de la mayoría de edad, o sea, a los dieciocho años cumplidos, de conformidad con el artículo 646 del Código Civil. Sin embargo, el mismo ordenamiento prevé el adelanto de la capacidad de goce, el cual se entenderá mejor al estudiar la emancipación.

Esta capacidad también está sujeta a graduaciones. Siguiendo las ideas del Maestro Ortiz Urquidi, se habla en primer lugar de un máximo grado de incapacidad de ejercicio, y de subsecuentes grados en orden decreciente. Así, en este orden de ideas, se tiene:

a) Concebido no nacido y persona mayor interdicta: A ambos les corresponde el máximo grado de incapacidad. El concebido no nacido y la persona mayor interdicta carecen de toda facultad o posibilidad física en cuanto al primero y jurídica en cuanto al segundo de ejercer por sí mismos sus derechos y de cumplir sus obligaciones.

b) Incapacitado que no disfruta de su cabal juicio: La regla general es que tal incapacitado carece de aptitud para participar en la vida jurídica. Sin embargo, esta regla tiene una excepción: La posibilidad de otorgar testamento en un momento de lucidez y previa la satisfacción de requisitos señalados en la ley. (art. 1307 del Código Civil).

³⁹ Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., quinta edición, México, 1985, p. 445.

⁴⁰ Ortiz Urquidi, Raúl, Derecho Civil (Parte General), Editorial Porrúa, S.A., tercera edición, México, 1987, p. 307.

c) Menor no emancipado: En un principio, carece de facultades para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones personalmente. Pero se le reconoce la facultad para testar si es que ya cumplió los dieciséis años (art. 1306, frac. I); de conformidad con los artículos 428, frac. I, 429 y 537, frac. IV, se le faculta para administrar personalmente los bienes que haya adquirido por su trabajo.

d) Menor emancipado: Primero hay que explicar en que consiste la emancipación: La emancipación implica un adelanto en la capacidad de ejercicio. El único medio de lograr la emancipación es por el sólo hecho de que un menor contraiga matrimonio, y así por ministerio de ley, se da la emancipación, sin que se requiera de resolución judicial. Ahora, la emancipación necesariamente tiene que ser antes de la mayoría de edad, ya que al llegar ésta la capacidad de ejercicio es plena y por tanto inútil la emancipación.

Del contenido del artículo 643 del Código Civil, el menor emancipado tiene la libre administración personal de todos sus bienes y por ello no sólo de los que haya adquirido por su trabajo, sino también los que sean suyos por cualquier otro título. Tiene además la libre disposición de los muebles (fracción I del mismo artículo, contrario sensu). Tiene las siguientes restricciones: Necesita de autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces (frac. I del mismo artículo); necesita de un tutor para negocios judiciales (frac. II del mismo artículo).

El mínimo de edad requerida para obtener la emancipación y por ende el adelanto en la capacidad de ejercicio, es la edad de catorce años para las mujeres y dieciséis años para los hombres, ya que éstas son las edades requeridas para poder contraer matrimonio.

e) Mayor de edad: Goza plenamente de capacidad de ejercicio. Basta leer el artículo 647 del Código Civil: "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes."

Estudiado lo anterior, caben hacer algunas observaciones:

Si bien es cierto que la plena capacidad de ejercicio se alcanza a los dieciocho años de edad, puede acontecer que determinada persona llegue a padecer alguna perturbación psíquica que la convierta en incapaz, y por ende no pueda intervenir personalmente en la vida jurídica. Entonces surge la institución de la interdicción, cuyo efecto es precisamente el de anular la capacidad de ejercicio, mediante declaración judicial, de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles (art. 462 del Código Civil).

El Código Civil considera que hay dos tipos de incapaces: Aquéllos cuya incapacidad es al mismo tiempo natural y legal; y aquéllos cuya incapacidad es sólo legal. En cuanto al primer tipo, éste lo desarrolla el artículo 450 del Código Civil, el cual establece:

"Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;
- III. Los sordo-mudos que no saben leer y escribir;
- IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes."

Así, los tres últimos supuestos se refieren a la interdicción. El Maestro Ortiz Urquidí considera que la minoría de edad es una especie de interdicción considerada en sentido amplio. A las otras especies las considera interdicción en sentido estricto. Mi opinión personal es que la minoría de edad no es una especie de interdicción, ya que ésta debe ser decretada judicialmente. La minoría de edad no se decreta judicialmente, salvo que se designe un tutor al pupilo cuando no haya alguien que ejerza la patria potestad. Así, en este caso se decreta el estado de minoridad, mas no el estado de interdicción.

La incapacidad legal la menciona el artículo 451 del Código Civil, el cual dispone:

"Los menores de edad emancipados por razón de matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo del capítulo I del título décimo de este libro."

El precepto al que se refiere éste artículo es el 643 del Código Civil, el cual ya fue estudiado.

B.1.3.3) Estado civil.

Comparativamente, las personas físicas y las morales cuentan con los mismos atributos, siendo el atributo del Estado la excepción, pero sólo en lo que atañe a su aspecto familiar o civil.

El Maestro Rafael de Pina lo define de la siguiente manera:

"Es el conjunto de las cualidades que la ley toma en consideración para atribuirles efectos jurídicos."⁴¹

⁴¹ De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil, Volúmen I, op cit., p. 214.

La generalidad de autores dice que el concepto de estado tiene dos acepciones:

1. Estado de familia: Más conocido como Estado Civil.

2. Estado político: Es la situación de la persona física o moral respecto al Estado al que pertenezca, para determinar las calidades de nacional o extranjero.

Aquí hay un desmembramiento de la noción de Estado, y es tal su trascendencia que llega a convertirse en un atributo más de la persona, tanto física o moral, que es la Nacionalidad, que es objeto de una posterior referencia.

Sin embargo, hay aún otros autores que reconocen otra situación jurídica que se le considera como estado: La posición guardada por el socio ante la sociedad, o sea, el status o estado de socio. El Maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez señala al respecto:

"El contrato de sociedad establece diversos derechos a favor del socio, que éste ejerce frente a la sociedad. Al mismo tiempo, el socio tiene obligaciones que satisfacer. Estos derechos y estas obligaciones derivan de la calidad de socio, la que no es, pues, un derecho, ni siquiera una relación jurídica, sino más bien, 'un presupuesto de relaciones jurídicas.'" ⁴²

Estos derechos se traducen en los que tiene el accionista para participar en las utilidades, para obtener dividendos, para obtener su cuota de liquidación, para votar en las asambleas, para estar informado de la marcha de la sociedad, etc. En cuanto a las obligaciones, consisten en entregar su aportación, cumplir los acuerdos sociales y su fidelidad frente a la sociedad.

El Estado Civil como atributo exclusivo de las personas físicas, se traduce en la situación jurídica de una persona frente a los miembros de su familia, y cuya consecuencia es que esa persona en un momento dado pueda tener el carácter de ascendiente; descendiente; cónyuge; hermano; y aún de pariente colateral hasta el tercer (tío) o cuarto (primo hermano) grado; de pariente por afinidad o por adopción.

Esta situación de la persona origina un cúmulo de relaciones jurídicas, que se traducen a su vez en un cúmulo de derechos y obligaciones. Piénsese en un primer término las consecuencias que se derivan de tener un status de hijo o descendiente: El deber que tienen de honrar y respetar a sus padres y demás

⁴² Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., sexta edición, México, 1981, p. 74.

ascendientes (art. 411 del Código Civil). Están obligados a dar alimentos a sus padres siempre que cuenten con esa posibilidad (art. 304). Entre los múltiples derechos que tiene, está el de recibir alimentos (art. 303). Tienen derecho a recibir una educación (art. 422), etc.

Y así, los que ejercen la patria potestad también tienen múltiples derechos y obligaciones, como es el proporcionar alimentos (art. 303); proporcionar la educación del hijo (art. 422), la facultad de corregirlos y la obligación de observar una buena conducta que les sirva de ejemplo, etc.

En cuanto al matrimonio, éste genera toda una gama de derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges: Derecho a la cohabitación, a la relación sexual, a la fidelidad, al socorro y ayuda mutuos, etc.

Los hermanos y los colaterales estarán obligados en su caso a desempeñar la tutela legítima, podrán comparecer a la sucesión como herederos legítimos, etc.

Estos son sólo algunos ejemplos que ilustran la importancia de éste atributo y el cúmulo de relaciones jurídicas que se derivan del mismo.

B.1.3.3) Patrimonio.

El Maestro Domínguez Martínez lo define de la siguiente manera:

"El patrimonio, en términos generales, es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica."⁴³

El patrimonio de una persona está integrado por dos elementos:

a) Activo: Todo aquello de contenido económico que favorece a su titular, o sea, el conjunto de bienes y derechos pertenecientes a una persona. El activo constituye la garantía global de una persona frente a sus acreedores. A través de éste preservan sus créditos y los hacen efectivos en su caso. Es el aspecto positivo del patrimonio.

El Maestro Domínguez Martínez señala lo siguiente respecto de su contenido:

"Los componentes únicos del activo de un patrimonio son los derechos reales y los de crédito. Los primeros son una serie de poderes jurídicos, de manifestaciones de señorío del sujeto respecto de los bienes

⁴³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil, op cit., p. 215.

sobre los cuales esa potestad legal recae y que las demás personas están obligadas a respetar y a no estorbar su ejercicio. Los segundos son prestaciones o abstenciones de contenido económico que el titular de ese patrimonio como acreedor, puede exigir en cada caso a uno o varios sujetos en particular, sus respectivos deudores en la relación jurídica que surge entre éstos y aquél." ⁴⁴

b) Pasivo: Todo aquello de contenido económico que es a cargo de su titular, o sea, un conjunto de obligaciones que constituyen el aspecto negativo.

Respecto de lo que es una obligación, el Maestro Domínguez Martínez señala:

"La obligación se considera como la relación jurídica por la que el deudor queda sujeto para con el acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que éste puede exigir de aquél." ⁴⁵

Estudiados estos dos elementos, se puede apreciar el interés que tienen los acreedores de un deudor en que el activo de su patrimonio supere el pasivo. De lo contrario, el deudor cae en la insolvencia, lo cual trae aparejada la consecuencia de que se verá en la imposibilidad de cubrir sus deudas.

En un principio, el deudor responde a sus acreedores con la totalidad de sus bienes, sean presentes o futuros. Esto se conoce como la "prenda general tácita del deudor". Al efecto, el artículo 2964 del Código Civil establece:

"El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la Ley, son inalienables o no embargables."

A su vez el artículo 2166 explica lo que es la insolvencia:

"Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso consiste en el conocimiento de ese déficit."

Los bienes y derechos que constituyen el activo y las obligaciones que constituyen el pasivo, deben tener un contenido económico, o sea, ser apreciables en dinero. No se pueden incluir derechos extrapatrimoniales como los que se derivan del Estado Civil, del derecho de familia, etc. Estos derechos corresponden a la personalidad, que a su vez tiene como un atributo al patrimonio.

⁴⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op cit.*, p. 217.

⁴⁵ *Idem.*

Lo anterior es un resultado de la doctrina y de teorías de muchos autores, y cuya mayoría concuerda en que el patrimonio solamente se le puede concebir desde el punto de vista económico, o sea, todo aquello que lo constituye debe en una última instancia ser susceptible de poder valorizarse en dinero. No obstante, el Maestro Gutiérrez y González señala:

"El patrimonio en definitiva, está formado por dos campos; el económico o pecuniario, y el moral, no económico o de afección, al cual también puede designársele como Derechos de la personalidad." ⁴⁶

El citado jurista, en base a todo un estudio que efectuó, estima que si bien el patrimonio se integra por un conjunto de bienes, no se debe limitar el contenido de esos bienes como solamente pecuniario. Dice que dentro del campo patrimonial deben incluirse el derecho al nombre, al honor o reputación, al secreto de su vida privada, etc. Dice además que el Código Civil protege intereses de índole moral aunque todavía los considere de carácter extrapatrimonial. Cita el artículo 1916 del mismo ordenamiento, el cual en su primer párrafo señala: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás." Así, el que sufra un daño de esta índole tiene el derecho a la reparación por el daño material causado. El artículo 2116 habla también sobre esto, así como el artículo 143 en relación al incumplimiento del convenio de sponsales.

Se esté o no de acuerdo con la idea de que el patrimonio también tiene un contenido moral, estimo conveniente citar la definición que proporciona el Maestro Gutiérrez y González en relación a este atributo:

"Es el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de Derecho." ⁴⁷

El patrimonio constituye una universalidad jurídica. Este conjunto de bienes, derechos y obligaciones constituyen una entidad abstracta. Esta unidad permanece estática, no obstante la circulación de esos elementos (bienes, derechos, etc.). Entonces, el patrimonio es objeto de una modificación constante en cuanto a su contenido. No obstante, siempre será el mismo.

El contenido del patrimonio ha sido objeto de discusión a lo largo de la historia. Se han elaborado

⁴⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *El Patrimonio*, Editorial Porrúa, S.A., tercera edición, México, 1990, p. 45.

⁴⁷ Idem, p. 46.

diversas teorías, de las cuales destacan las siguientes:

- I. Teoría del patrimonio personalidad.
- II. Teoría del patrimonio afectación.

1. Teoría del patrimonio personalidad: Sustentada por Aubry y Rau. También se le conoce como la teoría clásica.

Esta teoría establece que el patrimonio está integrado por una serie de bienes, derechos, obligaciones y cosas que en su conjunto lo constituyen como una entidad abstracta, una universalidad jurídica mantenida invariablemente como un atributo de la persona de Derecho. El patrimonio es entonces una emanación de la personalidad misma.

Esta teoría descansa en los siguientes principios:

1. Sólo las personas pueden tener un patrimonio.
2. La persona necesariamente debe tener un patrimonio.
3. La persona sólo puede tener un patrimonio.
4. El patrimonio es inseparable de la persona.

Esta teoría es objeto de críticas por parte de juristas entre los que figuran Rojina Villegas y Gutiérrez y González, los cuales sostienen que esta teoría propicia a que se confundan los conceptos de patrimonio y capacidad, en atención al principio que establece que la persona necesariamente debe tener un patrimonio. O sea, que además de considerar al patrimonio como un conjunto de bienes presentes, se le considera también como la aptitud para adquirir bienes futuros, llegando hasta el extremo de admitir que puede existir el patrimonio sin los bienes presentes, bastando la posibilidad de adquirirlos en el futuro. Entonces, la persona siempre tiene capacidad para adquirir bienes, pero esa aptitud de adquirir no es el patrimonio.

El principio que establece que la persona sólo puede tener un patrimonio también es objeto de crítica. El Derecho positivo ofrece casos de dos patrimonios separados, perfectamente distinguibles entre sí, de los cuales un mismo sujeto es el titular. El caso en particular se trata de la aceptación de la herencia por parte del heredero, la cual se entenderá siempre a beneficio de inventario, aunque dicho beneficio no se invoque en forma expresa, de conformidad con el artículo 1678 del Código Civil. Así, en tanto no se haga la

liquidación de la herencia y se determine si existe o no un haber líquido hereditario, el patrimonio personal del heredero no se confunde con el patrimonio que hereda, pues sus acreedores no pueden ejecutar sus créditos en el haber hereditario, en perjuicio de los acreedores de la sucesión, ni éstos pueden embargar bienes del heredero, si el activo hereditario no alcanza para cubrir el pasivo, en virtud del beneficio de inventario. Sólo hasta que se liquida la herencia, ya cubierto el pasivo, el remanente pasará a formar parte del patrimonio del heredero, volviendo a ser titular de un sólo patrimonio.

El principio de que el patrimonio es inseparable de la persona también ha sido criticado. En un principio, las transmisiones que se hagan del patrimonio sólo pueden abarcar elementos, mas no la totalidad, siempre y cuando sean por actos entre vivos. O sea, las transmisiones por actos entre vivos sólo pueden ser a título particular. Las transmisiones a título universal sólo pueden ser por causa de muerte (sucesión). El Maestro Gutiérrez y González señala respecto a esto:

"No se puede sostener en forma válida, que el ser humano no puede durante su vida transmitir su patrimonio a otra persona, o en un momento dado también no tenerlo...tan es posible enajenar el patrimonio, que la ley misma establece esa posibilidad; así el Código Civil del Distrito Federal determina en su artículo 2332 'Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.' con lo cual se aprecia la posibilidad legal de transmitir todo el patrimonio, y dejar de tenerlo, contrariamente a lo que se afirma en la tesis clásica.

No desvirtúa la anterior conclusión, el hecho de que el mismo Código establezca en su artículo 2347 que 'Es nula la donación que comprende la totalidad de los bienes del donante, si éste no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según las circunstancias.' pues esta norma, viene sólo a establecer una limitación excepcional al principio de la enajenación total del patrimonio, en beneficio y protección de la sociedad. Pero aunque sea teóricamente una limitación, si la persona enajena todo su patrimonio, el acto de enajenación será válido mientras no se invoque su nulidad, y seguirá surtiendo sus efectos hasta que no se dicte una sentencia por el juez que destruya esa donación."⁴⁸

II. Teoría del patrimonio afectación: Esta teoría surgió precisamente debido a las críticas a la teoría clásica. La esencia de esta teoría consiste en que la noción de patrimonio depende del destino dado a uno o

⁴⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, *El Patrimonio*, op cit., p. 39.

más bienes para la realización en especial de un fin jurídico, de tal manera que una persona tendrá tantos patrimonios como destinos les de a sus diferentes bienes. En esas condiciones la herencia, el patrimonio del ausente, el fundo mercantil y otros son casos de patrimonio afectación. Entonces se destruye la unidad e indivisibilidad del patrimonio que sostenía la teoría clásica.

De lo analizado en las dos teorías, sin duda la más aceptada en la actualidad es la teoría clásica. El Maestro Domínguez Martínez señala:

"No estamos en caso alguno ante la existencia de un patrimonio afectación distinto del patrimonio general y único de una persona; creemos, por el contrario, y de acuerdo con los principios de la doctrina clásica, que el patrimonio es único en efecto y que todas esas masas de bienes afectos a un fin determinado representan ciertas universalidades, autónomas sí, y legalmente organizadas también, pero sin llegar a ser un patrimonio." ⁴⁹

B.1.3.4) Nombre.

El Maestro Rafael de Pina lo define de la siguiente manera:

"Es el signo que distingue a una persona de las demás en sus relaciones jurídicas y sociales." ⁵⁰

A su vez el Maestro Gutiérrez y González lo define de la siguiente manera:

"El nombre es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica todas las manifestaciones de su vida social." ⁵¹

Este atributo cumple una función muy importante, ya que permite al orden jurídico tener identificadas a todas las personas, permitiendo una claridad para establecer quien es el titular de ciertos derechos y obligaciones.

Su estructura consiste en un conjunto de vocablos, el primero o primeros opcionales, los segundos por filiación.

El primer o primeros vocablos son elegidos por quienes presentan a quien se trate al Registro Civil, para

⁴⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil, op cit., p. 232.

⁵⁰ De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil, Volumen 1, op cit., p. 210.

⁵¹ Gutiérrez y González, Ernesto, El Patrimonio, op cit., pág. 840.

hacer constar el nacimiento o el reconocimiento del que es presentado. Ese o esos vocablos son el nombre propio, prenombre, nombre de "pila" o simplemente nombre, y el cual va a individualizar al sujeto en relación con su familia.

Los segundos vocablos pasan a formar parte del nombre en virtud de la filiación, y se van a denominar apellidos. Y así, el apellido de un sujeto va a estar formado por el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre. Estos apellidos, unidos al nombre de pila, van a lograr la individualización total del sujeto frente a la sociedad.

La utilización del nombre es exclusiva de su titular. Es un derecho intransferible, inembargable e imprescriptible. Carece de un contenido económico directo, sin perjuicio de las prestaciones que una persona pueda lograr por permitir relacionar su nombre con asuntos de carácter comercial.

El nombre se tiene por el mero hecho de la procreación, aun cuando el hijo no haya sido objeto de presentación en el Registro Civil o de reconocimiento en su caso, o se hubiere condenado al progenitor en un juicio de investigación de la paternidad. Así, en estos casos, el carácter de hijo no nace a partir de ese momento. Simplemente se actualizan y legalizan esas situaciones que nacieron con la procreación.

El nombre puede estar sujeto a variaciones, ya que hay situaciones previstas y reguladas por la ley que traen como consecuencia que el nombre de una persona sea objeto de cambio. Existe también la posibilidad que una persona modifique el contenido de su nombre, sin depender de algún acontecimiento jurídico ajeno provocador de esa modificación, pero esa posibilidad no depende del simple capricho de las personas, sino cuando ello sea razonablemente procedente.

Así, la primera de esas posibilidades se conoce como cambio de nombre por vía de consecuencia. Aquí encuadran dos casos: El reconocimiento de hijo y la adopción. Respecto del primer caso, hay ocasiones en las cuales por determinadas circunstancias los apellidos paternos del padre y de la madre no participan en el nombre de quien se trata: El artículo 58 del Código Civil dispone que si una persona es presentada como de padres desconocidos, el Juez del Registro Civil le pondrá nombre y apellido con mención de ello en el acta. A su vez, el tercer párrafo del mismo artículo dispone que si el hijo es reconocido sólo por un progenitor llevará los dos apellidos del reconociente. El objeto de los dos apellidos es ocultar frente a la sociedad el origen extramatrimonial del sujeto. Sin embargo, puede acarrear el inconveniente de suponer, por la

igualdad de apellido, que el progenitor y el hijo sean hermanos.

Ahora, un posterior reconocimiento modifica el nombre del reconocido. En efecto, según el artículo 389 del Código Civil, el reconocido tiene el derecho a llevar el apellido paterno de quien lo reconoció si ya había sido reconocido anteriormente por su otro progenitor, o en su caso, los dos apellidos de quien lo reconociere primero.

En cuanto a la adopción, el adoptante tiene la opción de darle nombre y sus apellidos al adoptado, de conformidad con el artículo 395 del Código Civil. Si ejerce ésta opción, implica entonces un cambio de nombre del adoptado.

La segunda posibilidad se denomina cambio de nombre por vía directa, y se verifica cuando el interesado en ello acude a alguno de los medios ofrecidos por la ley para obtener el cambio. Esta posibilidad no la señala expresamente el Código Civil, sin embargo, se infiere del contenido del artículo 135 de ese Ordenamiento, en relación a la rectificación del acta de nacimiento, cuando se alega falsedad por un supuesto registrado que no sucedió, o bien, por enmienda, cuando se solicite variar un nombre u otra circunstancia que sea substancial o accidental. Casos de esto serían una homonimia inconveniente, una composición ridícula, etc. Pero nunca operará el mero deseo de cambio por capricho infundado.

Ahora, se debe señalar la posibilidad de utilizar un nombre distinto al que legalmente se tiene. Viene a constituir otro medio de identificación, y se le denomina seudónimo, y el cual encuentra su uso en los medios artísticos, literarios, periodísticos, y en general en el autoral. A través del seudónimo se pretende ocultar la identidad oficial al desenvolverse en el medio autoral.

Su regulación es muy limitada, y entra en el campo de la protección de los derechos de autor, y su alcance únicamente se extiende para los efectos de la publicidad autoral. Fuera de esto, no puede substituir al nombre oficial.

Para finalizar, hay que hacer referencia al apodo, que es otro medio para identificar a las personas en virtud de una habilidad física, una determinada actividad, defectos o cualidades físicas y hasta mutilaciones o minusvalías corporales.

En el campo jurídico, es casi nula su aplicación para atribuir derechos y obligaciones. Sin embargo,

dentro de la rama penal, sí constituye un medio para identificar a las personas. Y así, cuando un sujeto declara ante una autoridad investigadora, al proporcionar sus generales, debe incluir el o los apodos en caso de tenerlos, de conformidad con el artículo 291 del Código de Procedimientos Penales.

B.1.3.5) Domicilio.

El Maestro Domínguez Martínez señala:

"Es la sede jurídica del sujeto, es el lugar en el que el sistema legal lo tiene situado, a efecto de vincularlo allí en sus relaciones jurídicas con los demás sujetos y con las autoridades administrativas y judiciales competentes territorialmente en esa circunscripción."⁵²

Es un concepto fundamental para el Derecho. La persona necesita un determinado lugar para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. El domicilio permite situar al hombre en el espacio, relacionándolo con un lugar.

El Código Civil en el primer párrafo de su artículo 29 señala:

"El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encuentren."

En base a esto, el Maestro Rojina Villegas señala en relación al domicilio:

"Se define como el lugar en que una persona reside habitualmente con el propósito de radicarse en él."⁵³

Pero esta definición del citado jurista respondía al texto que tenía el mismo artículo 29 antes de la reforma del 7 de enero de 1988, el cual a la letra establecía:

"El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle."

Así, la definición del citado jurista añadía un elemento subjetivo: el propósito de radicarse en él. El elemento objetivo previsto en el Código consiste en la residencia habitual. Este elemento es susceptible de

⁵² Domínguez, Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil, op cit., p. 233.

⁵³ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, op cit., p. 189.

prueba directa. Sin embargo, el elemento objetivo no siempre es suficiente para determinar el domicilio, ya que las personas pueden tener al mismo tiempo dos residencias habituales por virtud de la naturaleza de sus ocupaciones, por vínculos de familia o por otras causas. Entonces entraría el elemento subjetivo para poder determinar el domicilio de la persona. Este elemento subjetivo dada su naturaleza no siempre se puede comprobar por pruebas directas, y aquí entrarían las presunciones. Así, la noción de este elemento subjetivo era válida previa la reforma a que se hizo referencia. La presunción de ese propósito la establecía el artículo 30 que también fue reformado el 7 de enero de 1988. Así decía el texto anterior:

"Art. 30: Se presume el propósito de establecerse en un lugar, cuando se reside por más de seis meses en él."

Ese mismo artículo señalaba la posibilidad de destruir esa presunción declarando ante la autoridad del anterior domicilio y la de la nueva residencia que no se desea perder el antiguo domicilio y adquirir uno nuevo, con la condición que no se haga en perjuicio de terceros.

Y así, por virtud de la reforma, el último párrafo del artículo 29 señala que se presumirá que una persona reside habitualmente en un lugar cuando permanezca en él por más de seis meses. De lo anterior se concluye que hoy día ya no existe ese elemento subjetivo para determinar el domicilio de una persona, mas sí el elemento objetivo. La presunción hoy día sólo sirve para determinar si una persona reside o no en un lugar, sin tomar en cuenta sus intenciones.

Así, con las recientes reformas, toda persona necesariamente debe tener un domicilio, y a falta del elemento objetivo la ley considera que el domicilio será el lugar donde radique el centro principal de sus negocios, y si no se puede determinar éste, el domicilio será el lugar donde se encuentre.

Visto lo anterior, es conveniente distinguir los conceptos de residencia y domicilio. Se entiende por residencia la estancia temporal de una persona en un cierto lugar sin el propósito de radicarse en él. No tiene el mismo alcance que el domicilio, sin embargo tiene efectos jurídicos. La residencia se toma en cuenta para hacer notificaciones judiciales, interpelaciones, levantar actas de defunción, etc. La residencia es habitual, a diferencia del domicilio que es permanente. La residencia no se impone por ley, como sí el domicilio a determinadas personas. La residencia es una situación fáctica por el que una persona físicamente está y se ubica en un lugar determinado. El domicilio es una situación jurídica, ya que aunque una persona no se

encuentra físicamente allí, la ley sin embargo lo considera como presente.

El domicilio es un concepto tan complejo que a dado lugar a que la ley reconozca varias clases de domicilios en atención a situaciones diferentes que puedan tener las personas. Una primera clase sería el domicilio general, que en un principio debe considerarse como el único de la persona pues es el que se refiere a todo el cúmulo de derechos y obligaciones de ésta, o sea, es el lugar donde está legalmente ubicado para cualquier efecto. Este es el domicilio ordinario de la persona en general, y por excepción no tendrá ese carácter para ciertas situaciones jurídicas.

Frente al domicilio general está el especial, el cual es aceptado convencional o unilateralmente por el sujeto, y se le tiene como su domicilio para algunas consecuencias jurídicas en particular, y puede coincidir con el general. Sin embargo, interesa aquí el domicilio especial como diferente del general, porque la persona tiene interés en que el cumplimiento de una obligación sea en lugar distinto de su domicilio general.

Otra clasificación se refiere al domicilio voluntario y domicilio legal. El voluntario atiende al principio de la autonomía de la voluntad, donde usualmente la persona fija su domicilio donde lo crea conveniente. El segundo caso atiende a circunstancias particulares del sujeto y por virtud de las cuales la ley le fija su domicilio. El artículo 30 del Código Civil establece:

"El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente. A su vez el artículo 31 del Código Civil enumera los casos de domicilio legal:

"Art. 31.- Se reputa domicilio legal:

- I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad esté sujeto;
- II. Del menor de edad que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor;
- III. En el caso de menores o incapaces abandonados, el que resulte conforme a las circunstancias previstas en el artículo 29;
- IV. De los cónyuges, aquél en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 29;
- V. De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados;
- VI. De los servidores públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses;

VII. De los funcionarios diplomáticos, el último que hayan tenido en el territorio del estado acreditante, salvo con respecto a las obligaciones contraídas localmente;

VIII. De las personas que residan temporalmente en el país en el desempeño de una comisión o empleo de su gobierno o de un organismo internacional, será el del Estado que los haya designado o el que hubieren tenido antes de dicha designación respectivamente, salvo con respecto a obligaciones contraídas localmente;

y

IX. De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena, en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido."

La institución del matrimonio ha dado lugar a que se reconozca una clase más de domicilio: el conyugal. El Código Civil logró a través de una serie de reformas que en un principio se reconociera este domicilio y que culminó en que se estableciera su definición en el artículo 163 del Código Civil:

"Art. 163: Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales."

Es necesaria la existencia y regulación de este domicilio. En virtud de la multitud de efectos producidos por el matrimonio, resalta el derecho de los cónyuges a la vida en común con el correlativo deber de cohabitación.

El artículo 267 en su fracción octava, si bien no habla de domicilio conyugal, señala como causal de divorcio la separación por más de seis meses de la casa conyugal sin causa justificada, y la fracción novena señala como causal la separación del hogar conyugal originada por una causa bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.

El domicilio conyugal no es mas que un caso de domicilio legal, y basta leer la fracción IV del artículo 31 del Código Civil.

El Derecho de las obligaciones abre la posibilidad de que exista otra especie de domicilio: el convencional. En un principio, el lugar para el cumplimiento de una obligación por parte del deudor es el de su domicilio, salvo que se hubiere convenido un lugar distinto; o bien si las circunstancias, la naturaleza de

la obligación o la ley, hagan depender que dicho cumplimiento sea en lugar distinto. Esto lo señala el artículo 2082 del Código Civil. A su vez el artículo 34 del mismo ordenamiento establece:

"Se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones."

Por el lugar del domicilio, un individuo queda vinculado a las autoridades judiciales y administrativas territorialmente competentes en la circunscripción de que se trate. A esas autoridades en un principio recurrirá el sujeto con más facilidad en virtud de la cercanía. Además, el domicilio es un factor tomado en cuenta con frecuencia para señalar que juez es competente para conocer ciertos asuntos. Y así surge una clase más de domicilio el cual el Maestro Jorge Magallón Ibarra denomina: domicilio competencial. Este domicilio lo regulan varias fracciones del artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles:

"Art. 156: Es juez competente:

IV. El del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o del estado civil. Cuando sean varios los demandados y tuvieren diversos domicilios, será competente el juez que se encuentre en turno del domicilio que escoga el actor;

V. En los juicios hereditarios, el juez en cuya jurisdicción haya tenido su último domicilio el autor de la herencia; a falta de ese domicilio, lo será el de la ubicación de los bienes raíces que forman la herencia; y a falta de domicilio y bienes raíces, el del lugar del fallecimiento del autor de la herencia. Lo mismo se observará en casos de ausencia;

VII. En los concursos de acreedores, el juez del domicilio del deudor;

VIII. En los actos de jurisdicción voluntaria, el del domicilio del que promueve, pero si se tratare de bienes raíces, lo será el del lugar donde estén ubicados;

IX. En los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de éstos, para la designación del tutor, y en los demás casos el del domicilio de éste;

XI. Para decidir las diferencias conyugales y los juicios de nulidad del matrimonio, lo es el del domicilio conyugal;

XII. En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el domicilio del cónyuge abandonado."

No obstante estos supuestos, la competencia en virtud del domicilio se puede convenir o prever por las partes. Esto lo avala el artículo 149 del Código de Procedimientos Civiles que en su primera parte establece:

"La jurisdicción por razón del territorio es la única que se puede prorrogar."

En materia mercantil, el Código de Comercio en su parte procesal señala en el artículo 1092:

"Art. 1092: Es juez competente aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente."

A su vez, el artículo 1093 establece:

"Art. 1093: Hay sumisión expresa cuando los interesados renuncien clara y terminantemente al fuero que la ley les concede y para el caso de controversia, señalen como tribunales competentes los del domicilio de cualquiera de las partes del lugar de cumplimiento de algunas de las obligaciones contraídas o de la ubicación de la cosa."

Finalmente, el artículo 1094 establece:

"Art. 1094: Se entiende sometido tácitamente:

- I. El demandante por el hecho de ocurrir al juez entablando su demanda, no sólo para ejercitar su acción sino también para contestar a la reconvencción que se le oponga;
- II. El demandado, por contestar la demanda o por convenir al actor;
- III. Derogada.
- IV. El que habiendo promovido una competencia se desista de ella;
- V. El tercer opositor y el que por cualquier motivo viniere al juicio en virtud de un incidente."

B.1.3.6) Nacionalidad.

Al estudiar el Estado de las personas, se apreció que este concepto tenía dos acepciones. La primera acepción fue estudiada como el Estado civil. La segunda acepción de estado es el Estado político, que es la situación que guarda la persona física o moral respecto al Estado al que pertenezca, para determinar las calidades de nacional o extranjero. Esto vendría entonces a ser la nacionalidad.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sienta las bases de lo que es la nacionalidad mexicana y lo que implica frente a la nacionalidad extranjera. El artículo 30 Constitucional establece:

"Art. 30: La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A. Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;
- II. Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos, de padre mexicano o de madre mexicana, y
- III. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B. Son mexicanos por naturalización:

- I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta de naturalización, y
- II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional."

El artículo 33 Constitucional a su vez señala que por exclusión serán extranjeros los que no tengan las calidades del artículo 30.

El trato que reciben los extranjeros en relación con los nacionales es diferente. Se reconoce a los extranjeros el derecho a las garantías individuales, pero podrán ser obligados a abandonar el territorio nacional por parte del Ejecutivo cuando juzgue su permanencia inconveniente, sin que aquí el extranjero goce de la garantía de audiencia.

En relación con la capacidad de goce, al estudiar el artículo 27 Constitucional, se vió que los extranjeros no pueden adquirir inmuebles por ningún motivo en la zona prohibida, y en inmuebles fuera de esta zona, necesitan del permiso del Gobierno mexicano y a su vez renunciar a la protección de su gobierno. En materia económica, hay actividades en las cuales por ningún motivo pueden participar los extranjeros, en otras su participación se limita a un cierto porcentaje según sea el caso. No pueden de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Los mexicanos de conformidad con el artículo 34 de la Constitución, que hayan cumplido 18 años y que tengan un modo honesto de vivir, adquieren la calidad de ciudadanos, lo cual trae aparejado una serie de prerrogativas y obligaciones exclusivas, como es el derecho de votar y ser votado, asociarse libre y pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del país, tomar las armas, etc.

En igualdad de circunstancias, los mexicanos serán preferidos a los extranjeros para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones del gobierno en que no sea indispensable la

calidad de ciudadano.

B.2) LA PERSONA MORAL:

B.2.1) Noción.

Son entes creados por la Ciencia Jurídica, aceptados por los ordenamientos legales y que se les reconoce personalidad jurídica al igual que los seres humanos. Estos entes son paralelos a los seres humanos. Como ya se vió el hombre constituye la persona física, también llamada persona jurídica individual. Frente a éstas personas, están los entes creados por el derecho que son las personas morales, llamadas también personas jurídicas colectivas.

Pero esa personalidad jurídica tiene un origen y fundamento jurídico filosófico en las personas físicas que es diferente de las personas morales. El ser humano es el creador del Estado mismo, y por ende, le exige la garantía de que va a reconocerle incondicional y absolutamente su personalidad jurídica. Esa personalidad jurídica es connatural al ser humano, y no se puede concebir hoy en día un orden jurídico que la desconozca. Y digo hoy en día, porque en tiempos pasados llegaron a existir instituciones nefastas como la esclavitud y la muerte civil.

La personalidad de las denominadas personas morales no les es connatural. Para poder surgir en el ámbito jurídico, tienen que cumplir una serie de requisitos legales, y una vez cumplidos, se les reconocerá personalidad jurídica por parte del Estado. Ese reconocimiento, si se satisficieron los requisitos, no es discrecional. Sin embargo, si hay una actitud discrecional por parte del Estado pero razonable al imponer las condiciones que debe satisfacer una agrupación o corporación para que pueda ser investida de personalidad jurídica. Satisfechas esas condiciones, de acuerdo con el orden jurídico, la agrupación adquiere su personalidad con aceptación plena por parte de la autoridad estatal.

El concepto jurídico fundamental de personalidad jurídica es exactamente igual y tiene el mismo alcance en las personas físicas y en las morales.

Las personas físicas ocupan un lugar en el espacio, mientras que la persona moral carece de esa realidad objetiva; su única realidad es la jurídica. Si bien es cierto que la personalidad jurídica es connatural a los seres humanos, no implica que les sea exclusiva.

El término de persona jurídica colectiva, sin embargo, no se puede utilizar para describir en toda ocasión a estos entes ideales. Porque estos entes, además de tener su génesis en una agrupación o corporación de seres humanos, pueden tener un origen que no implique una agrupación de personas. Tal es el caso de las instituciones de asistencia privada, pero estrictamente en lo que atañe una de sus especies: las fundaciones.

Las instituciones de asistencia privada son personas morales de interés público, las cuales con bienes que les asignan los particulares de manera irrevocable, se dedican a ejecutar actos o fines humanitarios de asistencia, sin un propósito de lucro y sin designar individualmente a los beneficiarios. Estas encuentran su regulación jurídica en la Ley de Instituciones de Asistencia Privada.

Estas instituciones pueden ser de dos especies:

1.- Asociaciones.

2.- Fundaciones.

1.- Asociaciones: Se constituyen mediante un contrato de asociación civil, y si es de asistencia privada se regirá por la ley respectiva (art. 2687 del Código Civil). Aquí se reúne un grupo de personas para dar nacimiento a una persona moral distinta de los asociados. Los bienes, cuotas o servicios que aporten los asociados se destinarán a fines de asistencia, sin propósito de lucro ni designación individual de los beneficiarios. (Arts. 1, 3 y 5 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada).

2.- Fundaciones: Ordinariamente su constitución no es mediante un contrato, sino mediante una declaración unilateral de voluntad, en la que su autor afecta bienes propios de forma irrevocable para realizar en forma permanente fines humanitarios de asistencia, sin propósitos de lucro ni designación individual de los beneficiarios (arts. 1 y 9-1o de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada).

La constitución puede ser en vida del autor de la declaración, o por causa de muerte a través del testamento del autor.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la fundación, se aprecia que aquí no existe el sustrato de la unión de personas físicas que integran la asociación. Sólo existe una obra. Sin embargo, las fundaciones tienen una finalidad que ya se señaló, un patrimonio y un órgano encargado de la representación y administración para poder lograr el fin: el patronato. Así, la fundación es la excepción de que las personas morales son también

personas jurídicas colectivas.

B.2.2) Teorías que explican su naturaleza jurídica.

El concepto de persona moral varía bastante, ya que es objeto de múltiples teorías elaboradas por juristas. Sobresalen las siguientes teorías:

1. Teoría de la ficción: El planteamiento se debe a Savigny. El dice que sólo el ser humano o el hombre singular puede ser titular de derechos, pero el Derecho positivo puede modificar ese principio al negar capacidad a algunos hombres (esclavitud, muerte civil) o al atribuírsela a entes que no son seres humanos, como acontece con las personas jurídicas. Así, la capacidad puede extenderse a estos entes creados por una mera ficción. Pero hay una delimitación en este concepto de persona jurídica, ya que la capacidad artificial de las personas jurídicas sólo puede referirse a las relaciones de Derecho Privado, o sea, sólomente al aspecto patrimonial.

Su creación es artificial y más o menos arbitraria por parte del legislador. Los entes colectivos no tienen voluntad, ni menos aún libre albedrío, y así que su personalidad reconocida por el Derecho sea totalmente artificial y contingente. Algunas entidades de derecho público sí tienen vida real desde el punto de vista sociológico, como las ciudades, municipios y Estados. Aquí, su existencia es natural o necesaria. En cambio, otras entidades como las fundaciones, sociedades y asociaciones, reconocidas por el Derecho como personas jurídicas, tienen una vida artificial que sólo puede reconocer el legislador vinculando intereses de sus diversos miembros para concederles derechos subjetivos, capacidad jurídica de actuar y posibilidad normativa de contraer obligaciones. Y así, esta clase de entes sólomente puede actuar por órganos representativos, recurriéndose entonces a una segunda ficción.

Esta teoría hoy día ya no es aceptada. Su principal enemigo fue Ferrara, representante de la teoría realista. Algunas de las críticas que formuló fueron:

1.- La circunstancia de que las corporaciones no tengan voluntad propia no puede usarse en su contra en cuanto a su existencia como personas jurídicas. Los infantes e idiotas carecen de ella y sin embargo son sujetos de derecho.

2.- Regresando a su carencia de voluntad, los órganos que las representan, que sí tienen voluntad, acabarían siendo entonces los sujetos de los derechos y obligaciones.

3.- No se puede limitar su campo de acción sólo a relaciones patrimoniales, poseen también múltiples derechos extrapatrimoniales.

4.- El decir que son seres ficticios creados por la ley sería entonces admitir que el Estado es un ente ficticio, ya que también es una persona jurídica colectiva. Sería un absurdo admitir que una ficción pueda crear otras ficciones. Aunque Savigny haya aclarado que las entidades de derecho público tienen una existencia legal y necesaria, lo único que hace entonces es desvirtuar su propia teoría.

II. Teoría de Ferrara: Señala este jurista al respecto:

"Las personas jurídicas pueden definirse como asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho."⁵⁴

Así, esta teoría se contrapuso directamente a la teoría de la ficción. Las personas jurídicas son una realidad, no una ficción. Son una realidad aunque no ocupen un lugar en el espacio. Son reales pues existen en el pensamiento, en antítesis a lo imaginario y fingido. Si se acepta la existencia de otras formas jurídicas como la obligación, el contrato, etc., no queda otra opción que la de aceptar la existencia de las personas jurídicas. Son una realidad ideal jurídica.

De la definición citada, se desprende que los elementos de las personas morales son los siguientes: 1.- Una asociación de hombres o una institución; 2.- Un fin; 3.- El reconocimiento del orden jurídico a esa institución o asociación como sujeto de derecho.

Una asociación no sólo abarca agrupaciones que se forman voluntariamente, sino también las que se forman sin un consentimiento de los asociados por virtud de condiciones sociales y vínculos de sangre.

Las instituciones, por su parte, no son un grupo de miembros sino un conjunto inorgánico de destinatarios que quedan fuera de la constitución del ente. El constituyente quien ordena la obra también asigna un patrimonio necesario para el funcionamiento estable. La esencia de estas personas jurídicas es la determinación del establecimiento que se va a crear, el fin que se va a realizar y el lugar donde va a surgir y desarrollarse, y que sumados le dan una individualidad propia.

El fin de las asociaciones o instituciones debe ser determinado, posible y lícito.

⁵⁴ Citado por Domínguez Martínez, Derecho Civil, op cit., pág. 281.

El reconocimiento del orden jurídico tiene un valor constitutivo, ya que a la existencia sociológica de los entes jurídicos se agrega su existencia jurídica que depende exclusivamente del Derecho. Antes del reconocimiento se trata sólo de entes que aspiran a la personificación. Sólo el reconocimiento produce la personalidad y su protección y regulación por el Derecho.

III. Teoría de Kelsen: La persona jurídica no constituye una entidad aparte e independiente del derecho objetivo, sino que es el mismo sistema personificado, de tal manera que la persona jurídica individual es la personificación del conjunto de normas relacionadas con los derechos, obligaciones y actos del ser humano. La persona jurídica se presenta también como un centro ideal de imputación de normas, facultades y deberes, relacionados con la conducta de un conjunto de hombres. Esa conducta colectiva constituye una entidad distinta de ella. Para Kelsen, la personalidad jurídica como creación del derecho, tiene tres acepciones:

- 1.- Es la personificación de un sistema jurídico parcial o total.
- 2.- Es el centro común de imputación de actos jurídicos, para crear un ente que represente idealmente ese centro al cual se imputen los actos.
- 3.- Es el centro común de imputación de derechos y deberes subjetivos.

Cuando se puede referir un acto jurídico a alguien, por el sólo hecho de referirlo a un determinado ente, se ha elaborado el concepto de sujeto de derecho, porque el sujeto no es otra cosa que el soporte al cual se imputan determinados actos, tanto de la persona jurídica individual, como de la colectiva. Por virtud del proceso de imputación es como se crea la personalidad jurídica.

IV. Teoría de Brinz: Las personas morales son en realidad verdaderos patrimonios de afectación. Hay dos clases de patrimonios: Los referidos a la persona física, o sea al hombre, en cuyo caso la ley finca la representación de los mismos a través de sus titulares como personas físicas. Aquí no hay problema en la representación de estos bienes ya que tienen un titular. Pero existen diversos conjuntos de bienes, derechos y obligaciones formando una universalidad jurídica con identidad propia, pero que no pueden referirse a un hombre, pero que el Derecho los organiza, protege, y reconoce como si fueren una entidad que puede ser soporte de derechos y obligaciones. Esta entidad no es un sujeto de derechos y obligaciones, es simplemente soporte de los mismos; no son derechos de alguien, sino de algo: el patrimonio.

La unidad creada en el patrimonio afectación se alcanza en virtud de un fin, que puede ser jurídico, económico o de naturaleza mixta.

Se personifica a un patrimonio, descartando así la idea de derechos sin sujeto.

Ferrara también criticó esta teoría, aunque admitió que era un progreso en relación con la teoría de la ficción. Dice que para Brinz lo que existe para los entes colectivos es un patrimonio de destino que viene a sustituir en virtud de su propio fin al sujeto de derecho, de tal manera que ese patrimonio no es de algún sujeto, sino de algunas cosas, que también pueden ser materia de una regulación jurídica. Pero Ferrara niega rotundamente que puedan existir derechos sin sujeto. La propiedad sólo puede referirse a los hombres, mas no a un fin. Ferrara indica que puede haber personas jurídicas sin patrimonio, atacando con ésto la base de la teoría.

Brinz reconoce la insuficiencia de su tesis cuando trata de explicar la representación del patrimonio en atención al fin, ya que admite que el representante se convierte en un verdadero titular.

Independientemente de las críticas, es quizá la única teoría que pueda citarse para explicar a las fundaciones.

B.2.3) Enumeración.

El artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

"Art. 25: Son personas morales:

- I. La nación, los estados y los municipios;
- II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;
- III. Las sociedades civiles y mercantiles;
- IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;
- VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley; y
- VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736."

B.2.4) Atributos:

B.2.4.1) Capacidad.

Si bien es un atributo en común con las personas físicas, varía en sus dos aspectos, o sea, capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

a) Capacidad de goce: La capacidad de goce en las personas morales, al igual que en las personas físicas, es objeto de graduación. Hay un límite en virtud del cual la persona moral puede ser titular de derechos y obligaciones. Esto se rige por el principio que establece el artículo 26 del Código Civil:

"Art. 26: Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución.

El Maestro Rojina Villegas señala al respecto:

"En las personas morales su capacidad de goce está limitada en razón de su objeto, naturaleza y fines. Podemos formular como regla general la de que dichas entidades no pueden adquirir bienes o derechos o reportar obligaciones que no tengan relación con su objeto y fines propios." ⁵⁵

No obstante esta limitación, no se puede considerar como absoluta. La consecuencia de los actos que una persona moral efectúe en exceso de su objeto, ha dado lugar a múltiples opiniones y tratamientos. Me refiero a los actos ultra vires, cuyo desarrollo se hará en el capítulo de la Sociedad Mercantil.

b) Capacidad de ejercicio: La idea de capacidad de ejercicio en una persona moral es muy compleja. En primer lugar, si la capacidad de ejercicio lleva aparejada la voluntad y la inteligencia, caracteres del ser humano, habría que concluir que los entes inanimados contruidos por el Derecho, o sea las personas morales, carecen completamente de capacidad de ejercicio. Y así para su actuación jurídica, las personas morales al igual que las personas físicas desposeídas de inteligencia, concebidas pero no nacidas, menores, etc. requieren de alguien con capacidad de ejercicio para que las represente, y entonces se hablaría de una representación legal de personas morales.

La tendencia anterior es completada por el Maestro Domínguez Martínez, aunque él no sea partidario de ella:

"En concreto, son los representantes legales de las personas morales, que obran como sujetos externos

⁵⁵ Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, op cit., p. 426.

independientes y ajenos a ella y precisamente mediante la intervención de dichos representantes es que se subsana y se suple la falta de capacidad de los entes indicados." ⁵⁶

Existe otra tendencia que a mi juicio es la idónea para explicar la capacidad de ejercicio de las personas morales. Se establece que a las personas morales no se les puede atribuir una graduación de capacidad de ejercicio, tal como sucede en las personas físicas. Entonces, tienen plena capacidad de ejercicio. Pero si carecen de voluntad e inteligencia por su naturaleza, ¿Cómo puede entonces concebirse la idea de que pueden actuar, y por ende, tener plena capacidad de ejercicio? La respuesta se encuentra en la Teoría de los órganos, que viene a constituir un adelanto de la ciencia jurídica. Sin embargo, dada la estructura del presente trabajo, estimo pertinente desarrollar el alcance de esta teoría al estudiar a la sociedad anónima, ya que esta especie de persona moral es el objeto central de este estudio, y donde la Teoría de los órganos encuentra su mejor acogida.

Por el momento basta decir que los órganos de las personas morales como elementos estructurales no son representantes de ellas, aunque sin embargo tengan esa facultad, y repito, facultad, sino que son el medio por el que actúan tanto internamente como frente a terceros. Simple y sencillamente, actúa el órgano, actúa la sociedad.

B.2.4.2) Patrimonio.

No requiere de mayor comentario este atributo. Tiene el mismo alcance que en la persona física. El patrimonio de una persona moral se compone de un aspecto activo, comprendido por los derechos reales y de crédito, y un aspecto pasivo, comprendido por las obligaciones. Todo esto constituye una universalidad jurídica de contenido económico.

B.2.4.3) Denominación o razón social.

Aquí por analogía con las personas físicas, las personas morales requieren también de un medio por el cual puedan ser identificadas individualmente frente a otras personas morales. En la persona física ese medio es el nombre. En cuanto a las personas morales, aquí también se contempla como género el nombre desarrollando como contenido la denominación o razón social, en el que uno u otro son aplicables según la

⁵⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil, op cit., p. 292.

especie de persona moral que se trate.

En primer lugar, la razón social se debe emplear en aquellas sociedades en que lo que más se toma en cuenta es la calidad personal del socio (sociedades de personas). La denominación, en cambio, se emplea en aquellas sociedades en las que lo que se toma en cuenta es la aportación del socio (sociedades de capitales). Cabe señalar también que existen sociedades que tienen la opción de emplear una razón social o una denominación.

Se tratará más sobre este punto en el capítulo de la Sociedad Mercantil.

B.2.4.4) Domicilio.

El artículo 33 del Código Civil establece:

"Art.33: Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración.

Las que tengan su administración fuera del Distrito Federal pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliados en este lugar; en cuanto a todo lo que a esos actos se refiera.

Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales."

Este es el principio general del domicilio que fija el derecho común. A lo establecido por el citado precepto se puede añadir que las personas morales pueden también al igual que las personas físicas pactar domicilios convencionales para el cumplimiento de obligaciones, y en materia procesal también están sujetas a lo establecido por el artículo 156, 149 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, así como los artículos 1092, 1093 y 1094 del Código de Comercio.

Se desarrollará más este atributo en el capítulo de la Sociedad Mercantil.

B.2.4.5) Nacionalidad.

El artículo 5 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización señala al respecto:

"Son personas morales de nacionalidad mexicana, las que se constituyen conforme a la ley de la República y tengan en ella su domicilio legal." De la lectura de este artículo se desprende que para que una persona moral pueda ser considerada mexicana, debe cumplir con dos requisitos que son el estar constituida

conforme a las leyes del país y tener establecido su domicilio en el territorio nacional.

En materia de inversiones extranjeras, se toman en cuenta más factores. El artículo 2 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera establece que considera como inversión extranjera, además de la que realizan las personas físicas, morales y unidades económicas sin personalidad jurídica, todas extranjeras, la que realicen las empresas mexicanas en que participe mayoritariamente el capital extranjero o en las que los extranjeros tengan por cualquier título la facultad del manejo de la empresa.

Se puede concluir todo lo anterior estableciendo que las personas morales constituyen una verdadera realidad dentro del mundo jurídico, y junto con las personas físicas, son sujetos de derechos y obligaciones, en razón de que tienen personalidad jurídica y una serie de atributos que en conjunto hacen que esa personalidad jurídica se manifieste.

CAPITULO CUARTO
LA SOCIEDAD MERCANTIL

CAPITULO IV. LA SOCIEDAD MERCANTIL.

A) NOCION.

La sociedad mercantil viene a ser un sujeto de derecho reconocido con la calidad de comerciante. El artículo 3 del Código de Comercio, en sus fracciones II y III, establece:

"Art. 3: Se reputan en derecho comerciantes:

I...

II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio."

Por ende, las sociedades mercantiles se regirán por las leyes mercantiles. Pero surge una pregunta muy interesante: ¿El carácter mercantil de la sociedad lo determina la naturaleza de las actividades que realiza, o sea, dicho en términos generales, si realiza los actos de comercio enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio, entonces será mercantil? La respuesta es negativa. No quiere decir *sin embargo* que una sociedad mercantil no realice actos de comercio, sino que simple y sencillamente dichos actos no constituyen el fundamento del carácter mercantil de la misma. Si así fuere, se estaría frente a un criterio material para determinar si una sociedad es mercantil o no.

Ahora, es preciso determinar el fundamento legal de una sociedad mercantil, y como el artículo 2 del Código de Comercio remite lo no reglamentado por éste al derecho común, entonces hay que estudiar primero al Código Civil. Por ende, para entender la sociedad mercantil, hay que estudiar primero al Contrato de Sociedad Civil. El artículo 2688 del Código Civil señala:

"Art. 2688: Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial."

Así en primer término, la sociedad mercantil vendría a tener un fin preponderantemente económico que si constituye una especulación comercial, por lo que entonces si cabría un criterio material para determinar ese carácter. Pero no es así. Regresando a las leyes mercantiles, el artículo 4 de la Ley General de Sociedades

Mercantiles dispone:

"Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo I de esta ley."

A su vez el artículo I del citado ordenamiento establece:

"Art. I: Esta ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

- I. Sociedad en nombre colectivo;
- II. Sociedad en comandita simple;
- III. Sociedad de responsabilidad limitada;
- IV. Sociedad anónima;
- V. Sociedad en comandita por acciones;
- VI. Sociedad cooperativa."

Así, el criterio utilizado para determinar el carácter mercantil de una sociedad es el formal. El Maestro Mantilla Molina señala al respecto:

"Las personas morales organizadas conforme a alguno de los tipos de sociedades mercantiles tienen la consideración legal de comerciante, cualesquiera que sean las actividades a que se dediquen, e independientemente de la nacionalidad que a las propias sociedades se atribuya." ⁵⁷

Lucgo entonces, la sociedad civil está determinada por un criterio material u objetivo, ya que no puede efectuar una especulación comercial. ¿Y si la efectuara? Se hablaría entonces de una sociedad mercantil irregular, ya que tanto los actos de comercio (refiriéndose en sentido estricto a la especulación) y las sociedades mercantiles son regidas por leyes mercantiles. El Maestro Jorge Barrera Graf señala:

"La sociedad que no asuma el tipo de una mercantil, pero cuya finalidad sea especulativa, se considera por interpretación a contrario del artículo 2688 C. Civ., como mercantil; y si no se inscribe en el Registro Público de Comercio, pero se exterioriza ante terceros, será una sociedad mercantil irregular, según dispone el artículo 2o párrafo tercero L.G.S.M.." ⁵⁸

⁵⁷ Mantilla Molina, Roberto, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., vigésima sexta edición, México, 1989, p.100.

⁵⁸ Barrera Graf, Jorge, Las sociedades en Derecho Mexicano, U.N.A.M., primera edición, México, 1983, p. 176.

Surge otra situación cuando una sociedad civil adopta la forma mercantil. El artículo 2695 del Código Civil establece:

"Art. 2695: Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de Comercio".

En primer lugar, por Código de Comercio se debe entender incluida la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que ésta regula a las sociedades mercantiles en la actualidad y derogó las disposiciones de sociedades mercantiles del Código de Comercio. Y así, la sociedad civil que adopte la forma de sociedad mercantil, o sea, cualquiera de las formas previstas en el artículo 1 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, será entonces una sociedad mercantil y se regirá por esta ley. De aquí se concluye que la sociedad mercantil, cualquiera que sea la naturaleza de los actos que realice, siempre será mercantil, por lo que se refuerza el criterio formal seguido por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

B) NATURALEZA JURIDICA.

Una sociedad mercantil es una persona moral, que se constituye mediante una agrupación o corporación de personas físicas o morales, estas últimas con existencia anterior. Así, el nacimiento de una sociedad mercantil está condicionado a un acto anterior. ¿Y como se le denomina a ese acto? En primer lugar, de la lectura de múltiples preceptos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se desprende que una sociedad mercantil no es otra cosa que un contrato, o mejor dicho, un contrato presupone su existencia. Pero si bien estos preceptos hablan de contrato, ni el Código de Comercio ni la Ley General de Sociedades Mercantiles definen expresamente el concepto de contrato. Es menester entonces acudir al Código Civil, que en su artículo 2688 ya estudiado define lo que es el contrato de sociedad, pero en su aspecto civil.

Visto lo anterior, se podría concluir que una sociedad mercantil surge en virtud de un contrato de sociedad. Pero como se verá, este contrato en particular tiene características peculiares que difieren de los demás contratos, lo que propició una serie de doctrinas que desconocieron la naturaleza contractual de una sociedad. Sobresalen las siguientes:

a) Teoría del acto constitutivo: Su representante es Gierke. Establece que el contrato, como el simple acuerdo de dos voluntades para regular situaciones jurídicas objetivas, no es capaz de crear una personalidad jurídica, o sea, un sujeto de derecho. Las personas morales son realidades orgánicas que no

pueden surgir de un contrato. Y así Gierke habla de un acto social constitutivo unilateral, en el cual la sociedad desde su inicio hasta su perfeccionamiento supone un solo acto jurídico, donde hay una proyección unilateral de la voluntad de las partes.

Otro fundamento en que descansa esta teoría para desvirtuar el carácter contractual de la sociedad, es en el sentido de que los contratos sólo crean relaciones jurídicas entre las partes, pero en la sociedad, se crea un complejo de derechos y deberes de los socios entre sí, y de éstos con la sociedad, y además, se crea la norma jurídica objetiva que es la ley de la corporación.

El Maestro Rodríguez y Rodríguez critica esta teoría, diciendo que no se puede concebir que los derechos y obligaciones a cargo de los socios y de la sociedad se puedan deducir de un acto unilateral.

Tal es el caso del deber de aportación de los socios, en el que existen derechos de la sociedad a cargo de personas que contraen las obligaciones relativas con anterioridad a la existencia de aquélla.

Gierke intenta subsanar lo anterior diciendo que la sociedad adquiere estos derechos siguiendo el mismo camino que los contratos a favor de tercero. Sin embargo, no puede explicar como es que entonces la sociedad también asume las obligaciones que se establecieron previamente a su existencia.

Otra crítica que recibe esta teoría es en relación al concepto de contrato, y por el cual no puede aceptarse que el contrato sólo sea apto para crear relaciones jurídicas subjetivas, lo que implicaría una limitación arbitraria del concepto de contrato, ya que el contrato por su naturaleza es apto precisamente para engendrar todo género de obligaciones.

b) Teoría del acto colectivo: Esta teoría fue sostenida por Ruth como un intento de subsanar las deficiencias de la teoría del acto constitutivo. Aquí no se hace hincapié en la creación de la personalidad jurídica, sino en el fenómeno de unificación de una serie de manifestaciones de voluntad, las cuales individualmente consideradas carecen de una existencia y valor jurídico autónomos, sin que haga mella en la íntima conexión que surge entre la existencia de una voluntad única y la de una persona jurídica.

La crítica a esta teoría consiste en que no se puede concebir el surgimiento de una personalidad jurídica como un acto de su propia voluntad. Es ilógico hablar de una autocreación. Así debe desecharse la idea del acto de voluntad unificada.

c) Teoría del acto complejo: Esta teoría es representada por Kuntze. El la aplicó en un principio a las sociedades anónimas, aunque posteriormente otros seguidores de esta teoría la ampliaron al resto de las sociedades. Kuntze señaló que las sociedades anónimas se constituyen por la actuación conjunta de los socios que se proponen crear un efecto jurídico frente a los terceros, a diferencia de lo que ocurre en el contrato, en el cual las partes sólo pueden producir efectos entre ellas mismas, sin que se proyecten a los terceros.

Además, en la sociedad los socios hacen manifestaciones paralelas de voluntad, mientras que en los contratos son opuestas o de distinto contenido.

Aquí la crítica consiste en establecer que hay una coincidencia de intereses, porque la realidad muestra que los socios tienen intereses contrapuestos. Hay una comunidad en cuanto al fin que persiguen los socios, lo cual no implica que esa comunidad se extienda a sus intereses. Hay una contraposición de intereses en la medida de que los socios buscan la mínima aportación con el máximo de derechos; habrá contraposición en cuanto al reparto de beneficios; surgiendo de igual manera contraposición en cuanto a la cuota de liquidación.

Estudiadas estas teorías, se presenta la teoría que considera a la sociedad como un contrato de organización, que difiere del resto de los contratos, los que se denominan contratos de cambio.

La teoría del contrato de organización tuvo su máximo exponente con el jurista italiano Tulio Ascarelli. El contrato de organización tiene tres notas distintivas:

1.- Es un contrato plurilateral, o sea que pueden intervenir dos o más partes, y cada una de estas partes no tiene una contraparte, sino una serie de contrapartes. Cada socio se sitúa jurídicamente frente a todos y cada uno de los demás socios. Un contrato de cambio implica entonces que sólo existen dos partes, sin perjuicio de que cada parte agrupe a uno o más sujetos.

2.- Es un contrato con prestaciones atípicas, a diferencia del contrato de cambio donde las prestaciones son bien definidas. Así, en un contrato de compraventa, que es un contrato de cambio por excelencia, por su simple nombre podemos determinar el contenido de las prestaciones. En el contrato de organización, las prestaciones de los socios pueden ser totalmente distintas entre sí y variables en su contenido. Así, un socio puede aportar dinero, otro un inmueble, etc.

3.- En el contrato de organización las partes tienen el derecho de realizar la prestación que les corresponde, ya que es el medio para realizar el fin común, lo cual no acontece en el contrato de cambio, donde esa prestación es una obligación, mas no un derecho.

En base a estas tres distinciones, se pueden encontrar más diferencias, y hacer algunas aclaraciones:

En primer lugar, el fin común que persiguen las partes no implica que haya una coincidencia en sus intereses. Al contrario, en la mayoría de los casos son contrapuestos, pero su satisfacción sólo se logra mediante la comunidad en el fin perseguido.

En cuanto a las prestaciones, se aprecia cómo en los contratos de cambio se habla de prestaciones de contenido económico equivalente, mientras que el contenido de las prestaciones en los contratos de organización si bien en un principio pueden coincidir, las mas de las veces difieren. Así, se concibe una irrelevancia en el contenido de la prestación en los contratos de organización, con consecuencias importantes.

Entonces, en los contratos de cambio, ante la imposibilidad de la prestación, especialmente cuando ésta deriva de la pérdida o deterioro de la cosa imputable al deudor, ha lugar a la indemnización de los daños y perjuicios en la rescisión a no ser que el acreedor prefiera recibir la cosa en el estado en que se encuentre mas la indemnización de daños y perjuicios. En el contrato de sociedad el incumplimiento de la aportación material imputable al socio dará lugar a la rescisión del contrato en lo que afecta a dicho socio sólomente.

De lo anterior se deriva que no hay un vínculo funcional entre la prestaciones de los socios. Dicho en otras palabras, no hay una relación sinalagmática entre las prestaciones. El vínculo sinalagmático sin embargo se establece entre la nueva persona creada frente a todas y cada una de las partes que los constituyen. Así por ejemplo, la prestación de cada socio implica una relación sinalagmática en la participación de los beneficios.

Una última diferencia estriba en que debido al carácter plurilateral del contrato de organización, está la posibilidad de que formen parte de el nuevas personas, es decir, es un contrato abierto, cosa que no sucede en los contratos de cambio, los cuales una vez perfeccionados, no admiten la entrada de nuevas partes.

Cabe entonces admitir esta última postura para considerar a la sociedad como contrato. Todo contrato se

forma por elementos de existencia y de validez. Según el artículo 1794 del Código Civil, para la existencia del contrato se requiere: 1.- Consentimiento; 2.- Objeto que pueda ser materia del contrato. Pero además para que un contrato se perfeccione requiere de elementos de validez. El artículo 1795 del mismo ordenamiento dispone:

"Art. 1795: El contrato puede ser invalidado:

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II.- Por vicios del consentimiento;

III.- Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

La redacción de este artículo es en sentido inverso en relación con el artículo 1794. Por ello es correcto decir que son elementos de validez de los contratos: la capacidad legal de las partes, la ausencia de vicios del consentimiento, la licitud del objeto, motivo o fin, y la observancia de la forma exigida por la ley.

Por lo que respecta a las sociedades mercantiles, el Maestro Rodríguez y Rodríguez considera como elementos de existencia del contrato de sociedad el consentimiento, el objeto, la causa (motivo o fin) y la forma. Yo en lo personal y siguiendo el contenido de la ley, considero sólo como elementos de existencia al consentimiento y al objeto. Los otros dos, si bien son elementos del contrato, reciben un tratamiento diferente ya que en todo caso se hablaría de nulidad, sea absoluta, sea relativa.

Regresando a los elementos de existencia del contrato de sociedad, el Maestro Barrera Graf dice acerca del consentimiento:

"El consentimiento de los socios, expreso o tácito (art. 1803 C.Civ.), se manifiesta en el periodo constitutivo, e inclusive, en uno anterior a la constitución (periodo pre-contractual), en la expresión de voluntad de ingresar como socio (parte) de la sociedad que se proyecta, estando de acuerdo (conviniendo) con su finalidad (el fin común que los socios persigan dentro de ella, art. 1688 *ibid*), y con los bienes o servicios que ellos aporten a ese efecto, los que forman el patrimonio inicial de la sociedad (capital social)."

Este consentimiento requiere además que sea dado por persona capaz y que no esté afectado por vicios. Estos vicios son regidos por el Código Civil que establece causas de invalidez por error, dolo, violencia. Cabe aclarar que la subsecuente nulidad declarada por la invalidez sólo es en relación al socio cuya voluntad se vió afectada en un momento dado, sin trascender al resto de los socios y a la sociedad misma, salvo que por virtud de esa sanción pueda dar lugar a que la sociedad no cuente con los elementos básicos para estar constituida: ej. Son dos socios, y se declara nulidad respecto de uno, lo que dará lugar a que se disuelva la sociedad ya que forzosamente requieren como mínimo dos socios.

En cuanto al objeto, de acuerdo con el artículo 1824 del Código Civil, consiste en una obligación de dar, hacer o no hacer. Entonces, el objeto del contrato de sociedad consiste en la aportación del socio. El fundamento de esa aportación está en el artículo 2688 del Código Civil al establecer que "los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos". En cuanto a las sociedades mercantiles, la fracción VI del artículo 6 de la Ley General De Sociedades Mercantiles establece como requisito esencial de la escritura expresar lo que cada socio aporta.

La palabra aportación es una ascepción genérica, ya que su contenido puede ser diverso, dependiendo de la especie de sociedad de que se trate, e inclusive frente a otras aportaciones. En un principio, la aportación es una obligación de dar o de hacer. Hay que descartar la posibilidad de aportar una abstención (no hacer). Así surge la primera clasificación de las aportaciones. Si son obligaciones de dar, se trata de aportaciones de capital, las que a su vez se dividen en aportaciones en efectivo y aportaciones en especie. Frente a las aportaciones de capital estan las aportaciones de industria, cuya fuente son las obligaciones de hacer. Si bien estas aportaciones confieren el status de socio, no forman parte del monto del capital social, por lo que los derechos de ese socio serán diferentes (reparto de utilidades, voto, etc).

Las aportaciones de capital consisten en dinero, en bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del socio aportante, o en derechos reales o personales de los cuales sea titular. Las aportaciones de industria consisten en trabajos o servicios que los socios se obligan a prestar a favor de la sociedad durante el funcionamiento de ésta.

Otra clasificación de las aportaciones es en base al momento en que se efectúan:

Así, en primer lugar, se puede celebrar un pacto precontractual del contrato de sociedad. Es una promesa

de contratar que debe contener los elementos del contrato definitivo. (arts. 2243 y 2246 del Código Civil). La obligación aquí consiste en comprometerse a efectuar la aportación o formalizarla en el futuro.

En segundo lugar, la obligación de efectuar la aportación al momento de constituirse la sociedad debe ser en los términos del contrato de sociedad y las disposiciones legales aplicables al tipo social adoptado.

En tercer lugar, una vez constituida la sociedad, y ya en pleno funcionamiento, se habla de aportaciones posteriores, lo cual se rige en función de lo que la sociedad determine, o sea, cual será la cuantía o porcentaje de la nueva aportación, el derecho de preferencia de los socios a suscribir el aumento frente a terceros, etc.

Cabe hacer otra distinción de las aportaciones en virtud del título jurídico a través del cual el socio transmite los bienes o derechos a la sociedad, y entonces hay aportaciones traslativas de dominio o del uso o goce de bienes y servicios; y la prestación de servicios (que no acontece en la S.A.). El artículo 11 L.G.S.M. establece que salvo pacto en contrario las aportaciones se presumirán traslativas de dominio.

En cuanto a los requisitos propios de las aportaciones, en primer lugar, como regla general, pueden ser objeto de aportación toda clase de bienes y derechos que puedan ser transmitidos.

En segundo lugar, esos bienes o derechos deben ser los idóneos para la satisfacción del fin social. Sin embargo, la asamblea puede enajenar o alquilar bienes y derechos que si bien en un principio no coinciden con el fin social, esa aportación tendrá un contenido económico, que viene a ser la esencia de la aportación.

En tercer lugar, las aportaciones deben ser susceptibles de valorizarse en dinero, de conformidad con la fracción VI del artículo 6 L.G.S.M.

Hay bienes y derechos que si bien se consideran físicamente existentes, sin embargo son intransmisibles: El nombre personal; derechos que dependen de concesiones o autorizaciones administrativas no obtenidas; que el tipo social no permita esa clase de aportación (una concesión que por ley no puede explotar una sociedad mercantil en virtud del tipo social adoptado); y la aportación a sociedades sin cláusula de exclusión de extranjeros que consista en inmuebles o sus derechos reales situados en la zona prohibida, contemplada en la fracción I del artículo 27 Constitucional.

Ahora, toca el estudio de la causa, o sea, el motivo o fin del contrato.

En primer lugar, se remite a la fracción III del artículo 1795 del Código Civil, el cual a contrario sensu dispone que la licitud en el objeto, motivo o fin del contrato es un elemento de validez del mismo. A su vez, el artículo 2225 del mismo ordenamiento establece:

"Art. 2225: La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley."

Por lo que toca a las sociedades civiles, el artículo 2692 del Código Civil establece:

"Art. 2692: Si se formare una sociedad para un objeto ilícito, a solicitud de cualquiera de los socios o de un tercero interesado, se declarará la nulidad de la sociedad, la cual se pondrá en liquidación.

Después de pagadas las deudas sociales conforme a la ley, a los socios se les reembolsará lo que hubieren llevado a la sociedad.

Las utilidades se destinarán a los establecimientos de beneficencia pública del lugar del domicilio de la sociedad."

A su vez, el artículo 3 L.G.S.M. establece:

" Art. 3: Las sociedades que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán nulas y se procederá a su inmediata liquidación, a petición que en todo tiempo podrá hacer cualquiera persona, incluso el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

La liquidación se limitará a la realización del activo social, para pagar las deudas de la sociedad, y el remanente se aplicará al pago de la responsabilidad civil, y en defecto de ésta, a la Beneficencia Pública de la localidad en que la sociedad haya tenido su domicilio."

Los dos preceptos citados son similares, sin embargo existe una diferencia muy importante: El artículo 3 L.G.S.M. impone una sanción más severa ya que los socios no podrán recuperar su aportación una vez liquidadas las deudas sociales y cubierta la responsabilidad.

La ilicitud en la finalidad implica una nulidad absoluta, con distintos efectos en cuanto al derecho común. Como la sociedad es una persona moral, se proyecta como tal ante el mundo jurídico, lo que implica una relación con terceros. Esto es importante porque la ley en todo momento protege sus intereses. Así, la ilicitud en la finalidad trae como consecuencia una causa de disolución que ha lugar a que la sociedad se

liquide. Esto implica que entonces la sociedad si existió en el mundo jurídico, por ende gozaba de personalidad jurídica, la cual se extingue mediante la liquidación.

La ejecución habitual de actos ilícitos tiene el mismo tratamiento.

A manera de recapitulación, esta nulidad absoluta tiene su supuesto en la ilicitud de la finalidad de la sociedad como un conjunto. Si la ilicitud en el objeto (aportación), motivo o fin es en relación a un socio, habrá nulidad, pero sólo en lo que atañe a ese socio, ya que la validez del contrato podrá mantenerse en tanto queden por lo menos el mínimo de socios requerido según el tipo social de que se trate, y también el capital mínimo requerido.

Por lo que respecta a la forma, como elemento de validez, estimo pertinente remitir su estudio al tratar la irregularidad de la sociedad mercantil, ya que la falta de forma entre otros requisitos es presupuesto de la irregularidad.

C) PERSONALIDAD JURIDICA.

La fracción III del artículo 25 del Código Civil señala que son personas morales tanto las sociedades civiles como las sociedades mercantiles, y de aquí se deriva que tienen personalidad jurídica, o sea, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

Con base en lo anterior, una sociedad debe tener por lo menos dos socios, sean personas físicas o morales, y al actuar debe ser conocida externamente mediante la publicidad legal (Registro Público de Comercio); o en su defecto exteriorizarse ante terceros (sociedad irregular).

El Maestro Oscar Vásquez del Mercado dice al respecto:

"La justificación de esta personalidad, puede encontrarse en la afectación especial de las aportaciones, destinadas a un fin determinado, y bajo una propia disciplina. Es decir, la constitución de un patrimonio propio distinto del de los socios".⁶⁰

La personalidad reconocida a las sociedades tiene importantes consecuencias frente a los acreedores de

⁶⁰ Vásquez del Mercado, Oscar, Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles, Editorial Porrúa, S.A., tercera edición, México, 1987, p. 15.

éstas. Así, se impide en primer lugar que los acreedores individuales de los socios ejecuten sus créditos sobre los bienes sociales; en segundo lugar, se impide a los socios que transfieran a los terceros su aportación (no confundir con acción o parte social) del capital social; y por último asegurar a los acreedores sociales frente a los acreedores individuales de los socios un derecho de prelación respecto de los bienes sociales.

Así, se aprecia como los bienes conferidos no pasan en copropiedad a los socios, sino que son únicamente propiedad del ente creado, o sea, la sociedad.

Si bien el socio no puede enajenar los bienes conferidos a la sociedad, sí puede transferir su status de socio, sin que el patrimonio social se vea afectado.

Al estudiar a la persona moral en sentido amplio, se afirmó su personalidad jurídica y por ende sus atributos. Así, la sociedad tiene un nombre (razón social o denominación), domicilio, capacidad jurídica, nacionalidad y un patrimonio propios.

A propósito de patrimonio, debe distinguirse del capital social, los cuáles en un momento dado pueden coincidir, ya que el capital social es el punto de partida del patrimonio, el cual subsecuentemente estará sujeto a cambios constantes (aumento o disminución); y en cambio el capital social es invariable en sí mismo, el cual para cambiar requiere de un acuerdo y cumplir una serie de requisitos y formalidades.

Señalado todo lo anterior, se comprende fácilmente el alcance que tiene la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles.

D) CONSTITUCION.

Un requisito previo a la constitución de una sociedad mercantil es lo relativo al permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores. La Ley General de Sociedades Mercantiles no lo prevé. El fundamento está en el artículo 17 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, que establece que para la constitución y modificación de sociedades se deberá recabar un permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Esta norma en un principio se refería a aquellas sociedades en que participaba el capital extranjero. Sin embargo, este permiso ya se requiere para todo tipo de sociedades, con o sin inversión extranjera, salvo aquellas que requieran expresamente de la autorización de otra dependencia.

Antes, dicho permiso debía contener cuando menos el nombre, la finalidad u objeto de la sociedad, las limitaciones legales o estatutarias a ésta, la cláusula de exclusión de extranjeros, o la de admisión con la Cláusula Calvo. Hoy día, estos permisos ya no contienen estos datos.

Al solicitar el permiso, se hace señalando la denominación o razón social que se quiere utilizar. Al hacer la solicitud, es costumbre señalar varias opciones para el caso de que la solicitada ya esté ocupada. Una vez otorgado el permiso, éste tiene una vigencia de 90 días hábiles para que se protocolice. Una vez que quede protocolizado, si es el caso, el Notario deberá dar un aviso a la Secretaría sobre el tipo social adoptado por la sociedad así como si la sociedad opera con cláusula de admisión o exclusión de extranjeros. Deberá dar ese aviso en un plazo de noventa días hábiles a partir de que se firmó la escritura.

Mencionado lo anterior, procede el entrar al estudio de la constitución de una sociedad. El artículo 5 de la L.G.S.M. da la pauta:

"Las sociedades se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones. El notario no autorizará la escritura cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto por esta ley".

Cabe mencionar que este precepto fue objeto de la reforma del 11 de junio de 1992, al cual se le adicionó lo relativo a la prohibición del notario de no autorizar escrituras y modificaciones que contravengan esta ley.

Se profundizará mas al respecto al tratar la calificación legal por el notario.

Se desprende entonces que el contrato de sociedad debe constar por escrito, elevado a escritura pública, o sea ante un notario.

Los notarios son funcionarios que por delegación del Estado intervienen en todo lo relativo a la celebración de actos jurídicos cuando las leyes así lo exigen. Tienen fé pública, lo que implica una presunción de validez de los actos que ante ellos se otorgan. Requieren de una amplia preparación y conocimientos técnico-jurídicos, por lo que son peritos en derecho. Redactan y se aseguran de la legalidad de los actos jurídicos otorgados ante ellos, propugnando siempre la igualdad de condiciones de las partes que intervienen en los actos jurídicos celebrados ante ellos, en miras a que siempre prevalezca la seguridad

jurídica.

La escritura pública es un requisito formal, que excede de lo que dispone el artículo 2690 del Código Civil en lo que respecta a la Sociedad Civil, que sólo exige que se celebre en escritura privada, salvo que se aporten bienes cuya enajenación deba constar en escritura pública, por lo que entonces así deberá formalizar dicho contrato.

La escritura pública debe constar con cláusulas que vienen a constituir los estatutos de la sociedad, o sea, las normas que rigen a la misma, las cuales se pueden establecer libremente atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando no contravengan las normas imperativas de las leyes.

En lo que se refiere a estas cláusulas, existen unas que son esenciales y sin las cuales el contrato no puede subsistir. El Maestro Mantilla Molina señala:

"Las cláusulas que la ley considera indispensables para la existencia de un negocio social, y que por ello deben calificarse de esenciales son : a) el "objeto" de la sociedad; b) su razón social o denominación; c) su duración; ch) su domicilio; d) el capital social, con la expresión de lo que cada socio aporta en dinero o en otros bienes." ⁶¹

Cabe señalar que el citado jurista no menciona en esta enumeración como elemento esencial las circunstancias sobre la personalidad de los socios, según dispone la fracción I del artículo 6 L.G.S.M.

Los elementos que se acaban de mencionar constituyen las primeras siete fracciones del artículo 7 L.G.S.M., y que la escritura en ningún momento podrá carecer de cualquiera de ellos. El resto de los elementos señalados en las fracciones VIII a la XIII no son esenciales, y la falta de cualquiera de ellos no afectará la escritura, ya que entonces se aplicará supletoriamente la ley, de conformidad con el artículo 8 L.G.S.M.

El artículo 6 L.G.S.M., en sus primeras siete fracciones establece:

"Art. 6: La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

I. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la

⁶¹ Mantilla Molina, Roberto, Derecho Mercantil, op cit., p. 236.

sociedad;

II. El objeto de la sociedad;

III. Su razón social o denominación;

IV. Su duración;

V. El importe del capital social;

VI. La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización.

Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije;

VII. El domicilio de la sociedad;"

La fracción I se refiere a los requisitos de identidad que el notario deberá exigir forzosamente. La nacionalidad es muy importante en relación con lo que dispone el artículo 27 Constitucional, así como sus leyes reglamentarias, entre ellas la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. Esta ley fija un porcentaje máximo de participación de capital extranjero en una sociedad; cuando por ningún motivo podrá haber capital extranjero; y se determina lo que debe considerarse como inversión extranjera.

La fracción II se refiere a la finalidad común que persiguen los integrantes de la sociedad. No debe confundirse con el objeto del contrato de sociedad (la aportación), por lo que es de criticarse que se emplee este término. Es simple y sencillamente el tipo de actividad a la que habrá de dedicarse la sociedad.

La fracción III se refiere al nombre con el cual se identifica la sociedad. El nombre de la sociedad puede consistir en una razón social o en una denominación, según el tipo social de que se trate.

La denominación es aplicable en aquellas sociedades en que se toma en cuenta la aportación del socio, y no su calidad personal. Aquí se trata de las sociedades de capitales. La denominación generalmente alude a la actividad que la persona moral va a desarrollar. La razón social en cambio es aplicable en un principio en aquellas sociedades en que la persona de los socios es lo que se toma en cuenta. Aquí se trata de las sociedades de personas. Sin embargo, la ley señala para otros tipos sociales, sean sociedades de personas o de capitales, la opción de emplear una razón social o una denominación

En cuanto a la razón social, se deben señalar las sociedades que por ley deben emplear una razón social

como medio para ser identificadas: La Sociedad en Nombre Colectivo (art. 25 L.G.S.M.); la Sociedad en Comandita Simple (art. 51 L.G.S.M.).

En segundo lugar, se deben señalar las sociedades que tienen la opción de emplear una razón social o una denominación: La Sociedad de Responsabilidad Limitada (art. 59 L.G.S.M.); la Sociedad en Comandita por Acciones (art. 210 L.G.S.M.).

Por lo que respecta a la razón social, ésta debe estar conformada por los nombres de los socios de responsabilidad ilimitada (los apellidos o la razón social o la denominación de aquéllos socios que a su vez sean sociedades). Esto permite que los que vayan a contratar con la sociedad conozcan de antemano que en relación con los derechos que adquieran responderá en primer lugar la sociedad; y en segundo lugar responderán las personas cuyos nombres figuran en la razón social. Esta responsabilidad entonces es solidaria, subsidiaria e ilimitada. Además, cualquier persona extraña a la sociedad que haga figurar o permita que su nombre figure en la razón social, quedará sujeta a la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada.

Por lo que respecta a la Sociedad en Nombre Colectivo, se deben señalar las reglas específicas en torno a la integración de la razón social.

El artículo 27 L.G.S.M. establece que la razón social se formará con el nombre de uno o más socios, y cuando en ella no figuren los de todos, se añadirán las palabras "y compañía" u otras equivalentes (ej. "y hermanos", "e hijos"). A su vez, el artículo 29 L.G.S.M. establece que el ingreso o separación de un socio no impedirá que se continúe empleando la misma razón social; pero si el nombre del socio que se separe aparece en la razón social, deberá agregarse a ésta la palabra "sucesores".

Por lo que respecta a la Sociedad en Comandita Simple, debe señalarse que existen dos clases de socios:

- 1.- Comanditados (responden solidaria, subsidiaria e ilimitadamente).
- 2.- Comanditarios (responden sólo por el monto de su aportación).

Así, sólo los nombres de los socios comanditados deben figurar en la razón social. Son aplicables las reglas de integración de la razón social de la sociedad en nombre colectivo. El artículo 53 L.G.S.M. establece que cualquier persona, sea socio comanditario o extraña a la sociedad, que haga figurar o permita

que figure su nombre en la razón social, quedará sujeta a la responsabilidad de los comanditados. Además, los socios comanditarios incurrirán en esa responsabilidad cuando la razón social no vaya seguida de la expresión "Sociedad en Comandita" o su abreviatura "S. en C."

Por lo que respecta a la Sociedad en Comandita por Acciones, es aplicable lo dicho en relación con la Sociedad en Comandita Simple. Son aplicables las reglas de la sociedad en nombre colectivo sobre la integración de la razón social en el caso que la utilice.

Por lo que respecta a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, si la denominación o razón social no va seguida de las palabras "Sociedad de Responsabilidad Limitada" o de su abreviatura "S. de R. L.", los socios quedarán sujetos a la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada.

La Sociedad Anónima y las Sociedades Cooperativas son sociedades que sólo pueden emplear una denominación. El nombre deberá en un principio formarse con referencia objetiva a la actividad principal de la sociedad. Sin embargo, es muy frecuente en la práctica que la denominación no tenga nada en común con la finalidad de la sociedad. También es frecuente en la práctica que las sociedades anónimas operen con una razón social, sin que la persona o personas cuyos nombres obran en ella estén sujetos a la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada.

Sobre esto se tratará más en el capítulo de la sociedad anónima.

La fracción IV se refiere a la duración de la sociedad, lo cual ha venido a constituir un problema en la práctica. Las leyes mercantiles no establecen nada respecto de como debe establecerse la misma. Si se remite al Código Civil, de la lectura de las fracciones II y VI del artículo 2720 se desprende que la sociedad puede pactar que su duración sea determinada o indeterminada. Entonces se podría afirmar que ésto sería aplicable para las sociedades mercantiles, en ausencia de las disposiciones expresas. Sin embargo, autoridades como el Ministerio Público y judiciales llegando hasta la Suprema Corte, han considerado como inadmisibles las cláusulas que establezcan una duración indeterminada. Para evitar este tipo de problemas, es válido establecer plazos de duración muy elevados, y suele ser el favorito el de 99 años. Cabe mencionar que hay leyes que regulan sociedades anónimas especializadas (banca, casas de bolsa, instituciones de fianzas, etc.) que establecen que el plazo de duración puede ser indefinido.

La fracción V se refiere al capital social. El Maestro Raúl Cervantes Ahumada define al capital social de

la siguiente manera:

"Se llama capital social a la suma de los valores de aportaciones de los socios en el momento de la constitución de la sociedad."⁶²

Por nuestra parte ya se estableció la diferencia entre capital social y patrimonio social. Por su parte el citado tratadista señala:

"El capital social es una cifra numérica abstracta, una referencia contable que es en principio inalterable, o para cuya alteración se requiere de un procedimiento específico. El capital social coincidirá con el activo patrimonial sólo en el momento de constitución de la sociedad; pero inmediatamente al pagar los gastos de constitución y de registro, el activo quedará disminuido en la porción relativa y la cifra del capital social se mantendrá intacta. Es una referencia contable, porque es utilizada para determinar si, como consecuencia de sus operaciones, la sociedad ha ganado o ha perdido."⁶³

La Ley General de Sociedades Mercantiles señala un capital mínimo para las sociedades de responsabilidad limitada, anónima y en comandita por acciones. Además, ciertas sociedades anónimas especializadas como las de crédito, seguros, fianzas, etc. solamente pueden constituirse reuniendo unos mínimos de capital que sus respectivas leyes fijan.

La fracción VI se refiere al contenido de las aportaciones. La aportación podrá ser en efectivo o en bienes distintos del numerario; pero deberá siempre ser susceptible de valorizarse en numerario.

Además, las sociedades pueden constituirse con la modalidad de capital variable. En éste caso, el monto del capital social podrá alterarse sin necesidad de modificar la escritura constitutiva.

La fracción VII se refiere al domicilio de la sociedad. La fijación del domicilio tiene gran trascendencia, ya que determina la competencia de los tribunales y vincula a la sociedad a un determinado tipo de normas fiscales.

Cuando una sociedad establece su domicilio en la escritura constitutiva suele señalar un municipio o el D.F. Así, no es necesario modificar la escritura si cambia su localidad dentro del mismo municipio.

⁶² Cervantes Ahumada, Raúl, Derecho Mercantil, Editorial Herrero, México, 1975, p. 45

⁶³ Idem. p. 45

En las sociedades mercantiles priva el principio de la libre elección del domicilio. Pero tiene sus límites. Al respecto el Maestro Rodríguez y Rodríguez señala:

"Debe advertirse que esta libertad no podría llegar a la elección de un domicilio absolutamente ficticio, por no existir en la localidad indicada oficinas ni instalaciones de la sociedad. Las instalaciones industriales o comerciales pueden no estar en dicha localidad, pero en ésta han de encontrarse por lo menos las oficinas y la organización social administrativa." ⁶⁴

Sí bien es cierto que en un principio el domicilio es único, de conformidad con el artículo 33 del Código Civil las sociedades pueden establecer agencias y sucursales que operen en lugar distinto del domicilio social, y el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las agencias y sucursales será el lugar de su domicilio.

También las sociedades pueden pactar domicilios convencionales de conformidad con el artículo 34 del Código Civil.

En resumen, la eficacia del domicilio de las sociedades mercantiles consiste en:

- a) Establecer cual será el lugar de inscripción en el Registro Público de Comercio, tanto de la escritura constitutiva así como las modificaciones y demás documentos que conforme a la ley deban inscribirse.
- b) Establecer el lugar de la publicación, convocatoria y celebración de asambleas.
- c) Establecer el lugar de emplazamiento a juicio y determinación de la competencia jurisdiccional.
- d) Establecer el lugar de cumplimiento de obligaciones de índole fiscal.
- e) Establecer el derecho común aplicable como supletorio.

Por lo que respecta a las restantes fracciones del artículo 6 L.G.S.M., éstas se refieren a aspectos funcionales de las sociedades, que a falta de señalamiento expreso, se aplica lo previsto por la ley. Estos requisitos funcionales varían según el tipo social de que se trate, por lo que se remite su tratamiento en lo que atañe de manera exclusiva a la Sociedad Anónima, objeto del presente trabajo.

E) CALIFICACION LEGAL POR EL NOTARIO.

El notario, en virtud de la reforma del 11 de junio de 1992 a la Ley General de Sociedades Mercantiles, es

⁶⁴ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I, op cit., p. 61.

el que tiene la última palabra sobre la legalidad de las escrituras constitutivas que ante él se otorgan. En virtud de dichas reformas, se derogaron los artículos 260 al 264 L.G.S.M. Estos artículos establecían un procedimiento que era un requisito previo al registro de la sociedad. Dicho procedimiento era conocido como calificación u homologación judicial. La finalidad de la homologación consistía en que la autoridad judicial competente declaraba que la escritura constitutiva que había sido sometida a su exámen cumplía con los requisitos normativos señalados por la ley (fracciones I a VII del artículo 6 L.G.S.M.).

Este procedimiento consistía en que se presentaba al juez competente la solicitud (no es demanda) acompañada de los documentos necesarios. El juez daba vista al Ministerio Público por tres días. Transcurrido el término, el juez citaba a una audiencia a la cual se podía renunciar siempre y cuando el Ministerio Público estuviera de acuerdo con la inscripción.

El juez entonces emite una resolución judicial que consiste en una sentencia. El efecto de esta sentencia es el de sanar los defectos formales de la escritura, por lo que se consideraba de naturaleza declarativa. Satisfecho lo anterior, el juez procede a girar orden al registrador para que se proceda a la inscripción.

Ahora el Notario tiene la obligación de no autorizar la escritura cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto por la ley. El artículo 5 L.G.S.M. en su parte adicionada establece:

"El notario no autorizará la escritura cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto por esta ley."

Con las reformas se destaca la gran responsabilidad del Notario en quien ahora descansa la calificación de la legalidad de la escritura constitutiva, así como sus modificaciones.

Sin embargo, lo anterior de alguna manera corrobora la prohibición que siempre ha tenido el Notario de no ejercer sus funciones si el objeto o fin del acto es contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres; así también como la prohibición de protocolizar documentos cuyo contenido sea contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres (Arts. 35 fracc. V y 90 de la Ley del Notariado para el D.F.).

Por su parte, el Poder Judicial se beneficia ya que implica una descongestión del enorme cúmulo de asuntos que complican su función y que como consecuencia retardaban la inscripción de la sociedad en el

Registro Público, lo cual impedía que se observara lo dispuesto por el artículo 7 L.G.S.M., que establece un plazo breve de quince días para cumplir con la inscripción.

F) PUBLICIDAD.

El artículo 19 del Código de Comercio dispone:

"La inscripción o matrícula en el registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio, y obligatoria para todas las sociedades mercantiles y para los buques. Los primeros quedarán matriculados de oficio al inscribir cualquier documento cuyo registro sea necesario."

El artículo 21 del Código de Comercio en su fracción V ordena que la escritura de constitución de la sociedad mercantil, así como sus modificaciones, se anoten en el Registro Público de Comercio. El efecto principal de la inscripción de la escritura constitutiva es que la sociedad adquiera personalidad jurídica, de conformidad con el primer párrafo del artículo 2 L.G.S.M.

Las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio no pueden ser declaradas nulas, salvo cuando su objeto o fin sea ilícito, o ejecuten habitualmente actos ilícitos, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 2 L.G.S.M.

Entonces, el Registro Público en materia de sociedades tiene efectos constitutivos (en cuanto a la personalidad) y efectos sanatorios (en cuanto a la inanulabilidad).

La no inscripción de la escritura constitutiva de una sociedad trae como consecuencia que se le considere como una sociedad irregular, lo que a su vez trae aparejado una serie de efectos y sanciones que se estudiarán posteriormente.

Es necesario aclarar que si bien la inscripción de una sociedad en el Registro Público (esta supone forzosamente que consta en escritura pública) la inviste de personalidad jurídica, este medio no es exclusivo para atribuir tal carácter. El tercer párrafo del artículo 2 L.G.S.M. establece que las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica.

El segundo párrafo del artículo 7 L.G.S.M. señala un término muy breve de 15 días para presentar una escritura otorgada ante notario al Registro Público, y a falta de presentación dentro de este plazo, cualquier

socio puede demandar la inscripción. Este artículo no se observaba, en vista de que el derogado procedimiento de homologación judicial se extendía demasiado. Con la reforma, este artículo ya tiene aplicación.

G) IRREGULARIDAD.

De la lectura del tercer párrafo del artículo 2 L.G.S.M., se desprende que son sociedades irregulares las que no estén inscritas en el Registro Público de Comercio, consten o no en escritura pública, y que además se hayan exteriorizado como tales frente a terceros.

Este concepto de irregularidad es resultado de una reforma que se hizo a la Ley General de Sociedades Mercantiles en el año de 1943. La ley en su texto inicial no se ocupaba de las sociedades irregulares. Así, el registro tenía plenos efectos constitutivos, ya que la personalidad jurídica dependía de la inscripción.

Con la reforma, se rompe con el principio de que la ley es la que crea a las personas morales. Así, se está admitiendo que el Estado simplemente deberá reconocerlas aunque no se hayan satisfecho los requisitos legales. En relación con ésta reforma, el Maestro Cervantes Ahumada dice al respecto:

"Este sencillo absurdo nulifica toda la ley; primero, porque quita al poder público el poder constitutivo de la personalidad jurídica de las sociedades y traslada tal poder al capricho de los particulares, que pueden constituir sociedades sin formalidad alguna, y segundo, porque al establecer tal amplitud al arbitrio de los particulares, todas las disposiciones legales pasaron a la categoría de simples consejos que los particulares podrán atender o no al organizar sus sociedades." ⁶⁵

Por su parte, el Maestro Mantilla Molina avala éste régimen:

"Las sociedades irregulares, como era de preverse, no desaparecieron bajo la vigencia de la LSM. Y en 1942 hubo de reformarse la ley, para no cerrar los ojos a la realidad, y reconocer el hecho de que existen sociedades irregulares, y que es necesario, en interés de los terceros y de la colectividad, regular sus efectos, ya que no puede evitarse su existencia...En apariencia, es una paradoja que el derecho se ocupe en las sociedades creadas en oposición a sus propias normas; sin embargo, esta situación es relativamente frecuente...Así, resulta acorde con las soluciones indicadas, que el legislador fije los requisitos que ha de

⁶⁵ Cervantes Ahumada, Raúl, Derecho Mercantil, op cit., p. 49

satisfacer la institución jurídica sociedad mercantil; pero que también regule la situación de quienes han pretendido constituir una sociedad mercantil, aunque no hayan cumplido todas las normas jurídicas aplicables." ⁶⁶

Continúa la mencionada reforma estableciendo en el tercer párrafo del artículo 2 L.G.S.M.:

"Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados."

Este párrafo también lo critica el Maestro Cervantes Ahumada, ya que aparentemente hay una protección para los terceros, pero que en realidad no quedan protegidos en virtud de la separación de patrimonios e irresponsabilidad de los socios. Además, puede suceder que los socios pongan al frente de la sociedad a un administrador insolvente. También critica el beneficio de la subsidiaridad.

Entonces, según el mencionado jurista, para proteger los intereses de los terceros, no se necesita otorgar la personalidad jurídica a la sociedad irregular, en virtud de la situación aparente creada en virtud de la representación por los mismos socios. Son ellos los que actúan, son ellos la personalidad de la sociedad irregular.

En cuanto al aspecto interno, las relaciones entre la sociedad y socios, entre unos y otros frente a los administradores y representantes sociales, y así como las relaciones entre los socios, se regirán por el respectivo contrato social y en su defecto por las disposiciones generales y especiales de la ley, según dispone el cuarto párrafo del artículo 2 L.G.S.M.

La ley concede a los socios no culpables de la irregularidad de la sociedad el derecho de demandar a los socios culpables y a los representantes y mandatarios la reparación de los daños y perjuicios que sufran con ese motivo de irregularidad, atento al párrafo sexto del artículo 2 L.G.S.M.

La exteriorización frente a terceros constituye una publicidad de hecho. Así, la sociedad se da a conocer externamente a través de actos y negocios jurídicos en que se ostente y actúe como sociedad. Repetimos, la

⁶⁶ Mantilla Molina, Roberto, Derecho Mercantil, op cit., p. 241 y 242

exteriorización debe ser frente a terceros, no frente a los socios que son partes del contrato social, ni frente a los administradores o mandatarios. La exteriorización implica la repetición o reiteración de actos, por parte de quienes la representen, dándose la publicidad de hecho.

De todo lo anterior, se pueden anotar algunas conclusiones:

1.- Las sociedades irregulares valen, sin que el incumplimiento del requisito de forma altere la eficacia interna del contrato.

2.- Las sociedades irregulares, en la medida en que se hayan exteriorizado frente a terceros, tendrán personalidad jurídica, independientemente de la responsabilidad de los administradores o representantes y de los socios.

3.- La sociedad irregular quiebra en vista que por su situación no puede acogerse al beneficio de la suspensión de pagos (Art. 396, fracción VI de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos). En caso de quiebra, ésta se considerará culpable y no fortuita (art. 94 fracción III en relación con el artículo 8, ambos de la L.Q.S.P.). La quiebra de la sociedad provoca la de los socios que resulten ilimitadamente responsables.

4.- Los administradores responden subsidiaria, solidaria e ilimitadamente por las operaciones que practiquen en nombre de la sociedad.

5.- Responden también ilimitadamente los socios, administradores o no, que sean culpables de la situación de irregularidad.

6.- El contrato de sociedad no inscrito no puede oponerse ni causar perjuicio a terceros de buena fé, los cuales si podrán aprovecharlo en lo que les fuere favorable (art. 26 Código de Comercio).

H) ACTOS ULTRA VIRES.

Cuando se trató el tema relativo a la capacidad de goce de las personas morales, se estableció el principio general de que dicha capacidad está limitada en razón de su objeto, naturaleza y fines. Esto se desprende en primer lugar del artículo 26 del Código Civil que dispone:

"Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución."

Los actos ultra vires son aquéllos que realizan los representantes de las personas morales que excedan lo

establecido en el-objeto social. O sea, el máximo alcance de las facultades de quien en un momento dado se ostente como representante de una persona moral, lo delimita el objeto social. En cuanto a las sociedades mercantiles, esto se proyecta en el primer párrafo del artículo 10 L.G.S.M.:

"La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social."

Sin embargo, la doctrina mexicana no se ha puesto de acuerdo en torno a las consecuencias jurídicas que tienen los actos ultra vires en nuestro Derecho. Se puede decir que por una parte hay autores que señalan que dichos actos son nulos. Por otro lado, la mayoría de los autores concuerda que dichos actos si son válidos, pero no coinciden con las consecuencias y los tratamientos que deben dárseles.

Así, el Maestro Mantilla Molina señala que no puede desconocerse la posibilidad de que los administradores realicen actos extraños al objeto social, y que además sería exagerado declarar su nulidad. Reconoce así una limitación de derecho, conforme a los artículos 26 del Código Civil y 10 L.G.S.M., mas no de hecho. La solución que plantea el mencionado jurista es la siguiente:

"Los actos que una sociedad realiza sin estar encaminados inmediata o mediatamente a la realización de la finalidad para la que fué legalmente constituida, son equiparables a los de una sociedad irregular, y como tal debe tratarse a la sociedad en cuestión, respecto de tales actos.⁶⁷

El Maestro Barrera Graf critica lo dicho por el Maestro Mantilla Molina, señalando que en primer lugar carece de fundamento legal; en segundo lugar, la irregularidad de una sociedad se subsana con su posterior registro, y la supuesta irregularidad de los actos ultra vires sólo se sanaría con la ampliación de la finalidad, lo que implica una modificación estatutaria.

Por su parte, el mencionado tratadista señala que el derecho reconoce a las sociedades los mismos derechos y obligaciones de contenido patrimonial que concede y reconoce a los individuos. Así, las sociedades pueden realizar todos los actos y negocios del comercio jurídico, con excepción de los que estuvieran vedados por la escritura social o por la ley. En cuanto al artículo 10 L.G.S.M., si se desea

⁶⁷ Mantilla Molina, Roberto, Derecho Mercantil, op cit., p. 210.

interpretar como una limitación, lo será en relación a los administradores de la sociedad pero no a las juntas y asambleas, que pueden ratificar o autorizar previamente cualquier acto que exceda del objeto social por parte del administrador. En cuanto al artículo 26 del Código Civil, el mencionado tratadista señala que esta norma debe interpretarse como una limitación a los administradores, en concordancia con el artículo 2716 del Código Civil, que acoge un principio general de representación en materia de sociedades y que es aplicable como supletorio. Este artículo dispone:

"Los compromisos contraídos por los socios administradores en nombre de la sociedad, excediéndose de sus facultades, si no son ratificados por ésta, sólo obligan a la sociedad en razón del beneficio recibido."

A su vez, el artículo 2565 del Código Civil en materia de mandato establece:

"En las operaciones hechas por el mandatario, con violación o con exceso del encargo recibido, además de la indemnización a favor del mandante, de daños y perjuicios, quedará a opción de éste ratificarlas o dejarlas a cargo del mandatario."

Por mi parte, avalo lo dicho por el Maestro Barrera Graf, y se puede añadir el pensamiento del Maestro Rodríguez y Rodríguez para establecer la plena validez de éstos actos. El mencionado jurista señala al respecto:

"La expresión del objeto, o mejor dicho de la finalidad social puede hacerse muy concretamente o de modo vago y general...Para evitar dificultades, es frecuente que en las escrituras se haga constar que además de aquellas actividades que constituyen el objeto o finalidad de la sociedad, ésta podrá realizar toda clase de operaciones mercantiles, financieras o industriales que se refieran directa o indirectamente a la conservación del objeto social."⁶⁸

En cuanto a la limitación que impone el artículo 26 del Código Civil, el citado jurista dice que no debe interpretarse de manera estricta, ya que dicha interpretación resultaría excesivamente restringida o incompatible con las necesidades del comercio. Y así, concluye que una sociedad habitualmente sólo podrá realizar operaciones propias del objeto que persigue, pero incidentalmente como medio para la consecución del fin perseguido, o con carácter ocasional en la medida en que ello no signifique un cambio de finalidad,

⁶⁸ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I, op. cit., p. 64.

tiene plena libertad de acción, en los términos permitidos por el artículo 1798 del Código Civil.

Así, con el pensamiento de los juristas de referencia, se establece la validez y las consecuencias jurídicas de los actos *ultra vires*.

CAPITULO QUINTO
LA SOCIEDAD ANONIMA

CAPITULO V. LA SOCIEDAD ANONIMA.

A) CONCEPTO.

El concepto lo proporciona la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 87:

"Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.

De la lectura de este precepto, se desprenden los tres elementos distintivos de este tipo social:

- 1.- El empleo de una denominación;
- 2.- La limitación de la responsabilidad de todos los socios;
- 3.- La incorporación de los derechos de los socios de documentos llamados acciones.

Por lo que respecta a la denominación, el artículo 88 L.G.S.M. establece:

"La denominación se formará libremente, pero será distinta de la de cualquiera otra sociedad, y al emplearse irá seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de su abreviatura "S.A."

En un principio, la sociedad anónima debe utilizar únicamente una denominación. Sin embargo, ya se mencionó que en la práctica existen gran número de sociedades anónimas que operan con características de una razón social, y no les fué negada su inscripción. Además, el socio o socio cuyos nombres figuran en la razón social no están sujetos a la responsabilidad ilimitada, solidaria y subsidiaria, salvo que si la razón social no va seguida de la expresión "Sociedad Anónima" o su abreviatura "S.A.", se aplicarán los artículos 53 y 59 L.G.S.M. Lo mismo se puede decir en el caso que se emplee una denominación.

El empleo de una razón social puede explicarse en el sentido de que una determinada persona que tenga un cierto prestigio en el mundo de los negocios quiera constituir una sociedad y aprovechar esa circunstancia de su buen nombre haciéndolo figurar en el nombre social, además con la ventaja de que su responsabilidad se limitará al monto de su aportación.

Por lo que respecta a la acción, el Maestro Barrera Graf la define de la siguiente manera:

"La acción es el documento que emiten las S por A como fracción de su capital social, y que incorpora los

derechos de su titular (el accionista), atribuyéndole la calidad o status de socio".⁶⁹

La acción entonces viene a ser el documento que representa una parte del capital social, y a través del cual se hace constar la aportación efectuada por el socio, confiriéndole tal carácter, y que lo legitima para ejercitar los derechos que como socio le corresponden.

Así, la responsabilidad del socio se limita al pago de su aportación, la cual se hace constar en por lo menos una acción.

B) CONSTITUCION.

La constitución de una sociedad anónima de conformidad con el artículo 90 L.G.S.M. puede ser de dos maneras:

- 1.- Simultánea y;
- 2.- Sucesiva.

Por lo que respecta a la constitución sucesiva, es un procedimiento exclusivo para este tipo social el cual es regulado por la Ley General de Sociedades Mercantiles en sus artículos 90, 92 y siguientes. Cabe aclarar que su aplicación es nula en la práctica, por lo que sólo se limita mencionarla.

La constitución simultánea sigue los mismos lineamientos generales para los demás tipos sociales: Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, escritura pública (con los requisitos esenciales del artículo 6 L.G.S.M.), calificación de la legalidad por el notario, e inscripción en el Registro Público de Comercio.

Ahora, la sociedad anónima requiere de requisitos propios los cuales se encuentran señalados en el artículo 89 L.G.S.M., el cual fué objeto de la reforma del 11 de junio de 1992, en cuanto al número mínimo de socios y el capital mínimo requerido. El texto actual es el siguiente:

"Art. 89: Para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere:

- I. Que haya dos socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos;
- II. Que el capital social no sea menor de cincuenta millones de pesos y que esté íntegramente suscrito;
- III. Que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos, el veinte por ciento de cada acción pagadera en

⁶⁹ Barrera Graf, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op cit., p. 481.

numerario;

IV. Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario."

En cuanto a la fracción I, el antiguo texto establecía como mínimo el de cinco socios. Esto se explicaba de la siguiente manera:

Hay actividades que requieren de grandes cantidades de capital y de la intervención en conjunto de varias personas, que combinan sus recursos y sus esfuerzos para la consecución de un fin. Esto se logra a través de la sociedad anónima, que permite recaudar gran cantidad de fondos con un mínimo de riesgo. Así, el legislador estableció en base a esto que el número mínimo de socios debería ser cinco.

Pero la realidad muestra que una persona es capaz de reunir grandes cantidades de fondos para constituir una sociedad. Esto propició las llamadas sociedades unimembres, donde una persona aportaba todo el capital y conseguía a cuatro prestanombres para que fungieran como socios, cumpliendo así con el mínimo legal. Con la reforma, se reduce el mínimo legal a dos, pero sin que desaparezca la idea de sociedad como una agrupación de por lo menos dos personas que unen sus recursos y esfuerzos para la consecución de un fin común.

En cuanto a la fracción II, ésta también fué objeto de reforma, la cual era muy necesaria, ya que por muchos años el capital mínimo para constituir una sociedad anónima era el de veinticinco mil pesos. Esa cantidad llevaba décadas siendo obsoleta, y era un atentado flagrante al estricto y rígido principio de que el capital de una sociedad viene a ser la garantía fundamental de la actuación de la misma frente a terceros e inclusive frente a los socios mismos. Con la reforma, se aumenta el capital mínimo de una sociedad anónima a la cantidad de cincuenta millones de pesos (cincuenta mil nuevos pesos), recobrando momentáneamente esta figura su trascendencia jurídica. Y se dice momentáneamente, porque en algunos años esta cantidad volverá a ser obsoleta. Lo que el legislador debió de haber hecho es establecer un procedimiento para que de manera anual esta cantidad se fuera actualizando, bien sea tomando como base el salario mínimo vigente o bien mediante el Índice Nacional de Precios al Consumidor, que es la base que se utiliza para actualizar los créditos de índole fiscal.

La misma fracción II establece que el capital debe estar íntegramente suscrito. Esto significa que todos y

cada uno de los eventuales socios manifiesten su voluntad en la constitución o posteriormente si se trata de un aumento de capital de cubrir el valor que representa el capital social. Esta manifestación de voluntad impone al que la hace la obligación de cumplirla.

Las fracciones III y IV se refieren a las exhibiciones, que es el pago efectivo que se hace de la aportación. Coincide en el momento de hacerse la suscripción, en el sentido de que tratándose de aportaciones en dinero (fracción III), deberá exhibirse cuando menos el veinte por ciento del valor de cada acción; y tratándose de aportaciones en especie, aunque sean parciales (el resto en dinero), deberá exhibirse íntegramente el valor de cada acción.

C) ELEMENTOS ADICIONALES DE LA ESCRITURA CONSTITUTIVA.

En cuanto a la escritura social de una sociedad anónima, además de contar con los requisitos enumerados en las primeras siete fracciones del artículo 6 L.G.S.M., debe contener los del artículo 91 del mismo ordenamiento, el cual dispone:

"Art. 91: La escritura constitutiva de la sociedad anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6, los siguientes:

- I. La parte exhibida del capital social;
- II. El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 125;
- III. La forma y términos en que debe pagarse la parte ínsoluta de las acciones;
- IV. La participación de las utilidades concedida a los fundadores;
- V. El nombramiento de uno o varios comisarios;
- VI. Las facultades de la asamblea general y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales pueden ser modificadas por la voluntad de los socios."

En cuanto a la fracción I, ésta se relaciona con la fracción III del artículo 89 L.G.S.M., que se refiere a las aportaciones efectuadas en numerario. Se debe exhibir como mínimo el veinte por ciento de cada acción. La cantidad que quede pendiente de exhibir se convierte en un crédito a favor de la sociedad. Si son aportaciones en especie, al momento de suscribirse deben quedar exhibidas en su totalidad.

En cuanto a la fracción II, ésta se refiere al número de acciones en que se divide el capital social, el cual puede ser expreso o deducirse de un cálculo aritmético dividiendo el capital social entre el valor nominal de cada acción. También debe señalarse el valor nominal de cada acción, el cual puede omitirse en el título o certificado provisional, en cuyo caso también se omitirá el importe del capital social, siempre que así lo prevenga la escritura constitutiva (art. 125, fracc. IV, párr. tercero L.G.S.M.).

En cuanto a la naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, se refiere a las acciones comunes, preferentes, etc. Pero deben ser representativas del capital social. Así, las acciones de goce, de tesorería, etc. no entran en este supuesto.

En cuanto a la fracción III, ésta se refiere a la forma y los plazos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones. El supuesto de lo anterior depende de que se hayan suscrito parcialmente acciones en numerario. La escritura constitutiva debe señalar si la parte insoluta se pagará en una sólo exhibición o en parcialidades. En cuanto a los términos o plazos en que deban cubrirse, ello también lo establece la escritura constitutiva, sin perjuicio de que si no lo hiciere será entonces por acuerdo de la asamblea o el órgano de administración. En el caso de que la parte insoluta pendiente de exhibir se quiera cubrir en especie, deberá entonces efectuarse en una sola exhibición.

En cuanto a la fracción IV, ésta se refiere a los derechos de los fundadores.

Puede suceder que existan personas que hayan invertido su trabajo y dinero en la organización de la sociedad, o sólo hayan aportado ideas que la sociedad fuera a aprovechar en su desarrollo. Así, en este caso, se justifica a manera de retribución que se les conceda una participación en las utilidades de la sociedad. Este derecho lo consagra el artículo 105 L.G.S.M., el cual dispone que los fundadores podrán participar en las utilidades de la sociedad, pero limitado ese derecho a una duración máxima de 10 años a partir de la fecha de constitución de la sociedad. El monto de la participación no excederá del 10 % de las utilidades decretadas, y quedando su prelación subordinada al pago del dividendo a los accionistas del 5 % sobre el valor exhibido de sus acciones.

Estos derechos se hacen valer mediante títulos emitidos por la sociedad denominados bonos de fundador, los cuales no forman parte del capital social. A los fundadores no corresponde derecho alguno a la cuota de liquidación o en la administración de la sociedad. Los derechos de los fundadores deben estar previstos en

los estatutos.

En cuanto a la fracción V, ésta se refiere al nombramiento de los comisarios. En la práctica se acostumbra nombrarlos no en los estatutos, sino al final de ellos mediante una asamblea, la cual se considerará como ordinaria y no confundirla con la asamblea constitutiva, que corresponde a la constitución sucesiva de la sociedad anónima. En todo momento la asamblea general ordinaria tiene la facultad de nombrarlos (Art. 181, fracc. II L.G.S.M.).

Finalmente, la fracción VI se refiere a las asambleas. En primer lugar, las facultades de la asamblea general se derivan de la competencia de las distintas clases de asambleas (ordinaria, extraordinaria, especial).

Por lo que toca a las condiciones para la validez de las deliberaciones, la segunda parte de la fracción VI se refiere a los requisitos de convocatoria que no pueden ser modificados, así como los quórum de asistencia y votación. Los quórum de asistencia, o sea el porcentaje mínimo del capital representado para que quede válidamente instalada una asamblea, pueden modificarse aumentándolos pero no disminuyéndolos. Pero de acuerdo con gran parte de la doctrina, solo se puede aumentar el quórum de la asamblea extraordinaria, en virtud de la trascendencia de las resoluciones que en ellas se toman. No se concibe que se pueda aumentar el quórum de las ordinarias, ya que sus asuntos son relativos a la marcha y administración de la sociedad, y quórum mayor podría llegar a entorpecerlos, hasta el extremo de una completa inactividad por parte de la sociedad.

En cuanto al ejercicio del derecho de voto, la escritura puede establecer una serie de requisitos: depósito de acciones en una institución de crédito previo a la celebración de una asamblea; si los accionistas pueden ser representados en asamblea y con que instrumentos (carta poder o mandato en escritura pública).

D) ORGANOS:

D.1) SIGNIFICADO DE ORGANO:

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra órgano tiene varias acepciones, de las cuales destacan las siguientes:

"4.- Cualquiera de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función.;

6.- Persona o cosa que sirve para la ejecución de un acto o designio."

El concepto de órgano que desarrolla la técnica jurídica, tiene su origen en la ascepción de la palabra órgano como una de las tantas partes que integran a los seres vivos (animales o vegetales), como elementos estructurales, sin los cuáles no podrían desarrollar su potencial. A manera de analogía, cuando una persona (física) desea caminar, lo hace con sus dos órganos denominados piernas. Y así, se dice que no son las piernas las que caminan, sino la persona, porque de lo contrario se estaría admitiendo que las piernas tienen vida propia y son completamente independientes del ser del que forman parte. Se dice que es el ser humano el que camina, y que las piernas como elementos estructurales del mismo vienen a ser el medio por el cual logra ésto.

Por nuestra parte, al tratar la capacidad de ejercicio de una persona moral, se señalaron las dos tendencias que han existido. La primera, establecía que las personas morales, por su naturaleza, carecían completamente de capacidad de ejercicio, y sólo podían actuar en el mundo jurídico a través de representantes, equiparándolas entonces a un menor de edad o a un interdicto. Así, se establecía que la representación de las personas morales era una representación legal.

En contraposición a lo anterior, surge una nueva tendencia que establece la plena capacidad de ejercicio de las personas morales en razón de los órganos que las integran, que vienen a ser el medio por el cual se desenvuelven en el mundo jurídico. El Código Civil admite ésta tendencia en el artículo 27, el cual dispone:

"Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan sea por disposición de la Ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos."

Si bien este artículo señala la capacidad de ejercicio de las personas morales al reconocerles órganos, su lectura implica que dichos órganos son representantes legales. Se comentará más al respecto en el siguiente inciso.

D.2) NECESIDAD DE LA ACTUACION DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS A TRAVES DE SUS ORGANOS.

El Maestro Oscar Vásquez del Mercado señala:

"No obstante que la persona jurídica (sociedad) se considera como un ente real, es decir, se le reconoce como sujeto de derechos y obligaciones, en realidad es un ente abstracto, el cual no podría vivir en el mundo jurídico, de no ser que sus componentes, personas físicas, le diesen la materialidad que le es necesaria para actuar.

Del concurso de las personas físicas, que constituyen la persona moral, surge la voluntad del ente, la que posteriormente se manifiesta al exterior para crear relaciones jurídicas. Estas personas físicas actúan no por cuenta propia sino como órgano de la persona moral, es decir, es el mismo ente el que actúa." ⁷⁰

Las palabras del citado jurista avalan la completa independencia de las personas morales y en particular de la sociedad anónima. Continúa señalando que el concepto de órgano no fue creado por el derecho privado, sino que derivó del derecho público. Expone el pensamiento del jurista Santi Romano, que en relación con las personas jurídicas públicas señala que en un principio se seguía la tendencia de que eran entes incapaces de actuar por sí mismos, por lo que necesitaban representantes. Posteriormente, esos representantes vinieron a ser substituidos por los órganos, que fueron creados por el ordenamiento jurídico para dárselos a las personas morales una estructura, mediante las cuales se encuentran en condiciones de querer y actuar directamente. Las personas que integran esos órganos son las encargadas de manifestar la voluntad del ente, pero no mediante la institución externa de la representación, sino mediante una relación interna, y eso es lo que precisamente hace que sean elementos integrales.

Así, en base a lo dicho, se puede concebir al órgano como un elemento estructural permanente. El aspecto subjetivo, o sea las personas físicas que los integran, constituye el elemento dinámico, sujeto a múltiples cambios.

En atención al citado artículo 27 del Código Civil, podría surgir un nuevo elemento en la clasificación que se hizo de la representación. Muchos tratadistas que avalan la plena capacidad de ejercicio de las personas morales hablan de una representación orgánica o necesaria. Por mi parte me atrevo a descartar esta clasificación, debido a que la representación de las personas morales está supeditada a los órganos de las mismas. El Maestro Barrera Graf de manera acertada establece:

⁷⁰ Vásquez del Mercado, Oscar, *Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles*, op cit., p. 17.

"El órgano deriva de la constitución misma de la sociedad y antecede a cualquier actividad representativa, pero es en virtud de las actividades externas del órgano, o sea, de funciones y actos eminentemente representativos que la sociedad adquiere personalidad y manifiesta su capacidad; por otra parte, durante la vida del ente, además de las relaciones (representativas) que se establecen entre la sociedad y los terceros, también existen relaciones internas de organización de la compañía y relaciones interorgánicas, que no se explican en función de la representación, aunque también se trate de relaciones jurídicas."⁷¹

La representación entonces viene a ser una consecuencia de la existencia de órganos, y no un presupuesto. Si bien el órgano tiene la facultad de representar, no implica que actúe independientemente por cuenta de la persona moral sino más bien ésta actúa por medio de aquél. Y en atención al mencionado artículo 27 del Código Civil, me atrevo a sugerir una nueva redacción para quitar ese calificativo de representantes que tienen sus órganos, reconociendo por consecuencia la plena capacidad de ejercicio de las personas jurídicas colectivas, y en particular de la sociedad anónima:

"Art. 27: Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las integran, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos".

No obstante lo anterior, las sociedades, antes con personalidad jurídica y con plena capacidad de ejercicio, pueden auxiliarse de representantes en el desenvolvimiento de su actividad. Se trata precisamente de los mandatarios, que como ya se señaló se encuentran sujetos a las reglas de la representación voluntaria, con fundamento en el artículo 1800 del Código Civil.

D.3) ORGANOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA:

D.3.1) La Asamblea:

D.3.1.1) Concepto.

El Maestro Barrera Graf, considerando a la asamblea, a la administración y a la vigilancia como órganos, dice acerca de ellos:

"Son partes y formas de actuación de los entes colectivos a los que corresponden funciones propias, que

⁷¹ Barrera Graf, Jorge, La representación voluntaria en Derecho Privado; Representación de Sociedades, op cit, p. 177.

son distintas para cada una de ellos; y mientras que sus integrantes (socios, administradores, comisarios) son cambiantes, su función es fija y permanente." ⁷²

Por su parte, el Maestro Rodríguez y Rodríguez señala:

"La Asamblea General es la reunión de accionistas legalmente convocados y reunidos, para expresar la voluntad social en materias de su competencia." ⁷³

La Ley General de Sociedades Mercantiles la define de la siguiente manera:

"Art. 178: La -asamblea general ordinaria de accionistas es el órgano supremo de la sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración."

La ley entonces dice que la asamblea general es el órgano supremo desde el punto de vista jerárquico, por lo que tiene la última palabra en lo concerniente a la marcha de la sociedad. Regula la actuación de los demás órganos. Goza de las más amplias facultades dentro del ámbito de su competencia. Su competencia es muy amplia, con la limitación de aquellas atribuciones que por disposición de la ley o los estatutos estén reservadas a los otros órganos.

La asamblea general viene a ser el medio a través del cual la sociedad integra su voluntad.

Es un órgano de carácter colegiado, que en un principio se constituye por dos o más personas, sin perjuicio de que cabe la posibilidad de que una sola persona en razón del número de acciones que detenta puede constituir el quórum de asistencia y de votación. Así, las partes que integran este órgano (socios) manifiestan su voluntad individual, cuya suma se convertirá en la voluntad de la sociedad cumpliendo con un presupuesto trascendente: Mayoría.

Por ello se ha concluido por juristas, entre ellos el Maestro Oscar Vásquez del Mercado, que la asamblea al manifestar su voluntad se considera como un acto unilateral colegiado. El mencionado jurista señala:

"El acto colegiado, en virtud del principio mayoritario que rige el funcionamiento de las asambleas, es el más apropiado para explicar la naturaleza de la declaración de voluntad de la asamblea. Por el principio

⁷² Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op cit., p. 545.

⁷³ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, Tomo II, op cit., p. 3.

mayoritario, la formación de la voluntad social no requiere la contribución de todos y cada uno de los socios que emitan su voto, ésta se puede formar por el número de votos que represente un determinado porcentaje del capital social, suficiente para formar mayoría." ⁷⁴

Cuando la sociedad declara su voluntad, entonces es un acto unilateral en razón de que sólo interviene una parte de interés: la sociedad.

En resumen, se puede decir que la asamblea general es el órgano supremo de la sociedad, quien dirige la marcha de la misma mediante actos unilaterales colegiados por los que expresa su voluntad, y se constituye mediante la reunión de socios titulares de acciones que representan al capital social, cumpliendo con los requisitos que la ley establece en cuanto a su competencia, convocatoria y votaciones.

D.3.1.2) Clases.

La primera clasificación se puede hacer en razón de las categorías de acciones que puedan concurrir. Si concurren todas las categorías de acciones, se trata de una asamblea general. Si concurren una o varias categorías, (siempre y cuando la escritura constitutiva contemple la existencia de éstas), se trata de una asamblea especial.

En cuanto a las asambleas generales, éstas se dividen en razón del objeto que será materia del orden del día en asambleas ordinarias y en asambleas extraordinarias.

Las asambleas ordinarias están previstas en los artículos 180 y 181 L.G.S.M. Las asambleas extraordinarias están previstas en el artículo 182 del mismo ordenamiento.

Como resultado de la clasificación anterior, pueden existir asambleas mixtas, la cuáles tratan sobre asuntos que sean de la competencia tanto de las ordinarias como de las extraordinarias. Se rigen por las reglas de la asamblea extraordinaria en cuanto a la integración del quórum de asistencia, y el quórum de votación será conforme a cada asunto que se discuta. Así, si se trata un asunto de asamblea ordinaria, el quórum de votación será el previsto para la ordinaria. Lo mismo para asuntos de asamblea extraordinaria.

Surge una clase en razón del proceso de constitución sucesiva de la sociedad anónima: La asamblea constitutiva. (arts. 100 y 101 L.G.S.M.). No se puede decir que sea un órgano, sino es más bien una reunión

⁷⁴ Vázquez del Mercado, Oscar, *Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles*, op cit., p. 226.

preparatoria a la constitución de la sociedad.

Otra clase de asambleas es en razón a que concurran absolutamente todas las acciones con derecho a voto y estén presentes al momento de la votación. Aquí se trata de asambleas totalitarias, las cuales están previstas en el artículo 188 L.G.S.M. Los acuerdos que aquí se tomen no requieren de unanimidad de votos. Lo que si se requiere es que el orden del día que se va a desarrollar en esa asamblea, sea aprobado por la unanimidad de los asistentes. Esto es en base a que el accionista tiene el derecho a estar informado sobre los asuntos que se van a tratar, y con mas razón si se trata de una asamblea general ordinaria anual, que trata sobre la información financiera, ya que en el caso de que haya convocatoria, debe estar a disposición de los accionistas toda la documentación relativa por el plazo señalado en los estatutos, o en su defecto, de quince días. Sin embargo, en una asamblea totalitaria, en la que no hay convocatoria, la aprobación unánime del orden del día implica de manera tácita que los accionistas se consideran suficientemente informados. Una asamblea totalitaria implica que será válida aunque se haya omitido el requisito de convocatoria. Las asambleas totalitarias operan tanto en asuntos de asamblea ordinaria como de extraordinaria.

Cabe mencionar que por la reforma del 11 de junio de 1992, se adicionó el artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. El texto de la adición es el siguiente:

"En los estatutos se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de asamblea, por unanimidad de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto o de la categoría especial de acciones de que se trate, en su caso, tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas reunidos en asamblea general o especial, respectivamente, siempre que se confirmen por escrito. En lo no previsto en los estatutos serán aplicables en lo conducente, las disposiciones de esta ley."

Esta reforma resulta interesante. De su lectura, no parece ser otra cosa que una repetición de la asamblea totalitaria. Sin embargo, no lo es, ya que las resoluciones deben ser tomadas por unanimidad de votos. También se desprende que las resoluciones no necesariamente deben ser tomadas en el domicilio social, ya que no se trata aquí de una asamblea, sino de una reunión espontánea, por lo que no es aplicable el artículo 179 L.G.S.M. que establece la nulidad de las asambleas celebradas fuera del domicilio social. El citado artículo 178 señala que deben ser confirmadas por escrito. Aquí se debe tener mucho cuidado, y es conveniente que los estatutos, en el caso que contemplen este tipo de reuniones, establezcan una regulación

adecuada en beneficio de la sociedad. Así podrán establecer que se deba levantar una acta por cada reunión, que sea firmada por personas previamente designadas, que se hagan constar en el libro de actas de asambleas, etc.

D.3.1.3) Convocatoria.

Consiste en el llamado que se hace a los accionistas para que concurran a la asamblea que se celebrará. Es un requisito esencial de la misma, cuya omisión ha lugar ha considerarla nula, de conformidad con el artículo 188 L.G.S.M.

La convocatoria deberá efectuarse por el órgano de administración o el de vigilancia (art. 183 L.G.S.M.). Esto constituye una facultad y una obligación que efectuarán de iniciativa propia. Sin embargo a petición que en todo tiempo podrá efectuar un grupo de accionistas que represente el 33% del capital social, deberán hacer una convocatoria a asamblea general para tratar los asuntos indicados en la petición (art. 184 L.G.S.M.).

Como consecuencia de lo anterior, si el órgano de administración o el de vigilancia se rehusase a lo solicitado, o no la hicieren dentro del término de quince días en que recibieron la solicitud, la hará la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de quienes representen el 33% del capital social (art. 184 L.G.S.M.)

Este derecho de petición se puede conceder al titular de una sola acción, cuando en dos ejercicios consecutivos no se hubiere celebrado asamblea, o celebrándose no se hubieren tratado los asuntos que señala el artículo 181 L.G.S.M. (art. 185 L.G.S.M.). De aquí se desprende que este derecho del accionista singular sólo se limita a las asambleas ordinarias. El mismo artículo prevé que en el caso de una respuesta negativa por parte de la administración o comisarios o una abstención dentro del plazo de quince días, el accionista podrá dirigirse al juez competente, trasladando la petición hecha a los órganos antes señalados, lo que se tramitará incidentalmente.

El artículo 168 L.G.S.M. establece que en caso de que llegaren a faltar la totalidad de los comisarios, el órgano de administración deberá convocar en un término de tres días a asamblea general para que se proceda al nombramiento de los mismos. Si en ese plazo no lo hiciere, cualquier accionista podrá acudir a la autoridad judicial para que la efectúe. Si dicha asamblea no se efectuare o no se hiciere la designación, el

juez procederá a solicitud de cualquier accionista a nombrar comisarios provisionales en tanto no se celebre una asamblea para nombrar a los definitivos.

En cuanto al procedimiento de convocatoria, éste lo regula el artículo 186 L.G.S.M. La convocatoria debe publicarse en el periódico oficial de la entidad donde se encuentra el domicilio social o en uno de los de mayor circulación de ese lugar, con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión. Durante todo este lapso, deberán estar a disposición de los accionistas todos los documentos relativos a los estados financieros de la sociedad. Ese sistema ha sido objeto de crítica debido a que muchas de las veces los accionistas no se enteran, en vista a que no acostumbran leer el periódico donde se haga la convocatoria, así como si se publica en el diario oficial, éste es de muy poca circulación y leído por pocos.

Lo anterior es en relación con la primera convocatoria de una asamblea. Sin embargo, puede ser necesaria una segunda convocatoria debido a que no existió el quórum de asistencia necesario, de conformidad con el artículo 191 L.G.S.M. La ley no dice nada al respecto, pero se entiende que la segunda convocatoria debe tener los mismos requisitos que la primera. El orden del día debe ser exactamente el mismo. Debe transcurrir un plazo prudente entre la primera y segunda convocatoria, el cual pueden fijar los estatutos.

Los datos que deben indicarse en la convocatoria son: Lugar, día y hora en que la asamblea se verifique, así como el orden del día, y debe estar firmada por quien la hiciera.

En cuanto al lugar, este debe ser el domicilio social. Por domicilio social debe entenderse el lugar donde reside la sociedad o bien el lugar designado para que el órgano de administración realice sus funciones. La doctrina ha establecido la posibilidad de celebrar la asamblea en lugar distinto al domicilio social siempre y cuando así lo contemplen los estatutos. Sin embargo, el artículo 179 L.G.S.M. descarta esa posibilidad estableciendo que salvo caso fortuito o fuerza mayor, las asambleas celebradas fuera del domicilio social serán nulas.

El día y la hora son elementos indispensables para que el accionista sepa el momento preciso en que tendrá lugar la asamblea.

En cuanto al orden del día, éste consiste en la lista de asuntos que habrán de discutirse y votarse en el seno de la asamblea. A esa lista debe concretarse la deliberación y el voto. Estos puntos se deben señalar de

manera clara y precisa. Se critica la práctica de poner bajo un rubro "asuntos generales".

De conformidad con el artículo 188 L.G.S.M., las resoluciones de la asamblea que hayan sido tomadas sin que en la convocatoria se haya incluido el orden del día, serán nulas. Esto no se aplica en las asambleas totalitarias.

D.3.1.4.) Competencia y facultades.

Según las distintas clases de asambleas, tendrán distintas facultades. Para las asambleas constitutivas, sus facultades son en razón a que los que concurren posteriormente adquieren la calidad de socios. En cuanto a las asambleas especiales, deberán conocer y resolver de cualquier proposición que pueda perjudicar los derechos de la categoría de acciones que la integren.

La distinción más importante es la que se establece entre las asambleas ordinarias y extraordinarias, ya que éstas operan para todo tipo de sociedades. En cuanto a las asambleas extraordinarias, su competencia la establece el artículo 182 L.G.S.M., el cual a la letra establece:

"Son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

- I. Prorroga de la duración de la sociedad;
- II. Disolución anticipada de la sociedad;
- III. Aumento o reducción del capital social;
- IV. Cambio de objeto de la sociedad;
- V. Cambio de nacionalidad de la sociedad;
- VI. Transformación de la sociedad;
- VII. Fusión con otra sociedad;
- IX. Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce;
- X. Emisión de bonos;
- XI. Cualquiera otra modificación del contrato social; y
- XII. Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija un quórum especial."

De la lectura del artículo acabado de citar, se puede establecer que la competencia de una asamblea general extraordinaria en la mayoría de los casos implica una modificación estatutaria. Además, la fracción XI señala un principio general de que cualquier otra modificación de los estatutos será de competencia de la

asamblea general extraordinaria.

Las asambleas extraordinarias podrán celebrarse en todo momento. Sus facultades son indelegables.

Las asambleas ordinarias tienen su competencia fijada mediante una exclusión que señala el artículo 180 L.G.S.M., ya que podrán conocer de cualquier asunto que no sea de los enumerados en el artículo 182 L.G.S.M., o sea de asuntos que son de competencia exclusiva de la asamblea general extraordinaria. El artículo 181 L.G.S.M. señala facultades expresas de la asamblea general ordinaria. El mencionado precepto establece a la letra:

"La asamblea ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social y se ocupará, además de los asuntos incluidos en la orden del día, de los siguientes:

I. Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172, tomando en cuenta el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas.

II. En su caso, nombrar al administrador o consejo de administración y a los comisarios;

III. Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos."

De la lectura del citado precepto, se entiende que la asamblea general ordinaria será anual, y debe celebrarse dentro de los cuatro meses siguientes a la clausura del ejercicio social. Sin embargo, las asambleas generales ordinarias podrán celebrarse en cualquier momento, y sólo será anual la que se refiera a la información de la situación financiera.

En cuanto a la asamblea general ordinaria anual, el objeto de que se celebre después del ejercicio social es que se le rinda cuenta de las actividades realizadas durante dicho periodo, por aquellas personas que están encargadas de la dirección de la sociedad (administrador único o consejo de administración). Escuchará el informe de los comisarios en relación con lo anterior, con el fin de aprobar o desaprobar el balance y el estado de pérdidas y ganancias de la sociedad.

Si bien es cierto que las facultades de la asamblea ordinaria también son indelegables, se puede hablar de facultades concurrentes. Así, hay asuntos que corresponden de igual manera a la asamblea ordinaria y a los órganos de administración o vigilancia, como es en el caso de nombramiento de gerentes y mandatarios (art.

145 L.G.S.M.); nombramiento provisional de administradores como lo prevé la fracción II del artículo 155 L.G.S.M.

Por regla general, la asamblea no está facultada para gestionar y representar a la sociedad ante terceros, así como la ejecución de acuerdos tomados por la misma, ya que estas facultades por ley corresponden al órgano de administración. Sin embargo, tratándose de ciertos asuntos, la asamblea general puede conocer y resolver sobre ellos, así como prohibir su ejercicio al órgano de administración, y la ejecución la podrá conferir a los administradores, gerentes e inclusive delegados nombrados por la misma asamblea.

Como una facultad general, la asamblea podrá ratificar todos los actos y operaciones sociales que hubieren realizado el órgano de administración, los gerentes, etc. excediéndose de sus facultades.

Para concluir, se puede establecer como un límite a la competencia de cualquier asamblea el que actúen dentro de lo establecido por su objeto o finalidad social (art. 10 L.G.S.M.).

D.3.1.5) Integración y Desarrollo.

Para empezar se debe señalar que se entiende por quórum. Se puede definir como el porcentaje mínimo de acciones representativas del capital social, establecido por la ley y en razón del cual una asamblea podrá quedar integrada, y subsecuentemente los acuerdos que se tomen en la misma serán en un principio válidos (un acuerdo puede ser nulo por violar una disposición legal por ejemplo), atendiendo también a lo que la ley dispone acerca de los quórum de votación.

El quórum, varía según se trate de una asamblea ordinaria o extraordinaria, y también en lo referente a si la asamblea se celebra en primera o en segunda convocatoria. Tratándose entonces de asamblea ordinaria, el artículo 189 L.G.S.M. dispone que se requiere que esté representado por lo menos el 50% de las acciones con derecho a voto para que esté legalmente constituida, y para que los acuerdos sean válidos, deberá ser por el voto favorable de la mayoría presente, es decir, una mayoría relativa. Si una asamblea no pudo integrarse por falta del quórum necesario, precisa entonces una segunda convocatoria para la nueva asamblea. Aquí el quórum de presencia se elimina, ya que cualquiera que sea el número de acciones presentes, quedará legalmente integrada. Los acuerdos se tomarán también por la mayoría de los votos presentes, o sea, por mayoría relativa, de conformidad con el artículo 191 L.G.S.M.

En cuanto a la asamblea extraordinaria, dada la trascendencia de sus asuntos, el quórum de asistencia se aumenta a un 75% de las acciones representativas del capital social, y para que los acuerdos sean válidos, se requiere que voten en un mismo sentido el 50% de las acciones representativas del capital social (art. 190 L.G.S.M.). Igualmente en segunda convocatoria, el artículo 191 L.G.S.M. parece eliminar el quórum de asistencia al igual que en las asambleas ordinarias, al disponer que quedarán válidamente instaladas cualquiera que sea el número de acciones presentes; pero dispone que los acuerdos serán válidos si votan en un mismo sentido el 50% de las acciones representativas del capital social, por lo que mediante una deducción se puede establecer que sí existe un quórum de asistencia, el cual es el del 50% de las acciones representativas del capital social (art. 191 L.G.S.M.).

No cabe la posibilidad de disminuir los quórum legales, según se desprende de los artículos 189 y 190 L.G.S.M. Del mismo artículo 190, se determina que si pueden aumentarse los quórum de las asambleas extraordinarias. Los quórum de las asambleas ordinarias no podrán aumentarse, y esto se explica en razón de que se entorpecería la marcha de la sociedad.

A continuación se procede a tratar sobre el desarrollo de una asamblea. En primer lugar, una persona debe presidir la asamblea. Generalmente corresponde esta función al administrador único o al Consejo de administración. Si la sociedad es administrada por un Consejo de administración, a falta de designación expresa, se entenderá entonces que la presidirá el Presidente del Consejo de administración. Los estatutos pueden prever quien presidirá las asambleas, o también que la asamblea en cada caso designará al Presidente. Debe haber también un Secretario, el cual puede ser designado por la asamblea; puede ser el Secretario del Consejo de administración; etc. Así, la presidencia de una asamblea, integrada por el Presidente y el Secretario, le corresponde una serie de funciones que la ley no señala, entre las que destacan: comprobar la regularidad de la convocatoria, los quórum de asistencia, hacer cumplir la ley y los estatutos, mantener el orden durante la celebración de las reuniones, poner en votación las cuestiones y levantar el acta correspondiente.

De manera más detallada, en cuanto a la lista de asistencia, se puede decir que la Ley General de Sociedades Mercantiles no la trata expresamente. Pero de la lectura del artículo 41 del Código de Comercio se desprende este requisito, al señalar que en los libros de actas se expresarán los asistentes a la asamblea así

como el número de acciones que cada uno represente. En relación a esto, los accionistas podrán ser representados en la asamblea por mandatarios, sean o no socios. El instrumento en que conste la representación será el que establezca la escritura constitutiva. Los administradores y comisarios no podrán ser mandatarios. Con la lista de asistencia se puede además determinar si existe el quórum legal o estatutario para la integración de la asamblea. Las listas de asistencia se levantan por el Secretario de la asamblea o bien por los escrutadores mediante anotación del nombre del asistente, del número de acciones del que es titular y en su caso la indicación si es representante del titular.

El objeto de la asamblea consiste en que los accionistas deliberen y voten sobre los asuntos que ella conozca, indicados en el orden del día. Quienes participen en la asamblea (socios, administradores, comisarios y terceros) tendrán el derecho de voz, o sea, a ser oídos. Si bien el artículo 196 L.G.S.M. indica que el socio debe abstenerse de toda deliberación respecto a asuntos en que tenga un interés contrario al de la sociedad, no se refiere al derecho de discutir el asunto, sino al de emitir el voto. Los accionistas, al emitir su voto, lo deben hacer con conocimiento de causa, por lo que se les debe proporcionar la información necesaria para que estén en condiciones de emitir un voto adecuado. Todos los documentos y libros relacionados con los objetos de la asamblea deben estar a disposición de los accionistas por un plazo fijado en los estatutos, o en su defecto, de quince días, sin contar el de la publicación de la convocatoria ni el de la asamblea, siempre y cuando no se trate de asambleas totalitarias.

La votación, que se toma cuando la asamblea o el Presidente considera el asunto suficientemente discutido, consiste en que el accionista o su representante, en relación con cada acción de que sea titular, emita su voto, que puede ser en sentido afirmativo o negativo, o bien se abstenga de votar del asunto tratado. Se habla de votación económica y de votación nominal. Es económica cuando el Presidente pide a los socios que levanten la mano en señal de aprobación, o la levanten en señal de desaprobación, y la mayoría en uno u otro caso será el número más alto de las acciones con derecho de voto. La votación nominal se hace cuando cada socio al votar expresa su nombre, o cuando el voto se formula por escrito.

El artículo 199 L.G.S.M. prevé la posibilidad de suspender la votación, mediante el aplazamiento que soliciten por lo menos el 33% de las acciones representadas en una asamblea, cuando los accionistas no se consideren suficientemente informados. Este derecho se limita a una sola vez para el mismo asunto. La

nueva reunión que se celebre será para dentro de los tres días siguientes y sin necesidad de nueva convocatoria. Continuará a partir del asunto cuya resolución se aplazó, por lo que debe conservarse el mismo orden del día y participar las mismas personas que concurrieron a la reunión previa. El aplazamiento también puede tener lugar por razones de falta de tiempo e inclusive por caso fortuito o fuerza mayor.

De conformidad con los artículos 194 L.G.S.M. y 41 del Código de Comercio, de cada asamblea que se celebre se levantará un acta que se asentará en el libro que al efecto deberá llevar la sociedad, y deberán ser firmadas por el Presidente, el Secretario así como por los comisarios que concurran, sin perjuicio de que los estatutos pueden señalar quien las deba firmar. Además se deben agregar los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos de ley, así como la lista de asistencia y el dictámen de los escrutadores, y tratándose de asamblea ordinaria anual, el informe de los administradores a que se refiere el artículo 172 L.G.S.M.

El mencionado artículo 194 L.G.S.M. indica que si el acta de asamblea no se asienta en el libro correspondiente, se deberá protocolizar ante notario; así también que las actas de asamblea extraordinaria deberán siempre protocolizarse e inscribirse en el Registro Público de Comercio.

D.3.2) La Administración:

Al lado de los otros dos órganos, constituye un elemento funcional y necesario de la sociedad anónima. Es el órgano encargado de la gestión y la representación de los negocios sociales. De aquí entonces se destaca su doble función: interna de gestión y externa de representación.

Cuando se trató a la sociedad mercantil en general, se señalaron los requisitos esenciales que debe llevar una escritura constitutiva. Se habló también de los requisitos que si bien deben figurar en la escritura constitutiva, su falta implica que se aplicará entonces la ley, de conformidad con el artículo 8 L.G.S.M. Estos requisitos son los que se mencionan en las fracciones VIII a la XIII del artículo 6 L.G.S.M.

La fracción VIII, como requisito de la escritura constitutiva, a la letra dice:

"La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;"

A su vez la fracción IX dispone:

"El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social;"

Así, las dos fracciones anteriores se refieren al órgano de administración y a su organización. Pueden no figurar en la escritura constitutiva, pero una sociedad una vez que inicia funciones necesariamente deberá estar organizada. Es posible que la asamblea designe un representante social, el cual fungirá como administrador aunque no cuente con el nombramiento respectivo. Las sociedades irregulares, con personalidad jurídica, cuentan con una persona o personas que realizan actos en representación de la misma. Se debe entonces equipararlos a administradores.

La facultad de representación puede recaer en una persona o en un órgano colegiado. La citada fracción IX del artículo 6 L.G.S.M. habla de la designación de los que han de llevar la firma social. La firma social consiste en la determinación de la o las personas a quienes corresponde notificar a los terceros la voluntad social y recibir de estos terceros las notificaciones que éstos quieran hacer a la sociedad.

La firma social implica una actividad representativa, externa, por la cual se relaciona a la sociedad con terceros, actuando y operando frente al público, permitiendo que se celebren contratos, que se adquieran derechos y se contraigan obligaciones respecto de ellos.

La facultad de representación se deriva en primer lugar del artículo 27 del Código Civil, que si bien ya fué objeto de crítica, sí reconoce la existencia de órganos, y dice que una persona moral actúa a través de ellos en vista de que la representan. El artículo 10 L.G.S.M. señala de manera expresa que la representación de la sociedad será a cargo de uno o varios administradores.

La facultad de gestión no es otra cosa que la administración stricto sensu. Es una función interna, que generalmente no trasciende a terceros, pero es de gran importancia para la sociedad misma, porque se ocupa de la organización de la sociedad y cuyo funcionamiento adecuado y oportuno significa el cumplimiento del objeto o la finalidad social.

D.3.2.1) Maneras en que se efectúa:

Una sociedad puede tener como órgano de administración a un administrador único o a un Consejo de administración. Esta distinción no la dice expresamente la ley, pero se deduce de la lectura de varios preceptos, especialmente del artículo 143 L.G.S.M., que señala que cuando los administradores sean dos o más constituirán el Consejo de administración. Queda a cargo de los estatutos el determinar si la sociedad será administrada por un administrador único o un Consejo de administración. Si la sociedad es

administrada por un administrador único, a este le corresponderá la administración y el uso de la firma social. Si la sociedad funciona con un Consejo de administración, éste, como órgano colegiado, es el administrador y el representante. El uso de la firma social se entiende que no corresponde a todos los que lo integren. Así, se puede establecer que todos los Consejeros firmen conjuntamente; que los estatutos o el Consejo (claro está si tiene esa facultad) determinen a quien corresponde la firma social; a falta de designación, la tendrá el Presidente del Consejo.

Siguiendo con el Consejo de administración, el o los Consejeros, o el Presidente que dispongan de la firma social, deben proceder en ejecución de los acuerdos del Consejo y dentro de los límites que la ley o los estatutos marquen. Esta limitación no cabe frente a terceros, ya que el que usa la firma social obliga a la sociedad.

En cuanto a su funcionamiento, el Consejo de administración es un órgano colegiado que no puede actuar si no están reunidos sus miembros. Para que sus sesiones sean válidas, es necesario que concurran, cuando menos, la mitad de sus miembros (art. 143 L.G.S.M.). Para evitar problemas de inactividad por falta de quórum, los estatutos pueden fijar Consejeros suplentes, cuya actuación dependerá de los supuestos que los estatutos dispongan.

Las sesiones se celebrarán con la periodicidad que fijen los estatutos o en su defecto el propio Consejo. La convocatoria deberá ser hecha por el Presidente del Consejo. Las resoluciones se tomarán por la mayoría de votos de los Consejeros presentes. La ley le otorga al Presidente un voto de calidad en caso de empate. El Consejero que en una operación determinada tenga un interés opuesto al de la sociedad, debe abstenerse de votar, y si lo hace, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad.

De cada sesión del Consejo se levantará un acta que al efecto lleve la sociedad, lo que se desprende del artículo 41 del Código de Comercio, pero que la Ley General de Sociedades Mercantiles no menciona. Las actas deberán ser firmadas por las personas a quienes los estatutos confieran esa facultad, y que generalmente recaen en el Presidente y el Secretario.

D.3.2.2) Calidades para el desempeño del cargo:

El artículo 151 L.G.S.M dispone que no pueden ser administradores los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio, como es el caso de los menores, los sujetos a interdicción, los

corredores, los notarios, los quebrados no rehabilitados y los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad.

Debe desempeñarse por persona física y no por persona jurídica colectiva, y no podrá ejercerse por medio de representante (art. 147 L.G.S.M.).

Pueden ser extranjeros, si su calidad migratoria lo permite, siempre que su número no exceda de la participación que tengan en el capital social, y que no tengan el control de la sociedad, de conformidad con el artículo 5 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

La ley permite expresamente que los administradores puedan ser socios o no serlo. Los estatutos deben precisar esa situación exigiendo o no la calidad de socio para desempeñar el cargo. Si nada se establece, se entenderá que los que no sean socios podrán desempeñar el cargo de administrador.

Además, no existe prohibición para que los estatutos fijen otras calidades para desempeñar el cargo como son ser mexicano, tener una profesión determinada, no ser competidor de la sociedad, etc.

D.3.2.3) Características del cargo.

En primer lugar, el cargo de administrador (administrador único o Consejero) es temporal. Si bien es un cargo temporal, la ley no dispone nada acerca de cual es el plazo máximo de duración, modo de renovación, reelegibilidad.

En el derecho mexicano cabe la posibilidad de reelección ya que no hay nada que se oponga a ello. Se puede establecer que mediante asamblea general ordinaria se determine en última instancia la duración del cargo. Mientras no se nombren nuevos administradores o se revoquen, el cargo sigue subsistiendo. Si se fija plazo de duración, el transcurso del mismo no es causa suficiente para el cese, ya que siguen en funciones hasta que se nombren y tomen posesión los sustitutos.

En segundo lugar es un cargo eminentemente revocable por parte de la asamblea ordinaria que los nombra, y no es válido el pacto en contrario. La asamblea en todo momento los puede substituir discrecionalmente revocando su nombramiento. El administrador revocado no tiene otro recurso que el de una acción de indemnización de los daños y perjuicios que le hubiere causado, siempre que no hubiere una causa justa para la revocación. Por reciprocidad, el administrador o Consejero que abandona su cargo sin

causa justificada debe resarcir a la sociedad de los daños y perjuicios.

En tercer lugar, es un cargo remuneratorio. Esto se desprende en primer lugar del calificativo erróneo que tienen de mandatarios (arts. 142 y 157 L.G.S.M.), ya que el mandato no se presume gratuito. En segundo lugar, por el contenido de la fracción III del artículo 181 L.G.S.M., que establece que la asamblea general ordinaria deberá determinar los emolumentos de los administradores cuando no los hayan fijado los estatutos. En cuanto a las formas de pago, hay varias maneras de hacerlo, por ejemplo una cantidad fija periódica o por cada sesión del Consejo, participación en las utilidades que arroje el balance, asignación de acciones por aumentos de capital, etc.

No obstante, la remuneración puede excluirse por disposición de los estatutos, por la asamblea al designarlos o bien renunciarse a ellos por los mismos administradores.

D.3.2.4) Designación.

La asamblea general ordinaria de accionistas es la única facultada para designar al órgano de administración (salvo tratándose de constitución sucesiva lo podrá hacer la asamblea constitutiva), de conformidad con la fracción II del artículo 181 L.G.S.M. Por ningún motivo podrá el Consejo de administración nombrar a nuevos miembros cuando los anteriores cesan por muerte, renuncia o revocación.

Como caso de excepción, se faculta a los comisarios (órgano de vigilancia) designar administradores, de manera provisional, cuando el administrador único falte, o tratándose de Consejo de administración, nombrar los Consejeros faltantes cuando los restantes no reúnan el quórum estatutario (art. 155 fracc. II L.G.S.M.).

Regresando a la asamblea, se establecen derechos para las minorías en relación con el nombramiento de administradores, tratándose del Consejo de administración, y cuando esté integrado por tres o más miembros. La ley dispone que en este caso la minoría que represente el 25% del capital social podrá nombrar cuando menos un Consejero. Este porcentaje se reducirá al 10% tratándose de sociedades con acciones inscritas en la Bolsa de Valores (art. 144 L.G.S.M.). En relación a esto, no podrá revocarse el nombramiento del Consejero o Consejeros nombrados por la minoría sin que se revoquen los demás nombramientos de los demás consejeros (art. 144 L.G.S.M.).

D.3.2.5) Naturaleza jurídica del cargo.

Esto ha implicado una serie de opiniones por parte de los juristas. Se debe señalar que el problema surge en relación con el aspecto subjetivo del órgano, o sea, las personas físicas que lo desempeñan. El órgano en sí mismo considerado desde el aspecto objetivo, no acarrea problemas, ya que como se vió, es parte integral de la sociedad, y su actuación no es otra cosa que la actuación de la sociedad misma.

En cambio, el aspecto subjetivo, sujeto a cambios, hace surgir una serie de cuestionamientos, de entre los cuáles destaca: ¿A que se puede equiparar una persona física que desempeñe un cargo en el órgano de administración? La respuesta la pretende dar el artículo 142 L.G.S.M., al disponer que la administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios.

A su vez, el artículo 157 L.G.S.M. dispone que los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato. Así, el nombramiento de un administrador depende de la celebración de un contrato de mandato.

Pero la realidad es otra. El decir mandato es decir contrato que a su vez es decir acuerdo de voluntades. El nombramiento de un administrador es un acto unilateral por parte de la asamblea. El administrador, como parte integral del órgano de administración, no sólo tiene la facultad de representación, sino también la de gestión y organización de la sociedad. Su presencia es necesaria, sin que por ello se pretenda aceptar la idea de representación necesaria como una clasificación más de la representación.

Al formar parte del órgano, se integran como parte de la sociedad. Al desarrollar el mandato se le vincula con la representación voluntaria.

El artículo 1800 del Código Civil señala que el que es hábil para contratar puede hacerlo por sí o por medio de otra persona capaz. Esto implica que el mandante por sí mismo debe poder efectuar el acto que confiere a otro. En el caso de las sociedades anónimas, necesitan de ese elemento humano para adquirir derechos y contraer obligaciones, sin que se quiera decir que no tengan capacidad de ejercicio, porque ya se afirmó que sí la tienen. Simplemente se quiere decir que el órgano, como parte integral de la sociedad, con facultades permanentes y anteriores a quien desempeña el cargo, requiere en última instancia de ese elemento humano para desarrollar su potencial.

La actuación de esa persona implica la actuación de la sociedad. En lo personal me adhiero a la posición del Maestro Barrera Graf, para considerar la naturaleza de este cargo como *sui generis*.

Sin embargo, en base a lo anterior, no se pretende desconocer la aplicación de los elementos del contrato de mandato a este figura.

El Maestro Rodríguez y Rodríguez descarta la idea que se trate de un contrato de mandato en cuanto al régimen jurídico de actuación, sin embargo dice que tampoco cabe descartar la idea de que son mandatarios. Indica que el aseverar que no sea un contrato de mandato, no puede llevar al extremo de hacer desaparecer los preceptos por los que se habla de mandatarios. Dice que estos preceptos tienen la eficacia de indicar que a falta de disposiciones especiales, la estructura jurídica de los administradores se regirá por las reglas de mandato. En este aspecto coincido con este tratadista, sin embargo no coincido con él en el aspecto de que él asevera que el caso de los administradores se trata de una representación necesaria, por lo que la estructura jurídica de los administradores se aproxima definitivamente a la situación del tutor o del albacea. En base a esto último, no se trataría de una representación necesaria, sino una representación legal, que también quedó descartada ya que se admitió la plena capacidad de ejercicio de las personas morales.

A su vez, el Maestro Barrera Graf señala:

"La regulación del mandato (del civil y del mercantil, o sea, de la comisión, art. 273 C.Co.), es aplicable a la administración de la SA cuando se trate de colmar lagunas de la LGSM, siempre que las disposiciones relativas del C.Co. o del C. Civ no contradigan y sí encajen en la índole y la naturaleza propias del órgano de administración de la SA. Estamos, en consecuencia, ante una norma de enlace entre la ley especial (LGSM) y las leyes generales en materia mercantil (C.Co.) y el derecho común (C.Civ.)."⁷⁵

D.3.2.6) Función legal de representación.

La administración tiene dos funciones primordiales:

- a) Una interna de gestión (administración stricto sensu) y;
- b) Una externa de representación.

⁷⁵ Barrera Graf, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op cit., p. 571.

De los tres órganos, este viene a ser el facultado por la ley para exteriorizar la voluntad de la sociedad y recibir la de los terceros para la sociedad.

Esta función se hace palpable con la llamada firma social. Con la firma social, quien desempeñe el cargo de administración tendrá plenas funciones representativas. Pero, cabe aclarar nuevamente que el órgano de administración no es un representante, es parte integral de la sociedad, y la representación es solamente una función, supeditada a las facultades globales del órgano.

Como ya se mencionó, la función de representación se deriva en primer lugar del artículo 27 del Código Civil, y en segundo lugar del artículo 10 L.G.S.M.

D.3.2.7) Atribuciones y facultades.

El alcance general de sus facultades y atribuciones lo señala en primer lugar el artículo 26 del Código Civil en un sentido amplio, y el artículo 10 L.G.S.M. en sentido estricto, al establecer que podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad. Claro está que el objeto y los actos que realice una sociedad deben ser conformes a la ley y las buenas costumbres.

Se puede sentar el principio de que a los administradores les corresponden las más amplias facultades, siempre y cuando no estén reservadas a los otros órganos, así como que los estatutos no dispongan otra cosa. Sin embargo, el órgano de administración cuenta con facultades legales propias que en ningún momento se le podrán despojar por los estatutos o por la asamblea. Así, los estatutos les podrán otorgar las más amplias facultades, e inclusive, imponer prohibiciones para realizar ciertos actos o alguna actividad.

Se puede establecer que el órgano de administración ejecuta actos en base a sus atribuciones y facultades, pero también le corresponde la ejecución exacta de los acuerdos de las asambleas de accionistas, de conformidad con la fracción IV del artículo 158 L.G.S.M. A su vez el artículo 178 L.G.S.M. establece que las resoluciones de la asamblea general serán cumplidas por la persona que ella designe, o a falta de designación, por el administrador o por el Consejo de administración. Esta obligación a cargo del órgano no incluye aquellas resoluciones que se hayan adoptado en violación de la ley o de los estatutos.

A los administradores les corresponden facultades de dominio, siempre que sean conformes a la finalidad social. Sin embargo, se puede establecer que los actos de dominio requieran de previo acuerdo por la

asamblea general de accionistas.

Punto interesante es la facultad que tiene el administrador de suscribir títulos de crédito. El segundo párrafo del artículo 85 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que se reputan autorizados para suscribir letras de cambio (esto se extiende al cheque y al pagaré, ya que sus preceptos establecen que este artículo les es aplicable) los administradores o gerentes de sociedades o negociaciones mercantiles, por el hecho de su nombramiento. Señala además que los límites de esta autorización son los que señalan los estatutos o poderes respectivos.

Ahora, para comprender el alcance de lo anterior, se debe señalar el texto de la fracción III del artículo 8 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

"Art. 8: Contra las acciones derivadas de un título de crédito sólo pueden oponerse las siguientes excepciones y defensas:

III: Las de falta de representación, de poder bastante o de facultades legales en quien suscribió el título a nombre del demandado, salvo lo dispuesto en el artículo 11;"

El artículo 11 L.G.T.O.C. establece:

"Quien haya dado lugar, con actos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está facultado para suscribir en su nombre títulos de crédito, no podrá invocar la excepción a que se refiere la fracción III del artículo 8 contra el tenedor de buena fé. La buena fé se presume, salvo prueba en contrario, siempre que concurren las demás circunstancias que en este artículo se expresan."

El artículo 11 L.G.T.O.C. da las bases para determinar las consecuencias que pueden surgir en virtud de la suscripción de títulos de crédito por parte de los administradores y gerentes de una sociedad. El artículo 85 L.G.T.O.C. establece que la facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro no comprende la de obligarlo cambiariamente, salvo que se cuente con esa facultad de manera expresa, aplicándose en este caso el artículo 9 L.G.T.O.C. Los administradores y gerentes de una sociedad se reputarán con esa facultad, aunque no cuenten con ella. Ahora, si suscriben un título de crédito sin contar con esa facultad, el tercero de buena fé podrá ejercer la acción cambiaria en contra de la sociedad, sin que la misma pueda invocar la fracción III del artículo 8 L.G.T.O.C., de conformidad con el artículo 11 L.G.T.O.C.

La razón por la que se aplica el artículo 11 L.G.T.O.C. no es porque se quiera equiparar al administrador o gerente a un tercero, al contrario, son partes integrantes de la sociedad misma. La respuesta está en que el mencionado precepto se relaciona con el artículo 85 L.G.T.O.C, el cual considera que la facultad de suscribir títulos de crédito de los administradores y gerentes se presume por el hecho de su nombramiento. Ese nombramiento será entonces el acto positivo a que se refiere el artículo 11 L.G.T.O.C.

Así, un administrador o gerente que suscriba un título de crédito sin estar facultado de manera expresa, estará excediéndose de sus facultades, y la sociedad le podrá exigir la responsabilidad correspondiente.

Una de las principales funciones del órgano de administración es la relativa a la preparación del balance, el cual determina la situación financiera de la sociedad de un ejercicio (anual). El artículo 172 L.G.S.M. fue objeto de la reforma del 23 de enero de 1981, por lo que ahora el término que se maneja no es balance, sino estado. El mencionado artículo en el inciso D) señala que los administradores presentarán un informe anual a los accionistas que por lo menos debe incluir un estado que muestre, debidamente explicados y clasificados, los resultados de la sociedad. Este inciso claramente se refiere a lo que antes se conocía con el nombre de balance, el cual no es otra cosa que un reflejo de la situación patrimonial de una sociedad, confrontando el activo con el pasivo.

El mencionado artículo señala en los demás incisos otros informes, estados y notas que deben acompañarse, que sumados con el balance (el estado según dispone el inciso D), vienen a constituir de manera global la información financiera que deben presentar los administradores. Cabe señalar que el término balance sigue siendo contemplado en diversos artículos de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En resumen, el balance refleja la situación económica de la sociedad a una fecha determinada (cierre del ejercicio), que cubre un período anual.

El órgano de administración no puede delegar en nadie esta función, pero si puede auxiliarse de terceras personas (contadores públicos por ejemplo).

El órgano de administración debe contar con un término amplio para estar en posibilidad de elaborar la información financiera. En un principio, de conformidad con el artículo 181 L.G.S.M., se entiende que cuentan con cuatro meses para elaborarla después del cierre de ejercicio. Pero de la lectura del artículo 173

L.G.S.M. se desprende que esa información debe estar a disposición de los accionistas por un periodo anterior a la celebración de la asamblea, que en caso de no ser previsto en los estatutos, será de quince días. Sin embargo, este plazo debe reducirse una vez más ya que ésta información debe estar también a disposición de los comisarios, los que a su vez formularán un informe sobre la veracidad, suficiencia y razonabilidad del informe del órgano de administración, y ambos informes deben de estar a disposición de los accionistas, según dispone del artículo 173 L.G.S.M.

Cumplido lo anterior, de conformidad con el artículo 181 fracción I L.G.S.M., la asamblea general ordinaria aprobará o rechazará el balance y en general la información financiera. También puede modificarlo.

De conformidad con el artículo 177 L.G.S.M., una vez aprobado el balance por la asamblea de accionistas, deberá publicarse en el periódico oficial de la entidad en el que tenga su domicilio la sociedad, y depositarse una copia en el Registro Público de Comercio. La oposición que algún accionista hubiere formulado al acuerdo de aprobación del balance debe figurar como anotación a la publicación y depósito del balance.

En resumen, las principales atribuciones y funciones del órgano de administración son:

- 1.- Cumplir los acuerdos de las asambleas generales (art. 158 fracc. IV L.G.S.M.).
- 2.- Proceder a elevar el contrato social la escritura pública y a la inscripción en el Registro Público de Comercio, en caso de que no lo hagan los fundadores.
- 3.- Inscribir su nombramiento en el Registro Público de Comercio.
- 4.- Vigilar la existencia y regularidad de los libros sociales, o sea, de los generales de todos los comerciantes y de los especiales de las sociedades en general y de las anónimas en particular. (art. 158 fracc. III L.G.S.M.).
- 5.- Convocar a asambleas generales. (art. 183 L.G.S.M.).
- 6.- Solicitar la declaración de quiebra.
- 7.- Elaborar la información financiera (balance) en el plazo y forma previstos por la ley. (arts. 172 y 173 L.G.S.M.).
- 8.- Comprobar la realidad de las aportaciones sociales (art. 158 fracc. I L.G.S.M.) y de los dividendos

(artículo 158 fracc. II L.G.S.M.).

9.- Cumplir con las obligaciones que establece la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, entre las que destaca asegurarse de que la participación del capital extranjero no rebase los límites establecidos por la ley, de acuerdo con el tipo de actividad que realice la sociedad, salvo que cuente con autorización de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras; efectuar o vigilar que se haga la inscripción en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, de la sociedad misma cuando tenga inversionistas extranjeros, así como de esos inversionistas y sus títulos (arts. 15, 23 y 29 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera).

D.3.2.8) Garantía del cargo.

Este aspecto siempre ha sido objeto de discusiones y críticas, ya que se cuestiona la efectividad de esta garantía, la cual depende de lo que en cada caso concreto señalen los estatutos o la asamblea general. Esto es debido a que la Ley General de Sociedades Mercantiles no fija el mínimo del monto de la garantía que ha de otorgarse, y que en la práctica muchas veces resulta irrisoria (ej: depositar una acción o una cantidad equivalente a su valor nominal).

El artículo 152 L.G.S.M. establecía la obligación de los administradores y gerentes de prestar la garantía que determinarían los estatutos o en su defecto la asamblea general de accionistas, para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos. A su vez, el artículo 153 L.G.S.M. establecía que no se podían inscribir en el Registro Público de Comercio los nombramientos de los administradores y gerentes sin que se haya comprobado que hayan prestado la garantía correspondiente.

Como se mencionó, la garantía que los estatutos o las asambleas determinaban resultaban en la mayoría de los casos meramente simbólicas. Esto propició a que en la reforma del 11 de junio de 1992 se reformara el mencionado artículo 152 L.G.S.M., por lo que ahora la garantía de los administradores y gerentes será potestativa. El texto actual dice así:

"Los estatutos o la asamblea general de accionistas, podrán establecer la obligación para los administradores y gerentes de prestar garantía para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos."

Como consecuencia de lo anterior, se reformó también el mencionado artículo 153 L.G.S.M. para quedar

como sigue:

"No podrán inscribirse en el Registro Público de Comercio los nombramientos de los administradores y gerentes sin que se compruebe que han prestado la garantía a que se refiere el artículo anterior, en caso de que los estatutos o la asamblea establezcan dicha obligación."

En lo personal estimo que esta reforma es benéfica en razón de aquellas sociedades en que el número de socios es muy reducido, y están vinculados por lazos familiares o de amistad. Para las sociedades con un mayor número de socios, sobre todo las que cotizan en bolsa, esta reforma puede resultar grave. Ya dependerá del buen juicio de una sociedad para determinar si sus administradores o gerentes deban o no garantizar su manejo.

D.3.2.9) Publicidad.

El artículo 21 del Código de Comercio dispone:

"En la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad se anotarán:

VII. Los poderes generales y nombramientos y revocación de los mismos, si la hubiere, conferidos a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios."

Si bien es cierto que aquí no están mencionados los administradores, el denominador común de los demás es la representación, y siendo que el órgano de administración tiene la facultad legal de representación, entonces se entiende que deben inscribirse los nombramientos de las personas que lo integran. Además, también se desprende de la lectura del citado artículo 153 L.G.S.M.

La inscripción en el Registro Público de Comercio será bastante para que el acto o el contrato celebrado por el administrador pueda oponerse a terceros; en cambio, si su nombramiento no se inscribe, a menos que el o los terceros contratantes sepan o conozcan ese nombramiento por otros medios, no será oponible a terceros, los cuáles si podrán aprovecharlo en lo que les fuere favorable. (Art. 26 del Código de Comercio).

D.3.2.10) Responsabilidad.

Debe partirse de lo que disponen los artículos 142 y 157 L.G.S.M., que afirman el carácter de mandatarios de los administradores y la responsabilidad de los mismos, derivada del mandato y de las demás obligaciones que les imponga la ley y los estatutos.

Por nuestra parte ya se negó que la naturaleza jurídica de un administrador sea la de un mandatario. Sin embargo, se aceptó que las normas relativas al mandato y a la comisión pueden ser integrantes de normación en la Ley General de Sociedades Mercantiles. Siguiendo las ideas del Maestro Rodríguez y Rodríguez, se pueden invocar los artículos 286 y 287 del Código de Comercio y 2562 y 2563 del Código Civil, que establecen que el comisionista o el mandatario deberán cumplir la comisión o el mandato con arreglo a las instrucciones recibidas, y en defecto de ellas, con la diligencia que se pone en el negocio propio. Así, analógicamente, los administradores deberán proceder en el cumplimiento de su cargo con arreglo a las instrucciones recibidas y con la diligencia de un comerciante en los negocios propios. Estas instrucciones son dadas por la ley, por los estatutos y por la asamblea general.

En cuanto a las instrucciones, o mejor dicho, obligaciones legales, cuyo incumplimiento plantea supuestos de responsabilidad de los administradores, son reguladas por múltiples preceptos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, entre los que destacan:

Art. 2 (parr. V): Responsabilidad a quienes realicen actos como representantes de sociedades irregulares.

Art. 7 (parr. III): Repite lo anterior, con la salvedad que no menciona que la responsabilidad además es subsidiaria, como si lo establece el artículo 2, el cual tiene aplicación definitiva, por haber sido objeto de una reforma posterior.

Art. 19: Responsabilidad por el reparto de utilidades sin que antes se haya aprobado la información financiera, así también cuando no se hayan restituido o absorbido las pérdidas de uno o más ejercicios anteriores.

Art. 21: Responsabilidad de los administradores por los acuerdos que tomen éstos o las asambleas contrarios a las normas establecidas para las reservas legales.

Art. 115: Responsabilidad por emitir acciones por una suma menor de su valor nominal.

Art. 118: Responsabilidad por no proceder a exigir judicialmente el pago de exhibiciones pendientes o bien proceder a la venta de acciones.

Art. 119: Responsabilidad de los administradores por repartos y anticipos indebidos.

Art. 124: Responsabilidad por no emitir en el plazo máximo de un año los títulos representativos de acciones y/o certificados provisionales.

Art. 125: Responsabilidad por no asentar en los títulos a que se refiere el artículo anterior los requisitos

señalados.

Art. 133: Responsabilidad por emitir nuevas acciones en tanto que las precedentes no hayan sido íntegramente pagadas.

Art. 134: Responsabilidad por adquirir en nombre de la sociedad acciones de la misma, salvo que sea por adjudicación judicial.

Art. 137: Responsabilidad en lo relativo a las acciones de goce, y su prelación en los dividendos.

Art. 138: Señala expresamente la responsabilidad de los consejeros y directores que hayan contravenido el artículo 134.

Art. 141: Responsabilidad relativa a las acciones que son pagadas total o parcialmente en especie y el plazo por el que deben quedar depositadas.

Art. 156: Responsabilidad del administrador que no se abstenga de deliberar y votar cuando tenga un interés contrario al de la sociedad.

Art. 157: Ya estudiado.

Art. 158: Objeto de un comentario posterior.

Art. 160: Responsabilidad por no denunciar por escrito a los comisarios las irregularidades de sus predecesores, si las conocen.

Art. 172: Responsabilidad por no elaborar la información financiera.

Art. 173: Responsabilidad por no poner a disposición de los accionistas su informe con la anticipación mínima que señala la ley.

Art. 176: Remoción del administrador por la no presentación oportuna de la información financiera.

Art. 177: Responsabilidad por no publicar la información financiera y depositar una copia en el Registro Público de Comercio.

Art. 183: Responsabilidad por no convocar a asamblea.

Art. 186: Responsabilidad por no cumplir con los plazos y formas para convocar a asamblea.

Art. 233: Responsabilidad de los administradores por iniciar nuevas operaciones con posterioridad al vencimiento del plazo de duración; al acuerdo de disolución; o a la comprobación de una causal de disolución.

Ahora, se debe estudiar el artículo 158 L.G.S.M. que a la letra señala:

"Los administradores son solidariamente para con la sociedad:

I. De la realidad de las aportaciones hechas por los socios;

II. Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas.

III. De la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley.

IV. Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas de accionistas."

Este artículo señala que en estos casos, la responsabilidad será solidaria. Sin embargo, no son los únicos supuestos, ya que los artículos 19, 21, 138, 160 y 233 L.G.S.M. también lo señalan expresamente. Mas aún, en los preceptos anteriormente señalados se puede establecer que la responsabilidad de los administradores también es solidaria. Se entiende que la responsabilidad es solidaria cuando el órgano de administración en primer lugar actúa como Consejo. Así, dicha responsabilidad será solidaria por todos aquellos acuerdos que se refieren a atribuciones del consejo, por disposición de la ley o los estatutos. Así, si el Consejo tiene competencia, el Consejo responde solidariamente de los actos u omisiones realizados por los Consejeros.

En cuanto al Consejero individualmente considerado, éste tiene el derecho de probar que no es culpable y sustraerse de la responsabilidad solidaria. Esto lo establece el artículo 159 L.G.S.M. que dispone:

"No será responsable 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."

Una cuestión interesante estriba en razón de la responsabilidad solidaria del órgano de administración al nombrar delegados, mandatarios o gerentes. En cuanto a los delegados, éstos están previstos en el artículo 148 L.G.S.M., donde el consejo podrá nombrar de entre sus miembros un delegado para la ejecución de actos concretos. En la práctica se le delegan las más amplias facultades de gestión y representación. Así, se puede establecer que el órgano de administración no incurrirá en responsabilidad por actos de los delegados, siempre y cuando la delegación haya sido prevista en los estatutos o la haya acordado la asamblea general. Sin embargo, si incurre en responsabilidad en aquellas funciones que le atribuyen explícitamente la ley o los estatutos (ej: información financiera).

En cuanto a los mandatarios, sean generales o especiales, cuyo nombramiento lo contempla el artículo 159

L.G.S.M., tienen el mismo tratamiento que los delegados.

En cuanto a los gerentes, cuyo nombramiento lo puede hacer la asamblea o el órgano de administración, cabe decir que en principio no cabe la responsabilidad de los administradores por actos del gerente, salvo que se trate de funciones específicamente impuestas al órgano de administración.

Ahora, si el órgano de administración incurre en responsabilidad, ¿A quién compete el ejercicio de la acción de responsabilidad?

En un principio, compete a la asamblea general ordinaria de accionistas, mediante acuerdo tomado por mayoría de votos. Dicha asamblea designará a la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, de conformidad con el artículo 161 L.G.S.M.

Ahora, según dispone el artículo 163 L.G.S.M., la acción de responsabilidad puede ser ejercida por la minoría que represente el 33% del capital social, siempre y cuando la demanda comprenda el monto total de la responsabilidad en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes, y que el o los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general sobre no haber lugar a proceder en contra de los administradores demandados.

Otro supuesto de legitimación de la acción de responsabilidad es en razón de las sociedades irregulares, donde el socio o socios no culpables de dicha irregularidad pueden ejercer la acción en contra del órgano de administración (o en contra de quien se ostente como representante).

Ahora, la legitimación de la acción de responsabilidad que tienen los terceros, no la menciona expresamente la ley. Entonces se debe acudir al derecho común, y el fundamento se encuentra en el artículo 1910 del Código Civil. Así, los terceros, incluyendo a los socios (individualmente considerados), tienen acción de responsabilidad en contra de los administradores que hayan obrado ilícitamente o en contra de las buenas costumbres, causándoles un daño. Obrar ilícitamente implica violar la ley, los estatutos e inclusive los acuerdos de asamblea.

Finalmente, cuando se habló de aquellas sociedades con objeto ilícito o que ejecuten habitualmente actos ilícitos, se estableció su nulidad, y su subsecuente liquidación. Aquí compete al Ministerio Público el ejercicio de la acción de responsabilidad en contra de la sociedad y de el o los administradores, de manera

solidaria, ya que el artículo 1018 del Código Civil establece la responsabilidad de las personas morales por los daños y perjuicios que causen sus representantes.

D.3.2.11) Gerentes.

Los gerentes de acuerdo a como los califica el Maestro Mantilla Molina son colaboradores de la administración. Dice que su existencia se justifica en la necesidad que tiene una sociedad para atender de manera continua la dirección de la misma.

Por su parte, el Maestro Rodríguez y Rodríguez los llama administradores subordinados o de segundo grado.

El Maestro Oscar Vásquez del Mercado señala al respecto:

"La designación de gerentes es conveniente para la sociedad, pues generalmente son éstos quienes se encargan de los negocios y dirección de la misma en una forma más directa y activa. El consejo de administración actúa en forma muy discontinua; sus períodos de actividad van seguidos de épocas de receso, ya que es imposible que un órgano colegiado esté reunido permanentemente. Aún cuando exista un administrador único, éste no puede atender todas y cada una de las múltiples contingencias que se presentan en la vida de una sociedad, de ahí que se haya estimado aconsejable la designación de los gerentes, personas, como dijimos, más directamente conectadas con la marcha de la organización." ⁷⁶

El fundamento legal de esta figura se encuentra en el artículo 145 L.G.S.M., que permite que existan uno o varios gerentes generales o especiales nombrados por la asamblea general o por el órgano de administración.

El artículo 146 L.G.S.M. establece:

"Los gerentes tendrán las facultades que expresamente se les confieran; no necesitarán de autorización especial del administrador o consejo de administración para los actos que ejecuten y gozarán, dentro de la órbita de sus atribuciones que les hayan asignado, de las más amplias facultades de representación y ejecución."

⁷⁶ Vásquez del Mercado, Oscar, *Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles*, op cit., p. 167.

Entonces, en primer lugar se tiene a los gerentes generales, que tienen a su cargo la dirección de la sociedad, con las más amplias facultades de representación y ejecución. Los gerentes especiales tienen a su cargo sólo una rama de la negociación, o un establecimiento o sucursal de la misma, pero también gozan dentro del ámbito de sus atribuciones de las más amplias facultades de representación y ejecución.

La institución de gerente en la práctica se desarrolla mediante un sistema de jerarquías. Así, puede haber un gerente general (comúnmente se le designa director general), y pueden haber subgerentes o gerentes de ramos concretos (especiales) subordinados al primero. Si bien la ley establece que puede haber uno o más gerentes generales, en la práctica sólo suele nombrarse uno, ya que debido a la amplitud y alcance de sus funciones, dos o más chocarían entre sí.

Las facultades de los gerentes se determinan en los estatutos, por la asamblea general y por el órgano de administración, si éste los nombra. Pueden conferir poderes dentro de sus respectivas facultades, los cuales serán revocables en cualquier tiempo (art. 149 L.G.S.M.).

El determinar la naturaleza jurídica de un gerente ha dado lugar a discusiones y opiniones divergentes, aunque no en el grado en relación con los administradores. Habría que darle un tratamiento distinto al gerente general y al especial. El gerente especial está subordinado al general, por lo que puede ser considerado como un trabajador. El gerente general puede tener facultades de gestión y representación tan amplias, que se podría equiparar a un mandatario, ya que su existencia no es necesaria, sino auxiliar, y cabría entonces la idea de la representación voluntaria.

En cuanto a su nombramiento, el mencionado artículo 145 L.G.S.M. dispone que pueden ser nombrados por la asamblea general (en este caso ordinaria, ya que si tiene la facultad de nombrar administradores, más la tendrá para nombrar gerentes), o por el órgano de administración (Consejo de administración o administrador único).

Es un cargo revocable. La asamblea general podrá revocar los nombramientos hechos por ella, así como los del órgano de administración. El órgano de administración sólo podrá revocar los nombramientos hechos por él mismo.

Para el desempeño del cargo de gerente, en primer lugar se debe ser persona física (art. 147 L.G.S.M.), no estar inhabilitado para ejercer el comercio (art. 151 L.G.S.M.).

Lo relativo a la retribución, garantía y publicidad, se remite a lo dicho para los administradores.

En cuanto a la duración, es aplicable lo dispuesto para los administradores, salvo que se hayan designado por un tiempo determinado. Cuando transcurre el plazo señalado, concluye su función, sin que opere el artículo 154 L.G.S.M. Esto se explica en razón de que el cargo de gerente no es necesario, como sí lo es el de administrador.

La actuación del gerente no cesa por la terminación de funciones del o los administradores que los hayan nombrado.

La responsabilidad en que puedan incurrir los gerentes es en relación a su actuación dentro de la órbita de sus atribuciones. Se puede aplicar aquí también la base que se sentó para los administradores, o sea, que los gerentes deben proceder en el cumplimiento de su cargo con arreglo a las instrucciones dadas (por la ley, estatutos, asamblea, administración) y con la diligencia de un comerciante en los negocios propios.

D.3.3) Vigilancia:

D.3.3.1) Noción.

El Maestro Rodríguez y Rodríguez señala al respecto:

"Los comisarios son los órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad." ⁷⁷

El artículo 164 L.G.S.M. da el fundamento legal, señalando a la letra:

"La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad."

Así, los comisarios constituyen el órgano de vigilancia, con una existencia permanente y necesaria.

El artículo 91 L.G.S.M. en su fracción V, señala de entre los requisitos que debe contener la escritura constitutiva de una sociedad anónima, el de el nombramiento de uno o varios comisarios. Este requisito se acostumbra poner al final de una escritura constitutiva señalando que es la primera asamblea que se celebra.

⁷⁷ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II, op cit., p. 152.

En resumen, se puede decir que a este órgano le corresponde de manera permanente y continua el control y la vigilancia de la S.A., logrando con ello el tutelar los derechos y obligaciones que surgen con la actuación de ella. Esto abarca un aspecto general, en relación con la constitución de la sociedad, para que ésta se apegue a la ley y a los estatutos. También abarca un aspecto concreto, respecto a la actuación de los otros dos órganos, en especial el de administración, así como la protección y salvaguarda de los derechos de los socios y de las minorías.

Cabe aclarar que si bien es cierto que es un órgano, con la facultad expresa y permanente de vigilancia y control, dicha facultad no le es exclusiva. Los accionistas tienen derechos de vigilancia, aunque los ejerzan de manera indirecta, como es el discutir, aprobar o modificar los informes de los administradores y los comisarios (art. 181 fracc. I L.G.S.M.), así como también el denunciar por escrito a los comisarios los hechos que estimen irregulares en la administración.

D.3.3.2) Calidades para el desempeño del cargo.

En primer lugar, puede ser desempeñado por accionistas o por personas extrañas a la sociedad (art. 164 L.G.S.M.).

En segundo lugar, ante el silencio de la ley, se desprende que los comisarios tanto pueden ser personas físicas como morales, sin que se aplique la limitación que señala el artículo 147 L.G.S.M. para los administradores.

La actual Ley de Instituciones de Crédito prevé que los bancos pueden llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas (art. 46 fracc. XIX), y toda vez que en la práctica la contabilidad la efectúan los comisarios, que teniendo la calidad de contador en las Instituciones de crédito conjuntamente se encargan de la vigilancia de la sociedad.

Los comisarios pueden ser extranjeros, si su calidad migratoria lo permite, y se puede aplicar lo dispuesto para los administradores.

El artículo 165 L.G.S.M. en sus diversas fracciones señala prohibiciones e incompatibilidades expresas para el desempeño del cargo. El mencionado artículo establece a la letra:

"No podrán ser comisarios:

I. Los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio;

II. Los empleados de la sociedad, los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un veinticinco por ciento del capital social, ni los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento.

III. Los parientes cosanguíneos de los administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo."

La razón de ser de estas incompatibilidades estriba en la completa independencia que debe tener el órgano de vigilancia en relación con el órgano de administración, la cual se vería disminuida por existir una relación de subordinación o un vínculo sentimental entre el comisario y el administrador. Si bien la ley no dice nada, esta incompatibilidad se debe extender al cónyuge del administrador, así como a cualquier persona que en razón de otro vínculo (compadre, concubino, etc.) pudiera someterse a la voluntad del administrador.

D.3.3.3) Características del cargo.

Es un cargo temporal, como se desprende del artículo 164 L.G.S.M.

Es un cargo eminentemente revocable, de acuerdo con el mencionado precepto.

Es un cargo remuneratorio, como se desprende de la fracción III del artículo 181 L.G.S.M.

D.3.3.4) Designación.

Corresponde a la asamblea general ordinaria de accionistas nombrar al o a los comisarios, de conformidad con la fracción II del artículo 181 L.G.S.M.

Cuando por cualquier causa faltare la totalidad de ellos, si la asamblea no procediere al nombramiento, lo hará la autoridad judicial del domicilio de la sociedad a solicitud de cualquier accionista. Dicho nombramiento será provisional, hasta que la asamblea general haga el nombramiento definitivo. (art. 168 L.G.S.M.).

Por analogía respecto a los administradores, se permite que la minoría de accionistas tenga el derecho a nombrar a un comisario cuando los estatutos o la asamblea establezcan que sean tres o más (art. 144 L.G.S.M.). Lo mismo se aplica en caso de revocación del comisario nombrado por la minoría.

D.3.3.5) Número.

La ley permite que se designen en la escritura constitutiva uno o varios comisarios (art. 164 L.G.S.M.). También lo podrá establecer así la asamblea general (art. 181 fracc. II L.G.S.M.). Cuando sean dos o más, no constituyen un cuerpo colegiado (a diferencia del Consejo de administración), sino que cada comisario actúa y responde individualmente, como lo señala el artículo 169 L.G.S.M. Si bien esta actuación es independiente, la actuación de los demás debe ser de su conocimiento, e inclusive deben opinar y disentir entre ellos sobre el modo en que ejercitan sus funciones. Así, si bien es conveniente que se reúnan para opinar conjuntamente, no existe esa obligación de hacerlo, ni de convocar a reunión.

Cabe también la posibilidad como en el caso de los administradores de nombrar uno o más comisarios suplentes.

D.3.3.6) Naturaleza jurídica del cargo.

Se debe destacar que en primer lugar la relación del comisario con la sociedad no es de naturaleza contractual, ya que se trata de un órgano necesario con funciones obligatorias.

El Maestro Barrera Graf señala al respecto:

"Estamos en presencia...de un servicio típico de carácter necesario y permanente (art. 166 especialmente la fracción IX) que se presta a la sociedad por uno o varios comisarios, como partes integrantes de un órgano; que son designados por la asamblea (y excepcionalmente, por un juez, art. 168, lo que también descarta que se trate de un contrato), no a virtud de un acuerdo de voluntades sino de una resolución de la junta de socios, y que es un acto unilateral (o sea, el nombramiento)." ⁷⁸

Se debe señalar que por ningún motivo se pueden equiparar a mandatarios o representantes. Les corresponde una función de gestión interna, por lo que carecen totalmente de la facultad de obrar a nombre de la sociedad frente a terceros.

D.3.3.7) Atribuciones y facultades.

La esencia de las funciones de los comisarios es el control y la vigilancia. Esto se aplica en primer lugar

⁷⁸ Barrera Graf, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op cit., p. 599.

en lo relativo a la contabilidad. Así, deben exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de la situación financiera y un estado de resultados (art. 166 fracc. II L.G.S.M.).

Deben realizar un exámen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones que la ley les impone (art. 166 fracc. III L.G.S.M.).

Con base en lo anterior, y con relación al artículo 172 L.G.S.M., deben rendir anualmente a la asamblea general ordinaria de accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el órgano de administración a la propia asamblea de accionistas. En relación a este informe, el comisario debe opinar sobre si la política, los criterios contables y de información seguida por la sociedad, son los adecuados y suficientes, tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad; sobre si esas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por el órgano de administración; y si como consecuencia de lo anterior, la información presentada por el órgano de administración refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad (art. 166 fracc. IV, incisos A), B) Y C).

Otras facultades y funciones son:

-Intervenir en las asambleas de accionistas, a las que tiene derecho a convocar, en caso de omisión de los administradores y en los casos que juzguen convenientes (art. 166 fracc. III y VIII L.G.S.M.).

-Intervenir en las sesiones del Consejo de Administración.

En ambos casos, puede asistir con voz pero sin voto. Además, también en ambos casos puede hacer que se inserten en el orden del día los puntos que crea pertinentes.

De conformidad con el artículo 167 L.G.S.M., deben transmitir a la asamblea las denuncias que reciban de los socios.

La fracción IX del artículo 166 L.G.S.M. asienta el principio general de que les corresponde vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad. Así, con base en todo lo anterior, se puede concluir diciendo que al órgano de vigilancia le corresponde cuidar el cumplimiento exacto de los

estatutos y de la ley, así como vigilar la actuación del órgano de administración.

D.3.3.8) Garantía del cargo.

El fundamento legal de la garantía que se le pueda exigir al comisario se encuentra en el artículo 171 L.G.S.M. el cual establece que entre otros preceptos les será aplicable a los comisarios el artículo 152 L.G.S.M., el cual se refiere a la garantía de los administradores. Por ello, se remite a lo dicho anteriormente para los mismos.

Su nombramiento no se inscribe en el Registro Público de Comercio, ya que sus facultades sólo las ejercen dentro del ámbito interno de la sociedad, a diferencia de los administradores, gerentes y demás representantes.

D.3.3.9) Responsabilidad.

Incurren en responsabilidad por no cumplir de manera fiel y exacta los deberes que la ley y los estatutos les imponen.

Como ejemplos, se puede señalar la responsabilidad del comisario cuando no cumpliera con la obligación de nombrar administradores provisionales (art. 155 fracc. II L.G.S.M.); también cuando intervengan en casos en que tengan un interés contrario al de la sociedad (art. 170 que remite al 156 L.G.S.M.).

Los comisarios responden individualmente de sus actos, en vista de que no actúan colegiadamente (art. 169 L.G.S.M.). Así, los comisarios no incurren en responsabilidad solidaria entre sí, ni con los administradores. No obstante, incurren en responsabilidad solidaria cuando hayan advertido irregularidades en la gestión de los que les hayan precedido en el desempeño del cargo, y no lo hayan puesto del conocimiento de la asamblea general (art. 171, que remite al art. 160 L.G.S.M.).

La legitimación para ejercer la acción de responsabilidad corresponde a la asamblea general (art. 171 que remite al 161 L.G.S.M.), y por la minoría que represente el 33% del capital social (art. 171, que remite al 163 L.G.S.M.).

Sin embargo, y en base a lo dicho para los administradores, cabe la legitimación para los socios (individual) y para los terceros cuando la actuación del órgano les cause daños y perjuicios, y que éstos sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación (arts 2108, 2109 y 2110 del

Código Civil).

Los comisarios removidos por causa de responsabilidad sólo podrán ser nombrados nuevamente en el caso que la autoridad judicial declare infundada la acción en su contra. Además, cesarán inmediatamente en su encargo al momento en que la asamblea les exiga responsabilidad (art. 171 que remite al 162 L.G.S.M.).

E) MANDATARIOS Y DELEGADOS:

E.1) DESIGNACION:

En muchas ocasiones, y en base al principio de la representación voluntaria, la sociedad requiere hacer designación tanto de personas ajenas a ella, o sea, personas diversas de sus órganos, así como también el consejo de administración o la asamblea general pueden designar personas, para el efecto de que realicen determinados actos en representación de la sociedad. En el primer caso se trata de mandatarios y en el segundo caso de delegados.

En cuanto a los mandatarios, el artículo 149 L.G.S.M. establece:

"El administrador o el consejo de administración y los gerentes podrán, dentro de sus respectivas facultades, conferir poderes en nombre de la sociedad, los cuáles serán revocables en cualquier tiempo."

Se debe poner en relieve que este artículo se refiere expresamente a poderes. Sin embargo, en lo personal, considero que debería referirse a mandatos, porque puede existir la posibilidad de que se confieran mandatos con representación indirecta, o sea, que se actúe por cuenta pero no en nombre de la sociedad. El poder siempre se refiere a una representación directa. Los mandatos que pueden conferir pueden ser generales o especiales. El que sea dentro de sus respectivas facultades implica que en esos mandatos que otorguen no pueden conferir facultades que vayan más allá de las que ellos tengan. La facultad de otorgar mandatos debe constar en cláusula expresa prevista en los estatutos o al hacerse su nombramiento (de los administradores o gerentes). La facultad de designar mandatarios se entiende que también la tiene la asamblea general ordinaria. En primer lugar porque es el órgano supremo. En segundo lugar, si tiene la facultad de nombrar administradores y gerentes, más la tendrá para nombrar mandatarios. En tercer lugar, se desprende de la lectura del segundo párrafo del artículo 10 L.G.S.M., que fué adicionado en la reforma del 11 de junio de 1992. Esta adición es objeto de una posterior referencia.

Dicho lo anterior, es aplicable lo dicho para los gerentes, en el sentido de que la asamblea general puede revocar los nombramientos hechos por ella misma y por el órgano de administración, mientras que el segundo sólo puede revocar los nombramientos hechos por él mismo.

En cuanto a los delegados, éstos pueden ser nombrados por el órgano de administración o por la asamblea general. En cuanto al órgano de administración, cuando actúa como consejo, el artículo 148 L.G.S.M. establece:

"El consejo de administración podrá nombrar de entre sus miembros un delegado para la ejecución de actos concretos. A falta de designación especial, la representación corresponderá al presidente del consejo."

Si bien el precepto se refiere a actos concretos, en la práctica suele suceder que al delegado se le encomienden tan amplias facultades que implique una delegación general, con la limitación que hay facultades que por ningún motivo se podrán delegar (convocatoria a asambleas, elaboración del balance, etc.). Ahora, una delegación general no implica que se exima al Consejo de administración de sus facultades y deberes de gestión y representación. Además, el Consejero delegado debe atenerse a las indicaciones dadas por el Consejo.

En cuanto a la asamblea general, esta facultad se desprende de la última parte del artículo 178, que establece que "sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración."

En este caso, la asamblea puede delegar las facultades de gestión o representación que en un principio le corresponden al órgano de administración, con la excepción de aquéllas facultades indelegables del propio órgano de administración.

E.2) CONSECUENCIAS DE SUS FACULTADES EN RELACION CON LOS ADMINISTRADORES Y GERENTES.

El artículo 150 L.G.S.M. establece en forma precisa:

"Las delegaciones y los poderes otorgados por el administrador o consejo de administración y por los gerentes, no restringen sus facultades.

La terminación de las funciones del administrador o consejo de administración o de los gerentes, no

extingue las delegaciones ni los poderes otorgados durante su ejercicio."

E.3) RESPONSABILIDAD.

Tanto el mandatario como el delegado incurrirán en responsabilidad por violación o exceso del encargo recibido. Aquí por ende son aplicables los lineamientos generales del contrato de mandato.

Una cuestión interesante es si pueden incurrir en responsabilidad solidaria el administrador o el gerente que los hayan nombrado. En cuanto al delegado, la solución puede estar en si la delegación fue prevista en los estatutos o acordada por la asamblea general. En este caso, el Consejo de Administración no incurriría en responsabilidad. En cambio, si procedió por su cuenta a hacer la delegación, si incurrirá el Consejo en responsabilidad.

En cuanto a los mandatarios, considero que lo dicho para los delegados les es aplicable. Además, también es aplicable lo dispuesto en los artículos 2574 y 2575 del Código Civil:

"Art. 2574: El mandatario puede encomendar a un tercero el desempeño del mandato si tiene facultades expresas para ello."

"Art. 2575: Si se le designó la persona del sustituto, no podrá nombrar a otro; si no se le designó persona, podrá nombrar a la que quiera, y en este último caso solamente será responsable cuando la persona elegida fuere de mala fe o se hallare en notoria insolvencia."

E.4) FORMALIDAD.

Este aspecto siempre fue objeto de discusiones, y que propició a que el artículo 10 L.G.S.M. fuera adicionado en la reforma del 11 de junio de 1992. La duda surgía en relación con los artículos 178 y 148 L.G.S.M., o sea, en cuanto los delegados de la asamblea general o del Consejo de administración respectivamente. Estos delegados son los que generalmente comparecen ante notario a efecto de protocolizar el acta de asamblea o de sesión del Consejo.

Así, surgía la cuestión si el delegado al comparecer ante notario a protocolizar el acta, estaba facultado para formalizar o ratificar los acuerdos tomados por la asamblea o el Consejo, que podían comprender el otorgamiento de un mandato. En un sentido estricto, la protocolización sólo acredita la fecha y depósito del documento ante el notario.

Ahora, de la lectura del tercer párrafo del artículo 194 L.G.S.M., que establece que las actas de asamblea general extraordinaria deben ser protocolizadas e inscritas en el Registro Público de Comercio, se desprende aquí que la protocolización implica una formalización o ratificación de los acuerdos, por lo que el delegado tiene esa facultad por el mero hecho de acudir ante notario para protocolizar un acta. En el mundo mercantil, esto fue aceptado, y constituyó un uso mercantil aceptado plenamente por la práctica notarial y sin haber objeción por parte de los tribunales. Sin embargo, una tesis jurisprudencial reciente del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito vino a señalar que ésta práctica carecía de eficacia jurídica. A continuación se transcribe la tesis jurisprudencial:

"PODERES. LA DESIGNACION DE APODERADO QUE CONSTA EN EL ACTA DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS DEBE SER RATIFICADA ANTE NOTARIO PARA TENER EFICACIA JURIDICA PLENA. La circunstancia de que una persona pretenda probar en juicio su carácter de apoderado de una sociedad, con el testimonio de la protocolización de un acta de asamblea de accionistas en la que conste un acuerdo de la sociedad designando apoderada, no tiene eficacia jurídica plena en virtud de que no se encuentra ratificada el acta ante fedatario público, en términos de los artículos 2551, fracciones I y II, 2553, 2554 y 2555 del Código Civil para el Distrito Federal, tomando en cuenta además que si un delegado, sólo se concreta a exhibir y presentar el libro de actas de asambleas para el efecto de que el notario público protocolice el acta, ello es carente de validez si no se observa la forma de transmisión para el contrato de mandato, esto es, que la voluntad de los otorgantes para conferirlo se externe de manera directa y libre ante la presencia del fedatario o que la expresada en un documento privado sea ratificada ante el notario."

Esta jurisprudencia quedó sin efecto por la reforma del 11 de junio de 1992, por virtud de la cual se incluyeron dentro del artículo 10 L.G.S.M una serie de formalidades y requisitos para resolver de una vez por todas las cuestiones y controversias que se suscitaban con ésto, y quedando sin efecto la jurisprudencia de referencia. El artículo 10 L.G.S.M. en su parte adicionada establece:

"Para que surtan efecto los poderes que otorgue la sociedad mediante acuerdo de la asamblea o del órgano colegiado de administración, en su caso, bastará con la protocolización ante notario de la parte del acta en que conste el acuerdo relativo a su otorgamiento, debidamente firmada por quienes actuaron como presidente o secretario de la asamblea o del órgano de administración según corresponda, quienes deberán

firmar el instrumento notarial, o en su defecto lo podrá firmar el delegado especialmente designado para ello en sustitución de los anteriores.

El notario hará constar en el instrumento correspondiente, mediante la relación, inserción o el agregado al apéndice de las certificaciones, en lo conducente, de los documentos que al efecto se le exhiban, la denominación o razón social de la sociedad, su domicilio, duración, importe del capital social y objeto de la misma, así como las facultades que conforme a sus estatutos le correspondan al órgano que acordó el otorgamiento del poder y, en su caso, la designación de los miembros del consejo de administración.

Si la sociedad otorgare el poder por conducto de una persona distinta a los órganos mencionados, en adición a la relación o inserción indicadas en el párrafo anterior, se deberá dejar acreditado que dicha persona tiene las facultades para ello."

Pienso que con esta reforma se aclaran perfectamente los requisitos para los otorgamientos de poderes por parte de una sociedad (asamblea u órgano de administración), con el objeto de que tengan plena eficacia jurídica.

E.5) PUBLICIDAD.

Los mandatos, cuando son generales, deben inscribirse en el Registro Público de Comercio. El artículo 21 del Código de Comercio en su fracción VII señala:

"Art. 21: En la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad se anotarán:

VII. Los poderes generales y nombramientos, y revocaciones de los mismos, si la hubiere, conferidos a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios."

En la práctica y de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte, los poderes generales para pleitos y cobranzas no tienen que inscribirse. La razón que se utiliza es que la naturaleza de los actos de pleitos y cobranzas es civil, y no rige para ellos lo dispuesto por el derecho mercantil. El Maestro Barrera Graf señala al respecto:

"También deben inscribirse los poderes, por no resultar cierto que sólo y siempre éstos comprenden actos civiles, ya que las "cobranzas" pueden y suelen ser de naturaleza mercantil (vgr. de títulos de crédito a virtud de las acciones cambiarias), y sí solamente son para "pleitos", éstos también pueden ser

mercantiles".⁷⁹

F) LIQUIDACION:

F.1) Breve referencia a la disolución.

Para poder tratar la actividad de los liquidadores, cuya actuación se desarrolla en la fase de liquidación, se debe hablar antes de la disolución, que es el punto de partida de la liquidación. Al hablar de disolución, sólo se tratará la disolución total de una sociedad, no la disolución parcial, que es en relación a uno o más socios, sin que la sociedad misma desaparezca, la cual se verifica cuando el socio ejerce su derecho de separación o es excluido de la misma. Así, la disolución total motiva la conclusión del vínculo social para todos los socios, sin excepción.

Las causas de disolución total están reguladas en el artículo 229 L.G.S.M., el cual establece:

"Las sociedades se disuelven:

- I. Por expiración del término fijado en el contrato social;
- II. Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado;
- III. Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley;
- IV. Porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que esta ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona;
- V. Por la pérdida de las dos terceras partes del capital social."

La fracción I señala la única causal que opera ipso iure, sin requerir de acuerdo de la asamblea ni de inscripción en el Registro Público de Comercio, puesto que la sociedad ya está inscrita (sociedad regular) y contiene ese dato de la duración.

La fracción II señala como causa la imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad, o quedar éste consumado. En relación al objeto consumado, supone que la sociedad se haya constituido para un fin concreto. La imposibilidad de seguir realizando el objeto puede ser material (un desastre natural) o jurídico (una nueva prohibición legal). Además, la mencionada fracción es muy precisa al referirse al objeto

⁷⁹ Barrera Graf, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op cit., p. 585

principal de la sociedad. Así, todas aquellas actividades accesorias que no se puedan seguir realizando, pero sin afectar al objeto principal, no implican entonces una causa de disolución.

La fracción III se refiere al acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley. Esta causa implica que la asamblea general resuelve la disolución anticipada de la sociedad cuando el plazo de funcionamiento todavía no vence, así también cuando se verifique una causa de disolución anticipada en el caso de que se hayan previsto en la escritura constitutiva (art. 6 fracc. XII L.G.S.M.). Esto implica entonces una disolución anticipada, por lo que entonces debe ser acordada por la asamblea general extraordinaria de accionistas, en vista de que implica una modificación estatutaria. El artículo 182 en su fracción II, establece que es competente la asamblea general extraordinaria para conocer la disolución anticipada de la sociedad.

La fracción IV se refiere a la disolución por la reducción del número mínimo de socios. De acuerdo con la reforma del 11 de junio de 1992, el artículo 89 en su fracción I establece que el número mínimo de socios de una sociedad anónima es de dos.

La fracción V se refiere a la pérdida de las dos terceras partes del capital social. Para determinar cuando el capital social se ha perdido y puede ser causa de disolución, en tanto no se tomen las medidas adecuadas para reconstituirlo, es necesario saber, por medio del análisis de los documentos de la sociedad, su estado financiero.

La pérdida del capital debe ser efectiva. Esto se logra saber cuando el valor real de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la sociedad es inferior a las obligaciones y deudas, en un porcentaje que supera al capital social. En base a esto, si se hicieran efectivos los créditos en contra de la sociedad, habría necesidad de afectar el capital para cubrirlos, provocándose así una disminución real y efectiva del mismo. Si esta alteración implica que entonces el capital social se reduzca en dos terceras partes, la sociedad se disolverá. Sin embargo, esto se puede evitar si se acuerda reintegrar el capital perdido.

Estudiadas estas causales, se debe señalar que exceptuando el caso previsto en la fracción I del artículo 229 L.G.S.M., en los demás casos deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo de disolución, según dispone el artículo 232 L.G.S.M. El mismo artículo establece que si la sociedad no tomare el acuerdo de disolución a pesar de existir una causa, cualquier interesado puede acudir ante la autoridad

judicial para que esta proceda a hacer la declaración omitida por la sociedad y ordene su inscripción en el Registro Público de Comercio.

Cuando se haya inscrito la disolución de una sociedad, sin que a juicio de algún interesado hubiere existido alguna causa de las enumeradas por la ley, podrá ocurrir ante la autoridad judicial dentro del término de treinta días, contados a partir de la fecha de inscripción, para demandar la cancelación de la inscripción.

F.2) Liquidación.

F.2.1) Concepto.

El Maestro Rodríguez y Rodríguez dice que por liquidación se debe entender "las operaciones necesarias para concluir los negocios pendientes a cargo de la sociedad, para cobrar lo que a la misma se adeuda, para pagar lo que ella deba, para vender todo el activo y transformarlo en dinero constante y para dividir entre los socios el patrimonio que así resulte."⁸⁰

Por su parte, el Maestro Oscar Vásquez del Mercado señala:

"Liquidar es extinguir el pasivo y regular el activo social, en interés de los socios y conforme a sus estipulaciones, las cuales no pueden desvirtuar la esencia de la institución."⁸¹

La disolución tiene como efecto inmediato la liquidación, que se puede considerar como la segunda etapa del proceso de extinción de una sociedad. Durante esta etapa, la sociedad conserva su personalidad jurídica, o sea, sigue siendo sujeto de derechos y obligaciones, según dispone el artículo 244 L.G.S.M. Sin embargo, la sociedad sufre un cambio radical en su situación jurídica, en razón de que su objeto o finalidad se convierte de una actividad productiva a una actividad de extinción.

Esta actividad de extinción consiste en que se debe pagar todo el pasivo que tenga la sociedad, y el remanente, repartirlo entre los socios (cuota de liquidación). Esto implica básicamente que todas las operaciones pendientes se deben concluir en los términos en que fueron celebradas, y la prohibición de iniciar nuevas operaciones siempre y cuando se alejen de la finalidad de liquidación. A esta prohibición se

⁸⁰ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., décima novena edición, México, 1988, p. 208.

⁸¹ Vásquez del Mercado, Oscar, Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles, op cit., p. 352.

refiere el artículo 233 L.G.S.M. que dispone que los administradores no podrán iniciar nuevas operaciones con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad, al acuerdo sobre disolución o a la comprobación de una causa de disolución. Entonces, esta prohibición se extiende a los liquidadores una vez que inician funciones y a la sociedad en general.

La liquidación es en interés de los socios. Por ello, las bases y procedimientos para llevarla a cabo en un principio son establecidos por la sociedad. Esto se desprende en primer lugar de la fracción XIII del artículo 6 L.G.S.M., que establece que la escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo para proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente. Esas bases pueden también asentarse en posteriores modificaciones estatutarias e inclusive por acuerdo de los socios al tomar la resolución de disolución.

Así, los socios tienen la más amplia libertad para regular la liquidación y apartarse de la ley, aunque invariablemente deben respetarse las disposiciones de orden público, como son el derecho de preferencia de los acreedores para ser pagados antes de los socios, el no iniciar nuevas operaciones que se alejen del fin de la liquidación, excluir a un socio de la cuota de liquidación, etc. Y así, a falta de regulación por los estatutos o por acuerdo de los socios, las bases para la liquidación serán las que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles.

F.2.2) Liquidadores:

F.2.2.1) Concepto y naturaleza jurídica.

Se llama liquidador al encargado de llevar a cabo las operaciones de liquidación. El liquidador sustituye al administrador en la etapa de liquidación, y tendrá las mismas facultades que éste, siempre y cuando sean en miras a lograr la liquidación, concluyendo las operaciones sociales.

El artículo 235 L.G.S.M. dispone: "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."

Es preciso partir de este artículo para determinar la naturaleza jurídica del liquidador. Se aprecia que sustituye al administrador en sus funciones, durante la etapa de liquidación. Y como el administrador es un

órgano sin el cual la sociedad no puede actuar, el liquidador por ende también es un órgano, que le corresponde tanto la gestión interna como la externa (representación), que subsiste y se relaciona frente a los otros dos órganos (que durante la liquidación permanecen iguales). Por ello, es correcto hablar del órgano de liquidación, compuesto de uno o más liquidadores.

En base a lo anterior, al sostener la idea del órgano de liquidación, se debe hacer una crítica al citado artículo 235 L.G.S.M., el cual les da el calificativo de representantes legales. Al sostener que es un órgano, se avala la plena capacidad de ejercicio de la sociedad, que durante la etapa de liquidación, es en razón de lograr el fin de la misma. La sociedad está en plena libertad de designar a sus liquidadores, al igual que a los administradores. Por lo tanto, hay que descartar la idea de que sean representantes legales.

Por otra parte, hay juristas, entre ellos el Maestro Oscar Vásquez del Mercado, que los equiparan a mandatarios. El mencionado tratadista se basa para concluir esto al señalar que el liquidador nunca adquiere el carácter de comerciante, ya que los actos de liquidación que ejecuta no son actos de comercio. Por ello, se le equipara a un mandatario, ya que los actos que ejecuta son de naturaleza civil. Por otro lado, si sostiene la posición de que el administrador es un órgano, y como tal, adquiere la calidad de comerciante.

Cabe aclarar por nuestra parte que el administrador no es un comerciante, y además su actividad no se limita exclusivamente a la ejecución de actos de comercio. Sin embargo, por esa razón tampoco se les podrá considerar como mandatarios, lo cual se afirmó cuando se trató sobre su naturaleza jurídica.

Ahora bien, la liquidación no implica que la sociedad le otorgue un mandato a una persona para que lleve a cabo la liquidación, ya que entonces surgiría una representación voluntaria. El órgano de liquidación, al igual que el órgano de administración, es un elemento estructural necesario sin el cual la sociedad no podrá actuar ni desarrollarse.

F.2.2.2) Calidades para el desempeño del cargo.

Tiene aplicación en un principio lo dicho para los administradores, con la excepción de que en el caso de los liquidadores, el cargo puede ser desempeñado tanto por personas físicas como morales, sin que aquí sea aplicable el artículo 147 L.G.S.M. Esto lo avala el artículo 46 fracción XXI de la Ley de Instituciones de Crédito del 18 de julio de 1990, que señala que las instituciones de crédito podrán desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o

herencias.

F.2.2.3) Características del cargo.

En primer lugar, habrá que determinar si es un cargo temporal. La ley no dice nada al respecto, pero se puede deducir que la duración de este puede tener como máximo la duración de la liquidación misma. Señalado lo anterior, se remite a lo dicho para los administradores.

En segundo lugar, es un cargo eminentemente revocable, al igual que los administradores y los comisarios. El nombramiento de los liquidadores puede ser revocado por acuerdo de los socios (asamblea), aunque el nombramiento proceda de juez. A falta de acuerdo, la autoridad judicial puede resolver sobre la revocación, a petición de cualquier socio que justifique una causa grave para ello (art. 238 L.G.S.M.). Añade este artículo que los liquidadores revocados continuarán en su encargo hasta que entren en funciones los que nuevamente sean nombrados.

En tercer lugar, es un cargo remuneratorio, y se remite a lo dicho para los administradores.

F.2.2.4) Designación.

Los liquidadores son nombrados regularmente por la sociedad, ya sea en los estatutos en el momento de la constitución de la sociedad (así se desprende de la fracción XIII del artículo 6 L.G.S.M.), o bien, cuando se acuerde o reconozca la disolución de la misma.

En cuanto al segundo supuesto, el artículo 236 L.G.S.M. dispone que a falta de disposición en el contrato social, el nombramiento se hace por acuerdo de los socios tomado en la proporción y forma que la misma ley establece para el acuerdo de disolución.

El mismo artículo establece que si por ningún motivo se hiciera el nombramiento (en los estatutos o por acuerdo), lo hará la autoridad judicial a petición de cualquier socio.

Cabe señalar que aquí también es aplicable lo dicho para los administradores en el sentido del derecho que tiene la minoría de nombrar a un liquidador en el caso de que sean tres o más, así también cuando se revoque el liquidador nombrado por la minoría.

F.2.2.5) Actuación.

El artículo 239 L.G.S.M. establece:

"Cuando sean varios los liquidadores, éstos deberán obrar conjuntamente."

En este caso, las decisiones se tomarán por mayoría. Sin embargo, no implica que actúen como un consejo. Para discutir los asuntos y emitir su voto no requieren de reunión formal, convocatoria, quórum, orden del día, etc.

Yo en lo personal sugiero que si son dos o más liquidadores, la ley expresamente establezca que les son aplicables las reglas por las que se rige el consejo de administración (cómo se integra, quórum de asistencia, a quien le corresponde la firma social, etc.).

F.2.2.6) Atribuciones y facultades.

El principio general es que el liquidador puede hacer todo aquello que sea necesario para lograr la liquidación de las sociedades. Al igual que los administradores, se puede encontrar el alcance de sus facultades en el artículo 26 del Código Civil y el 10 L.G.S.M. en razón de que los administradores (en este caso los liquidadores) podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social. Aquí la única diferencia es que el objeto social cambia de una actividad productiva a una actividad de extinción.

En base a lo anterior, pertenece a la sociedad determinar el alcance de las atribuciones de los liquidadores. Esto puede consignarse en los estatutos o mediante acuerdos posteriores, en los que además pueden ampliarse o restringirse las ya previstas, en función con las necesidades de la liquidación.

Los liquidadores tienen la facultad legal de representación. Así lo establece el artículo 235 L.G.S.M. Sin embargo, yo descarto este artículo como el fundamento, y me remito al artículo 10 L.G.S.M. El liquidador no es otra cosa que el administrador en la fase de liquidación, y por ende, su facultad de representación debe tener el mismo fundamento.

El liquidador al tomar posesión de su cargo procederá a la ocupación de los bienes y de los libros y documentos de la sociedad, mediante su entrega por parte de los administradores. Junto con éstos, levantarán un inventario del activo y pasivo de la sociedad, lo que no debe confundirse con la elaboración

del balance.

El artículo 242 L.G.S.M. sienta de manera expresa las bases legales de las atribuciones y facultades del liquidador, siempre y cuando no se hayan establecido en los estatutos o mediante acuerdo de los socios. El mencionado artículo dispone:

"Art. 242: Salvo el acuerdo de los socios o las disposiciones del contrato social, los liquidadores tendrán las siguientes facultades:

- I. Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución;
- II. Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba;
- III. Vender los bienes de la sociedad;
- IV. Liquidar a cada socio su haber social;
- V. Practicar el balance final de la liquidación, que debe someterse a la discusión y aprobación de los socios, en la forma que corresponda, según la naturaleza de la sociedad.

El balance final, una vez aprobado, se depositará en el Registro Público de Comercio;

VI. Obtener del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social, una vez concluida la liquidación."

La fracción I se refiere a la conclusión de las operaciones en curso. Se debe destacar que en primer lugar existe la prohibición de iniciar nuevas operaciones (art. 233 L.G.S.M.), o sea, no se pueden iniciar nuevas operaciones a partir de que se decreta o entra en vigor la disolución, en la medida que fueran contrarias u obstruyeran la finalidad de liquidar a la empresa en las mejores condiciones posibles. Ahora, esta prohibición no se debe extender a aquellas operaciones que no contraríen dicha finalidad, sino que la permitan o la propicien.

Dicho lo anterior, la prohibición de iniciar nuevas operaciones contrarias al fin de la liquidación se extiende a la asamblea, ya que ésta por ningún motivo podrá acordar o autorizar a los liquidadores u otros representantes a iniciar nuevas operaciones contrarias al fin de la liquidación.

Por lo que respecta a las operaciones pendientes, éstas deben cumplirse por la sociedad sin que por ello implique una modificación de los términos en que fueron celebradas. Sin embargo, hay operaciones que por su naturaleza pueden rescindirse; y además pueden lograrse convenios con los acreedores y deudores. Así,

salvo lo anterior, todos los contratos que hubiere celebrado la sociedad, todos los derechos que adquirió y las obligaciones que asumió están sujetas a sus términos de vencimiento, sin importar la duración de los mismos (es por ello que la etapa de liquidación puede durar muchos años).

La fracción II se refiere al cobro de lo que se deba a la sociedad y el pago de lo que ella deba. En primer lugar, la facultad que tiene el liquidador de hacer efectivas las deudas no presenta ningún problema. Puede valerse de todos los medios que estime idóneos para alcanzar el fin perseguido.

Tienen también la facultad de exigir a los accionistas el pago de sus aportaciones pendientes siempre y cuando no se cuente con fondos disponibles para hacer frente a las deudas sociales. El liquidador no está facultado a exigir toda la cantidad que adeude el socio, sino sólo la cantidad necesaria para hacer frente al pasivo exigible.

Para cobrar los derechos que vengan, el liquidador puede proceder judicialmente en la vía ordinaria o ejecutiva, según la naturaleza del crédito. Para el pago, puede acudir a otras formas jurídicas como la compensación o cesión, e inclusive puede hacer consignaciones ante el juez.

La fracción III se refiere a la venta de los bienes de la sociedad. Esto es necesario para atender los pagos que se deban hacer a los acreedores sociales, así como también cubrir la cuota de liquidación a los socios.

La fracción IV se refiere a la liquidación del haber de cada socio. Consiste en pagar a cada socio su cuota de liquidación, que es uno de los derechos irrenunciables que les confiere su status de socio, y que es proporcional a la participación de cada uno de ellos en el capital social. El contrato puede prever una participación distinta, pero en ningún caso puede negarse al socio toda la participación.

El derecho a la cuota de liquidación se verifica una vez que se haya aprobado el balance final. Esto significa que la etapa de liquidación concluye con la aprobación de este balance. La aprobación del balance implica la justificación de la gestión del liquidador. Junto con el balance, el liquidador formula el proyecto de partición entre los socios indicando la parte que a cada socio le corresponde en el haber social. Aprobado el balance, los liquidadores procederán a hacer a los accionistas los pagos que correspondan, contra la entrega de los títulos de las acciones, como lo dispone el artículo 248 L.G.S.M.

Ahora, la división del haber social, o sea, la comunidad de bienes que por virtud de la liquidación están a

disposición de los accionistas, puede hacerse en numerario o en especie. Para que pueda ser en especie, dicha comunidad debe ser fácilmente divisible, y si no lo es, debe procederse a la venta para que se pueda lograr una exacta división con el numerario que se obtenga.

El artículo 243 L.G.S.M. prohíbe la entrega anticipada de la parte alícuota del haber social que corresponde al socio, mientras no hayan sido pagados los acreedores o se haya depositado su importe si se presentare inconveniente para hacer su pago. Sin embargo, se permite la entrega parcial, que sea compatible con los intereses de los acreedores. El acuerdo de distribución parcial deberá publicarse en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, y los acreedores tendrán el derecho de oposición en la forma y términos del artículo 9 L.G.S.M.

En relación a la cuota de liquidación, los socios no pueden percibir dividendos que no hubieren sido decretados con anterioridad al acuerdo de disolución. Una vez en la etapa de liquidación, las utilidades que arrojen los balances anuales se acumularán y se incluirán en el balance final, para formar parte de las respectivas cuotas de liquidación, después de ser cubierto el pasivo de la sociedad.

Cuando los socios no cobren la suma que les pertenezca, en el transcurso de dos meses contados desde la aprobación del balance final, la misma se depositará en una institución de crédito, con la indicación del nombre del accionista titular. Dicha suma se pagará por la institución en que se hubiere constituido el depósito. (art. 249 L.G.S.M.).

La fracción V se refiere al balance de liquidación. Si bien es la última fracción, el balance debe ser anterior a las demás operaciones que mencionan las fracciones precedentes. Esto se explica en razón de que las operaciones que deben concluirse, los créditos y deudas pendientes que tenga la sociedad y los bienes y derechos de que sea titular deben quedar establecidos en un documento, para que así entonces se pueda proceder a la extinción del pasivo y realización del activo para poder lograr la liquidación. La fracción II del artículo 247 L.G.S.M. establece que este balance se publicará por tres veces, de diez en diez días en el periódico oficial del domicilio de la sociedad. El mismo balance junto con los papeles y libros de la sociedad quedará por igual término a disposición de los accionistas quienes gozarán de un plazo de quince días a partir de la última publicación para presentar sus reclamaciones a los liquidadores. La fracción III del mencionado precepto establece que transcurrido el plazo a que se refiere la fracción II, los liquidadores

convocarán a una asamblea general (en este caso ordinaria), para que se apruebe en definitiva el balance.

Como ya se mencionó, aprobado este balance, los liquidadores procederán a hacer a los accionistas los pagos que correspondan, contra la entrega de los títulos de sus acciones.

La fracción VI se refiere a la cancelación de la inscripción de la sociedad. Una vez aprobado el balance final, concluye la liquidación, y los liquidadores procederán a la cancelación de la inscripción del contrato social en el Registro Público de Comercio. Esto trae consigo la extinción de la sociedad, y produce efectos frente a terceros: La sociedad muere, termina la gestión y representación de los liquidadores, así como el status de los socios.

El artículo 245 L.G.S.M. dispone que una vez concluida la liquidación, el liquidador mantendrá en depósito, durante diez años, los libros y los papeles de la sociedad.

Se puede concluir que los liquidadores, como un órgano de la sociedad, tendrán las mismas facultades y atribuciones que el órgano de administración, en la medida que sean compatibles con el fin que es la liquidación, teniendo frente a los otros dos órganos las mismas relaciones y deberes.

F.2.2.7) Garantía del cargo y publicidad.

Si bien no se dice expresamente, debe entenderse que el cargo de liquidador, al igual que el de administrador, debe garantizarse, siempre y cuando los estatutos o la asamblea lo determinen. Al respecto, se remite a lo dicho para los administradores.

Como los liquidadores tienen las mismas facultades y atribuciones que los administradores, sobre todo las representativas, debe procederse a inscribir su nombramiento en el Registro Público de Comercio. Además, el artículo 247 L.G.S.M. establece que los administradores continuarán en el desempeño de su encargo mientras no se haya inscrito el nombramiento del o los liquidadores en el Registro Público de Comercio. Esto no opera cuando los liquidadores sean nombrados en la escritura constitutiva, ya que como debe tratarse de una sociedad regular, debe estar inscrita en el Registro Público de Comercio. Por ende, decretada la disolución, no es necesario inscribir su nombramiento. Sin embargo, se puede decir que en este caso los administradores continuarán en el desempeño del cargo en tanto que los liquidadores nombrados anticipadamente no entren en funciones.

F.2.2.8) Responsabilidad.

Se puede establecer que lo dicho para los administradores es aplicable también en este caso a los liquidadores, en la medida que su responsabilidad deriva de las obligaciones que la ley y los estatutos les impongan. Además, al igual que los administradores, se niega que su naturaleza jurídica sea la de un mandatario, sin que por ello se quiera decir que no son aplicables los principios que rigen al mandato y a la comisión, o sea, que el liquidador debe actuar conforme a las instrucciones dadas por la ley, estatutos o asamblea, y en defecto de éstas, con la diligencia que se pone en el negocio propio.

El artículo 235 L.G.S.M. dispone en su parte final que los liquidadores responderán de los actos que ejecuten excediéndose de los límites de su encargo. Ejemplos concretos serían en primer lugar la iniciación de nuevas operaciones (art. 233 L.G.S.M.), cubrir a los socios dividendos en la etapa de liquidación, etc.

Cuando los liquidadores son varios, se debe establecer si son solidariamente responsables. La opinión general es que serán solidariamente responsables sólo cuando así se haya establecido. Ante el silencio, no habrá solidaridad de los liquidadores. Ahora, los liquidadores siempre serán solidariamente responsables cuando hayan realizado actos en común, aún cuando no se hubiere estipulado la solidaridad. Se puede decir que les son aplicables los supuestos de solidaridad para los administradores, siempre y cuando como se dijo, se estipule la solidaridad o actúen en común.

La responsabilidad solidaria comprende a la sociedad misma en liquidación, cuando expresa o tácitamente autorice o ratifique los actos ultra vires ejecutados por los liquidadores, ya que la prohibición del artículo 233 L.G.S.M. se extiende a la sociedad. La sociedad no resulta responsable si no autoriza estos actos.

Cabe la aplicación el artículo 160 L.G.S.M., señalando que los liquidadores serán solidariamente responsables, tanto con los administradores y los liquidadores que les precedieron, cuando conociendo las irregularidades en que hubieren incurrido, no las denunciaren por escrito a los comisarios.

Se puede establecer que existe responsabilidad solidaria de los liquidadores y de los socios, cuando una vez aprobado el balance, y por ende, concluida la liquidación, se pague a los socios sin antes estar satisfecho el pasivo. Los acreedores tendrán acción contra los liquidadores y los socios para obtener el pago de sus créditos. El monto de las sumas exigidas debe concurrir con las sumas repartidas en el balance final, y no más.

En cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad, se remite a lo dicho para los administradores.

El término para exigir responsabilidades a los liquidadores prescribe en cinco años, según lo indica el artículo 1045 fracción II del Código de Comercio.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I.- La representación es una institución jurídica que permite que una persona jurídica individual (capaz o incapaz), o una persona jurídica colectiva, participe en la celebración de actos y negocios jurídicos mediante la intervención de otra persona capaz (representante), recayendo todos los efectos de su actuación en la esfera jurídica de la primera (representado).

II.- La representación se divide en dos especies: a) Representación legal; b) Representación voluntaria.

III.- La representación legal existe en los casos en que una persona jurídica individual se encuentra en la imposibilidad jurídica de declarar su propia voluntad y por ende estipular por sí un negocio jurídico, debido a su incapacidad de ejercicio. Entonces, la ley suple su incapacidad confiriendo a otra persona capaz el poder de actuar en nombre e interés del incapaz, señalando el alcance y límite de sus facultades.

IV.- La representación voluntaria existe cuando una persona jurídica, individual o colectiva, la primera con capacidad de ejercicio, y la segunda en virtud de su propia naturaleza, encomienda a otra persona capaz la realización de actos jurídicos, siempre y cuando se trate de aquéllos que sean permitidos por la ley, la que actuará en nombre (representación directa) o sólomente por cuenta (representación indirecta) de la primera.

V.- La fuente directa de la representación voluntaria es el contrato de mandato. En segundo lugar se encuentra el contrato de comisión.

VI.- Cuando por virtud de un contrato de mandato se le confiera a una persona la facultad de actuar en nombre de otra, se le podrá designar como poder.

VII.- Las personas jurídicas colectivas obran y se obligan por medio de los órganos que las integran, atribuyendo la actuación de dichos órganos de manera directa a las mismas. Por ello, no se puede concebir que los órganos de una persona jurídica colectiva sean sus representantes. Su actuación implica la actuación de la persona jurídica colectiva de la cual forman parte.

VIII.- Se sugiere que se reforme el artículo 27 del Código Civil para quedar como sigue:

"Art. 27: Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las integran sea por

disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos."

IX.- No cabe la posibilidad de añadir a la institución jurídica de la representación una nueva especie: Representación orgánica o necesaria.

X.- Las sociedades anónimas, personas jurídicas colectivas que tienen la calidad de comerciantes, se integran con tres órganos y a través de los cuáles actúan en el mundo jurídico:

- a) Asamblea General;
- b) Administrador Unico o Consejo de Administración.
- c) Comisario o Comisarios.

XI.- El órgano de administración, por disposición de la ley, es el que individualmente considerado, cuenta con la facultad de declarar la voluntad de la sociedad y recibir para la misma la de los terceros.

XII.- El alcance y límite de las facultades del órgano de administración lo señala en primer lugar la ley; en segundo lugar la escritura constitutiva; y en tercer lugar la asamblea general.

XIII.- La naturaleza jurídica del aspecto subjetivo del órgano de administración (Administrador Unico o Consejeros), no es la de un mandatario o comisionista. Es una figura sui generis.

XIV.- Las reglas de la representación voluntaria (mandato o comisión) pueden aplicarse a los integrantes del órgano de administración, para poder fijar expresamente el alcance y límite de sus facultades, y en su caso, exigirles la correspondiente responsabilidad por su actuación.

XV.- Los mandatarios que eventualmente pudiera tener una sociedad anónima, se regirán por las mismas reglas en relación con los nombrados por las personas jurídicas individuales.

XVI.- El órgano de liquidación, integrado por uno o más liquidadores, se convierte en el órgano de administración en la etapa de liquidación. El alcance de su actuación y facultades es en un principio el mismo que para el órgano de administración, con la salvedad de que la sociedad cambia de una actividad de

producción a una de extinción.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- I. BARRERA GRAF, JORGE
INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL
EDITORIAL PORRUA, S.A. 2a edición.
México, 1991.
- II. BARRERA GRAF, JORGE
LA REPRESENTACION VOLUNTARIA EN DERECHO PRIVADO:
REPRESENTACION DE SOCIEDADES
U.N.A.M. 1a edición
México, 1967.
- III. BARRERA GRAF, JORGE
LAS SOCIEDADES EN DERECHO MEXICANO
U.N.A.M. 1a edición.
México, 1983.
- IV. BATIZA, RODOLFO
LAS FUENTES DEL CODIGO CIVIL DE 1928
EDITORIAL PORRUA, S.A. 1a edición.
México, 1979.
- V. BORJA SORIANO, MANUEL
TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES
EDITORIAL PORRUA, S.A. 1a edición.
México, 1989.
- VI. CERVANTES AHUMADA, RAUL
DERECHO MERCANTIL
EDITORIAL HERRERO.
México, 1975.
- VII. DÍEZ-PICAZO, LUIS
LA REPRESENTACION EN EL DERECHO PRIVADO
EDITORIAL CIVITAS, S.A. 1a edición.
Madrid, 1979.
- VIII. DOMINGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO
DERECHO CIVIL
EDITORIAL PORRUA, S.A. 2a edición.
México, 1990.
- IX. GALINDO GARFIAS, IGNACIO
DERECHO CIVIL. PRIMER CURSO
EDITORIAL PORRUA, S.A. 7a edición.

México, 1985.

- X. GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO
DERECHO DE LAS OBLIGACIONES
EDITORIAL JOSE M. CAJICA JR., S.A. 2a edición.
México, 1965.
- XI. GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO
EL PATRIMONIO
EDITORIAL PORRUA, S.A. 3a edición.
México, 1990.
- XII. LOZANO NORIEGA, FRANCISCO
CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL CONTRATOS
ASOCIACION NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C. 5a edición.
México, 1990.
- XIII. MACEDO, PABLO
EVOLUCION DEL DERECHO CIVIL.
EDITORIAL STYLO
México, 1942.
- XIII. MANTILLA MOLINA, ROBERTO L.
DERECHO MERCANTIL.
EDITORIAL PORRUA, S.A. 26a edición.
México, 1989.
- XIV. MORINEAU IDUARTE, MARTHA E IGLESIAS GONZALEZ, ROMAN
DERECHO ROMANO
EDITORIAL HARLA, S.A. DE C.V.
México, 1987.
- XVI. ORTIZ URQUIDI, RAUL
DERECHO CIVIL (PARTE GENERAL)
EDITORIAL PORRUA, S.A. 3a edición.
México, 1986.
- XVII. PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO
REPRESENTACION, PODER Y MANDATO
EDITORIAL PORRUA, S.A. 6a edición.
México, 1992.
- XVIII. PETIT, EUGENE
TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO
TRADUCIDO POR D. JOSE FERNANDEZ GONZALEZ
EDITORIAL EPOCA, S.A.
México, 1977.

- XIX. PINA, RAFAEL DE;
ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL VOLUMEN I
EDITORIAL PORRUA, S.A., 17a edición.
México, 1992
- XX. PINA, RAFAEL DE Y PINA VARA, RAFAEL DE
DERECHO MERCANTIL MEXICANO
EDITORIAL PORRUA, S.A. 12a edición.
México, 1979.
- XXI. PUENTE Y FLORES, ARTURO Y CALVO MARROQUIN, OCTAVIO
DERECHO MERCANTIL
EDITORIAL BANCA Y COMERCIO, S.A. DE C.V. 39a edición.
México, 1991.
- XXII. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN
DERECHO MERCANTIL TOMOS I Y II
EDITORIAL PORRUA, S.A. 19a edición.
México, 1988.
- XXIII. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN
TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES Tomos I y II
EDITORIAL PORRUA, S.A. 6a edición.
México, 1981.
- XXIV. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL
DERECHO CIVIL MEXICANO TOMOS I Y V (VOLUMEN I)
EDITORIAL PORRUA, S.A. 5a edición.
México, 1985
- XXV. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL
COMPENDIO DE DERECHO CIVIL TOMOS I y IV
EDITORIAL PORRUA, S.A. 20a edición.
México, 1988.
- XXVI. SANCHEZ MEDAL, RAMON
DE LOS CONTRATOS CIVILES
EDITORIAL PORRUA, S.A. 9a edición.
México, 1988.
- XXVII. SOTO ALVAREZ, CLEMENTE
PRONTUARIO DE DERECHO MERCANTIL
EDITORIAL LIMUSA, S.A. DE C.V. 5a edición.
México, 1987.
- XXVIII. VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR
ASAMBLEAS, FUSION Y LIQUIDACION DE SOCIEDADES MERCANTILES

EDITORIAL PORRUA, S.A. 3a edición.
México, 1987.

XXIX. VENTURA SILVA, SABINO
DERECHO ROMANO
EDITORIAL PORRUA, S.A. 9a edición.
México, 1988.

XXX. ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ANGEL
CONTRATOS CIVILES
EDITORIAL PORRUA, S.A. 3a edición.
México, 1989.

Legislación Consultada

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.
- 3.- Código de Comercio de 1889.
- 4.- Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934.
- 5.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.
- 6.- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943.
- 7.- Ley de Instituciones de Crédito de 1990.
- 8.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932.
- 9.- Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973.
- 10.- Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980.