

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**"FUNCIONAMIENTO, REPRESENTACIÓN Y RESPONSABILIDAD
DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES DE
CAPITALES"**

**TESIS QUE PARA OBTENER
EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO**

PRESENTA EL

LICENCIADO

IBRAN MIGUEL BUESO PARANKI

**ASESOR:
DR. JOEL CHIRINO CASTILLO**

Ciudad Universitaria, Octubre del 2007



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

INDICE

INTRODUCCIÓN

PRESENTACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. Antecedentes Jurídicos e Históricos de las Sociedades Mercantiles y del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima

1.- Origen del Derecho Mercantil	1
II.- Antecedentes Jurídicos e Históricos de las Sociedades Mercantiles	3
II.I.- La Sociedad Mercantil	3
II.II.- Referencias Históricas	4
II.III.- Personalidad Jurídica de las Sociedades	5
III. La Sociedad Anónima	7
III.I.- Referencias Históricas	8
IV.- Antecedentes de regulación jurídica de la Sociedad Anónima	9
IV. Antecedentes Extranjeros	9
IV.II. Antecedentes de la Sociedad Anónima en México.	13

V.- Evolución Jurídica de los Administradores de la Sociedad Anónima	32
V.I.- Antecedentes en el Derecho Español	33

CAPITULO SEGUNDO “Los Órganos Sociales en la Sociedad Anónima”

1. Asamblea General de Accionistas	40
1.I. Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria	54
1.II. Asambleas Especiales y Asambleas Mixtas	61
II. El Órgano de Vigilancia.	65

CAPÍTULO TERCERO. “Constitución y características del Organo de Administración de la Sociedad Anónima”

I. Constitución del órgano de Administración	87
1.1.- Administrador Unico.	89
1.II.- Consejo de Administración.	90
II. Naturaleza jurídica de los administradores.	91
III. Características del administrador y del consejo de administración.	96
III.I.- Personal	96
III.II.- Temporal	96
III.III.- Revocable	97

III.III.I.- Renuncia del cargo	103
III.IV.- Remuneratorio	105
 TITULO CUARTO. “Funcionamiento del Órgano de Administración”	
1. Generalidades	106
II. Concepto de órgano de Administración	107
III.- Sistemas de Administración en la Sociedad Anónima	108
III.1.- Sistema de Administrador Único	108
III.II.- Sistema de Consejo de Administración	109
III.II.I.- Nombramiento	109
IV. Funcionamiento Interno del Consejo de Administración	109
IV.I.- Conflicto de Intereses entre la Sociedad y los Administradores	113
V. Funciones del Consejo de Administración	118
V.IV.- Diferencia entre representación y administración.	121
VI.- Características de la representación de las Sociedades Mercantiles	122
VI.I.-Concepto de representación	122
VI.II.- Representación subjetiva y objetiva	123
VI.III.- Tipos de representación	123
VI.III.I- Concepto de representación voluntaria y representación legal.	123

VI.III.II- Clasificación de la representación voluntaria	125
VI.IV.III.- La representación de las sociedades mercantiles	126
VII.- El Objeto Societario y su Relación con la Representación Societaria	134
VIII.-Uso de la Firma Social.	135
VIII.I.- Concepto	135
VIII.II.- Variedades de la firma	137
VIII.III.- Régimen legal del uso de la firma social	139
XI.- Modalidades en la Función de Dirección y Representación de Sociedades.	142
X.- Atribuciones y Facultades del Consejo de Administración.	147

CAPÍTULO QUINTO “La Responsabilidad de los Administradores de la Sociedades Anónimas”

1. Definición de responsabilidad	153
II. Ámbito de la Responsabilidad de los Administradores	155
III. Violaciones Legales y Estatutarias	159
III.I. Responsabilidad de origen legal.	159
III.II. Responsabilidad de Origen Estatutaria.	169
IV. Cesación del Cargo de los Administradores Responsables	171

V.	Contenido de la Responsabilidad por Daños al Patrimonio	175
VI.	Elementos Constitutivos de la responsabilidad Social	180
	VI.I.- Incumplimiento de las Obligaciones Propias del cargo	180
	VI.II.- Daños y Relación de Causalidad	188
	VI.III.- Culpa	192
	VI.III.I- Culpa in Vigilando	196
VII.	Concurrencia de varios Administradores en la Producción del Daño	201
	VII.I.-Solidaridad	201
	VII.II.- Exoneración	211
VIII.	Legitimación para Reclamar la Responsabilidad de los Socios	213
	VIII.I.- Acción Social de responsabilidad	213
	VIII.II.- Acción Individual de Responsabilidad	216
IX.	Pactos de Limitación y Exención de Responsabilidad	218
	IX.I- Exención de Responsabilidad	218
X.	Prescripción de la Acción de Responsabilidad	229
	CONCLUSIONES	232
	PROPUESTAS	235
	FUENTES	238

INTRODUCCIÓN

Ante el imperativo de crear las condiciones propicias para reestructurar el marco legislativo del órgano de administración de la sociedad anónima, tanto de su funcionamiento como de su responsabilidad, presento este trabajo con el ánimo de que el litigante, así como el estudioso del derecho; cuente con un instrumento para la solución de los múltiples problemas que la ciencia jurídica plantea en la administración de sociedades anónimas.

El aspecto técnico de este trabajo propugna por mecanismos adecuados para el logro de resultados óptimos en el menor tiempo posible dentro del proceso de investigación científica-jurídica, limitándonos al análisis de la Ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana y al Código Civil para el D.F.; pero también, tomando en cuenta la Ley de Sociedades Anónimas de España y de Argentina. Para su interpretación tanto de la doctrina como de las leyes antes mencionadas se utilizó el método documental, dogmático, deductivo y comparativo.

Los contenidos del presente trabajo se organizaron en cinco capítulos; el primero referente a los antecedentes jurídicos tanto de las sociedades mercantiles como de la sociedad anónima y también de los administradores, logrando con lo anterior, el conocimiento del nacimiento de las sociedades mercantiles, su personalidad jurídica, y la evolución de éstas; para finalmente comprender el por que de la existencia de los administradores desde el punto de vista histórico-jurídico.

En el segundo capítulo se realiza un estudio general de la asamblea general de accionista y del órgano de vigilancia de la sociedad anónima.

En el tercer capítulo se analiza la constitución y naturaleza jurídica de los administradores, así como sus características en el desempeño del cargo.

El cuarto capítulo denominado “El funcionamiento del órgano de administración”, en el que se estudia los sistemas de administración en la S.A; el funcionamiento interno del órgano de administración, los conflictos de intereses que se suscitan en la toma de decisiones del consejo de administración así como la diferencia entre administración y representación, mencionando al respecto las características de cada una de ellas, también se analiza el objeto social como límite al poder de representación, el uso de la firma social, concluyendo con el análisis de las facultades y atribuciones que la ley le confiere al consejo de administración.

El quinto capítulo el que considero la pieza medular de esta investigación se estudia la responsabilidad de los administradores, enfatizando en el análisis de los elementos que imputan responsabilidad a éstos, así como la forma en que la asamblea general de accionistas puede exonerarlos de responsabilidad.

Posteriormente se dan a conocer las conclusiones sobre las hipótesis planteadas en el estudio de este tema tan novedoso y trascendental en el campo jurídico.

En el apartado de propuestas se dan herramientas con el afán de tratar de mejorar las relaciones jurídicas entre los administradores y la sociedad, así

como la formulación de algunas propuestas cuyo objeto es lograr una adecuada armonía entre la sociedad y el órgano de administración.

Para finalizar considero que el presente trabajo proporciona elementos jurídicos tanto dentro del campo del derecho positivo como dentro de las doctrinas de derecho comparado, las cuales pueden tanto al litigante como al maestro servir de herramientas indispensables para el buen desempeño de su función.

PRESENTACIÓN

En el trance de elegir una institución dentro del vasto espectro del derecho mercantil, difícilmente se puede uno encontrar una más fecunda y de mayor actualidad que la sociedad anónima, siendo esta persona colectiva la más idónea para la colocación de grandes capitales.

Me llamó la atención la parte referente al consejo de administración y, en especial, el punto relativo a su responsabilidad; pero en realidad fueron dos las motivaciones que me llevaron a realizar el presente estudio.

La primera es de carácter profesional; ya que el estudio sustantivo del tema, no solamente se encuentra detallado el mismo en forma reducida; siendo más delicado que en su aplicación adjetiva, puesto que en el Derecho Civil como Mercantil se adolece de una regulación adecuada para identificar claramente los casos en que los administradores incurren en responsabilidad.

Desde el punto de vista académico, al tratarse el tema identificado como órganos sociales, se estudia como un inciso el órgano de administración esto en un tiempo tan limitado que sería imposible captar su compleja organización y peor aún, no poder conocer a fondo las responsabilidades en que incurre

dicho órgano; a pesar de su trascendencia jurídica, tanto interna como externa, por tratarse de una persona moral.

No quisiera terminar esta presentación sin referirme cuanto más no fuere tangencialmente, a la colaboración que me ha prestado mi tutor, el Doctor en Derecho Joel Chirino Castillo, por haberme guiado y orientado desde que formé el índice del presente trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO “Antecedentes Jurídicos de las Sociedades Mercantiles y de los Administradores de la Sociedad Anónima”

1.- Origen del Derecho Mercantil.

El imperio romano no conoció el Derecho Mercantil como rama distinta y separada del tronco único del Derecho Privado Común, entre otras razones, porque a través de la actividad del Pretor fue posible adaptar su derecho a las necesidades del tráfico mercantil.

El Derecho Mercantil surge en la Edad Media para regular las nuevas y crecientes necesidades de los comerciantes, cuya actividad comenzó a florecer entonces, quienes dejaron de encontrar solución jurídica adecuada cuando la actividad del pretor decayó y las reglas e instituciones de aquel derecho resultaron insuficientes, o inconvenientes por su esquematismo y su excesivo formalismo.

Conviene tener presente, que si bien es cierto, el Derecho Mercantil no existía como rama independiente, no quiere decir que no existiere; ya que, inclusive con anterioridad al Derecho Romano, existían principios y reglas de contenido exclusivamente comercial, como es el caso del comercio marítimo en el Mediterráneo, del cual derivaron muchos principios e instituciones que datan de la época de los fenicios y cartagineses, regido por ordenanzas mercantiles como la famosa *Lex Rhodia de Iactu* que reglamentaba la avería, el seguro y el préstamo a cambio marítimo, leyes que ya eran reguladas por los romanos y también el llamado *Foenus Nauticum*, el más remoto antecedente de la commenda y de las sociedades personales actuales.

Por su parte, el Derecho Romano estableció reglas de responsabilidad en negocios que hoy llamaríamos de representación: *la actio exercitoria*, respecto del armador por actos del capitán de un navío; *la actio institoria*, por la conducta del factor; y en fin, el *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* que imponía responsabilidad al armador por los daños que sufrieran a bordo las mercancías; institución que después el pretor extendió a los hosteleros y mesoneros.

Desde su origen hasta nuestros días, en la evolución del Derecho Mercantil podemos señalar cuatro etapas que son:

La primera, de la Edad Media hasta el Código de Napoleón, que llamaríamos etapa urbana del comerciante individual especializado y matriculado en gremios y corporaciones. En esta etapa surgen dos instituciones, la matriculación antecedente del régimen de publicidad mercantil y del registro del comercio y la jurisdicción consular, con la creación de tribunales de comercio especializado y la atribución de una competencia propia fácil, rápida y convencional que se adaptaba, no sólo a las exigencias jurídicas; sino también éticas del comercio.

También surgieron recopilaciones de prácticas y usos de los mercaderes, constituyéndose con ello un derecho uniforme, estatutario y urbano y en ocasiones internacional.

La segunda Etapa: fundamentalmente de los Códigos de Comercio, basados en el acto de comercio, a partir del Código de Napoleón de 1808.

La tercera etapa: se considera a, partir de leyes y códigos mercantiles estructurados en torno a la actividad de la empresa.

La cuarta etapa, aún en formación y crecimiento, en la que tienden a constituirse nuevas disciplinas adicionales o ajenas al Derecho Mercantil como por ejemplo: el Derecho Mercantil Internacional, el Derecho Marítimo y el Derecho Económico.¹

II.- Antecedentes Jurídicos e Históricos de las Sociedades Mercantiles.

II.I.- La Sociedad Mercantil.

La temática de la sociedad mercantil es uno de los temas más ricos y amplios dentro del estudio del derecho, ya que esta, es una creación del ordenamiento jurídico y uno de los más importantes inventos que el hombre a realizado en toda su historia.

La sociedad mercantil es una estructura jurídica que, ontológicamente, tiene una existencia ideal, es una persona jurídica, un sujeto de obligaciones y derechos, un ser generador de voluntad; capaz de realizar actos jurídicos; titular de su patrimonio, responsable frente a terceros de las consecuencias de sus actividades jurídicas².

¹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Primera reimpresión. Edit. Porrúa. México 1997. p. 11-13.

² Cfr. CERVANTES AHUMADA, RAÚL. Derecho Mercantil. Cuarta Edición. Edit. Herrero S.A. México. 1984. p. 36-37.

II.II. Referencias Históricas.

El antiguo derecho como anteriormente se dijo, no conoció la institución de la sociedad mercantil con personalidad jurídica, la cual es una creación del derecho moderno. En Egipto, Grecia, Babilonia y Roma fue conocido el contrato de asociación y en Roma, también existieron las *societatis argentari*, para el ejercicio del comercio bancario, organizada como una sociedad en comanditas.

El riesgo del comercio marítimo creó la necesidad de limitar la responsabilidad de los armadores de compartir dichos riesgos; para satisfacer tal necesidad, los comerciantes marítimos inventaron dos instituciones: el préstamo a la gruesa y el contrato de comenda.

La comenda nace en el siglo II en las ciudades marítimas italianas como *societas maris*; aquí el encomendante entregaba al encomendatario o socios *tractarus* dinero o mercancía para la aventura marítima y ambos socios compartían las ganancias. La comenda evoluciona hasta que, en el siglo XIII, se convierte “en sociedad de comandita en nombre propio” y con personalidad jurídica distinta a la de los socios, de esta forma nace uno de los más grandes inventos en la historia del hombre.

Tal relevancia tuvo el invento de la persona jurídica, que la iglesia lo acoge en los tiempos de Inocencio IV, logrando con ello tener una persona distinta de los fieles integrante de este *corpus místico*.

La sociedad por acciones es de origen italiano, y las primeras se forman por acreedores del Estado o de las comunas, cuyos créditos se documentaban en títulos que representaban porciones iguales a el crédito; pero fue con los granes descubrimientos geográficos del siglo XV y XVI que la sociedad por acciones se convierte en el gran auxiliar del estado colonizador como una recolectora de capitales, para organizar entidades de gran potencia financiera.

Conviene tener presente que en los primeros siglos del XIII al XVIII, no existía una ley general que autorizara a los particulares a formar sociedades con personalidad jurídica y que, por tanto, la atribución de la personalidad derivaba en forma directa del poder público.

Los particulares que trataban de organizar una sociedad, acudían al soberano en solicitud de la expedición de una cédula real, que autorizara la constitución de la sociedad, le atribuyera la personalidad jurídica y aprobara su correspondiente estatuto orgánico; pero fue, hasta el siglo XVIII que en una cédula española, por primera vez, se atribuye a las acciones (atomizadoras del capital social) la calidad de papel comercial; y es así que la sociedad por acciones se convierte en la columna central del sistema capitalista³.

II.III.- Personalidad Jurídica de las Sociedades.

³ Ibidem p. 36-39.

La personalidad jurídica consiste en una cierta situación que el derecho positivo atribuye a instituciones jurídicas formadas por dos o más personas.

Se habla de personalidad moral o jurídica, para aludir a una figura y elaborar un concepto similar al de la personalidad del hombre, en cuanto atribuciones de derechos y obligaciones, o sea, en cuanto a la regulación normativa, a la legitimación de ciertas situaciones legales.⁴

La personalidad jurídica, por tanto, es una creación del Derecho, que fue inventada en la Edad Media y se comenzó a desarrollar con intensidad en el comercio a partir del Renacimiento, como consecuencia de los grandes descubrimientos geográficos.

Variadas teorías se han elaborado en la doctrina moderna para explicar la institución de la personalidad jurídica de las sociedades; tales teorías han sido sintetizadas hábilmente por el maestro Piro Verrucoli, a las cuales nos referiremos, tomando en cuenta el análisis crítico que hace de éstas el maestro Cervantes Ahumada:

a) Teoría de la ficción. (Savigny). Según este autor, la persona jurídica es una persona ficta, creada por la ley con vista a la titularidad de un patrimonio. Esta teoría ha sido superada, porque el Derecho no finge; crea sus propias estructuras que tienen una realidad ideal, pero ontológicamente tan existente como las realidades materiales.

⁴ CFR.BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Op Cit. p. 282-283.

b) Teoría del patrimonio de afectación. (Brinz). Se ha pretendido que se trata, no de una persona, sino de un patrimonio que es afectado para un destino específico. Patrimonio y persona jurídica son dos instituciones diferentes, que no tienen porque confundirse.

c) Teoría del reconocimiento. (Gierke). La personalidad, se ha dicho, es un atributo propio de todo organismo social, capaz de una propia voluntad de acción, y respecto del cual el Estado se limita simplemente a reconocer su existencia. Esta teoría no es admisible, porque las entidades jurídicas son creaciones del derecho que derivan siempre de un poder público efectivo. El ordenamiento jurídico no reconoce, sino crea las estructuras jurídicas.

d) Teoría del sujeto aparente. (Jhering). Esta teoría pretende que la persona jurídica es solo un sujeto aparente, que nace de la voluntad de un hombre o de una colectividad, y que la personalidad real radica sólo en las personas físicas.

Ninguna de las teorías, para el maestro Cervantes Ahumada explica satisfactoriamente la institución de la personalidad jurídica de las sociedades y manifiesta que el problema en el fondo es sencillo ya que el Derecho crea sus propias estructuras ideales, que en ocasiones, incluso, no se sustentan en un *sustratum* físico, material o biológico.⁵

Podemos concluir, que la institución de la personalidad jurídica, fue inventada y creada por el ordenamiento jurídico, para la satisfacción de la necesidad histórica del comerciante de no afectar todo su activo patrimonial en la

⁵ CFR. CERVANTES AHUMADA. Derecho Mercantil. Op Cit. p. 39-40.

aventura mercantil; de limitar, ante el riesgo del comercio, las consecuencias económicas de la responsabilidad patrimonial ilimitada establecida por el Derecho Civil.

III.- La Sociedad Anónima

III.I.- Referencias Históricas.

Este tipo de sociedad mercantil no fue conocido en el derecho antiguo; ya que la primera institución que contuvo los elementos básicos de este tipo, fue organizada en Génova en el año 1407, mediante la constitución del banco de San Jorge, cuya principal finalidad era el cobro de los impuestos para realizar el reparto proporcional entre los derechohabientes. La representación de éstos derechohabientes se consignó en acciones de banco que tuvieron amplio mercado y eran de fácil circulación.

En cambio, la sociedad anónima actual deriva de las sociedades de armadores fomentada por los países colonialistas que les auxiliaban en sus tareas de colonialización. La primera sociedad colonial fue la, compañía de las Indias Orientales fundada en Holanda en 1602 y otra holandesa, fue la compañía de las Indias Occidentales fundada en 1621. Ambas eran auxiliares del Estado y se enmarcaban en el cuadro de la organización estatal.

También el Estado español se auxilió de la sociedad anónima en su período más importante del siglo XVIII (imperio colonial), y fundó la real compañía de las Filipinas que tuvo gran relevancia en la vida comercial de la Nueva España.

Ya en el siglo XIX, las ideas del liberalismo económico imperaban en el campo comercial y se promulgaban leyes de carácter general, que autorizan a los particulares a crear por acto privado las sociedades anónimas.

La primera ley de tal naturaleza fue la del Estado de Carolina del Norte, USA, en 1795, y con ello surgieron las leyes de Massachusetts en 1799, las de Nueva York en 1811 y las de Connecticut en 1837. A las leyes norteamericanas siguieron la ley Inglesa de 1844 y la Francesa de 1867. Esta última fue el punto de partida de la legislación de sociedades anónimas en Europa y en América Latina.

Cabe añadir que la expresión de sociedad anónima viene del Derecho Francés y la primera ley que lo usó fue la *Ordonance du Commerce de Luis XIV* (1673), aunque la aplicaba a la asociación en participación.⁶

IV. Antecedentes de regulación jurídica de la Sociedad Anónima.

IV.I. Antecedentes Extranjeros

Como un antecedente remoto de regulación jurídica de las sociedades anónimas, se considera al Código de Comercio de Francia de 1808 que recogió la corriente costumbrista que ya se había manifestado en las

⁶ Cfr. Ibidem p. 81-84.

Ordenanzas de Luis XIV de 1673 y 1684, el cual por primera vez, reglamentó al lado de las sociedades en nombre colectivo y de las sociedades en comandita, a la sociedad anónima, que así se denominó porque en la denominación de la sociedad no debía incluirse el nombre de los socios (artículo 29) y por el hecho de que éstos cambiaban sin control alguno de la sociedad, e inclusive sin su conocimiento, a través de la transferencia de las acciones al portador.

El Código de Comercio de Napoleón que dedicó a la S.A. sólo 10 artículos, exigía expresamente para su existencia la “autorización del Rey”. Este Código de Comercio” sentó, las bases de la moderna S.A, que en virtud de la Ley Francesa de 24 de julio de 1867 se liberó del yugo de la concesión del Poder Público”⁷

Con el devenir del tiempo, algunos de los principios del Código francés fueron copiados en España, en el Código de Comercio de Sáinz de Andino de 1829. Este Código tuvo gran importancia, ya que influyó en el primer Código de Comercio Mexicano de 1854, el cual estableció su régimen corporativo más claro y sistemático, así como algunas reglas propias, de las cuales, las mas importantes son: el nombre de la sociedad, “anónima o por acciones” y la declaración terminante de “que la responsabilidad de cada socio llega hasta donde alcance el valor de la acción o acciones que tenga” (artículo 243), la obligación de la inscripción y del registro de la compañía (artículos 252 y 256), cuyo incumplimiento motivaba que “no surtirá efecto alguno en perjuicio de terceros” (art. 254); y finalmente, el reconocimiento de las Sociedades de Inversión (art.257).

⁷ *Ibíd*em, p. 389.

En Francia, fue dictada una ley especial de sociedades el 24 de julio de 1867, la cual estuvo en vigor con algunas reformas durante un siglo, hasta la promulgación de la vigente ley en 1966. En esta ley, se otorgó el reconocimiento de la personalidad de la S.A., prescindiendo de la previa autorización oficial para la constitución de sociedades (regulado en el artículo 21). Claramente, era indicado que las acciones eran negociables, se fijó en siete el número mínimo de socios; además se atribuía competencia exclusiva a la asamblea de accionistas para nombrar administradores, los cuales debían ser accionistas y comisarios (artículo 32) y para modificar los estatutos. Además, en su artículo 27, se atribuyó el voto a las acciones, se adoptó el principio mayoritario y se fijó el quórum de asistencia a las asambleas.

Se considera que esta ley de 1867, fue la primera en el mundo que reguló sistemáticamente a la S.A.; la cual fue seguida por los Códigos de Comercio italiano de 1882 y español de 1885, los cuales influyeron decisivamente en los Códigos mexicanos de 1884 y 1889, así como en Ley de Sociedades Anónimas de 1888.

Cabe mencionar que el Código de Comercio italiano de 1882 dedicó a la S.A. 65 preceptos (artículos 121 al 185), además de múltiples disposiciones generales aplicables tanto a este tipo social como a los demás. Sus principales aportaciones fueron las siguientes:

- 1) Impuso responsabilidad solidaria e ilimitada a los socios promotores y administradores que actuaran a nombre de la sociedad antes de su protocolización y registro.

- 2) Dictó reglas expresas sobre la constitución simultánea y sucesiva de la sociedad anónima.
- 3) Dictó reglas expresas sobre cada uno de los órganos sociales (administración, asamblea de accionistas y órgano de vigilancia)
- 4) Reguló a las acciones y a las obligaciones, así como el balance social.
- 5) Reservó sendos capítulos a la exclusión de socios, a la disolución de sociedades, a la fusión y a la liquidación.

Entre las principales aportaciones del Código de Comercio de España de 1885, tenemos las siguientes: atribuyó “personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles“ (artículo 116, segundo párrafo), estableció el principio de que la denominación de la S.A. será distinta a la de cualquier otra, si bien “adecuada al objeto u objetos de la especulación que hubiera elegido”, preceptuando éste extremo en el artículo 152, admitió que las acciones que se emitieran fueran nominativas o al portador (artículo 161); y además, estableció el régimen propio de unas u otras, según los artículos 162 y 163.

IV.II. Antecedentes de las Sociedades Anónimas en México

Roberto Mantilla Molina citando a Miguel Lerdo de Tejada en su obra *Apuntes históricos de la histórica ciudad de Veracruz*, señala lo siguiente:

“La más antigua sociedad mexicana la cual cabe considerar como anónima, una compañía de seguros marítimos que en el mes de enero de 1789 comenzó sus operaciones en Veracruz, con un capital de \$230 000.00, formada por cuarenta y seis acciones de cinco mil pesos, y con una duración de cinco años. En 9 de julio de 1802 se constituyó la Compañía de Seguros Marítimos de Nueva España, a la que indudablemente puede considerarse como una sociedad anónima, ya que su capital, de cuatrocientos mil pesos, estaba dividido en ochenta acciones; los socios sólo eran responsables de la integración del capital social y sus acciones eran transmisibles”⁸

En el México independiente se encuentran referencias a sociedades que cabe considerarse como anónimas, en la concesión otorgada para establecer una vía a través del Istmo de Tehuantepec y las concesiones para explotar vías férreas.

La primera regulación legal para ellas se encuentra en el Código Lares, aún cuando pueda inferirse la poca importancia que para entonces (1854) habían alcanzado, del hecho de que sólo se regulan con respecto a ellas diez artículos (del 242 al 251); es verdad que tampoco los códigos europeos que en aquella época regían, eran mucho más minuciosos para establecer el régimen legal de la Sociedad Anónima. Es hasta el Código de 1884 que se consagra un buen número de preceptos referidos a este tipo de sociedad, la cual objeto de una ley especial en 1889, pronto derogada por el Código del mismo año, que

⁸ MANTILLA MOLINA. Derecho Mercantil Derecho mercantil. Vigésimonovena edición. Edit. Porrúa. México D.F. p.324

reguló la materia de sociedades hasta la entrada en vigor de la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934.

El profesor Jorge Barrera Graf, en su obra Instituciones de Derecho Mercantil, al referirse a las primeras regulaciones de las sociedades en México, acota lo siguiente:

“La regulación de las sociedades (civiles y mercantiles) estuvo sujeta en nuestro país durante la colonia, y durante el siglo XIX y el presente, primero a las leyes españolas, principalmente a las Siete Partidas y a las Ordenanzas de Bilbao, en segundo, a algunos ordenamientos dictados para la Nueva España (como las Ordenanzas de Minería de 1783), tercero, a las leyes y Códigos dictados en México con posterioridad a la independencia, a partir del Código Civil de Oaxaca, del 14 de enero de 1929, que reguló el contrato de sociedad civil y el Proyecto de Código Civil de Zacatecas de 1828 (anterior, pues, al Código de Comercio español de 1829), que ya regulaba las sociedades comerciales, y que estableció el principio de la responsabilidad limitada de los socios. En el primer ordenamiento mercantil mexicano, o sea, el Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales mercantiles de 1841, se incluyeron a las compañías de comercio, pero no se comprendió a la S.A.”⁹

⁹ BARRERA GRAF. Instituciones de Derecho Mercantil. Op Cit. p.390

En cuanto a la inclusión de la sociedad anónima en el Código de Comercio de 1854, el citado jurista señala lo siguiente:

“El Código de Comercio de 1854, que en materia de sociedades estuvo más cerca del Código de Comercio francés, que del Código de Comercio español, exigía la inscripción de las sociedades en el Registro Público de Comercio (artículo 29, párrafo segundo), y que la sociedad no registrada “no producirá efectos entre los otorgantes”, aunque sí resultaba eficaz en favor de terceros (artículo 35); incluyó por primera vez en México a la S.A. (artículo 231, fracción tercera) y para la constitución y operación (como para los otros tipos que reguló, la S en N.C. y el S. en C.) no exigió permiso o autorización expresa del Estado, sino solamente la matriculación (artículo 5º.), y para la S.A, el examen y aprobación de la escritura por el tribunal de comercio (artículo 253) imponía que su denominación indicara “el objeto o empresas para que se hayan formado” (artículo 242), sin excluir, como su homólogo español (art. 276), que apareciera el nombre de socios; y que la “responsabilidad de cada socio llegara hasta donde alcanza el valor de las acciones que tenga” (artículo 243), similar al 278 del Código de Comercio español. Al igual que el Código hispano (artículo. 326 y siguientes), dictó reglas, aunque en número menor y más concretas sobre disolución (artículos 261 a 263), y omitió referirse a la liquidación que sí comprendió el ordenamiento español (artículos 336 y s.)”¹⁰

¹⁰ *Ibidem*, p. 393.

Antes de que el Código mencionado anteriormente comenzara su vigencia, o sea , antes de 1854, ya se habían constituido y operaban en el país algunas sociedades anónimas; más tarde, tanto la S.A. como otras sociedades mercantiles organizadas según modelos ingleses y norteamericanos de las *limited companies*, constituidas en virtud de Decretos del Ejecutivo Federal, funcionaron en materias principalmente de ferrocarriles, y en varias oportunidades dieron lugar a litigios, en los cuales se plantearon y se establecieron diversos principios corporativos.

La reforma constitucional de 1883 despejó el camino para la expedición del Código de Comercio de 1884, de carácter federal, aplicable a toda la República a partir del 20 de julio del propio año. Ese mismo año fue promulgado un nuevo Código Civil para el Distrito Federal (31 de marzo), mismo que recogió íntegramente la regulación sobre sociedades que contenía el código anterior de 1870 y estuvo vigente en el Distrito Federal hasta 1932. El Código de Comercio de referencia, y según la citada reforma en su artículo 72, fracción X de la Constitución de 1857; dedicó a la materia de sociedades un total de 276 artículos, del 352 al 628.

El Código citado *supra* contenía sesenta artículos relacionados con la S.A. (del 527 al 588), el primero de ellos estableció un principio que ha perdurado, “toda negociación lícita puede ser objeto de sociedades anónimas “ (artículo 528); exigía que el capital social se pagara al contado y en su totalidad, según el artículo 529, no obstante permitía que al tiempo de la constitución solamente se pagara el diez por ciento del capital social (artículo 535) Además el artículo 539 permitía que el importe de las acciones se cubriera en bienes muebles e inmuebles y que las acciones fueran nominativas, a la orden o al

portador (artículo 531), e imponía el reporte de dividendos entre los socios una vez constituida la reserva (artículo 530). También se aludía sin reglamentarlas, a acciones emitidas por la sociedad que se concedan a “industriales, inventores y dueños de privilegios”, así como a los “fundadores de la empresa” (artículos 552, fracciones XII y XIII) Se refería a los tres órganos de la S.A., es decir: administración (arts.557a 563), juntas generales de accionistas (arts.564 a 576), ordinarias y extraordinarias (artículos 576 a 572) y al Consejo de Inspección (artículos. 577 a 582). Este Código dictó normas sobre las sociedades anónimas y sociedades en comandita compuesta en la modalidad de capital variable.

El Presidente Díaz dictó una Ley Especial de Sociedades Anónimas en 1888, que derogó las disposiciones del Código de Comercio de 1884, relativas tanto a las sociedades anónimas como a las sociedades de responsabilidad limitada. Con relación a dicha ley, el maestro Barrera Graf refiere:

“Esta Ley siguió de cerca en muchas de sus disposiciones al Código de Comercio italiano de 1882, e influyó notablemente en el nuestro de 1890, del cual muchas normas pasaron a la ley vigente. Sus principios más sobresalientes, que la distinguieron de la legislación anterior, fueron: la prohibición a los socios de hacer figurar sus nombres en la denominación social, bajo pena de responsabilidad personal y solidaria (art. 2o); la regulación de las dos formas de constitución de la sociedad., “ suscripción o por medio de la comparecencia de dos o más personas que suscriban la escritura” (art. 4); el número mínimo de socios era de dos; distinguió las aportaciones de dinero, para las que

permitió se pagara al menos el 10% de su valor, de las aportaciones en especie, que debían ser pagadas en su totalidad (art. 8); se permitían tanto las acciones al portador como las nominativas (art. 172); se limitaba al derecho de la S.A. a comprar sus propias acciones (art. 23), aunque no tanto como la ley vigente, y también que se hicieran préstamos o anticipos sobre ellas (art. 25)”¹¹

La legislación de referencia, en lo concerniente a la administración, permitía que ésta recayera en un Director o en un Consejo de Administración, según lo preceptuado en el artículo 27, al que le confería la representación general, salvo disposición contraria en los Estatutos.

En cuanto a la vigilancia, la misma se confiaba a “uno o varios socios que se llamarán comisarios” (artículo 37) Además la Asamblea General de Accionistas, como órgano superior, gozaba de amplias facultades de “llevar a cabo o ratificar todos los actos de la sociedad y reformar los estatutos”, según lo regulado en el art. 40. Asimismo debemos señalar que dedicó pocos artículos a la disolución y liquidación, muchos de los cuales pasaron a la ley actual.

Posteriormente fue promulgado el *Código de Comercio del 15 de septiembre de 1889*, el cual contenía el artículo 91, que declaraba; “las sociedades civiles, sin perder su carácter, pueden constituirse como sociedades de comercio, de conformidad con las disposiciones de este título”.

¹¹ *Ibíd*em, p.394.

Debemos destacar que en México, no solamente existe la separación tradicional entre los ordenamientos civiles y mercantiles, sino que esa división se profundiza por diversa competencia legislativa: el derecho civil regulado por las legislaturas estatales, excepto el Distrito Federal, y el derecho comercial por el Congreso de la Unión.

Con respecto a lo señalado en el párrafo anterior, el autor Arturo Salinas expone lo siguiente:

“Conviene puntualizar que lo anterior no obsta para que la supletoriedad al Código de Comercio y a las leyes mercantiles en general esté, en principio, unificada a través del Código Civil del Distrito Federal que es aplicable en toda la República en materia federal.”¹²

Conforme al sistema constitucional mexicano, a diferencia de lo que ocurre en otros países, ni el código de comercio puede derogar a los códigos civiles, ni éstos, aunque sean posteriores, pueden derogar al código de comercio o a las leyes mercantiles en sus respectivos campos de competencia. Además, los códigos civiles de los estados de la Unión y del Distrito Federal pueden consagrar distintos conceptos de sociedad en general o diversos tipos específicos de sociedad o sociedades civiles, lo cual origina que en el derecho mexicano no exista la misma correlación entre las sociedades civiles y mercantiles que en los derechos tradicionales europeos que inspiraron en gran medida a la legislación mexicana.

¹² *Las Sociedades Mercantiles en el Código de Comercio de 1889*, Revista de Derecho Privado, No. 8, mayo-agosto, México, 1992, p.241.

Con respecto a lo señalado *supra*, el citado autor Arturo Salinas, expresa lo siguiente:

“Pero nuestro sistema no se detiene ahí, sino que va más allá y crea figuras jurídicas mercantiles propias, distintas de los tipos de sociedad o sociedades reconocidas por el derecho civil. Lo menos que puede decirse, es que en nuestro país la especialidad o singularidad del derecho de sociedades mercantiles es mucho más acentuada y en lo personal, creemos que hay bases para sostener su autonomía e independencia”¹³

El sistema seguido por el Código de Comercio de 1889 se concretizó en dos preceptos legales, en apariencia contradictorios: por una parte, el artículo 3º que establecía expresamente que: “se reputan en derecho comerciantes:.....II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles” y, por otra parte, el artículo 91 del propio Código, que disponía: “Las sociedades civiles, sin perder su carácter, pueden constituirse como sociedades de comercio, de conformidad con las disposiciones de este título”.

Arturo Salinas, en su artículo *Las Sociedades Mercantiles en el Código de Comercio de 1889*, señala:

“En opinión del Licenciado Cervantes, es indudable que el criterio fundamental de distinción entre las sociedades civiles y mercantiles, es la clase de actos que la compañía se proponga realizar. Se basa fundamentalmente en que el artículo 2233 del

¹³ *Ibíd*em, p. 242

Código Civil de 1884 es muy explícito, cuando declara: Las sociedades son civiles o comerciales, son comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio: las demás son civiles”¹⁴

Por otra parte, el propio autor considera:

“La forma carece de importancia, pues si bien es cierto que la fracción II del artículo 3º. del Código de Comercio reputa comerciantes a las sociedades constituidas conforme a las leyes mercantiles, este precepto general debe entenderse limitado por el artículo 91 del mismo ordenamiento, que quiere que en todo caso las sociedades civiles no pierdan ese carácter, por más que se constituyan de acuerdo a la legislación comercial” lo único que pasa agrega, “es que no se puede constituir una sociedad anónima dentro de la esfera de las disposiciones del Código Civil.

Si las partes convienen que se constituya conforme a las leyes comerciales, dice textualmente Cervantes, “la sociedad se rige en cuanto al fondo por la legislación civil, quiebra, jurisdicción, etc.; en cuanto a la forma por el Código de Comercio, según la opinión generalmente admitida, aún cuando en la práctica esta distinción puede dar margen a dificultades graves “¹⁵

Consideramos que a los códigos de comercio en sentido general y al Código de Comercio que estamos analizando, ya en particular, no les corresponde

¹⁴ *Ibíd.*, p. 243

¹⁵ *Ibíd.*, pp. 243-244.

analizar a las sociedades civiles, como pretendió hacerlo el mencionado artículo 91.

La regulación de las sociedades mercantiles se encuentra ubicada dentro del Libro Segundo del citado Código de Comercio que lleva el epígrafe 2 " Del comercio terrestre, en el título segundo denominado "de las Sociedades de Comercio" que está dividido en 11 capítulos y comprende 184 artículos, del No. 89 al 272.

Los cuerpos de leyes extranjeras que más fueron tomados en cuenta por los redactores del citado Código fueron el Código de Comercio francés de 1807, la Ley de Sociedades por Acciones francesa de 1867, el Código de Comercio italiano de 1882 y el Código de Comercio español de 1855.

El Código de Comercio mexicano, además de la Asociación en Participación, reconoció cinco tipos de sociedades mercantiles, incluyendo a la sociedad cooperativa. De acuerdo con los lineamientos constitucionales de entonces, para la creación de sociedades anónimas en México no se requería autorización gubernamental y esa forma tradicional de intervención estatal fue efectivamente sustituida por el "sistema de disposiciones normativas". La sociedad anónima, como todas las sociedades mercantiles, gozaba de personalidad jurídica conforme al artículo 90 del Código de Comercio y, a mayor abundamiento, el Código Civil del Distrito Federal de 1884 les reconocía el carácter de "personas morales con entidad jurídica", a todas las sociedades civiles o mercantiles formadas con arreglo a la ley (artículo 38).

El Código de Comercio de 1889 incorporó en forma textual e íntegra la Ley de Sociedades Anónimas de 1888, que fue dictada como reforma parcial al Código de 1884, misma que comprendía 64 artículos. Éste código definía, en su artículo 163, a la sociedad anónima de la siguiente manera: “La Sociedad Anónima carece de razón social y se designa por la denominación particular del objeto de su empresa. En dicha sociedad los socios no son responsables sino por el importe de su acción”.

Coincido con la opinión del autor Arturo Salinas, en cuanto a que los redactores del Código de Comercio mexicano caracterizaron a la sociedad anónima en forma atinada y técnicamente moderna para la época, y no adoptaron esquemáticamente de los modelos europeos, aquellos elementos que desentonaban con el sistema, tales como “los cupones“, “las cuotas” y “otros títulos equivalentes”.¹⁶

Entre las exigencias específicas del Código de Comercio vinculadas con el concepto de capital y con su función, mencionaremos las siguientes:

- 1) El importe del capital social debe fijarse necesariamente en la escritura constitutiva (artículo 95, fracción IV)
- 2) El capital social debe estar íntegramente suscrito (Artículo 170)
- 3) El 10 % de las aportaciones en numerario y el 100% de las aportaciones en títulos, efectos, bienes o inmuebles debe exhibirse en dinero efectivo en el momento de su constitución (artículo 170).

¹⁶ CFR, Salinas, Arturo. Pag. 249.

4) El artículo 175 señala que debe comprobarse el valor atribuido a las aportaciones en bienes distintos al numerario.

5) Las aportaciones de industria o de trabajo no integran el capital social (Artículo 95, fracción IV)

6) Los fundadores no pueden ser compensados con acciones, sino con una participación en las utilidades (artículo 95, fracción VII).

7) El artículo 171 señala que la existencia real de las aportaciones de capital se garantiza a través de depósitos en instituciones de crédito o en casas de comercio.

8) Es obligatorio constituir un “fondo de reserva” con un 5% como mínimo de las utilidades netas anuales, hasta que alcance la quinta parte del capital (artículos 95, fracción VI y 214)

9) No podrán repartirse más utilidades que las que aparezcan obtenidas en el balance. (Artículo 213)

10) Queda prohibido, según lo dispuesto por el Artículo 184 y 185, que las sociedades anónimas compren sus propias acciones, excepto casos excepcionales.

11) No les está permitido a las S.A. efectuar préstamos o anticipos sobre sus propias acciones (artículo 186).

El autor Arturo Salinas, con respecto a las legislaciones que inspiraron la redacción del Código de Comercio de 1889, expone lo siguiente:

“Los redactores de nuestro Código se inspiraron sobre todo en la legislación francesa de 1867 que consagró en lo esencial, el derecho que progresivamente se fue forjando bajo la égida del Consejo de Estado, partiendo de la práctica estatutaria y de la jurisprudencia. En efecto, las disposiciones imperativas de suscribir íntegramente el capital social, de exhibir un por ciento de las aportaciones en numerario, de imponer responsabilidad a los suscriptores originales y a los cesionarios por las exhibiciones pendientes, de verificar las aportaciones de bienes, de constituir una reserva legal, de procurar evitar la distribución de dividendos ficticios, fueron resultado, según historiadores del derecho francés, de los que se ha calificado como una práctica constructiva, y de las reglas elaboradas por el Consejo de Estado”¹⁷

La legislación francesa no fue la única inspiradora de los redactores del Código de Comercio en comento, ya que, según lo planteado por el citado autor Arturo Salinas, los legisladores se inspiraron, al parecer, en el texto del ordenamiento italiano para limitar la participación de los fundadores a las utilidades, sin comprender acciones u otros privilegios, y para establecer el

¹⁷ *Ibíd*em, pp. 250-251

principio de la prohibición de la compra de sus propias acciones, por parte de la sociedad.

En cuanto a la organización de la sociedad anónima, el Código de Comercio de 1889 contiene una regulación más o menos amplia, tanto de las asambleas ordinarias y extraordinarias (art. 202), como del consejo de administración (artículo 188) y del órgano de vigilancia, representado por los comisarios (artículo 198).

Como otras características que estableció el Código de Comercio de 1889, en cuanto a la organización de la S.Á. cabe destacar, el derecho que otorga a la asamblea de reformar los estatutos, aunque con la salvedad del pacto en contrario; no consagra el derecho de la oposición e impugnación por parte de los accionistas a las resoluciones de la asamblea, ni el de minoría para exigir responsabilidad a los administradores. También en materia de administración, dicho cuerpo legal establecía obligatoriamente un consejo de administración, según lo preceptuado en el artículo 188, integrado por accionistas (artículo 187).

En cuanto a la vigilancia de la sociedad el Código de Comercio confiere a uno o varios comisarios, que deberán ser socios (artículo 198), un derecho ilimitado de vigilancia sobre todas las operaciones de la sociedad, de acuerdo con el artículo 199.

El autor Arturo Salinas, al concluir sobre la importancia y originalidad del Código de Comercio de 1889, expone:

“Nuestro Código, por su estructura y sistemática legislativa en materia de sociedades, puede considerarse en gran medida original y técnicamente satisfactorio para la época, porque exceptuando la laguna que representaba la falta de regulación de las obligaciones o bonos, acierta al separar los capítulos de sociedad anónima y de sociedad en comandita por acciones, a diferencia de la legislación francesa e italiana, y porque además, excluye la disciplina de asociación de seguros mutuos y de las sociedades especiales, separándose de los Códigos italiano y español, respectivamente”¹⁸

Podemos afirmar, que en materia de sociedades mercantiles el Código de Comercio de 1889 representó un hito muy importante en la evolución de ese sector del derecho en México, en cuanto colocó a la legislación mexicana, respecto de las sociedades anónimas, en un nivel de vanguardia y modernidad para su época; y siguió realmente una política legislativa de “libertad reglamentada”, brindando un marco teórico satisfactorio para el desarrollo industrial del país.

De manera general es sabido que los miembros de la comisión, los cuales redactaron la Ley de Sociedades Anónimas de 1888, que un año después fue absorbida por el Código de Comercio, demostraron un conocimiento apropia-

do de los ordenamientos extranjeros y de la problemática de la materia, buen juicio para adoptar el contenido de las disposiciones que respondiera a las necesidades estimadas del país, sensibilidad para omitir la tipificación de

¹⁸ *Ibidem*, pp. 252-253

delitos especiales y la imposición de sanciones penales, y, por regla general, competencia técnica para la selección de la terminología y la formulación del articulado.

Este Código de Comercio de 1889, denominado indistintamente Código de Comercio de 1890, porque entró en vigor el 1o. de enero de 1890, a pesar de estar vigente en muchas materias, no lo está en cuanto a sociedades, debido a que la Ley General de Sociedades Mercantiles del 4 de agosto 1934, de la cual hablaremos posteriormente, derogó las disposiciones relacionadas con las sociedades, contenidas en aquel ordenamiento.

Para el Profesor Jorge Barrera Graf, los antecedentes inmediatos de la actual Ley General de Sociedades Mercantiles fueron el ya citado Código de Comercio de 1890, y un proyecto de Código de Comercio de 1929, que no pasó de tal, pero del cual fueron tomadas muchas disposiciones de la actual Ley General de Sociedades Mercantiles. Al respecto refiere:

“Nuestra vigente Ley de Sociedades Mercantiles del 4 de agosto de 1934, constituyó un notable avance respecto al Código de Comercio de 1890 y aún del Proyecto aludido de 1929: Es una buena ley, que al igual que otras de la misma época, como la Ley del Banco de México (1930) y la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (1932) significó la adopción de esquemas modernos y recientes en relación con un capitalismo que en México apenas se iniciaba y que crecía impetuosamente en Norteamérica y en Europa. Esa ley, en efecto, delineó y ordenó perfectamente la figura jurídica de la S.A., tanto como uno de los tipos de sociedades mercantiles, el más importante desde entonces, a

todos los cuales se aplican los primeros 24 artículos, y los últimos 51 (del 213 al 264), con excepción de los relativos a la Asociación en Participación (artículos 252 al 259), como en cuanto a la reglamentación específica de la acción, de cada uno de sus tres órganos y las disposiciones relativas al balance (estados financieros), según la terminología que se introdujo en la reforma de enero de 1981 (artículos 172 al 177) La bondad y las virtudes de la reglamentación de la S.A. en la Ley General de Sociedades Mercantiles, se manifiestan en la gran difusión de dicho tipo social entre nosotros y en el hecho de que con muy pocas reformas, aunque si con la adición de las normas de la Ley del Mercado de Valores relativas a las S.A. abiertas (Infra XXV.5), haya subsistido durante mas de cincuenta años.”¹⁹

Esta Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934, con los afinamientos e innovaciones que se imponían, recogió del Código de Comercio de 1889, la estructura fundamental y gran parte de su regulación, e introdujo una supuesta organización democrática, a través de la división de poderes entre los tres órganos sociales y el reconocimiento de la asamblea de accionistas como órgano supremo de ellos, según lo preceptuado en el artículo 178, que equivaldría al Poder Legislativo, y con la subordinación de los otros órganos, el de administración y el de vigilancia (que harían la función de los poderes ejecutivo y judicial) Además, tuvo una amplia aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de los socios, a quienes se permite estipular pactos o sistemas adicionales, como el de capital variable, o bien derogatorios de normas incluidas en la Ley General de Sociedades Mercantiles. Por todo lo

¹⁹ Barrera Graf, Jorge, Op. cit. p. 395.

anteriormente expuesto, podemos considerar al igual que el maestro Barrera Graf, que el sistema adoptado en la Ley es el del liberalismo en su más acabada acepción jurídica.

Asimismo podemos considerar que muchos de los defectos y omisiones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se deben a su antigüedad, al tiempo en que fue promulgada, en el cual mucha de la problemática actual de la sociedad anónima aún no había sido regulada ni en México ni el extranjero, y aún eran desconocidos muchos de sus problemas, o bien, resultaba innecesaria o prematura su regulación legal.

Con respecto a otros defectos de la Ley en comento, el maestro Barrera Graf señala:

“Otros defectos, empero, si son atribuibles al legislador de 1934: los principales son, *primero*, no haber exigido la intervención de un organismo externo, público o privado, de control y de vigilancia del cumplimiento de preceptos legales, y del respeto a los diversos intereses en presencia, tanto durante la constitución como durante el funcionamiento de todos los tipos de sociedades y principalmente de las S.A. En *segundo lugar*, a virtud de una temprana reforma a la L.G.S.M. de 31 de diciembre de 1942, haber dado cabida de manera demasiado amplia y general a las Sociedades de Inversión y haberles atribuido personalidad jurídica sin registro alguno y muchas veces sin homologación judicial, al gusto y capricho de los socios y de los administradores, con lo que se ha propiciado y fomentado la

existencia de esas situaciones irregulares; en *tercer lugar*, en cuanto al régimen de nulidades de las sociedades, así como de juntas y de asambleas de socios y de acuerdos dictados por ellas (por los órganos de administración): en unos casos, haber planteado una solución simplista y muy inconveniente, como es la anulabilidad de las sociedades, registradas o no, y en otros, por no haber reglamentado claramente y de manera amplia, los diversos casos de invalidez o nulidad, lo que ha provocado la perplejidad de la doctrina y graves situaciones de inseguridad; en *cuarto lugar*, relacionado el problema con la falta de todo control estatal, el haber configurado al órgano de vigilancia como subordinado a la asamblea de accionistas, sin independencia real del órgano de administración y sin efectividad alguna en la práctica; en *quinto lugar*, finalmente, no haber establecido un régimen amplio de responsabilidad de los administradores, de los comisarios, ni de accionistas o representantes de la sociedad, en los casos de control de éstos.”²⁰

Algunos datos estadísticos recogidos por Roberto Mantilla, en su obra *Derecho Mercantil* ²¹ referidos a la constitución de sociedades anónimas desde 1941 hasta 1972 nos ilustran la importancia que fue cobrando en la época de referencia este tipo de sociedad. Así vemos como durante 1941, de 2414 sociedades que se constituyeron en México 775, o sea, el 32.10% eran anónimas; nueve años después, en 1950, la proporción casi se había duplicado, ya que las anónimas representaban el 63.5% del total de sociedades

²⁰ *Ibíd.*, pp. 397-398

²¹ Mantilla Molina, Roberto, *Op. Cit.*, p.325.

constituidas en ese año, el cual ascendió a un total de 2872, de las cuales 1826 eran anónimas.

La importancia relativa de la anónima siguió en aumento, ya que en el año 1972 el 97.2% de las sociedades que se constituyeron adoptaron este tipo; y mayor aún es la relación del capital invertido en la constitución de las anónimas respecto del total, pues las primeras absorbieron el 99%.

Con relación al tema en cuestión, él Dr. Mantilla Molina concluye:

“Estas cifras corroboran la conclusión a que se había llegado respecto de la falta de concordancia entre la función económica de las anónimas en México y la forma jurídica que adoptan.”²²

V.-Evolución Jurídica de los Administradores de Sociedades Anónimas.

El Código Francés de 1807, atribuye por primera vez a los administradores de sociedades anónimas la condición de mandatarios de los socios, la cual fue acogida por el Código Español de 1885. Esta solución que teóricamente garantizaba una estrecha sujeción del administrador a las instrucciones impartidas por la Junta General de Socios resultaba, en cambio, poco satisfactoria en orden a garantizar rapidez y seguridad en la contratación.

En esta etapa, los administradores no tenían más facultades representativas que las que expresamente les habían sido conferidas y, no se garantizaba la

²² *Ibíd.*, p .326

atribución de esos poderes necesarios para el ejercicio de su función, que el tráfico mercantil exige.

Ante esta situación, los diversos movimientos de reformas de la sociedad anónima, que se desarrollaron desde los primeros años del siglo XX, coincidieron en la necesidad de introducir una corrección en tal sistema. Este es el origen de la función del *objeto social*” como elemento definidor del poder de representación de los administradores que, sin embargo, no recibió acogida expresa en los textos legales, hasta mediados del siglo, específicamente, hasta 1951 en la Ley Española y en 1942 en el Código Italiano.

V.I.- Antecedentes en el Derecho Español.

El Código de Comercio Español de 1885, respecto al ámbito de las facultades representativas de los administradores y, en consecuencia de las condiciones de una actuación eficaz de los miembros de éste órgano frente a terceros, estaba determinada por el contenido de las cláusulas estatutarias y por los acuerdos que al efecto hubiese adoptado la junta general de socios. Ha esta solución se llegó, no sólo por la configuración de los administradores como mandatarios de la sociedad, cuyo ámbito de poder queda delimitado en consecuencia por los términos del mandato.

De acuerdo con este planteamiento, el nombramiento y cese de administradores, no constituía una categoría autónoma dentro del catálogo de actos inscribibles en el Registro Mercantil, sino que se entendía subsumida en

la categoría de los poderes generales dados a los auxiliares de la sociedad, los cuales se inscribían.

Posteriormente, el artículo 122 del Reglamento del Registro Mercantil de 1919, dio un tratamiento individualizado a las sociedades anónimas, e impuso la necesidad de hacer constar en la primera inscripción la identidad de las personas que habrán de ejercer la administración, exigió al mismo tiempo la determinación de las facultades, de los consejos de administración de los directores y gerentes.

Las leyes de 1951 y 1953, acudieron en cambio, a la noción de “giro de tráfico” de la empresa como medida delimitadora de las facultades representativas de los administradores. Así el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas de España de 1953 decía “La representación de la sociedad en juicio y fuera de él, corresponde al consejo de administración. En defecto de éste, la representación se regirá por lo dispuesto en los estatutos y en los acuerdos de la junta general de socios. En todo caso, la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa”.

Lo anterior, generalizo una interpretación uniforme en la que la actuación externa de los órganos de la sociedad de capital, aparecía configurada por las siguientes notas:

a) Los administradores, son un órgano de existencia necesaria al que la ley encomienda la representación de la sociedad en sus relaciones con terceros, función ajena en principio, a la competencia de la junta general de

socios. Por su parte, la remisión a lo dispuesto en los estatutos y a los acuerdos de la junta general, debe entenderse referida a la posibilidad de separar en ausencia del consejo de administración, las funciones administrativas internas y las funciones representativas externas, atribuyéndolas a personas distintas.

b) El poder de representación de los administradores se extiende, como mínimo a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa, noción que alude al ámbito de las actividades propias de la sociedad anónima de que se trate y, por tanto, resulta equivalente al concepto de objeto social, el cual tiene que estar bien precisado en los estatutos; ya que es éste es el que limita las facultades de representación de los administradores.

c) Las facultades de los administradores podían, no obstante, ser ampliadas por acuerdo del consejo de administración o por disposición de la junta general de socios.

d) El carácter ilimitable que se predica del poder de representación de los administradores se refiere únicamente al contenido mínimo de facultades, delimitado por el objeto social.²³

En otras palabras, consideramos que debe entenderse que cualquier limitación de las facultades de representación establecidas en los estatutos o fuera de ellos será ineficaz respecto a terceros de buena fe.

²³ GARRIGUEZ Joaquín y URÍA R. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. tomo I. Edit. Civitas, Madrid España. 1991. p. 119-122.

Por otra parte la claridad, de los postulados anteriormente descritos, desapareció; ya que en el momento de su aplicación práctica, dada la falta de concreción en que quedaban algunas de las piezas esenciales del sistema ya que era casi imposible su solución; dificultades que expresamos a continuación:

a) Primero, por la imposibilidad de establecer con claridad, cuando un acto debía estimarse comprendido dentro de los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa; así los maestros Joaquín Garriguez y R. Uria defendieron una interpretación generosa afirmando “.....el órgano administrativo de la sociedad anónima puede realizar válidamente todos los actos y negocios jurídicos que, según el uso de comercio, estén incluidos en el círculo de las actividades propias de la sociedad anónima, desde el más sencillo acto de gestión hasta el más importante acto de disposición ..., y tanto si se trata de asuntos ordinarios como si se trata de asuntos extraordinarios.”²⁴

Lo anterior, resalta que en la práctica es necesario acudir a los estatutos, para poder formular un juicio suficientemente fundamentado acerca de las facultades de los administradores.

b) En segundo término, porque ni la doctrina ni la jurisprudencia llegaron a configurar con claridad el régimen de los actos extraños al objeto social.

²⁴ GARRIGUES Joaquín y URIA R. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Op Cit. p. 123.

En principio, su realización o la autorización, debía corresponder a la junta general de socios; ya que estos actos son ajenos a la competencia del órgano de administración; no obstante, pueden ser realizados sin lugar a duda por la sociedad; dado que la persona jurídica goza de una capacidad plena y general.

En cuanto al régimen de la actuación extralimitada de los administradores, la doctrina dominante lo sitúa en el ámbito de la representación sin poder o de la transgresión de facultades con la consiguiente posibilidad de ratificación.

En este punto, es necesario considerar una inclusión de ciertas circunstancias bajo las cuales, la sociedad no quedará obligada por los actos realizados por sus representantes, cuyos supuestos podrían ser:

- a) Que el acto exceda de los límites del objeto social.
- b) Que el tercero tuviera conocimiento de que el acto en cuestión excedía de este objeto social o no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias.
- c) Que la sociedad acredite la circunstancia anterior, sin que sea suficiente a estos efectos la mera publicación de los estatutos.

Sin embargo, no se vinculará de manera negativa ante tercero, cualquier limitación de las facultades de representación de los administradores aunque se halle inscrita en el registro mercantil; ya que será ineficaz frente a los terceros de buena fe.

Constantemente hemos estado mencionando la palabra “buena fe”; para ser más claros y precisos debemos entender este término como: “El desconocimiento subjetivo, y por ausencia de culpa grave la omisión de la diligencia objetiva exigida en el tráfico.”²⁵

Por otra parte, es necesaria la vinculación de los actos extralimitados de los administradores que afectan a terceros de buena fe; quedando a nuestro criterio que la eficacia externa del objeto social es un principio establecido, el cual habilita a la sociedad para impugnar los actos de los administradores; ya que de ninguna manera puede el tercero asumir la carga de interpretar la conexión del acto que va a celebrar con el administrador de un objeto social redactado unilateralmente por la otra parte.

Por tanto, el único órgano legitimado para contrastar esa conexión y exigir las responsabilidades precedentes al administrador, que hubiese realizado actos desconectados del objeto social, o incluso la anulación del acto, si este resultase claramente contrario al objeto social, es la sociedad; la cual se podrá fundar en el supuesto de ejecución de actos mediante una representación sin poder que nuestra mejor doctrina configura como un supuesto de inexistencia, por tratarse de un negocio inacabado en el que no se ha llegado a completar el total consentimiento contractual necesario²⁶.

En cualquier caso, aún cuando llegara a prosperar la impugnación del acto contrario al objeto social y a los estatutos, ésta no sería oponible a terceros;

²⁵ VICENTE CHULIA F. Introducción al Derecho Mercantil. S-E. Barcelona España. 1994. p. 200.

²⁶ Cfr. De CASTRO F. El Negocio Jurídico. S-E. Madrid España. p. 465.

ya que como anteriormente se dijo, los límites legales son oponibles; los voluntarios no.

Consideramos, por lo anterior, la necesidad de tener la idea de que los acuerdos impugnables han de ser aquellos, los cuales al igual que los acuerdos de la junta general de accionistas, desenvuelven su eficacia en el ámbito interno y organizativo de la sociedad; se producen de forma típica, en sociedades de estructuras administrativas complejas y no respecto con la actuación representativa externa de los administradores.

A este respecto, interesa destacar que la configuración estatutaria del objeto social mediante una enumeración de actos jurídicos, tiene pleno sentido en el sistema de objeto-límite; pues facilita extraordinariamente la necesaria tarea de encuadrar un concreto acto jurídico en el ámbito del objeto social.

CAPITULO SEGUNDO “Los Órganos Sociales en la Sociedad Anónima”

I.) Asamblea General de Accionistas.

Los tres órganos sociales de la S.A. son la Junta o Asamblea General de Accionistas, el Órgano de Administración y el Órgano de Vigilancia; en este capítulo analizaremos de forma general la Asamblea de accionistas y el órgano de vigilando, dejando el análisis del órgano de administración al capítulo siguiente.

Los autores Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y José María Muñoz sobre los antecedentes de la Junta General de Accionistas, dicen:

“Nacida la Sociedad Anónima con acentuado carácter oligárquico, en la primera etapa de su vida no conoce la junta general de socios como instrumento de formación y manifestación de la voluntad social. Las primitivas sociedades anónimas se regían y gobernaban exclusivamente por unos directores, dotados de amplísimos poderes, nombrados en un principio por los reyes y mas tarde por los grandes accionistas cuando éstos comienzan a participar en el poder social, constituyéndose en una especie de consejo que vigilaba la gestión administrativa, para terminar rescatando gradualmente del poder real la facultad de elegir y nombrar a las personas directamente encargadas de la administración de la sociedad.”²⁷

²⁷ Uría, Rodrigo, Menéndez, Aurelio y Muñoz, José María, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Ed. Civitas, España, 1992, p. 15.

Es hasta las legislaciones del siglo XIX donde aparece claramente definida la Junta General como órgano expresivo de la voluntad social fundado sobre el principio de la mayoría. En todas las legislaciones de esa época la S.A. ofrecía un carácter esencialmente impersonal y el perfil de una mera asociación de capitales en la cual el socio apenas aporta sin responsabilidad por su calidad de persona, pero, sin embargo, el accionista no queda totalmente desplazado de la gestión de la empresa y se le ofrece la posibilidad de influir en la marcha de las operaciones sociales, concurriendo a las juntas generales y participando con su voz en las deliberaciones y con su voto en la formación de sus acuerdos sociales.

El maestro Rodrigo Uría define a la Junta General de la siguiente manera:

“La Junta General puede ser definida, en principio, como la reunión de accionistas en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, debidamente convocados para deliberar y decidir por mayoría sobre determinados asuntos sociales propios de su competencia”.²⁸

La Junta General es el órgano supremo de la sociedad, en el se forma la voluntad social por la fusión de las voluntades individuales de los socios o por las decisiones que adopte el socio único. De aquí se desprende que sólo puedan valer como manifestaciones de esa voluntad aquellas decisiones de la mayoría o del socio único que estén tomadas en una asamblea convocada, reunida y celebrada con arreglo a las formalidades exigidas por el ordenamiento legal y por los Estatutos en su caso. Las decisiones de este órgano son obligatorias para los administradores y para todos los socios (incluso para los que hubieran votado en contra o los que no hayan asistido a

²⁸ *Ibíd.*, p. 23.

la Junta) Por esto se ha comparado en ocasiones a la Junta General con el Parlamento de un Estado liberal.

El artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, señala que "La Asamblea General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad" y además agrega que "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".

El maestro Barrera Graf define a la Asamblea de la siguiente manera:

“La reunión de los socios para deliberar y acordar asuntos de su competencia. Se habla de reunión de socios, porque se convoca a todos los que representen al capital social, o a todos los que integren una categoría, y porque generalmente concurren varios, pero no resulta ilegal ni imposible que sólo un socio concorra, ya porque sea el titular de varias acciones o porque se trata de asamblea ordinaria en segunda convocatoria en que un sola acción basta para celebrar la reunión y para que el voto obligue a todos los que no concurren.”²⁹

A la asamblea corresponde una competencia amplísima y general. Es un órgano esencial, que nunca puede faltar, a diferencia de los órganos de administración y de vigilancia, que si pueden faltar temporalmente.

El Dr. Ernesto Martorell, citando al autor Alegría, define a la asamblea general de accionistas de la siguiente manera:

²⁹ Barrera Graf, Jorge, Op. cit. p. 546.

“La Asamblea General de Accionistas es el órgano esencial, no permanente, y con facultades de decisión indelegables, que funciona en la forma y condiciones previstas por la ley y los estatutos, mediante la reunión de los accionistas de la sociedad anónima convocados para tratar los asuntos societarios de su competencia consignados en el orden del día”.³⁰

Los integrantes de la Asamblea son los accionistas, pero quienes no sean accionistas y, sin embargo, integran los otros dos órganos sociales es decir, el Órgano de Administración y el Órgano de Vigilancia (administradores o comisarios) deben asistir a ella, así como otras personas, terceros respecto a la sociedad, los cuales pueden participar si así lo acuerda la asamblea.

Los socios en esta asamblea pueden actuar por representación que concedan a otros socios o a terceros, personas físicas o sociedades, salvo que los Estatutos indiquen que sólo pueden ser representantes los accionistas.

Veamos que expresa el Dr. Rodrigo Uría, en cuanto al papel de la Junta General de Accionistas en España.

“La Junta pues, continúa siendo en la ley vigente, el máximo instrumento de formación y expresión de la voluntad social, el órgano encargado del poder supremo, cuyos acuerdos tomados por simple mayoría, obligan a todos, administradores y accionistas, incluso a los ausentes y a los que hayan votado en contra.”³¹

Las características fundamentales de este órgano social son las siguientes:

³⁰ Martorell, Ernesto, *Sociedades Anónimas*, Edit. De Palma, Argentina, 1988, p. 224.

³¹ Uría, Rodrigo, Op. Cit. p. 19.

a) Es un *órgano necesario*; o sea, no puede faltar en ninguna S.A. ni puede ser reemplazada por otro órgano en sus funciones, todo el ordenamiento legal de la misma está edificado sobre el carácter necesario de la misma.

b) Explica y manifiesta la voluntad social de un *modo inmediato*, en cuanto su poder no emana ni deriva de ningún otro órgano, desarrollando su actividad en forma autónoma y soberana.

c) *Opera exclusivamente con efectos internos*, o sea carece de facultades de representación hacia el exterior y sus decisiones normalmente se ejecutan a través de los administradores.

d) *No es un órgano permanente*. Los accionistas sólo se reúnen en Junta General esporádicamente, ya sea en la época señalada en la ley para la celebración de la Junta General de Accionistas, o cuando lo decidan los administradores o el juez en su caso.

Para Ernesto Martorell las características fundamentales de las asambleas son, en primer lugar, que es un órgano necesario, en segundo lugar, que es un órgano corporativo o colegiado, y en tercer lugar, que opera con efectos internos por carecer de representación hacia el exterior.

Las asambleas pueden ser *Generales*, cuando todos los accionistas puedan participar, y *Especiales*, son las constituidas por una o varias categorías de acciones, cuando el contrato social prevea la existencia de éstas.

Las facultades propias de las asambleas son indelegables, tanto de las ordinarias anuales, como de las modificaciones estatutarias de las extraordinarias. Sin embargo, algunos asuntos corresponden igualmente a la asamblea general ordinaria y los órganos de administración y de vigilancia,

v.g., casos de nombramiento de gerentes y de apoderados, (art. 145 de la L.G.S.M.) y el nombramiento provisional de administradores en el supuesto del artículo 155, fracción II de la propia ley.

En otro orden de cosas, a pesar de que el artículo 178 de la L.G.S.M. atribuye competencia a la Asamblea General para “acordar todos los actos y operaciones” de la sociedad, hay límites que imponen la ley y la doctrina; estos son, en primer lugar respecto al Organo de Administración sus facultades de gestión interna y de administración ante terceros, en segundo lugar, respecto al Organo de Vigilancia, “vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad” y en tercer lugar, con respecto a ambos órganos, convocar ambos a asambleas, según lo preceptuado en el artículo 183 de la L.G.S.M.

La Asamblea General también puede “ratificar todos los actos y operaciones sociales”, que el órgano de administración, los gerentes, etc., hubieran ejecutado en exceso de sus facultades. Este extremo lo vemos recogido en el artículo 178 de la L.G.S.M.

La *Convocatoria* es el llamado que hacen los administradores o los comisarios de la Sociedad Anónima a los accionistas para que concurran a una asamblea. A la misma se refieren los artículos 183, 186 y 187 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Esta convocatoria constituye un requisito esencial, en cuya ausencia la asamblea que se reúna sería nula (artículo 188 L.G.S.M.)

Los accionistas que representen al menos el 33% del capital social tendrán la potestad de pedir por escrito, en cualquier tiempo, al Administrador o al Consejo de Administración, o a los comisarios, la convocatoria de una

Asamblea General de Accionistas, para tratar de los asuntos que indiquen en su petición; según lo establecido en el artículo 184 de la L.G.S.M.

En caso de que la citada convocatoria no se realizare por el órgano de administración o el de vigilancia dentro del término de 15 días desde que hayan recibido la solicitud, podrá realizarse por el juez del domicilio de la S.A. a solicitud del 33% del capital social, exhibiéndose al efecto los títulos de las acciones, según lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 184 de la L.G.S.M.

También la ley en su artículo 185, establece la posibilidad de que la petición regulada en el artículo 184 pueda ser hecha por el dueño de una sola acción, en los supuestos de que no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos y cuando las asambleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de los asuntos incluidos en el artículo 181 de la ley.

Si el Administrador o el Consejo de Administración, o los comisarios se rehusaren a hacer la convocatoria, podrá ocurrir la misma situación expuesta en el artículo 184, o sea, intervendrá el juez competente, previo traslado de la petición al Administrador o Consejo de Administración y a los comisarios. El punto será decidido de acuerdo a la tramitación establecida para los incidentes de los juicios mercantiles.

Según lo establecido en el artículo 186 de la L.G.S.M., la convocatoria debe publicarse en el periódico oficial de la entidad del domicilio social, o bien, en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio.

Esta situación puede no ser la más idónea, veamos a continuación que comenta el maestro Barrera Graf al respecto. “lo ideal sería, de *lege ferenda*,

que los estatutos fijaran el periódico del domicilio social en que debieran publicarse”³²

La convocatoria que se publique, debe aparecer, con 15 días de anticipación al menos, de la fecha en que se celebre la Asamblea, según lo dispuesto en el artículo 186 de la ley en comento.

En la convocatoria deberá indicarse la orden del día y debe venir firmada por quien la hiciere (artículo 187 L.G.S.M.) Además, deberá recogerse en la misma el lugar, día y hora en que la asamblea se verifique, que son requisitos precisos para que los accionistas sepan del momento preciso y el lugar donde la reunión se va a efectuar.

En cuanto al lugar, no se precisa que sea en las oficinas de la compañía, solamente se señala que sea en el domicilio social, según el artículo 179 de la L.G.S.M., o sea, en la ciudad donde tenga “establecida su administración”, que es el concepto de domicilio social de las personas morales, según lo estipulado en el artículo 33 del Código Civil del Distrito Federal.

Esto se refiere a la primera convocatoria, para la segunda o posteriores no existe regla alguna, “debe entenderse, sin embargo, que entre la primera y la segunda corra un lapso prudente para que quienes no concurrieran a aquella puedan hacerlo a ésta. En todo caso, la legalidad de la segunda convocatoria supone la regularidad de la primera.”³³

³² Barrera Graf, Jorge, Op. Cit. , p. 551

³³ Idem.

En el caso de Argentina, la Ley de Sociedades Comerciales en sus artículo 233, establece que las asambleas deben reunirse en la sede o en el lugar que corresponda a la jurisdicción del domicilio social.

Veamos qué aclara el autor Fernando Mascheroni con respecto al artículo 233 de la Ley argentina.

“A efectos de aclarar la terminología del texto legal, podemos decir que el lugar de celebración de las asambleas, tanto ordinarias como extraordinarias, será: 1o.) en la sede administrativa de la sociedad, o domicilio propiamente dicho; 2o.) en su defecto, en algún lugar designado por el órgano que efectúe la convocatoria dentro del radio jurisdiccional del domicilio, en sentido amplio”³⁴

El orden del día es la lista de asuntos que deberán discutirse y votarse en el seno de la asamblea. Los puntos que comprenda ese orden del día, deben ser claros y concretamente expuestos, por lo que no se debe incluir el punto “asuntos generales”.

Hay acuerdos que pueden tomarse sin que aparezcan en el citado orden del día, estos son: 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, nombrar al administrador o consejo de administración y a los comisarios y determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando éstos no hayan sido fijados en los estatutos, o sea, los preceptuados en el artículo 181 de la L.G.S.M., y además la remoción de administradores o comisarios y la

³⁴ Mascheroni, Fernando, *Sociedades Comerciales*, Edit. Universidad, Argentina, 1986, p.267.

exigencia de responsabilidad en que hubieran incurrido estos, a juicio de cualquier socio, según se desprenda de los asuntos que se discutan en ellas.

El primer acuerdo de la Asamblea será designar a quien la presida, en el caso de que los Estatutos no lo prevean, y el primer acto del Presidente será solicitar la comprobación de la existencia o no de quórum para constituir la.

El Presidente designará a los llamados escrutadores, quienes se encargarán de la tarea de comprobar si existe el quórum requerido, verificando quienes sean los accionistas allí reunidos que tengan derecho a participar según los datos del libro de accionistas; el número de acciones que corresponde a cada accionista, el examen y regularidad de los poderes que hubieran otorgado los socios y si los socios que concurren depositaron sus acciones como ordena la convocatoria. También dichos escrutadores formularán una lista de asistencia en la cual indiquen los nombres de los comparecientes (socios y representantes) así como el número de acciones con que comparecen.

Luego rendirán un dictamen al Presidente en el que indiquen el número total de acciones presentes, con el objeto de que se compruebe si se integra el quórum legal o estatutario.

Si se integra el quórum legal, el Presidente declarará legalmente constituida la Asamblea, en caso contrario, deberá ordenar una segunda convocatoria con los requisitos de la primera convocatoria a excepción del quórum, en la que se indique nuevamente el día, la hora, el lugar y el mismo orden del día.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 93 de la L.G.S.M., las asambleas generales “salvo estipulación contraria a los estatutos, serán presididas por el

Administrador o el Consejo de Administración, y a falta de ellos, por quien fuere designado por los accionistas presentes”

Normalmente, el Presidente del Consejo de Administración también presidirá las asambleas generales y éstas, siempre podrán designar, según el artículo 148 de la L.G.S.M., de entre sus miembros un delegado para la ejecución de actos concretos.

Regularmente se nombra a un Secretario de la Asamblea a quien corresponde verificar la lista de la asistencia, el dictamen de los escrutadores y la regularidad de los poderes; así como redactar el acta de la reunión; la cual se debe poner a consideración de los accionistas en la misma junta o en la próxima. El Secretario no tiene que ser miembro obligatoriamente del Consejo de Administración.

Tendrán derecho a comparecer en la Asamblea todos los socios y sus representantes, que sean titulares de acciones representativas del capital social; ya sea que tengan o carezcan del derecho de voto en la asamblea respectiva, o respecto a alguno o algunos de los asuntos que en ella se traten; pero solamente las acciones con derecho a voto integrarán los quórum de asistencia y de votación en las asambleas ordinarias y extraordinarias. Con relación a las asambleas especiales sólo tienen derecho a votar los titulares de acciones de la categoría respectivamente.

También tienen derecho a participar los administradores y los comisarios, no así cualquier persona distinta, excepto en los casos en que el Presidente lo autorice a petición propia o de algún socio.

En el caso de la asamblea constitutiva, tienen derecho a asistir a la misma todos los socios que hayan aprobado el programa inicial, y que hayan convenido en realizar las aportaciones que llevarán a integrar el capital social.

El objeto o finalidad de la Asamblea consiste en que los accionistas deliberen y voten los asuntos que en ella se discutan. El resultado del voto es la adopción de acuerdos, que van a ser válidos según señala el art. 200 de la L.G.S.M., si se obtienen por la mayoría de las acciones o por todas ellas.

Con respecto al objeto o finalidad de éste órgano, el maestro Barrera Graf comenta: “Estamos, pues, en presencia de un negocio jurídico, en cuanto que el acuerdo produce efectos internamente y frente a terceros, salvo que se trate de actos meramente declarativos; además es un acuerdo colectivo, unilateral, de naturaleza compleja.”³⁵

Todos los que participen en las asambleas tienen derecho de voz, o sea, el derecho al uso de la palabra.

En cuanto a la Votación, consiste en que el accionista o su representante, en relación con cada acción de que sea titular, emita su voto, favorable o desfavorable, o de lo contrario, que se abstenga de votar en el punto propuesto.

La votación puede ser Económica, la que se toma por el Presidente pidiendo a los socios que levanten la mano en señal de aprobación o desaprobación, y la mayoría en un caso u otro será el del número mas alto de las acciones presentes con derecho a voto.

³⁵ Barrera Graf, Jorge, Op. Cit, p. 554.

También puede ser Nominal, la cual se hace cuando cada socio al votar expresa su nombre, o cuando el voto se formula por escrito.

De acuerdo con la lista de asistencia que los escrutadores hubiesen hecho al inicio de la sesión, se sabrá el número de votos que corresponde a cada accionista, y excepto que él indique votos divergentes respecto a sus diferentes acciones, el Presidente considerará que vota en el mismo sentido todas sus acciones.

Según lo dispuesto en el artículo 199 de la L.G.S.M., podrá suspenderse la votación cuando el 33% o más de las acciones representadas en una asamblea soliciten su aplazamiento. También el propio artículo limita ese derecho a una sola vez para el mismo asunto, y establece que la nueva reunión que se celebre será “para dentro de 3 días y sin necesidad de nueva convocatoria”, o sea, que se trata de la misma asamblea, que debe continuar a partir del punto del orden del día que fue aplazado.

El precepto también limita este derecho de aplazamiento a los asuntos de los que los accionistas no se consideren suficientemente informados; además, se pueden aducir razones de falta de tiempo para agotar la agenda, caso fortuito o fuerza mayor, para aplazar esta votación.

Como aspectos formales de las asambleas podemos señalar el levantamiento de actas de las mismas, las que se deben asentar en el libro respectivo (éstas deberán ser firmadas por el Presidente, el Secretario, así como por los comisarios que concurren); a estas actas se debe agregar la lista de asistencia y el dictamen de los escrutadores, y en el caso de la asamblea ordinaria anual, el informe de los administradores a que se refiere el artículo 172.

Con respecto al contenido y a los elementos que deben contener las actas, el Dr. Barrera Graf expone:

“Los elementos y el contenido del acta se indican en el artículo 41 del Código de Comercio: fecha respectiva, los asistentes a ella, los números de acciones que cada uno representa, el número de votos de pueda hacer uso, los acuerdos que se tomen, que se consignarán a la letra, y cuando las votaciones no sean económicas, los votos emitidos cuidando además de consignar todo lo que conduzca al perfecto conocimiento de lo acordado....Estas actas serán autorizadas con las firmas de las personas a quienes los estatutos confieran esa facultad”.³⁶

En el libro de actas de la asamblea se harán constar todos los acuerdos relativos a la marcha del negocio, que tomen las asambleas, y en su caso los Consejos de Administración (Art. 36 Código de Comercio). Este libro de actas es obligatorio, lo cual se deduce de la imperatividad de la redacción del artículo 41 del Código de Comercio, el cual señala: “llevará cada sociedad”, a lo cual podemos agregar que el o los libros de actas forman parte del sistema de contabilidad a cargo de todo comerciante, según lo estipulado en el artículo 33 del Código de Comercio.

Barrera Graf, abundando en este tema de las actas, señala: “El artículo 194 en sus párrafos segundo y tercero, indican respectivamente, que si el acta de la asamblea no se asienta en el libro correspondiente, se deberá protocolizar

³⁶ *Ibíd.*, p. 557

notarialmente, y siempre las actas de asambleas extraordinarias deben protocolizarse e inscribirse en el Registro de Comercio, independientemente de que, en algunos casos, los acuerdos relativos no produzcan modificación alguna de la escritura.”³⁷

I.I. Las Asambleas Generales Ordinarias y Extraordinarias.

Las Asambleas Generales a su vez se dividen en Asambleas Ordinarias y Asambleas Extraordinarias.

La Ley General de Sociedades Mercantiles fija de manera expresa la competencia de las asambleas ordinarias, de tal modo señala en sus artículos 180 y 181 lo siguiente:

Artículo 180: Son asambleas ordinarias las que se reúnan para tratar de cualquier asunto que no sea de los enumerados en el artículo 182.

Artículo 181: 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 el 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.

³⁷ Idem

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.

Para este tipo de asambleas, en primera convocatoria, se requiere el 50% del capital social (con derecho a voto) para que se constituyan, y el voto de la mayoría de las acciones presentes, con dicho derecho a voto, para tomar acuerdos válidos, según lo dispuesto en el artículo 189 de la L.G.S.M.

En el caso de la segunda convocatoria, ésta se realiza con las acciones que concurren y los acuerdos también se adoptan por mayoría.

Para realizarse una Asamblea Extraordinaria, el quórum de presencia en primera convocatoria, deberá ser del 75% de las acciones con derecho a voto, y el quórum de votación, el 50% de todas las acciones que integran el capital social.

En el caso de la segunda convocatoria; el quórum de presencia en este tipo de asambleas deberá ser de 50%, y el quórum de votación será igual a la primera convocatoria, o sea, el 50% de acciones que integran el capital social con derecho a voto; esto lo vemos refrendado en el artículo 191 de la L.G.S.M.

El artículo 182 de la citada ley se refiere a la competencia de las asambleas extraordinarias de la siguiente forma.

Artículo 182: Son asambleas extraordinarias las que se reúna para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

I.-Prórroga 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;
- VIII-. Emisión de acciones privilegiadas.
- 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.

Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.

Tomado en cuenta la opinión del Dr. Barrera Graf podemos considera que la fusión (fracción VII) puede no implicar cambio alguno en los estatutos, respecto a la sociedad incorporante, especialmente si es una sociedad anónima de capital variable que tenga acciones de tesorería, las cuales entregue a los socios de las sociedades que se le fusionen como nuevas acciones comunes

En el caso de la emisión de acciones privilegiadas (fracción VII) y la amortización por la sociedad de sus propias acciones (fracción IX), la L.G.S.M. en sus artículos 113 y 136, exige que dichos supuestos estén permitidos en el contrato social; por lo cual la Asamblea Extraordinaria que acuerde uno de estos asuntos, no necesariamente modificaría éste contrato social.³⁸

Exponemos a continuación una consideración del Dr. Barrera Graf con respecto a las asambleas extraordinarias.

“En relación con las asambleas extraordinarias, el artículo 182, fracción XI preceptúa que cualquiera modificación del contrato social es competencia de ellas, y la mayor parte de las diez fracciones anteriores siempre indican modificaciones estatutarias; respecto a otras fracciones (VII, VIII y XI) aunque es posible que no modifiquen los estatutos, o que no los modifiquen siempre, también corresponden a la extraordinaria exclusivamente.”³⁹

Sin embargo, en otros sistemas diferentes al mexicano, la distinción entre una y otras juntas o asambleas se establece en atención, no a la competencia atribuida, sino a la periodicidad de su celebración; por ejemplo en el ordenamiento suizo, se define la junta ordinaria como aquella que tiene lugar cada año en los seis meses que siguen al cierre del ejercicio social, cualquiera que sea la clase de asuntos a que se refiera, y se denominan juntas extraordinarias a las convocada cuando se estime oportuno.

³⁸ CFR, Barrera Graf, Jorge. Op.Cit. , p.548.

³⁹ Ibidem. p. 548.

En el sistema alemán, se ha superado prácticamente la distinción entre una y otra clase de juntas, con la única reserva de llamar junta general ordinaria, a la que debe ser convocada anualmente para darle conocimiento del balance y acordar la distribución de los beneficios.

La Ley 19.550 de Sociedades Comerciales de Argentina, distingue entre asambleas ordinarias y extraordinarias en base al temario o competencia específica de cada categoría de asambleas, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 234 y 235 de la mencionada ley.

En la legislación argentina “la asamblea ordinaria debe ser convocada todos los años, dentro de los cuatro meses subsiguientes al cierre del ejercicio económico de la sociedad, en lo atinente a la asamblea extraordinaria, y en cuanto a tiempo de celebración, podrá ser convocada en cualquier oportunidad, sin sujeción a pautas temporarias fijas.”⁴⁰

Veamos una consideración general que realiza el Dr. Ernesto Martorell sobre los tipos de asambleas que estamos analizando.

“La asamblea, en cuanto reunión de accionistas, debe tener lugar en la sede social o en algún recinto, siempre dentro de la jurisdicción del domicilio social, y puede ser de distintos tipos, conforme a las materias que vaya a tratar o a los accionistas que la compongan. Así cuando núcleo a la totalidad de los accionistas, será *general*, en tanto que si sólo reúne a los titulares de alguna clase de acciones será especial. Por otra parte, si su orden del día contempla exclusivamente asuntos inherentes al normal desenvolvimiento del

⁴⁰ Mascheroni, Fernando, Op. cit., p. 269

contrato plurilateral de organización de constitución de la sociedad, será *ordinaria* (art. 234) y si se prevé una modificación o alteración de trascendencia de aquel, será *extraordinaria* (art. 235, L.S.C.)”.⁴¹

En la legislación argentina, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 234, corresponderá a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos:

- 1) El balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos.
- 2) La designación y remoción de directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia y fijación de su retribución.
- 3) La responsabilidad de los directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia.
- 4) Los aumentos del capital conforme al artículo 188 de la ley.

En cuanto a la asamblea extraordinaria, el artículo 235 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, expresa lo siguiente:

“Corresponden a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto y en especial:

⁴¹ Martorell, Ernesto. Op. Cit., p. 225.

- 1) Aumento del capital, salvo el supuesto del artículo 188. Sólo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago;
- 2) Reducción y reintegro del capital;
- 3) Rescate, reembolso y amortización de acciones;
- 4) Fusión, transformación y disolución de la sociedad; nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores; escisión; consideración de las cuentas y de los demás asuntos relacionados con la gestión de éstos en la liquidación social, que deban ser objeto de resolución aprobatoria de carácter definitivo;
- 5) Limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones conforme al artículo 197;
- 6) Emisión de debentures y su conversión en acciones;
- 7) Emisión de bonos.”

Ernesto Martorell encuentra lo que él llama “una falta de encaje” entre los artículos 234 y 235 en lo referente a las funciones que corresponden a cada una de las asambleas, por lo que sugiere que esta especie de duda sea superada en una futura reforma de la legislación argentina.

El ordenamiento español continúa manteniendo la distinción entre juntas generales ordinarias y extraordinarias.

En cuanto a la Asamblea Constitutiva, su competencia la indica el artículo 100 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; Barrera Graf citando a los

autores Soprano y Rodríguez Rodríguez señala, en relación con la asamblea constitutiva, lo siguiente:

“Se trata, como dice Soprano, no de un órgano de la sociedad ya formada, sino de una reunión preparatoria a la constitución del organismo social, o como bien dice Rodríguez, no puede hablarse de la Junta General de Accionistas, porque más bien se trata de una reunión de suscriptores, que justamente en la asamblea van a adquirir la calidad de socios”.⁴²

Los quórum de presencia varían en las diferentes clases de asambleas en virtud de si es primera, segunda u otras convocatorias.

Para las Asambleas Ordinarias, en primera convocatoria, se requiere el 50% del capital social (con derecho a voto) para que se constituyan, y el voto de la mayoría de las acciones presentes, con dicho derecho a voto, para tomar acuerdos válidos, según lo dispuesto en el artículo 189 de la L.G.S.M.

En el caso de la segunda convocatoria, se realiza ésta con las acciones que concurren y los acuerdos también se adoptan por mayoría.

Para realizarse una Asamblea Extraordinaria, el quórum de presencia en primera convocatoria, deberá ser del 75% de las acciones con derecho a voto, y el quórum de votación, el 50% de todas las acciones que integran el capital social.

En el caso de la segunda convocatoria; el quórum de presencia en este tipo de asambleas deberá ser de 50%, y el quórum de votación será igual a la primera

⁴² BARRERA GRAF. Instituciones de Derecho Mercantil. Op Cit. p. 548.

convocatoria, o sea, el 50% de acciones que integran el capital social con derecho a voto; esto lo vemos refrendado en el artículo 191 de la L.G.S.M.

Por disposición estatutaria pueden aumentarse estos porcentajes, sin que tal aumento se aplique a los acuerdos de la asamblea ordinaria anual. Sin embargo, estos porcentajes no pueden disminuirse porque son mínimos.

I.II. Asambleas Especiales y Asambleas Mixtas.

Las Asambleas Especiales deberán conocer y resolver de cualquier proposición que pueda perjudicar los derechos de las categorías de acciones que la integran (acciones de voto limitado, preferentes sin limitación de votos o acciones privilegiadas)

Este aspecto está refrendado en el artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México.

El Dr. Rodrigo Uría señala que las asambleas o juntas especiales pueden funcionar en la S.A. para formar y exteriorizar la voluntad de un grupo determinado de accionistas dotados de particulares derechos y en relación con asuntos que les afecten exclusivamente. Respecto a eso, y analizando la ley española de la materia, dicho autor señala:

“Nuestra ley prevé en los artículos 148, 174, 170 y 92 el funcionamiento de las juntas especiales. En el primero de dichos preceptos, para el supuesto de modificación de los Estatutos que lesionen directa o indirectamente los derechos de una o varias clases de acciones, o de parte sólo de las acciones de una misma clase y la modificación suponga un trato discriminatorio entre las

mismas; entonces la ley establece que, aparte del acuerdo de la Junta general, será preciso también el acuerdo de la mayoría de las acciones de la clase en cuestión; y en caso de afectación parcial, serán necesarios acuerdos independientes de las acciones afectadas y de las no afectadas por la modificación.”⁴³

Las actas de las Asambleas Especiales, al igual que las Generales, deberán asentarse en el libro de las asambleas; y si por el contrario, no se hace, deben protocolizarse según lo dispuesto en el artículo 194 párrafo tercero, en relación con el artículo 195 segundo párrafo de la L.G.S.M.

Para el Dr. Ernesto Martorell las Asambleas Especiales son aquellas a las cuales sólo tienen acceso los poseedores de determinadas clases de acciones, a fin de decidir sobre los asuntos que les conciernen específicamente y su competencia se limita a los derechos especiales reconocidos en las condiciones de emisión.

Las Asambleas Especiales están reguladas en el artículo 250 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina, el cual refiere que:

“Asambleas Especiales. Cuando la asamblea deba adoptar resoluciones que afecten los derechos de una clase de acciones, se requiere el consentimiento o ratificación de esta clase, que se prestará en asamblea especial regida por las normas de la asamblea ordinaria”.

Para Martorell, desde el punto de vista operativo o práctico, el funcionamiento de las asambleas especiales está regido por las normas previstas para la asamblea ordinaria, ya sea en lo que atañe a su convocatoria

⁴³ Uría, Rodrigo, Op. Cit., p.51

como al quórum, al régimen de mayorías, a la normativa sobre actas y demás reglamentaciones rituales; y su competencia está dada por las necesidades que plantee la defensa de los derechos otorgados a las distintas clases de accionistas, sin que ello agote sus facultades, ya que también les corresponde, si el estatuto lo prevé y lo ha reglamentado, la elección de uno o más directores.

Agrega Martorell, que cuando los derechos de una clase o categoría de accionistas se ven afectados directa o indirectamente por una resolución social, para que ésta última sea válida, será absolutamente imprescindible convocar a la asamblea especial y lograr un acuerdo, bajo apercibimiento de nulidad.

Según el criterio del Dr. Barrera Graf, una misma asamblea general o especial, puede tener el carácter de Asamblea Mixta, cuando en ella se traten asuntos que sean de la competencia tanto de la asamblea ordinaria como de la extraordinaria, y siempre que la convocatoria respectiva indique dicho carácter mixto. Para la constitución de las mismas se exigirá el quórum de asistencia mayor de las asambleas extraordinarias (75% o 50%) según se trate de primera o segunda convocatoria del capital social con derecho a voto; y el quórum de votación será la mayoría de los votos presentes, si el acuerdo es propio de las ordinarias, y del 50% del capital social con derecho a voto si fuera propio de las extraordinarias.

A continuación expondremos las consideraciones de Ernesto Martorell sobre las Asambleas Mixtas.

“Finalmente también, se ha decidido la procedencia de las asambleas mixtas, al resolver lo siguiente: Si bien la L.S.C. adopta

el criterio de otorgar a la asamblea ordinaria una competencia limitada (art. 234) y a la asamblea extraordinaria la posibilidad de conocer en todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto y, en especial, los indicados en los incisos 1 a 7 del art. 235, se ha reconocido la factibilidad de la reunión de una asamblea mixta, a efectos de tomar decisiones de competencia de la asamblea general ordinaria, por una parte y de competencia de la asamblea extraordinaria, por la otra.”⁴⁴

Respecto a la Asamblea Mixta considero que la misma no es un tipo de asamblea, ya que en realidad constituye una modalidad en la convocatoria y en el orden del día, al tratarse en ella asuntos propios tanto de la asamblea ordinaria como de la extraordinaria.

II. El Organismo de Vigilancia.

El Órgano de Vigilancia es uno de los tres órganos sociales obligatorios en la S.A., no siendo de ésta manera en las sociedades personales ni en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, donde la existencia y constitución de éste órgano es facultativa; porque de ella se encargan los mismos socios.

Es un órgano necesario y sus funciones son obligatorias. Es necesario porque la sociedad no funciona sin que sean designados los comisarios en la escritura constitutiva; y sus funciones son obligatorias porque el contrato social no puede cambiarlas ni eliminarlas para atribuirles otras de distinta naturaleza.

⁴⁴ Martorell, Ernesto, Op. Cit. p. 231.

El Dr. Ernesto Eduardo Martorell, en su obra *Sociedades Anónimas*, y citando al autor Horacio P. Fragosi, define al Consejo de Vigilancia de la siguiente manera:

“Se puede definir, entonces, al Consejo de Vigilancia, como el órgano que tiene por misión permanente fiscalizar los aspectos formales de la administración social y controlar su gestión, con cargo de informar periódicamente a los accionistas al respecto; además estatutariamente pueden atribuírsele facultades de coadministración”.⁴⁵

En cuanto a la evolución histórica del Órgano de Vigilancia, veamos que señala el autor Miguel A. Sasot, en su obra *Sociedades Anónimas, Sindicatura y Consejo de Vigilancia*.

"Refiriéndose a la evolución histórica del Consejo de Vigilancia en Alemania, Fischer consigna que en principio la función de control era desempeñada por los principales accionistas en virtud de un derecho que les asistía en calidad de tales, hasta que más tarde cuando la Asamblea General hubo adquirido mayor importancia y se estableció la práctica de que ésta delegase en varios accionistas de su seno para formar un Comité adjunto a la dirección, éste Comité fue asumiendo poco a poco el carácter de órgano social, convirtiéndose en Consejo de Vigilancia, con facultades para dar a la dirección normas obligatorias para que realice o se abstenga de realizar ciertos actos en su gestión, así como la de fiscalizar los asuntos gestionados"⁴⁶

⁴⁵ Martorell, Ernesto, *Sociedades Anónimas*. Op Cit. p. 386.

⁴⁶ Sasot Betes, Miguel A., *Sociedades Anónimas, Sindicatura y Consejo de Vigilancia*, Ed. Abaco, Argentina , 1986, pp. 255-256.

En Alemania, el Consejo de Vigilancia, ya figuraba en la Ley de sociedades comanditas por acciones del 11 de junio de 1870; y en la Ley del 18 de julio de 1884 se estableció que las disposiciones previstas para el Consejo de Vigilancia de dichas sociedades se aplicarían al de las sociedades anónimas, considerándose como obligación del Consejo vigilar a la dirección en los negocios que haga en todos los ramos de la administración y al efecto se informará de la marcha de la sociedad.

Con respecto a la evolución en Alemania del órgano social que estamos analizando, el citado autor Miguel Sasot expone lo siguiente:

"Pero es a partir de la Ley del año 1937 sobre sociedades por acciones que el Consejo de Vigilancia queda estructurado en función de la doctrina nacional-socialista que ve en la sociedad anónima no un simple contrato que regula las relaciones entre quienes lo celebraron, sino un ente corporativo que debe actuar contemplando los intereses de la comunidad dentro de la cual actúa y dando participación en sus conducción a los trabajadores de la empresa"⁴⁷

En esta época, en la propia Alemania, el Consejo de Vigilancia ve reforzada su posición no sólo por la facultad de designar a los directores; sino también por reservarse el derecho de negar autorización al órgano de administración para celebrar determinados contratos. Al propio tiempo llevaron a los accionistas a una situación secundaria.

⁴⁷ Idem.

Con respecto al rol actual del Consejo de Vigilancia en Alemania, Miguel Sasot considera lo que a continuación exponemos:

"Si bien la Ley de Sociedades por Acciones de 1965 ha moderado en parte el contenido político de la Ley de 1937, se mantiene la designación por la asamblea del Consejo de Vigilancia, quien a su vez designa los miembros del directorio (Vorstand) construcción que trata de asegurar que la sociedad sea conducida en función del interés social"⁴⁸

En Francia se produjo un amplio y controvertido debate parlamentario, previamente a la inclusión de la figura del Consejo de Vigilancia en la Ley General de Sociedades Mercantiles, para el control interno de la sociedad anónima. Su adopción, más que una exteriorización de reconocimiento de la bondad de este instituto del derecho germánico, fue la necesidad de ir acomodando su legislación sobre sociedades anónimas a las normativas del Mercado Común Europeo y de la Sociedad Anónima Europea, que optó por el Consejo de Vigilancia.

En el caso de la República Argentina la figura del Consejo de Vigilancia, se introduce en la Ley de Sociedades Comerciales de 1972 (Ley 19.550). Con relación a este órgano, la citada ley en su Exposición de Motivos señala lo siguiente:

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 257.

La Comisión estima que el remedio debe hallarse en una reestructuración total de la institución o en el funcionamiento del Consejo de Vigilancia.

Por estas consideraciones es que se le da entrada en la citada ley a ese instituto de carácter opcional y con la posibilidad de coexistencia con la sindicatura. Se incorpora así en el derecho societario argentino, dicha institución del derecho germano; la cual consiste en entregar el control de la gestión del órgano de administración a un conjunto de accionistas designados por los propios accionistas a través de la asamblea ordinaria.

La importancia del Órgano de Vigilancia la vemos reflejada en el artículo 91, fracción V de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, donde se exige “el nombramiento de uno o varios comisarios” en la escritura constitutiva, y en el caso de la asamblea constitutiva con la cual termina la constitución sucesiva de la S.A., el artículo 100, en su fracción IV señala que “se ocupará de hacer el nombramiento de los administradores y comisarios”.

De acuerdo con esta regulación legal, podemos deducir que el nombramiento inicial de uno o varios comisarios que constituyan el Organo de Vigilancia, es requisito esencial e indispensable; por lo cual su omisión podrá facultar a cualquiera de los socios a demandar su inclusión en la escritura y que se nombre al o los mismos.

El artículo 164 de la LGSM refrenda la función de vigilancia que debe realizar el comisario, agregando que el dicho cargo será temporal, revocable y podrán ocuparlo los socios o personas ajenas a la sociedad; personas físicas o

sociedades civiles o mercantiles, cuyo objeto social lo permita expresa o tácitamente.

Los comisarios son designados por la Asamblea de Accionistas, y excepcionalmente por un juez, (según el artículo 168 de la L.G.S.M.), a través de un acto unilateral y por resolución de la junta de socios y el comisario debe aceptar el cargo para entrar en funciones.

El maestro Barrera Graf, citando a los autores Rodríguez Rodríguez y a César Vivante, con relación al órgano social en cuestión señala:

“ Como su nombre indica corresponde a este órgano, de manera permanente y continua, la inspección y la vigilancia de la S.A.(artículo 164), así como la tutela y el control de los derechos y las obligaciones involucrados en la actuación de ella; y ello, en el sentido mas amplio y general, o sea, tanto respecto a la constitución del ente, para que se apegue a derecho y a las estipulaciones del contrato social, como en sentido más concreto y específico, respecto al funcionamiento de los otros dos órganos, la asamblea y principalmente la administración, y la protección y salvaguarda de los derechos de los socios y de las minorías. Sus funciones y atribuciones legales no pueden restringirse por el contrato social o por acuerdos de la asamblea o del órgano de administración, so pena de nulidad“. ⁴⁹

⁴⁹ Barrera Graf, Op. Cit., pp. 596_597.

En el artículo 166 de la LGSM refrenda las diversas facultades y obligaciones de los comisarios, mismas que son las siguientes:

1-. Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que exige el artículo 152, dando cuenta sin demora de cualquiera irregularidad a la asamblea general de accionistas.

2-. Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados.

3.- Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones que la ley les impone y para poder rendir fundadamente el dictamen referido en el inciso cuarto del propio artículo.

4-.Rendir anualmente a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el Consejo de Administración a la propia Asamblea de Accionistas. Este informe deberá incluir, al menos:

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

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

c) La opinión del comisario sobre si, como consecuencia de lo señalado en el inciso anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.

5) Hacer que se inserten en la orden del día de las sesiones del Consejo de Administración y de las Asambleas de Accionistas, los puntos que crean pertinentes.

6) Convocar a las asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los administradores y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente.

7) Asistir con voz, pero sin voto, a todas las sesiones del Consejo de Administración, a las cuales deberán ser citados.

8) Asistir con voz, pero sin voto, a las asambleas de accionistas.

9) En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo, todas las operaciones de la sociedad.

Esta última fracción, al señalar “vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad”, está englobando el resto de las actividades, ya sean actos o negocios en que participe la sociedad; en los cuales los

comisarios están facultados para examinar y enterarse, siempre que su conducta se concrete a dicha tarea de vigilancia, pues no le corresponden a éste órgano las funciones de administración o de representación de la sociedad.

El maestro Barrera Graf, citando a los autores Graziani y Galgano, señala con respecto a la función de este órgano que analizamos, lo siguiente:

“La función o competencia del órgano de vigilancia consiste en esto precisamente, en realizar funciones de control sobre la actuación de los otros dos, la asamblea y la administración; de este último sobre todo, del que debe velar, custodiar y controlar su actividad y todas las operaciones que sean a su cargo, tanto internamente, en el aspecto administrativo estricto, como externamente, en las funciones de los administradores, de representación frente a terceros. Y desde este último punto de vista, también vigila, supervisa, controla, la actuación de cualesquiera otros representantes de la S.A., sin que por ello pierda su función meramente interna de control”.⁵⁰

Una observación muy acertada realiza el maestro Barrera Graf, respecto a la finalidad del órgano en cuestión al señalar:

“La finalidad del órgano tiende, en primer lugar, a mantener a la S.A. como un ente en el que se conjugan intereses privados y públicos, en cuanto que en él se centran y están involucrados, no sólo los derechos de los accionistas individualmente considerados y los grupos minoritarios, sino también de los acreedores sociales,

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 598.

entre ellos los del fisco, y aún el crédito público por la enorme extensión e importancia que ciertas S.A. tienen en la economía contemporánea”⁵¹

El servicio que brindan los comisarios, es un servicio de carácter necesario y permanente, y lo realizan como partes integrantes de un órgano.

Abundando más en la labor de vigilancia y control de los comisarios, tenemos a bien exponer lo que plantea el maestro Barrera Graf al respecto:

“La labor de vigilancia y control de los comisarios comprende, no solamente los actos y negocios que realicen los administradores, sino también los que cumplan otros representantes de la sociedad, como pueden ser los gerentes o directores, los apoderados y los delegados; y también, obviamente, las personas que los auxilien en sus tareas de acuerdo con el artículo 169. En efecto, puesto que vigilan el correcto funcionamiento de las asambleas y del órgano de administración, les corresponda idéntica función respecto a la actividad de dichos representantes, con independencia del órgano que los designe, así como de los actos y negocios que la sociedad realice a través de ellos. Su intervención y sus deberes consisten en percatarse y verificar que la actividad social es ordenada y que se realiza de acuerdo con la ley y con las estipulaciones del pacto; consisten también en examinar los actos y operaciones, y dictaminar y opinar sobre su regularidad y conveniencia”⁵²

⁵¹ Idem.

⁵² Ibídem p. 606

Con respecto a la falta de independencia y libertad de los comisarios en la legislación mexicana, coincido plenamente con el Dr. Barrera Graf; ya que teniendo en cuenta la gran importancia que posee este órgano, debiera ostentar una independencia real en cuanto a funcionamiento, nombramiento o revocación que en la práctica no la tienen; por lo cual no pueden hacer frente como se requeriría realmente, en casos de violación de derechos de los socios, realización de operaciones inconvenientes, ajenas al fin social o altamente riesgosas, por parte de la asamblea de accionistas.

El maestro Barrera Graf, con respecto al sistema actual del Organismo de Vigilancia y citando a los autores Mantilla Molina y a Hirsch, señala lo siguiente:

“Como está regulado y estructurado por la L.G.S.M. el órgano de vigilancia de las S.A. y de la S.R.L., como sociedades privadas de capitales, no cumple sus funciones, porque en efecto, en la práctica de los negocios, no vigila ni controla o supervisa las operaciones y la actividad de los administradores, ni verifica y comprueba realmente la llevanza y el contenido de la contabilidad (incluyendo los diversos libros sociales), ni protege a los socios ni a la minoría. El comisario sólo es hechura y comparsa de los administradores, quienes no sólo los designan, cuidando únicamente de no incurrir en las incompatibilidades que enumera el artículo 165, sino a quienes también les corresponde la facultad irrestricta de revocar su nombramiento. Por otra parte, ninguna exigencia ni garantía requiere la ley al respecto a su preparación y competencia, por lo que el comisario, persona física, puede ser cualquier hijo de vecino,

con tal de ser mayor de edad, y cualquiera persona moral, si su objeto social no lo impide”.⁵³

Al propio tiempo considera que:

“Todos los Proyectos para un nuevo Código de Comercio y para una nueva L.G.S.M., que se han sucedido (sin que sobre ellos se haya mostrado ningún interés real de su implantación por parte del Estado o de nuestros especialistas) han propuesto la modificación de éste órgano, que bien estructurado podría funcionar adecuadamente, y podría lograr la actuación correcta y conveniente de las S.A. y de las S.R.L, y de sus órganos, así como el respeto y protección de todos los intereses involucrados en su funcionamiento”.⁵⁴

Los comisarios que se nombren deben prestar la garantía que determinen los estatutos, o la asamblea general en su defecto, para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos. Este extremo está recogido en el artículo 152 en relación con el artículo 171 de la L.G.S.M.

El Órgano de Vigilancia, a diferencia del Organo de Administración, no es un órgano colegiado; ya que cada comisario actúa y responde individualmente, según lo dispuesto por el artículo 169 de la L.G.S.M.; o sea, cada uno en el ejercicio de sus funciones, puede actuar independientemente del comportamiento de los otros.

⁵³ ibídem p. 609.

⁵⁴ Idem.

Es un derecho de la minoría de accionistas, el poder nombrar un comisario cuando el contrato social, o la asamblea resuelva que sean 3 o más los comisarios; esto según lo estipulado en el artículo 144 de la L.G.S.M. En la práctica corporativa de México, esto es algo no frecuente.

La minoría que estará legitimada para nombrar un comisario será de un 25% en S.A. privadas y 10 % en S.A. públicas (aquellas que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores) y éste derecho sólo podrá ejercerse en el seno de la Asamblea General Ordinaria.

Se pueden también nombrar comisarios suplentes, al igual que en el caso de los administradores, a dichos comisarios suplentes les corresponderá una retribución que puede fijarse en los estatutos o indicarse por la asamblea.

En el artículo 169 de la L.G.S.M., se señala que los comisarios podrán auxiliarse y apoyarse en el trabajo de personal que actúe bajo su dirección y dependencia o en los servicios de técnicos o profesionistas independientes cuya contratación o designación dependa de los propios comisarios; aunque los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen.

Las facultades de los comisarios se concretan a opinar y manifestar sus puntos de vista, oficiosamente o a pedimento de los accionistas y de los acreedores. Las oposiciones y críticas que formulen pueden referirse a la oportunidad y suficiencia de los asuntos respectivos, o al mérito (conveniencia o razonabilidad)

El artículo 172, último párrafo de la L.G.S.M. dispone que los comisarios deberán preparar un informe y dirigirlo a la Asamblea General Ordinaria; en el cual se refieran y tomen en consideración todos los supuestos del a) al g) del artículo 172. Éste informe se pondrá a disposición de los accionistas al menos 15 días antes de la fecha de la asamblea que deba discutirlo.

Esta obligación del Organo de Vigilancia, se relaciona con el derecho del mismo a ser informado por los administradores del estado económico de la sociedad, y del curso de las actividades a cargo de éstos. Además, está relacionada con la obligación de los comisarios de informar a los accionistas mediante los estados financieros.

Las prohibiciones e incompatibilidades para ser comisario están refrendadas en el artículo 165 de la L.G.S.M., estas son:

a) Los que conforme a la ley estén inhabilitados para el ejercicio del comercio, que corresponde a la fracción primera del citado artículo.

b) Los empleados de la sociedad. Aquí se incluyen directores, gerentes, auxiliares del comerciante como el contador o el abogado de la compañía, subdirectores, subgerentes, jefes de personal, de compras, de ventas y trabajadores en general, sean de confianza o no. Estos corresponden a la fracción segunda del artículo 165. En esta fracción también se agrega a "los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por mas de un 25% del capital social, ni los empleados de aquellas

sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en mas de un 50%”.

c) Los parientes consanguíneos de los administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y los afines dentro del segundo grado.

El artículo 169 de la L.G.S.M. dispone que “los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el incumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen”.

El maestro Barrera Graf, citando a los autores Rosas Lardizábal, Graziani y Ferri expresa lo siguiente:

“Deben actuar con la máxima diligencia, prudencia y pericia, cuando se trata de labores técnicas, normalmente a cargo de profesionales, como es el caso de sus funciones en torno a la contabilidad y en el examen y previsión de las operaciones sociales. Por ello, incurren en responsabilidad frente a la S.A., por negligencia, impericia y desde luego por dolo. Si se trata, en cambio, de funciones meramente corporativas como convocar y acudir a asambleas, y aquellas facultades que indican las fracciones I y II del artículo 166, la diligencia con que deben actuar es la de un prudente comerciante: en general, el órgano de vigilancia responde de los resultados de su gestión”.⁵⁵

⁵⁵ ibídem p. 607.

Los comisarios no incurren entre sí, ni con los administradores en responsabilidad solidaria; esto es debido a que no hay un principio general de solidaridad pasiva en el derecho mexicano, y sí solamente en algunas materias, por ejemplo, la materia cambiaria, regulado en los artículos 4o. y 154 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, o sea, que como ya habíamos dicho, sólo responden individualmente frente a la sociedad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 169 de la L.G.S.M.

Según el artículo 171 de la L.G.S.M., es aplicable a los comisarios la disposición del artículo 162 de la propia ley, en lo referente a la sanción de revocación del cargo, en ocasión de exigencia de responsabilidad a los mismos por incumplir con las obligaciones.

En el caso de Argentina, el Consejo de Vigilancia coexiste con la figura de la Sindicatura, la cual es un órgano de actuación permanente, que tiene como misión principal fiscalizar la actuación del Órgano de Administración y la legitimidad de sus actos e informar a la asamblea sobre la exactitud y veracidad de los datos consignados en el balance y en los estados contables.

Veamos que señala el autor Miguel Sasot, con respecto a las funciones del Consejo de Vigilancia y la Sindicatura en Argentina:

" En la doctrina existe unidad de criterio de que en tanto que el control de la actividad del órgano de administración que se encomienda a la sindicatura es un control de la legalidad, el control encomendado al Consejo de Vigilancia es un control de mérito, es decir que además de vigilar que el Directorio actúe dentro de la ley y sobre los estatutos, el Consejo de Vigilancia debe juzgar sobre la

oportunidad de las medidas dispuestas por el órgano de administración y de la eficacia de las políticas por éste aplicadas para llevar adelante el logro del objeto social, generar beneficios susceptibles de ser distribuidos a los accionistas como utilidades y evitar riesgos excesivos, o como acota Halperin, el Consejo de Vigilancia, ejerce la vigilancia de la prudencia de los actos del Directorio:"⁵⁶

Además considera que: "La implantación en nuestra legislación del Consejo de Vigilancia significa la creación de una suerte de directorio paralelo."⁵⁷

En opinión del citado autor, las razones aducidas para mantener esta dualidad de controles son que por ser el Consejo de Vigilancia una novedad dentro del derecho societario argentino y, por tanto, careciéndose de experiencia en cuanto a su eficacia, pueden las sociedades seguir manteniendo la sindicatura como forma tradicional de control sobre el órgano administrativo.

Las facultades enunciadas como propias por la Ley de Sociedades Comerciales a ambos órganos son irrenunciables y no delegables. Ambos órganos son independientes y gozan de igual jerarquía.

Veamos cuáles son los inconvenientes que encuentra Miguel Sasot, a la coexistencia de los dos órganos que estamos analizando:

⁵⁶ Sasot Betes, Miguel, Op.Cit., pp. 258-259.

⁵⁷ Idem.

"Se ha señalado como inconvenientes del Consejo de Vigilancia que la posible coexistencia de la sindicatura y el Consejo origina superposiciones que redundan en perjuicio de la agilidad funcional del órgano de administración, así como erogaciones que pueden resultar altamente gravosas para sociedades de mediana importancia y que al no aplicarse el sistema de elección mediante el voto acumulativo y la designación por clase de acciones cuando la designación de los directores se deja en manos del Consejo, reduce la protección de los grupos minoritarios."⁵⁸

El artículo 283 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina dice textualmente:

“Cuando el estatuto organice el consejo de vigilancia, podrá prescindir de la sindicatura prevista en los arts. 284 y siguientes. En tal caso, la sindicatura será reemplazada por auditoría anual, contratada por el Consejo de Vigilancia, y su informe sobre los estados contables se someterá a la asamblea, sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar el consejo”.

O sea, como ya habíamos visto anteriormente, la Sindicatura y el Consejo de Vigilancia pueden coexistir; pero según este artículo 283, se podrá prescindir del primer órgano, en cuyo caso, el Consejo de Vigilancia contratará una auditoría anual, la cual realizará un informe de los estados contables. El costo de dicha auditoría correrá por cuenta de la sociedad.

⁵⁸ Idem.

De acuerdo con la actual Ley de Sociedades Comerciales argentina, se dispone en su art. 280 que los consejeros serán designados por la Asamblea General de Accionistas conforme a los artículos. 262 y 263; o sea, directamente por la asamblea general, por los poseedores de diversas clases de acciones cuando los estatutos les acuerden esa posibilidad, mediante el voto acumulativo y se hará con el quórum y mayoría consignados en el art. 243, es decir, que en primera convocatoria la asamblea se constituirá con la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto, y en segunda convocatoria se considerará constituida cualquiera que sea el número de accionistas presentes. Las resoluciones, en ambos casos, serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse, salvo que el estatuto exija mayor número.

La citada Ley de Sociedades Comerciales estructura esta figura como órgano colegiado, y podrá ser integrado por 3 a 15 accionistas designados por la asamblea; o sea, es condición indispensable el ser accionista para ser miembro de este Consejo de Vigilancia; la duración del cargo será la que establezcan lo Estatutos y de no contenerse en estos, será un ejercicio como mínimo y tres como máximo.

Los consejeros son reelegibles, lo que permite a la sociedad seguir contando con la colaboración de aquellos consejeros que actuaron idóneamente y con sentido de responsabilidad en el ejercicio de sus atribuciones-deberes. Sin embargo, en los Estatutos deben aparecer las condiciones de esta reelección y la misma debe ser expresa, no tácita.

Además, la asamblea está legitimada para revocar a los consejeros sin tener que justificar su decisión al respecto; asimismo como contrapartida, los consejeros pueden también libremente renunciar a sus cargos.

En cuanto a la capacidad para ser consejero, señala Miguel Sasot:

"La capacidad para ser consejero se rige por las propias normas que la capacidad para ser director y que se centran en la disposición de que no pueden ser consejeros quienes no pueden ejercer el comercio, de donde se desprende que la capacidad para ser consejero viene determinada por la capacidad para ser comerciante, lo cual no implica que el consejero deba necesariamente ser comerciante, pues su nombramiento no le confiere tal calidad."⁵⁹

Por ser el Consejo de Vigilancia un órgano societario pluripersonal en la legislación argentina, su voluntad no puede exteriorizarse independientemente por cada consejero, ni conjuntamente por alguno de ellos, sino que se requiere su previa convocatoria para que se integre como cuerpo, delibere y decida en función de un quórum y de una mayoría.

La Ley de Sociedades Comerciales argentina establece que en los Estatutos de cada sociedad se debe reglamentar el funcionamiento del Consejo de Vigilancia. En cuanto al quórum para que se reúna dicho órgano, éste no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de sus integrantes, a tenor con lo dispuesto en el artículo 260 en relación con el artículo 280 de la citada ley.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 272.

En referencia a las funciones que el artículo 281 de la Ley enuncian como inherentes a éste Organo que analizamos, vemos que son de contenido análogo a las que establece el art. 294 de la propia ley, lo cual tiene cierta lógica debido a que en la primera redacción de la actual Ley 19.550, sólo se previó la sindicatura pero no el Consejo de Vigilancia; además, que en la redacción final de la L.S.C., la inclusión del Consejo de Vigilancia se hizo como órgano social potestativo, no obligatorio; así como la coexistencia de ambos órganos, salvo que en los estatutos se hubiera prescindido de la sindicatura sustituyéndola por una auditoría anual, y también por el reconocimiento del resto de las funciones atribuidas por la ley a los síndicos, a favor del Consejo.

Dichas funciones son las siguientes:

- a) Fiscalizar la gestión del directorio. Puede examinar la contabilidad social, los bienes sociales, realizar arqueos de caja, sea directamente o por peritos que designe; recabar informes sobre contratos celebrados o en trámite de celebración, aún cuando no excedan de las atribuciones del directorio; por lo menos trimestralmente , el directorio presentará al consejo informe escrito acerca de la gestión social.
- b) Convocará la asamblea cuando estime conveniente o lo requieran accionistas conforme al artículo 236.
- c) Sin perjuicio de la aplicación del artículo 58, el estatuto puede prever que determinadas clases de actos o contratos no podrán celebrarse sin su aprobación. Denegada ésta el directorio podrá someterlo a la decisión de la asamblea.

- d) La elección de los integrantes del directorio cuando lo establezca el estatuto, sin perjuicio de su revocabilidad por la asamblea. En este caso, la remuneración será fija y la duración en el cargo podrá extenderse a cinco años.
- e) Presentar a la asamblea sus observaciones sobre la memoria del directorio y los estados contables, sometidos a consideración de la misma.
- f) Designar una o más comisiones para investigar o examinar cuestiones o denuncias de accionistas o para vigilar la ejecución de sus decisiones.
- g) Las demás funciones y facultades atribuidas por la ley a los síndicos.

Para concluir este capítulo haremos referencia a algunas consideraciones del Dr. Barrera Graf acerca de las causas de las deficiencias y graves problemas de la S.A. en México. Dicho autor señala muy sabiamente que:

“ Nuestra legislación, tanto la derogada Ley de S.A. de 1888 y el Código de Comercio de 1889, como la actual L.G.S.M, es de corte y contenido liberal a ultranza; sin injerencia o intervención del Estado ni de corporación alguna, ajena a la vida y a la actividad de las S.A.

De ahí los graves excesos y las notorias deficiencias en la vida y en el funcionamiento de nuestras sociedades: se descuidan y se burlan los derechos individuales y minoritarios de socios y accionistas, se ignoran o se manipulan los acuerdos y se propician los abusos de poder de las mayorías; los derechos de los acreedores se desprecian,

se provoca y se alienta la prepotencia de los directores; se dispone por ellos o por los socios controladores, sin cortapisa ni recato alguno de los activos sociales, sobre todo últimamente de divisas, etc.”.⁶⁰

Coincido con lo planteado por el Dr. Barrera Graf en la cita anterior, por lo cual y tomando en consideración otras legislaciones más avanzadas en la materia societaria como es la legislación española, considero prudente y factible la intervención del Estado para evitar los excesos e irregularidades mencionados por el maestro Barrera.

En el caso de México intervendría el Estado Federal mediante la utilización de un Reglamento del Registro Público de Comercio, a través del cual se limitaría el acuerdo unilateral de voluntades participantes en la sociedad, imponiéndose el respeto a determinadas normas legales.

Al inscribirse la sociedad, ésta deberá adherirse al mencionado Reglamento, mediante el cual el Estado vigilaría y protegería los derechos de accionistas, minorías y terceros.

⁶⁰ Barrera Graf, Jorge. Op. Cit., pp. 609_610

CAPÍTULO TERCERO: “Constitución y Características del Órgano de Administración en la Sociedad Anónima”

I. Constitución del Órgano de Administración.

Dentro del conjunto de poderes otorgados por la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) a la asamblea general de accionistas (AGA), está la del nombramiento, tanto del consejo de administración, como del órgano de vigilancia. Es necesario resaltar que sobre la base de la jerarquía suprema que guarda dicha asamblea, a ésta compete la facultad de designar a los titulares de dichos órganos.

En caso de omisión, se regirá por la regla del artículo 143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la cual en su párrafo segundo dice: “Salvo pacto en contrario, será el presidente del consejo, el consejero primeramente nombrado; y a falta de éste, el que le siga en el orden de la designación.”

La naturaleza jurídica de la designación de los administradores se equipara a la figura de la deliberación de la asamblea. Al respecto se discute, como dice el maestro Oscar Vásquez Del Mercado; si ésta es “un acto complejo, un acto colectivo, o un acto colegiado, independientemente de la corriente de opinión que se adopte para explicar la naturaleza jurídica de la deliberación, lo cierto es que, ésta debe considerarse como un acto unilateral.”⁶¹ Opinión que

⁶¹ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Asamblea, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles. Edit. Porrúa. México. D.F. 1996. p. 29.

compartimos ya que ésta naturaleza, nace desde el mismo momento del acto constitutivo de la sociedad.

El acto de constitución del órgano de administración por parte de la asamblea general de socios, es una actividad comercial de naturaleza interna aunque destinada a producir efectos externos en las relaciones de la sociedad con terceros; la inscripción de ese acto en el registro de comercio, enviste a las personas electas de una representación necesaria para garantizar la seguridad del tráfico de los negocios, en protección de los intereses de los terceros que entran en relación con la sociedad; quienes por ser extraños a ella, no tiene por qué sufrir las consecuencias de los vicios internos que aparecieren.

A éste respecto, hay que distinguir los efectos de la invalidez del nombramiento de los administradores, en relación con los socios y en relación con los terceros. A nuestro criterio, aunque el consejo haya sido elegido por una asamblea ilegalmente constituida, obliga a la sociedad mientras permanezca desempeñando su función y la ejerza según las normas marcadas por la ley o por los estatutos.

Con referencia a la aceptación del cargo, la cual puede ser manifestada de forma verbal; ya sea expresa tácitamente o por escrito, debe considerarse como un elemento esencial de existencia para los efectos de la designación. Este acto es sumamente importante; ya que a partir de ese momento el titular del órgano de administración está obligado a desarrollar la actividad necesaria para el ejercicio de las funciones, y desde ese momento, ha de cumplir con el deber de prestar esa actividad diligentemente.

Otro efecto es que al aceptar la designación, el órgano de administración adquiere frente a los demás órganos de la sociedad, una posición relativamente autónoma en el ejercicio de los poderes de éste⁶²; y decimos relativamente ya que con fundamento en el artículo 151 fracción IV de la LGSM, se observa que de manera imperativa el administrador esta obligado frente a la sociedad del exacto cumplimiento de los acuerdos tomados por la asamblea general de accionistas.

Sin embargo, dentro de la esfera administrativa se le permite desempeñar funciones de dirección, de gestión y de vigilancia de los negocios de la sociedad, dentro de un margen de independencia, aún frente a la misma asamblea⁶³. Siempre a nuestro parecer, que dichas gestiones vayan encaminadas al cumplimiento del objeto social.

I.I.- Administrador Único.

El artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de una forma general conceptualiza al administrador único considerándolo como un mandatario temporal y revocable que estará al cargo de la administración de la sociedad anónima y que puede ser socio o persona extraña a la sociedad.

⁶² Cfr. GARRÍGUEZ, Joaquín. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Op Cit. p. 145.

⁶³ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Sociedad Anónima Responsabilidad Civil de los Administradores. Tesis de Doctorado, UNAM. México. D.F. 1957. p. 67-71.

El estatuto de la sociedad puede establecer que la administración se encomiende a una sola persona (administrador único), en este caso, en él converge la suma de deberes, el conjunto de poderes necesarios para el ejercicio permanente y continuo de la actividad administrativa, y de representación de la persona jurídica.

Es el administrador único quién dentro del ámbito de su competencia, expresa y ejecuta por sí solo la voluntad del órgano como voluntad de la sociedad; y en él concurren las atribuciones necesarias para ejercer plenamente la función administrativa de la cuál es único titular.

I.II.-Consejo de Administración.

Éste se origina cuando en los estatutos se establece que la administración de la sociedad se encomienda a un cuerpo colegiado, quienes deben actuar en forma colegiada; constituyendo así un consejo de administración.

En este supuesto, ninguno de los miembros de ese consejo (salvo caso de delegación), se encuentra investido individualmente de los poderes necesarios para ejercer por sí mismo, con independencia de los demás administradores, los poderes del órgano; ya que la administración y representación de la sociedad no se confiere separadamente a cada uno de los administradores; una y otra son funciones propias del órgano integrado colectivamente.⁶⁴

⁶⁴ Ibidem. p. 62-67

Se considera como excepción, cuando un administrador actúa de forma individual por urgencia; cuya omisión traiga como consecuencia un daño grave para la sociedad, acto que será válido si éste comunica del acto con posterioridad a los demás administradores y éstos lo ratifican por escrito.

Dicha afirmación la basamos en el deber de buena gestión a que están obligados los administradores; y así mismo en el artículo 45 de la LGSM., el cual consideramos se aplica de forma análoga a la sociedad anónima y que en su segundo párrafo establece: “Cuando se trate de actos urgentes cuya omisión traiga como consecuencia un daño grave para la sociedad, podrá decidir un solo administrador en ausencia de los otros que estén en la imposibilidad, aun momentánea, de resolver sobre los actos de la administración.”

II. Naturaleza Jurídica de los Administradores de la Sociedad Anónima.

La forma indispensable para la comprensión del alcance jurídico, de las obligaciones como de las facultades otorgadas por la ley, radica principalmente en el conocimiento de la naturaleza jurídica del acto que la engendra.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 2 respecto a las sociedades regulares estipula: “ Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Publico de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios.” Con lo cual, nos surge la primera interrogante esencial para la

comprensión del presente trabajo, la que a continuación se formula: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de aquellas personas que representan a las sociedades mercantiles?

El artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, indica en su primer párrafo: “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”.

Al respecto compartimos la opinión del maestro Barrea Graf, quien considera, primeramente, la importancia de la naturaleza jurídica de éstos representantes porque la ley les atribuye dos funciones: la de administración y la de representación, ambas inseparables del negocio social desde su constitución y porque permite que a esa representación general se fijen limitaciones legales y estatutarias.⁶⁵

Para un mejor entendimiento, debemos entender a la representación como la capacidad de actuar en nombre y por cuenta de otro, teniendo esta dos enfoques, a saber; la representación legal cuyas facultades de actuar son conferida por la ley. Aquí se incluyen a los administradores y la representación voluntaria la cual debe ser expresa, de libre aceptación, concreta a ciertos actos y esencialmente revocable.

Ahora bien, la LGSM en su artículo 142, en referencia a la sociedad anónima, que es la base de nuestro estudio dice: “ La administración de la sociedad

⁶⁵ Cfr. BARRERA GRAF. Instituciones de Derecho Mercantil Op Cit. p. 285.

anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.”

Del análisis comparativo del artículo 142 con el artículo 10 de la LGSM., observamos su contradicción al referirse ahora a mandatarios, la cuál es una figura jurídica distinta a la de representación; por lo que considero de mucha importancia esbozar de forma general ambas figuras jurídicas, para así lograr una mejor comprensión de la naturaleza jurídica del administrador único o del consejo de administración.

El maestro Mantilla Molina, en referencia al carácter jurídico del administrador (es) dice: La ley considera que estos son mandatarios de la sociedad. A esta consideración, también unimos el artículo 157 de la LGSM., que manifiesta: “Los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen”. Al hacerlo así, dice el maestro, son confundidos con frecuencia la representación y el mandato: se olvida, incluso, que el mandatario sólo está obligado a realizar actos jurídicos (artículo 2546 Código Civil.), y los administradores también están obligados a realizar actos materiales.

El mandato es un contrato (artículo 2546 Código Civil.), pero nos preguntamos, ¿Quién representa a la sociedad al conferir mandato a los administradores, si justamente éstos son, quienes representan a la sociedad?

Sin lugar a dudas, afirmaríamos que es la asamblea general constitutiva; aunque bien debe recordarse que en este caso no representa a la sociedad, sino

que ejercita una facultad otorgada por la ley como es la designación de los administradores; actuando en este caso como mandante y cuando el administrador asignado acepte se constituye el contrato.

Por otra parte, el mandante puede realizar por sí mismo los actos cuya celebración confía al mandatario, la sociedad supuesta mandante, nunca puede actuar si no es por medio de su representante. Con esto él indica cuál es el verdadero carácter de los administradores como órgano representativo de la sociedad.⁶⁶

Basándose en los argumentos anteriores, de la contradicción establecida entre los artículos 10 y 142 de la LGSM., opinamos:

Primero: El mandato es un contrato vinculado a una obligación de hacer, encargada según el Código Civil por el mandante y aceptada mediante consentimiento por el mandatario; por lo cual hay una obligación de ejecutar actos jurídicos en nombre del mandante; aunque éste, sin duda alguna, puede ejecutarlos por sí mismo, distinto a la sociedad que necesita obligatoriamente de un representante para ejecutar dichos actos; ya sean jurídicos o materiales. Lo anterior también con fundamento, en el artículo 27 del Código Civil el cual señala: “las personas morales se obligan por medio del órgano que la representa, ya sea por medio de facultades otorgadas por la ley o los estatutos.”

⁶⁶ Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil. Op Cit. p. 423-424.

Segundo: El artículo 1800 Código Civil define la representación como: “El que es hábil para contratar puede hacerlo por sí mismo o por medio de otro legalmente autorizado”.

De la definición anterior, se desprende la idea que en ningún momento la representación es materia de contrato sino que sus obligaciones y facultades nacen de la ley.

Tercero: De la representación surgen dos elementos personales que son:

a) El representado, que en ningún momento le dirá al representante que ejecute actos, ya que estos son determinados por la ley o la escritura constitutiva.

b) El representante, quién surge o nace desde el momento que exterioriza su voluntad para ejecutar actos jurídicos o materiales.

De lo mencionado, se sobreentiende que en la representación no hay contrato y que su aceptación se manifiesta de forma tácita, pero sí es conveniente aclarar que éste representante no tiene impedimentos para realizar un mandato, sin embargo, jamás un mandato puede originar una representación.

Podemos concluir:

1.- El administrador o consejo de administración su naturaleza no es la del mandato, sino más bien la de representación, sin que por ello no puedan otorgársele facultades de mandatario.

Primero: porque no tiene representante que los faculte sino por norma jurídica.

Segundo: porque su actuación es para ejecutar actos jurídicos y materiales, los cuales se desprenden o devienen de la norma jurídica, independientemente de aquellos que puedan establecerse en el estatus social.

III.- Características del administrador o consejo de administración.

Son características aplicables al órgano de administración, las desprendidas de los artículos 142 y 147 de la Ley General Sociedades Mercantiles, que les concede la calidad de personal, temporal, revocable y remunerado.

III.I.- Personal

El artículo 147 de la Ley General de Sociedades Mercantiles regula que el cargo de administrador o de consejero es personal y que no podrá ser desempeñado por medio de representante. De aquí que necesariamente haya de recaer en persona física; ya que las morales siempre actúan por medio de representante si a la vez compaginamos este punto con el artículo 150 de la misma ley, observamos que la misma ley faculta a los administradores a delegar poderes; los cuales deben de entenderse como auxilio de las múltiples obligaciones y funciones; pero nunca como delegación de la representación total de la sociedad.

III.II.- Temporal

Esta característica que estipula la temporalidad del cargo, regulada en el artículo 142 de la LGSM, no fija límites máximos de su duración, de modo que en los estatutos puede establecerse un plazo de duración que, prácticamente la designación sea indefinida.⁶⁷ Contraria a esta disposición, se encuentra la norma Argentina en la que se estipula que la elección del director o administrador será hecha por la asamblea general de accionistas en un término no mayor de tres ejercicios. No obstante, permanecerá en su cargo hasta ser reemplazado; pero si la elección proviene del órgano de vigilancia la duración puede verse ampliada hasta por cinco años.⁶⁸

En la Ley General de Sociedades Mercantiles, el encargo de los administradores está considerado como un encargo temporal y cesa cuando expresa o implícitamente (al ser nombradas otras personas en su lugar) sea revocado por la asamblea ordinaria de accionistas, la anual o cualquier otra.

Sin embargo, en ningún momento podrán abandonar el cargo aún cuando hubiera terminado su plazo o hubieren nombrado nuevo administrador. Si este no hubiere tomado posesión del cargo, esto con fundamento en el artículo 154 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aunado al hecho de que dicha cesación no extingue las delegaciones ni los poderes otorgados durante su ejercicio.

III.III.- Revocable

⁶⁷ Cfr. Ibidem p. 418-419.

⁶⁸ CFR: MARTORELL, Ernesto. Sociedad Anónima. Op Cit. p. 311.

Su carácter es eminentemente revocable por ese órgano supremo que lo nombra, sin que sea válido el pacto en situación contraria. En consecuencia, su designación por tiempo determinado en los estatutos, no es óbice para que la asamblea lo sustituya discrecionalmente y revoque su nombramiento.

En este caso, el administrador revocado estaría obligado a tomar en cuenta lo estipulado en el artículo 154 de la LGSM., que dice: “Los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones aún cuando hubiera concluido el plazo para el que hayan sido designados, mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de su cargo”.

Al respecto, los administradores revocados no tendrán más recursos que una acción de indemnización por los daños y perjuicios que sufriere, en el caso de que no hubiere causa justificada para la revocación.⁶⁹

Por su parte, el maestro Frisch Phillip opina, que la asamblea ordinaria puede resolver la remoción de un administrador por causa de su responsabilidad sin que se resuelva, además, que se exija judicialmente su responsabilidad y esto es viable; ya en que en todo caso, quien responde por los actos de administradores frente a terceros es la sociedad, inclusive por los actos *ultra vires* realizados por sus representantes.

La revocación del administrador por parte de la asamblea general de socios, tiene carácter declarativo y no le será aplicable el primer párrafo del artículo 162 de la LGSM, referente al nombramiento posterior; ya que en este caso se refiere este artículo solamente a los casos en los cuales se resuelva exigir

⁶⁹ Cfr. BARRERA GRAF. Instituciones de Derecho Mercantil. Op Cit. p. 574.

responsabilidad judicialmente. El artículo 154 de la LGSM, que se refiere a la estadía en funciones del administrador que concluyó su plazo, no es aplicable; ya que se refiere al caso de que el cargo de un administrador termine por conclusión del período hábil de su función.

En el caso de revocación, se aplicarán las reglas del artículo 155 de la LGSM, que dice: “En los casos de revocación del nombramiento de los administradores, se observarán las siguientes reglas:

1. Si fueren varios los administradores y sólo se revocaren los nombramientos de alguno de ellos, los restantes desempeñarán la administración, si reúnen el quórum establecido.

II. Cuando se revoque el nombramiento del administrador único, o cuando habiendo varios administradores se revoque el nombramiento de todos o de un número tal, que los restantes no reúnan el quórum estatutario; entonces los comisarios designarán con carácter provisional a los administradores faltantes. Iguales reglas se observarán en los casos de que la falta de los administradores sea ocasionada por muerte, impedimento u otra causa.

En el caso de una resolución tomada por la minoría de los accionistas de exigir responsabilidad en los términos de artículo 163 de la LGSM, no causa el efecto de revocación; debido a que el artículo 162 de la LGSM se refiere en su segundo párrafo, a una resolución pronunciada por la asamblea general de accionistas; es decir, tomada por la mayoría.

Al respecto, creemos conveniente que si la minoría en desacuerdo con la asamblea general de accionistas, exige responsabilidad al administrador (es) y,

éstos se mantiene en el desempeño de sus funciones, sería correcto que a éste o éstos se les exigiera una cuantía; ya sea en efectivo o mediante título valor a favor de la sociedad, el cual tendrá carácter de garantía equivalente a un monto considerado por el daño patrimonial que se le está demandando por la minoría de los accionistas.

Rodríguez y Rodríguez al respecto sostiene: “En el caso de una minoría exija la responsabilidad, según el artículo 163 de la LGSM, la revocación funciona desde el momento en que el juez resuelva la existencia de la responsabilidad.”⁷⁰

La afirmación anterior es justificada, tomando en cuenta el artículo 162 de la LGSM que considera como inhábil para el cargo de administrador, a la persona removida por causa de responsabilidad hasta que la autoridad judicial declare infundada la acción ejercida en su contra. De lo cual resulta, que de la declaración judicial sobre la existencia de responsabilidad causará en ipso, la terminación del cargo en forma constitutiva; pero retroactiva y relacionada con el momento de la decisión tomada por la minoría y en este caso, que haya sido el fundamento para la demanda y la resolución judicial condenatoria.

El efecto retroactivo se refiere, especialmente, a los emolumentos relacionados a tiempo entre la resolución judicial firme y la decisión de la minoría. Pero el efecto retroactivo no afecta a operaciones que hayan

⁷⁰ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. T-1, 23a. Edit. Porrúa. México D.F. 1998 p. 114.

efectuado los administradores respectivos durante el tiempo mencionado a nombre de la sociedad con terceros de buena fe.⁷¹

Podemos concluir al respecto, que la actuación de la minoría para exigir responsabilidad al administrador no es una causa de cesación de los administradores en su cargo como así también lo opina el maestro Mantilla Molina, sobre la base de que el único órgano exclusivamente competente para una revocación es la asamblea general de accionistas, tal como lo reza el artículo 161 de la LGSM que dice: “La responsabilidad de los Administradores sólo podrá ser exigida por el acuerdo de la Asamblea General de Accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, salvo lo dispuesto en el artículo 163.”

En este caso, consideramos que sería conducente pensar en la actitud de aquel administrador que ha sido demandado por una minoría para exigirle responsabilidad, en el caso de un supuesto daño patrimonial a la sociedad; pero que la mayoría de los accionistas, contraria a la opinión y voluntad de la minoría, lo ha exonerado.

En tal supuesto, como se propuso anteriormente, es viable proponer que este administrador presente una garantía adicional a la establecida en los estatutos; por otro lado, sería correcto pensar que si este administrador está consciente del daño que causó a la sociedad, podría realizar mediante cualquier forma, diversas artimañas para ocultar información idónea y así evadir su

⁷¹ Cfr. FRICH PHILLIP, Walter. Sociedad Anónima Mexicana. Edit. Harla. Tercera edición. México D.F. 1994. p. 411-412.

culpabilidad, al seguir desarrollando sus funciones sin ninguna limitación; por lo cual, proponemos que en el momento de la deliberación y de la decisión de la minoría de exigir responsabilidad a los administradores, la asamblea general de accionistas divida en dos secciones el consejo de administración; la primera sección encargada de la administración de la sociedad, quedando como titular el administrador o el consejo a quien se le exigirá responsabilidad y la otra sección compuesta por cuatro administradores; dos que representen la mayoría y dos la minoría de accionistas para que éstos vigilen y aprueben los actos del administrador (delegado) que ha sido demandado, e inclusive, nos adelantáramos a proponer que si éste administrador demandado es un tercero ajeno a la sociedad y que actuare como representante de la sociedad, se le suspenda temporalmente el derecho al voto de calidad y se le otorgare al gestor electo que preside la otra sección del consejo de administración. Con esta regla, aseguraríamos la correcta toma de decisiones en beneficio de la sociedad.

Distinto sería el caso del administrador, que a la vez es socio y por su misma acción garantiza parcialmente los daños y perjuicios patrimoniales que por sus actos pueda realizar durante el ejercicio de su cargo.

En este mismo sentido, aunque el artículo 198 de la LGSM establece: “que es nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas”. Nos preguntaríamos entonces: ¿Que pasaría si éste administrador es accionista mayoritario y tal como reza el artículo anterior tiene derecho a voto?

Dando respuesta a esta interrogante el legislador, prudentemente en el artículo 197 de la LGSM, estipuló que en los casos del artículo 172 de la LGSM,

referentes a los informes que el administrador deberá presentar anualmente a la asamblea general de accionistas o a su responsabilidad, éste no podrá votar; lo que se ampliaría al administrador_socio, el cual es revocado de su cargo o se le ha exigido responsabilidad; ya sea por la asamblea general de accionista, en el primer caso, o por la minoría en el segundo supuesto.

Justificación que resulta razonable, para así evitar conflictos de intereses entre la administración y la sociedad y al mismo tiempo porque restringe los poderes anárquicos que muchas veces pretende realizar el accionista mayoritario en el caso de que éste funja como administrador único o como presidente del consejo de administración.

III.III.I.- Renuncia del Cargo.

Al referirnos a este punto, no podemos de dejar de referir su gran importancia y trascendencia jurídica y a la vez señalar su poco estudio por los autores consultados. Al respecto el maestro Frisch Phillip acota, “para que una renuncia de un administrador surta efectos desvinculatorios en el desempeño del cargo concedido, se requiere de la aceptación de la misma por la sociedad, a no ser que exista motivo importante para dicha renuncia independientemente de su vinculación de gestión, la cuál posteriormente se determinará por la sociedad; por lo que dicha aceptación se encuentra en la competencia de la asamblea general de accionistas, la que no se requiere cuando se presente renuncia con efectos posteriores a la expiración del período expresamente

definido para su duración como administrador, en dicho caso, se aplicaría el artículo 155 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.⁷²

La doctrina Argentina establece, según el maestro Martorell, que la renuncia de directores como ellos llaman al consejo de administración es un derecho potestativo y unilateral que tiene significativa trascendencia jurídica y práctica, tanto en el ámbito interno de la sociedad como frente a terceros.⁷³

En este sistema jurídico, por ejemplo, la renuncia se presenta al presidente del directorio y si en un caso éste fuere el renunciante se la entrega al vicepresidente y si no, se convoca a todo el cuerpo directivo o a los que quedaren y les notifica la renuncia en forma personal, entendiéndose que este consejo directivo sólo puede rechazarla si ella es dolosa, intempestiva, o afecta su funcionamiento regular; de lo cual deberá dejar constancia en acta.

La renuncia será considerada intempestiva si se ha producido en tiempo indebido. Y será dolosa cuando tenga el propósito deliberado de causar un daño o el de sustraerse de responsabilidades.

Ante tal sistema, en el cual es el consejo directivo el que resuelve sobre la aceptación o no de la renuncia; si se da el primer supuesto, los administradores restantes registran en una acta todas las alternativas de la desvinculación. Sin embargo, cabe señalar que el director dimitente (renunciante) no se verá liberado hasta tanto la asamblea apruebe su gestión.

⁷² Ibidem. p. 413.

⁷³ Cfr. MARTORELL, Ernesto. Sociedad Anónima. Op cit. p. 322-325.

Sobre la base de las legislaciones antes descritas, proponemos crear un sistema en la legislación mexicana, en el cual haya una agilidad procesal interna de la sociedad, desvinculada de la relación cotidiana de toma de decisiones, donde al mismo tiempo se interrelacionan opiniones, propuestas y decisiones que conllevan a formar, no un grupo de administración, sino un grupo de personas que a través de la inter-actuación se conocen y forman lazos afectivos, los cuales desde nuestro punto de vista, perderían una verdadera objetividad para la toma de decisiones de aceptar o rechazar una renuncia de un consejero; efecto que podría traer consecuencias jurídicas muy dañosas para la empresa en un futuro mediato.

Sin embargo, tomando en cuenta que el consejo de vigilancia tiene como función principal vigilar los actos de los administradores, recomendaríamos que éstos fueren los que reciban las renunciaciones y que éstos decidan si la aceptan o no; y que mientras no se reúna la asamblea general de accionista para decidir sobre la exoneración o no de la responsabilidad en el término de su función, no se le entregue la garantía que éste (os) ofrecieron para ejercer la función de administrador(es) ni tampoco ningún derecho ni beneficio remuneratorio a los que éste(os) tuvieren derecho y en el caso que dicha decisión tardare más de treinta días y en el supuesto que saliere(en) exonerado de toda responsabilidad, la sociedad se vea obligada a pagarle sus derechos y beneficios, además del interés bancario más alto a la fecha por el período comprendido entre el día de la renuncia hasta el día de toma de decisión por parte de la asamblea general de accionistas; tomando en cuenta el monto total a que éste (os) tendría derecho.

III.IV.- Remuneratorio.

Según el artículo 181 fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asamblea ordinaria es la que se ocupará de determinar los emolumentos correspondientes a los administradores cuando no hayan sido fijados en los estatutos; por los que se presume que en ningún momento el consejo de administración podrá determinar sus emolumentos mensual o anual.

Dentro de los sistemas para remunerar a los administradores tenemos:

- a) Una cantidad fija.
- b) Cantidad por atender a sesiones del consejo.
- c) Participación en las utilidades dentro de los límites fijados por los estatutos.
- d) Combinación de los sistemas anteriores.⁷⁴

⁷⁴ Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil. op Cit. p. 419.

CAPÍTULO CUARTO: “Funcionamiento del Órgano de Administración”

I.- Generalidades

El estudio de las funciones específicas del órgano administrador en las sociedades anónimas es de suma importancia. La afirmación parece obvia, por cuanto no se ignora la firme tendencia doctrinaria y legislativa hacia el gradual incremento de las atribuciones del consejo de administración en el derecho comparado.

Sin embargo, puede advertirse que la LGSM, no establece concretamente las atribuciones del órgano administrador, como lo hace, con la Asamblea General de Socios y con los comisarios.

La razón como dice el maestro Fernando H. Mascheroni, es “Porque el ámbito funcional del directorio es tan amplio que resulta virtualmente imposible enunciarlo en detalle. En rigor, cabe decir que sus funciones son todas las necesarias para dirigir y administrar la sociedad, con la finalidad de dar cumplimiento al objeto social.

Dirigir y administrar la sociedad, citando así dos de las tres funciones genéricas del directorio. La restante, es una consecuencia necesaria de ésta y consiste en representar a la sociedad ante terceros.”⁷⁵ En este sentido, La Ley

⁷⁵ MASCHERONI Fernando. “Directorio, Sindicatura y Consejo de vigilancia” Op Cit. p. 80.

General de Sociedades Mercantiles solo habla de “Administración y representación” en el Capítulo V, Sección tercera dedicada de forma general a la sociedad anónima. El artículo 142 dice: “La administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales.....” Se observa sin lugar a duda, que se omite la referencia a las funciones directivas propiamente dichas, en el entendimiento, supongo, porque aquéllas están comprendidas en las de administración.

La diferencia conceptual, no obstante, entre dirigir y administrar es neta, surgiendo con claridad del análisis de los diversos actos que puede ejercer el consejo de administración para dar cumplimiento al objeto social.⁷⁶

Antes de ingresar a esa distinción, considero prudente el desarrollar primeramente tanto el concepto como el funcionamiento de los dos sistemas de administración de sociedades anónimas que contempla la LGSM., en sus artículos 142 y 143.

II.- Concepto de Órgano de administración.

Es un órgano necesario y permanente de la sociedad anónima, ya que ésta como persona jurídica necesita valerse de una o varias personas físicas que actúen en su nombre; tanto en sus relaciones internas (de ejecución) y externas de (representación).⁷⁷

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Cfr. Equipo Jurídico DVE. “Todo Sobre Sociedad Anónima.” Edit. De Vecchi, S.A. Barcelona, España. 1990. p. 95.

III.- Sistemas de Administración en la Sociedad Anónima.

III.I.- Sistema de Administrador Único.

El estatuto de la sociedad puede establecer como anteriormente se dijo, que la administración de la sociedad anónima se encomiende a una sola persona (administrador único), tal como lo regula el artículo 142 de la LGSM, en este caso, en el converge la suma de deberes así como el conjunto de poderes necesarios para el ejercicio permanente y continuo de la actividad administrativa, y de representación de la persona jurídica.

El administrador único, como titular exclusivo de las funciones y facultades de administración atribuidas genéricamente por ley al órgano de administración, no se ve afectado en la adopción de decisiones por las limitaciones funcionales derivadas de la composición plural del consejo de administración; pero no existe obstáculos a nuestro criterio, para que la Asamblea General de Accionistas como órgano supremo de la sociedad; límite en el ámbito de la actividad de administración, su poder de gestión con efectos internos.

En cambio, como dice el maestro Garrigues “no parece admisible la cláusula estatutaria que después de haber conferido la administración de la sociedad a

un administrador único, limite la facultad de realizar operaciones típicas, inherentes a la actividad del objeto social.”⁷⁸

III.II.- Sistema de Consejo de Administración.

III.II.I.- Nombramiento.

El nombramiento de los administradores por regla general estará a cargo de la Asamblea General Constitutiva, tal como lo establece la fracción IV del artículo 100 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Al respecto, el legislador mexicano en aras de evitar el predominio excesivo de los accionistas mayoritarios y en defensa, por lo tanto, de las minorías, prevé en el artículo 144 de la LGSM, que éstas puedan gozar de una representación en el seno de consejo cuando los administradores sean tres o más; siempre que éstos representen el veinticinco por ciento del capital social tendrán derecho a nombrar cuando menos un consejero.

Este tipo de sistema de administración es el más frecuente, por lo menos en las sociedades de gran envergadura. A tal grado que es el único que la Ley General de Sociedades Mercantiles, regula detalladamente.

IV. Funcionamiento Interno del Consejo de Administración.

⁷⁸ GARRIGUES-URIA. “Comentario a la Ley de Sociedades Anónima. tomo I.Edit Civitas 1991. p. 150.

El marco legal que ampara el funcionamiento del consejo de administración de la sociedad anónima, se encuentra regulado en el tercer párrafo del artículo 143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que a la letra dice: “Para que el consejo de administración funcione legalmente deberá asistir por lo menos, la mitad de sus miembros, y sus relaciones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes. En caso de empate, el presidente del consejo decidirá con voto de calidad.”

Por lo tanto, éste precepto de manera imperativa impone el funcionamiento del consejo de administración cuando hay atribución de la gestión conjuntamente a más de dos personas y dicta posteriormente una serie de normas sólo aplicables al caso de administración colegiada.

Esta disposición, nos parece justificada si tenemos en cuenta que mediante este procedimiento, basado en el predominio de la voluntad de la mayoría, se facilita la adopción de decisiones al mismo tiempo, que asegura una gestión más coordinada y eficiente.

Procedimiento que es la esencia de la actuación colegial como expresa el maestro Garrigues, ya que la voluntad del órgano se forma respetando este procedimiento que requiere la convocatoria, la reunión, la discusión y una votación que eroga el resultado. Este procedimiento jurídico tiene el efecto de producir una voluntad unitaria no por la suma de los componentes del órgano sino por una particular combinación.

El consejo de administración, como colegio, toma por regla general sus decisiones por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, por

lo que no ofrece duda la licitud de las cláusulas que en la práctica comercial imponen mayoría reforzada inclusive hasta exigir unanimidad, pues pudiere pensarse que es incompatible con el procedimiento colegial, fundamentado en el principio de la mayoría.⁷⁹

Retomando el precepto del artículo 143 de la LGSM, nos encontraríamos en la dificultad, como en la práctica se da, que muchas veces no asisten dichos consejeros por diversas razones; por lo que para facilitar la existencia de dicho quórum legal, es frecuente que se elijan consejeros suplentes y en el mismo estatuto se fijarán las normas y condiciones para el desempeño de sus funciones.

En referencia a las sesiones, éstas se realizarán con la periodicidad que establezcan los estatutos o en su defecto el propio consejo; la convocatoria será hecha por el presidente del consejo. De cada sesión se levantará un acta en el libro correspondiente y ésta será firmada generalmente por el presidente y el secretario, quienes pueden ser también personas extrañas a la sociedad.⁸⁰

Por otra parte, la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión no precisa autorización estatutaria, ya que la propia Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 143 párrafo tercero admite este procedimiento cuando ningún consejero se oponga y siempre que se confirmen por escrito.

⁷⁹ Cfr. GARRIGUES-URIA. Comentario a la Ley de Sociedades Anónima. Op Cit. p. 151-153.

⁸⁰ CFR. MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil. Op Cit. p. 421-423.

Respecto al análisis realizado de este punto de nuestro trabajo, consideramos que el funcionamiento interno en la toma de decisiones del consejo de administración consiste en la reunión de los consejeros designados conforme a los estatutos para la realización de actos previos de discusión y deliberación para la toma de decisiones lícitas y posibles, encaminadas a la realización del objeto social.

Dentro de las características que nos presenta la toma de decisiones en el seno del consejo de administración a nuestro parecer tenemos:

- a) Sus decisiones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes.
- b) Para que la administración funcione legalmente debe estar presente el quórum mínimo establecido por ley o en su caso por los estatutos.
- c) La convocatoria será hecha por el presidente del consejo y se realizará con la periodicidad que establezcan los estatutos o el mismo consejo.
- d) Si uno de los consejeros tiene interés opuesto, debe abstenerse de votar y deliberar.

Por otra parte en la práctica suele suceder que muchas veces los consejeros nombrados no asisten a dichas reuniones por diversas razones; por lo que para facilitar la existencia de dicho quórum legal, es frecuente que se elijan

consejeros suplentes y en el mismo estatuto se fijen las normas y condiciones para el desempeño de sus funciones.⁸¹

IV.I. Conflicto de Intereses entre la Sociedad y los Administradores.

Podemos entender este tipo de conflictos como aquel que surge cuando el administrador o algún consejero tenga, en relación con el asunto, intereses opuestos a los de la sociedad; por lo que el artículo 156 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, imperativamente estipula que éste deberá manifestarlo a los demás administradores, y abstenerse de toda deliberación y resolución.

El maestro Cervantes Ahumada opina que no es necesario que la ley diga que el administrador que contravenga esta disposición será responsable de los daños y perjuicios que ocasione a la sociedad; ya que éste se sobreentiende de manera natural.⁸² Para el caso, el artículo 272 de la Ley de Sociedades Anónimas de Argentina, establece que entre las conductas que caracterizan el mal desempeño del cargo, figura la intervención del director en negocios cuando éste tenga un interés contrario al de la sociedad, en cuyo caso y a fin

⁸¹ Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil. Op Cit.p. 423-424.

⁸² CFR. CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil. Op Cit. p. 103.

de eximirse de las penas que en su contra prevé la norma, deberá ajustarse a un procedimiento formal, consistente en dar aviso al resto del directorio y a la sindicatura (órgano de vigilancia), y abstenerse luego de intervenir en la deliberación.

Por lo que respecta a sus consecuencias, la sanción por la violación de esta disposición no es la nulidad del contrato; sino la responsabilidad del director infractor por los daños y perjuicios ocasionados contra la sociedad.⁸³

En esta misma legislación, ante un supuesto conflicto, el director infractor que no comunica los hechos a los demás miembros del directorio, delibera y hace ejecutar el acto por el representante legal de la sociedad, como resultado obvio será que la nulidad de la deliberación no tendrá efectos con terceros de buena fe; pero comprometerá la responsabilidad del director (es) que actuaron pese a tener intereses antagónicos, así como de los restantes miembros del órgano de administración que conociendo esta situación, guardaron silencio; también aparejada responsabilidad para la sindicatura, si es que ella, estando al tanto de los hechos, no cumplió con los deberes que le imponía la ley.⁸⁴

Sin embargo, el maestro Mario Bauche considera que el deber de abstención del administrador con intereses opuestos a los de la sociedad, es una obligación de “no hacer” que se origina en la ley, estatutos y en la ética.

Por otra parte, es interesante la apreciación que al respecto nos brinda el maestro Barrera Graf, al relacionar los artículo 196 y 156 de la LGSM. El

⁸³ CFR. MARTORELL, Ernesto. Sociedad Anónima. Op Cit. p. 370-371.

⁸⁴ CFR. BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. La Empresa. Edit. Porrúa. México D.F. 1977. p. 513.

primero que establece a los accionistas la obligación de abstenerse de votar (de deliberar dice la norma; pero se refiere al voto), y no a los administradores; cuando en el asunto que se discute, el socio tenga un interés contrario al de la sociedad. Por mayoría de razón, se extiende a los administradores en el artículo 156 LGSM; ya que éstos deben actuar de buena fe, prudentemente, velando por los intereses de la sociedad que resultarían dañados, cuando él haga prevalecer sus propios intereses que sean contrarios a los de la sociedad.

Sin embargo, opina el maestro que en este caso el voto no es nulo, sino que solo se impone a quién lo emita, la responsabilidad de daños y perjuicios, y solamente cuando dicho voto hubiere sido determinante para obtener la mayoría necesaria para la validez de la determinación (el llamado principio de resistencia).

Añade, que otro supuesto de un conflicto de intereses, en el que si opera la nulidad del voto, lo prevé el artículo 197 de la LGSM, según el cual “Los administradores y comisarios no podrán votar en las deliberaciones relativas a la aprobación de informes a que se refieren los artículos 166 frac. IV y 172 y en caso de contravención a esta disposición, la resolución será nula cuando sin el voto del administrador o comisario no se habría logrado la mayoría requerida”. Este es el caso del informe anual contable que presentan a la asamblea ordinaria los administradores y comisarios.⁸⁵

⁸⁵ CFR. BARRERA GRAF. Instituciones de derecho Mercantil. op Cit. p. 580.

Con relación a estos conflictos que pueden y suelen presentarse en el transcurso de las operaciones administrativas de la sociedad anónima por parte de los consejeros, manifiesta el maestro Frisch que, aunque en México no exista una prohibición general y legal de hacer competencia, ni de tener una ocupación adicional distinta del cargo de administrador; teniendo en cuenta que el artículo 158 LGSM tiene otro carácter, el de abstención de toda deliberación y resolución, si se trata de conflicto de intereses entre la sociedad y los administradores; es decir solamente se refiere al ámbito corporativo.

Sin embargo, tal disposición no prohíbe actividad alguna del administrador fuera de la sociedad anónima como competidor de ésta. Ya que esta actividad sólo se ha prohibido a ciertos tipos de socios (artículo 35 y 57 LGSM); pero, si dicha competitividad del administrador es realizada fuera de su cargo, puede ser considerada bajo ciertas condiciones como contravención a las obligaciones legales generales de su cargo, como ser el deber de fidelidad asumida por el administrador.⁸⁶

El maestro Barrera Graf entiende que el término deliberación lleva implícito, no sólo la abstención de votar, sino también de participación en las sesiones respectivas del consejo; sin embargo, esto sólo es aplicable a cualquier operación (artículo 156 LGSM), que entendemos como actos aislados o singulares; tales como la compraventa entre un administrador y la sociedad sobre un bien del primero.

⁸⁶ CFR. FRICH PHILLIP. Sociedad Anónima Mexicana. Op Cit. p. 391-394.

En esta situación, el legislador no se impone a la conducta extrasocietaria del administrador como propietario o adquirente respectivamente del bien objeto del contrato y se limita al establecimiento de una conducta pasiva del administrador dentro del ámbito corporativo (hasta este punto se aplica el texto del artículo 156 de la LGSM), en tanto que respecto a conductas continuas y de gran perjuicio o peligro para los intereses de la sociedad, por ejemplo, la competencia directa y gravísima en contra de aquella; deberá exigirse al administrador que se abstenga de tales actuaciones extrasocietarias incompatibles con el deber de fidelidad, con lo cual, se extienden sus obligaciones de una pasividad corporativa a una abstención extra-corporativa.⁸⁷

Las características que presenta la toma de decisiones en el seno del Consejo de Administración a nuestro parecer son:

a) Que en supuesto de aprobación por parte de los demás consejeros a sabiendas de un interés opuesto por parte de uno de ellos, obviamente traería como consecuencia a nuestro parecer la nulidad de la deliberación, la cual en ningún momento tendrá efectos contra terceros de buena fe; pero comprometerá la responsabilidad del administrador (es) que actuaron pese a tener intenciones antagónicas; así como de los restantes miembros del órgano de administración que conociendo esta situación guardaron silencio. También va aparejada la responsabilidad del comisario, si es que estandando al tanto de los hechos, no cumplió con los deberes que le imponía la ley.

⁸⁷ CFR. BARRERA GRAF. Instituciones de derecho mercantil. Op Cit . p. 581

b) Si se presentara el supuesto, en que haya una intervención de un administrador con intereses opuestos a la sociedad; pero que al mismo tiempo, esta saliere beneficiada; considero que en este caso, el administrador desleal que actúa así, no debe responder por los daños y perjuicios; ya que el artículo 156 de la LGSM, es claro al estipular que sólo responderá cuando ocasione un daño o perjuicio a la sociedad.

c) Es necesario tener presente que la responsabilidad que se deriva de esta conducta, podrá ser extinguida, por transacción o aprobación de la Asamblea General de Accionistas, en la medida que ello implique la voluntad general del órgano supremo de la sociedad.

Cabe finalizar y enfatizar que respecto al funcionamiento del consejo de administración se plantean en la práctica un sinnúmero de problemas de poca entidad doctrinal; pero de enorme importancia ocasionada habitualmente por tensiones o intereses personales en su seno.

Pero lo paradójico del asunto como nos dice el maestro Roca, es que las confrontaciones se producirán, generalmente, respecto con los detalles formales que preceden y estructuran cada reunión; pues con relación a las decisiones comerciales de fondo, por lo común, habrá mayoría sin que haya lugar a litigio.⁸⁸

V. Función del Consejo de Administración.

⁸⁸ CFR. ROCA, Eduardo. El Directorio en Conflicto, en Conflicto Societario. Edit. Abaco. Buenos Aires, Argentina. 1983. p. 186.

Nota importante dentro de las funciones del órgano en estudio, es que el actuar del administrador o de los consejeros, es en función del cumplimiento del “deber general de buena gestión,” esto quiere decir que el concepto de administración no capta la esencia de los límites de la gestión de los administradores; por lo que corresponde a éstos, algo más que un poder de administración, ya que en las operaciones inherentes al objeto social quedan comprendidos también los actos de disposición, siempre que no sean contradictorios con la consecuencia del objeto social.⁸⁹

Del análisis del párrafo anterior, se desprende la idea, que si los actos de los administradores son contrarios al objeto social, éstos responderán frente a la sociedad por sus actuaciones, tal como lo estipula el artículo 157 de la LGSM, el que a su tenor dice: “Los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen”.

La explicación anterior, permite iniciar el análisis de las diferentes funciones del Consejo de Administración como son: dirigir, administrar y representar a la sociedad.

Primeramente clasificaremos los diversos actos propios del órgano de administración, según su naturaleza, tomando para ello las agrupaciones que de una forma sintética da el maestro Mascheroni:

⁸⁹ CFR. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. Op Cit. p. 130.

a) Actos de Gestión: Son todos aquellos que realiza el Consejo de Administración en el diario cumplimiento del objeto social. Pueden ser también denominados actos de ejecución u operativos y se relacionan directamente con la gestión empresarial habitual.

Coinciden con lo caracterizado en el artículo 148 de la LGSM como “actos concretos.” Ejecución que la ley o los estatutos conceden al presidente del Consejo de Administración; sin que lo anterior impida, delegar dicha ejecución a gerentes o apoderados especiales.

b) Actos de Decisión: Se encuentran en esta categoría, aquellas resoluciones referentes a la fijación de la política general de la empresa; Al otorgamiento de mandatos generales o especiales a gerentes o a terceros; a la convocatoria de asambleas ordinarias y extraordinarias, entre otras. En todos ellos se ejerce la función directiva propiamente dicha, más allá de la mera administración.

c) Actos de Disposición: Este tipo de actos, reviste diversos aspectos o manifestaciones en la enajenación de bienes sociales ya que en primer lugar, puede tratarse de actos tan rutinarios e imprescindibles como lo son las ventas de los productos de la empresa y si ese es precisamente, el objeto social a cumplir; nadie podría negarle al Consejo de Administración la facultad de enajenar dichos bienes; por algo es el órgano administrador de la sociedad.

En segundo lugar, los actos de disposición pueden referirse a los bienes de activo fijo de la sociedad, como lo son vehículos e inmuebles utilizados en la gestión empresarial, maquinaria, instalaciones y otros.⁹⁰

Lo anterior, siempre que la Asamblea General de Socios los faculte para tales actos, ya sea confiriéndoles dichas facultades en los estatutos o mediante acuerdos posteriores.

En este sentido podemos resumir que al Consejo de Administración como tal corresponde una triple función:

a) Ejecutar la voluntad social (expresada por los acuerdos aprobados por la Junta General de Socios).

b) Gestionar los intereses de la sociedad (es decir, dirigir sus negocios comerciales, industriales o de servicio).

c) Representar a la sociedad frente a terceros (es decir, contratar obligaciones, ejercer sus derechos, gestionar ante la administración, etc., en su nombre).

Siguiendo el análisis pormenorizado de las funciones del Consejo de Administración creemos necesario desarrollar con más detenimiento el aspecto que a nuestro parecer es de mayor trascendencia ya que rige las relaciones vinculante de la sociedad con terceros para el cumplimiento del

⁹⁰ Cfr. MASCHERONI Fernando. “Directorio, Sindicatura y Consejo de Vigilancia.” Op. Cit. p. 81-83.

objeto social, sin duda, nos referiremos ahora al “*Poder de Representación,*” función que la LGSM en su artículo 10, les otorga a los administradores (Consejo de Administración).

V.I. Diferencia entre Representación y Administración.

Antes de entrar al régimen aplicable a la representación societaria, se requiere efectuar una distinción entre representación y administración.

Básicamente, el órgano de representación tiene a su cargo realizar las conductas constituidas de actos jurídicos imputables a la sociedad, mientras que el órgano de administración tiene como atribución principal la adopción de decisiones, en materia de administración societaria, en virtud de las cuales deben actuar los representantes y dependientes de la sociedad.

La confusión entre las funciones de unos y otros órganos se originan, en cierta medida, en el hecho de que los mismos individuos suelen ser integrantes simultáneamente de los órganos de administración y de representación.

De lo anterior, resulta que la representación societaria no se agota en el cumplimiento de las decisiones de los órganos de administración; esa representación concierne también a la exteriorización de los actos de la sociedad que serán decididos por los órganos de gobierno⁹¹, así como de los

⁹¹ por ejemplo, la venta de un inmueble decidida por la asamblea

actos que sean decididos por dependientes de la sociedad, en los cuales se haya delegado parte de la administración de los negocios de la sociedad.⁹²

La falta de una distinción precisa de las funciones tanto de la representación como de la administración, ha llevado a que se confunda, inclusive legislativamente, utilizándose frecuentemente una terminología incierta, en las cuales las funciones de administración incluyen también actos de representación de la sociedad⁹³, de ahí consideramos, la necesidad de aplicar al órgano de representación reglas en materia de administración, específicamente en su ámbito de responsabilidad.

VI.- Características de la Representación de Sociedades Mercantiles.

VI.I.- Concepto de Representación

En el ámbito jurídico representación es “la realización y ejecución de actos jurídicos a nombre y cuenta de otra persona”⁹⁴; es decir obrar a nombre de alguien para la realización y ejecución de un acto o para la celebración de un negocio jurídico.

VI.II.-Representación Subjetiva y Objetiva

⁹² por ejemplo, el representante de la sociedad puede proceder a la firma de un contrato que haya previamente sido negociado por el personal técnico de la firma y conforme a decisiones adoptadas por dicho personal, dentro del marco de sus atribuciones

⁹³ Cfr. Zaldivar y otros. Cuadernos de Derecho Societario. Tomo 1. S.E. Buenos Aires, Argentina. 1973. p. 276-277.

⁹⁴ BARRERA GRAF, Jorge. la Representación Voluntaria en Derecho Privado. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 1967. p. 11.

Desde el punto de vista subjetivo o funcional, la representación esta integrada por dos partes, el representado y el representante, y de dos negocios distintos, el negocio del que la representación surge y la representación propiamente, que es la declaración de la voluntad del representante.

Desde el punto de vista objetivo o interno, la representación es un negocio de relación, que permite el comercio jurídico mediante la intervención de una persona que no es realmente la interesada en los negocios que se celebran con terceros, sino que se constituye como un instrumento de que se vale el representado para actuar y vincularse directamente con dichos terceros.

VI.III. Tipos de Representación.

VI.III.1-. Concepto de Representación Voluntaria y Representación Legal.

“Representación Voluntaria.- es una intervención facultativa del representante, que proviene de una decisión libre del representado; es un poder o una facultad que otorga para que el representante obre en lugar de él. El representante debe usar el nombre del representado a efecto de que los actos jurídicos que realice recaigan en éste. El representante no debe obrar en contra de la voluntad del representado, ya que él representado señala su amplitud y fija los límites que mejor le convenga.

Representación Legal.- es aquella que se encuentra establecida por la ley cuyo origen radica en un precepto legal que faculta a una persona para obrar en la esfera jurídica de otra; sus límites y facultades están determinadas por la ley, pensemos en el caso de los padres que ejerzan la patria potestad, los tutores y los albaceas.

Todos estos representantes legales podrán realizar actos que afecten en el patrimonio de los hijos sujetos a la patria potestad, de sus pupilos o de sus herederos en función de una autorización que les ha sido concedida por la ley, y que la extensión de esas facultades, está precisamente determinada por la ley.

Suelen distinguirse dos clases de representaciones legales:

1.- La establecida por la ley para las personas de capacidad limitada, en especial la conferida a quienes ejercen la patria potestad o la tutela; respecto de un menor o un incapacitado.

2.- La establecida por la ley para la administración de un patrimonio o de un conjunto de bienes ajenos, por ejemplo la conferida a un titular interino (ausente, sindico, administrador judicial, albacea..). En este caso, no significa que ese patrimonio no tenga titular, significa simplemente que el titular de ese patrimonio puede en un momento dado, verse imposibilitado para realizar actos jurídicos propios.

Dentro de la representación legal, la doctrina suele incluir lo que a veces se distingue con el nombre de representación Judicial, que se establece cuando el juez, fundándose en un precepto de derecho, atribuye la representación a un determinado sujeto. En el fondo, la posibilidad de realizar este acto de representación, radica en las facultades que la ley otorga al juez para efectuar el nombramiento, y en las disposiciones legales que permiten la factibilidad del nombramiento y la determinación de las facultades, fijándose tanto los límites como la extensión de los poderes del representante.⁹⁵

Pese a esta variedad y a la específica finalidad de cada una de ellas, podemos hablar de una figura jurídica unitaria ya que, a través de ella, un sujeto actúa en nombre y por cuenta de otro que no puede actuar por sí solo.

VI.III.II.-Clasificación de la Representación Voluntaria

Se ha clasificado a la representación voluntaria en directa e indirecta:

Directa.- Es la actuación de una persona en nombre y en representación de otra, en cuyo caso los efectos jurídicos y patrimoniales recaen sobre el representado, estableciendo entre éste y el tercero, una relación directa e inmediata, como en el poder.

⁹⁵ Ibidem. p. 12.

Indirecta.- Es la actuación de una persona en nombre propio y por cuenta de otra, quien, frente a terceros, adquiere personalmente los derechos y obligaciones como en el mandato, la prestación de servicios, el fideicomiso.⁹⁶

VI.III.III.- La Representación de Sociedades Mercantiles.

La figura jurídica de la representación de las sociedades, plantea algunas variantes y ciertas diferencias a la representación voluntaria y legal de las personas físicas.⁹⁷

Lo anterior, tomando en cuenta la semejanza, de la que corresponde a menores y a incapacitados; ya que también la representación de sociedades es de carácter necesario, por tanto el ente social como el incapaz y el menor sólo a través de un representante pueden obrar.

Sin embargo, a diferencia de la de éstos sujetos, la representación de la sociedad es permanente; desde que la sociedad nace hasta que muere, ella se manifiesta, obra y se relaciona a virtud y por medio de sus representantes. Nace y adquiere personalidad propia, en función de los actos de sus administradores que hacen que ella se exteriorice ante terceros; y muere y se extingue jurídicamente cuando el último acto de liquidación es ejercitado por su representante.

De tal manera, la representación de personas morales, debe recaer siempre en personas físicas que actúen en su nombre, y sólo mediante la actividad de los

⁹⁶ Cfr. *Ibidem*. p. 19.

⁹⁷ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Bernardo. Representación, Poder y mandato. Edit. Porrúa . México D.F. 1984. p. 48.

(Socios, administradores, gerentes, apoderados) actúa ante terceros; y por otra parte, dicha representación supone la capacidad de la sociedad para la ejecución y celebración de actos y negocios, inclusive para imputarle directamente los efectos de actos ilícitos cometidos por sus representantes.

Realizado el estudio general de la representación, tanto de su concepto como de sus tipos hasta llegar al objeto de nuestro estudio como lo es la representación social, es importante antes de proseguir en el desarrollo y análisis de sus características, hacer una distinción entre la representación orgánica y la voluntaria, asimismo diferenciar el poder de gestión y de representación.

Lo anterior con el objeto de delimitar su diferencia; ya es evidente la existencia de una disciplina específica dictada para regular las relaciones de la sociedad con los terceros en el tráfico jurídico, aunque no es tarea fácil delimitar el ámbito de los actos y medidas que se tomen a esta disciplina.

La representación expresa el autor antes mencionado, se integra en la actividad de administración (actividad jurídicas y materiales), que van dirigidas a la realización del objeto social, que incumbe al Órgano de Administración; pero en atención a exigencias de protección con los intereses del tráfico, presenta algunas singularidades en cuanto a la titularidad y extensión del poder, respecto de la organización y contenido de las facultades de gestión.

La representación activa extrajudicial, se refiere a todo el supuesto en que se emite una declaración de voluntad vinculante para la sociedad en el tráfico con terceros.

La actuación representativa del titular orgánico es especialmente relevante desde el punto de vista jurídico, en cuanto se atiende a su eficacia y consiguiente vinculación de la sociedad por razón del contenido típico del poder de representación con independencia de que el acto corresponda efectivamente a la competencia de gestión o administración.

El no respeto, de esas normas de distribución de competencia internas de gestión, podrá dar lugar a medida de revocación, en su caso, de responsabilidad del administrador representante; pero no de falta de eficacia del acto en las relaciones entre el tercero de buena fe y la sociedad.

Las afirmaciones anteriores, manifiesta no deben confundirse, sobre el hecho de que existen actos que por su naturaleza o especial trascendencia, con frecuencia, de carácter jurídico-corporativo, que precisan de una actuación representativa y que, sin embargo quedan fuera del régimen del poder de representación legal de contenido típico.

En este lugar, interesa destacar que en todo caso, existen una serie de supuestos que se refieren a la estructura y organización económica y jurídica de la sociedad en los que la actuación del órgano de representación necesita para su eficacia frente a terceros de la aprobación por otro órgano (Asamblea General de Socios).

Si bien es cierto lo anterior, se debe tomar en cuenta, que no todo supuesto de exigencia por la ley de autorización de otro órgano constituye un límite de gestión oponible, solo será, el ser tercero de mala fe.⁹⁸

Por su parte, la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su capítulo V, de la Sociedad Anónima, artículos 10,142,143 y 148, atribuyen la representación de la sociedad al Consejo de Administración en caso de existir este y, en caso de adoptarse otra estructura (administrador único). Y confía a los estatutos y a los acuerdos de la Junta General de Socios, indicación de quien o quienes ostentaran la representación de la sociedad.

En este sentido, el maestro Barrera Graf, considera que corresponde legalmente al consejo como tal las funciones de gestión y de representación y no a cada uno o a alguno de sus miembros, salvo las facultades especiales que en el estatuto se otorguen a uno o varios de sus miembros; las que en ningún caso pueden privar al órgano de administración de todas sus funciones.⁹⁹

Lo anterior, refleja un modelo legal de amplia libertad estatutaria, que plantea algunos problemas de interpretación, entre los que se puede mencionar los siguientes:

- a) “Si en el supuesto de Consejo de Administración es necesaria la mención estatutaria.
- b) La forma de llevar a cabo el consejo, la actuación representativa.

⁹⁸ Cfr. VELASCO Esteban. Organización y Contenido del Poder de Representación en las Sociedades de Capitales Anónimos. Edit. Bosch. Madrid. 1987.p.400-408.

⁹⁹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Op Cit. p.576.

c) La caracterización y el ámbito del poder de representación de los administradores delegados.”¹⁰⁰

Con el ánimo, de darle un esquema comparativo describiremos en forma breve, los nuevos datos normativos en relación con la atribución del poder de representación que fueron implementados en la legislación española de 1989, señalando los siguientes:

a) La representación de la sociedad, en juicio o fuera de el, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos.

b) Los estatutos determinarán a los administradores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas.

c) La disponibilidad estatutaria se ve limitada por el Reglamento del Registro Mercantil, ya que dicta reglas específicas para la atribución y modo de ejercicio del poder de representación, según los tipos de estructura del órgano de administración: Administrador único, varios administradores solidarios, dos administradores que actúen conjuntamente, consejo y delegación facultativa y consejo y delegación estatutaria.¹⁰¹

¹⁰⁰ Cfr. En sentido negativo. Cámara Alvarez. Estudio de Derecho Mercantil. Edit. Civitas. tomo 1, Madrid 1977. p. 586. Para quien sólo en caso de diversificación entre la administración y representación procederá la mención.

¹⁰¹ Cfr. Configuración estatutaria del órgano de administración. Ley de Sociedades Anónimas. España. 1989.

Con este breve análisis realizado, podemos retomar la exposición y proceder a desarrollar con más detenimiento el sentido jurídico de la nueva normatividad del poder de representación en la actual Ley de Sociedad Anónima Española, así como señalar sus características, la cual considero es aplicable a la legislación mexicana.

En primer lugar, el modelo reglamentario del Registro Mercantil se inspira en un principio de "Correspondencia Funcional" entre la titularidad del poder de gestión y de representación. Sin embargo, admite derogaciones en los supuestos de Consejo de Administración en función de la mayor agilidad y seguridad en las relaciones con terceros. De ello resulta una serie limitada de modalidades organizativas del poder de representación ya que establece restricciones al ámbito de la autonomía de la voluntad de cada sociedad, asegurando de una forma más clara y segura la identificación de los titulares con poder de vinculación de la sociedad.

En segundo lugar, la representación orgánica ha de recaer necesariamente en administradores, sin que se haya hecho uso de la posibilidad, conocida en algunos ordenamientos de hacer partícipe en el ejercicio de poder de representación orgánica a personas no administradores.

En tercer lugar, la función que corresponde a los estatutos en la atribución del poder de representación determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación. Así como su régimen de actuación (artículo 9.h. Ley de Sociedades Anónima española), varía según la estructura del órgano de administración.

En unos casos se limitarán a cumplir formalmente con el requisito legal de determinación de los titulares del poder según las exigencias legales (administrador único, solidarios y mancomunados).

En otros casos, en cambio, los estatutos pueden efectuar una atribución específica del poder de representación modificando la previsión legal de carácter dispositivo (Consejo de Administración).

Esta característica es importante, ya que el Boletín Nacional de España, obliga a señalar el nombramiento e identidad, así como el cese en sus funciones de las personas que como órganos previstos por la ley o como miembro de tales órganos, tengan el poder de vincular a la sociedad frente a terceros y de representarla en juicio, debiendo precisar si las personas que tienen el poder de obligar a la sociedad pueden actuar solos o conjuntamente.¹⁰²

En cuarto lugar, quedan al margen del régimen general de actuaciones representativas los supuestos en que el propio legislador establece formas especiales: firma de las acciones (art. 53 LSA), firma del proyecto de fusión y escisión (art. 234.1 y 254 TRLSA).

En quinto lugar, hay que entender que el poder de los administradores representantes en cualquiera de las modalidades de configuración que permite el ordenamiento español según las formas de actuación establecidas y

¹⁰² Cfr. Artículo 2.1.d. de la primera directiva. 68-151-CEE.

debidamente publicadas, tiene un contenido típico e inderogable en los términos de los artículos 128 y 129 de la LSA.¹⁰³

“Artículo 128 “Representación de la sociedad.- La representación, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos.”

Artículo 129. Ambito de representación.-1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el registro mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el registro mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.”¹⁰⁴

En lo que respecta a este punto, considero que el momento histórico que viven las economías mundiales, es fundamental que la LGSM, se adecue a esta circunstancia, para dar una protección eficaz a los terceros contratantes no eliminado el sistema de objeto-límite; pero sí, que éste se aplique en el ámbito interno de la sociedad o sea (representante social y sociedad mercantil), y no imponer al tercero la carga de conocer la relación entre el acto que va a celebrar con el administrador y el objeto social de la S.A.

¹⁰³ Cfr. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. mayo-junio. año LXVII. número 604 bis. Madrid, España. p- 21-30.

¹⁰⁴ Cfr. Código de Comercio y Leyes Complementarias. “ Ley de Sociedades Anónimas” Decimoquinta edición. Edit. Civitas. Madrid España. 1991. p. 717.

VII.- El Objeto Societario y su Relación con la Representación Societaria.

Uno de los criterios fundamentales para determinar la imputación de los actos de los representantes a la sociedad esta basado en el *objeto societario*, siempre y cuando dichos actos no sean notoriamente extraños a éste.

Sin embargo, el que el acto del representante no sea extraño al objeto social es una condición necesaria; pero no suficiente para que el acto sea imputable a la sociedad, ya que la función que juega el objeto social es, por una parte, fijar los límites de la representación societaria y por otra limitar las funciones conexas que también completa tal objeto.

De tal suerte, los representantes son siempre responsables frente a la sociedad por los actos que queden fuera del objeto societario en tanto dañen a aquella; podrán esos actos vincular a la sociedad; pero ello no hará sino dar origen a la responsabilidad de los administradores y representantes frente a la sociedad, por las obligaciones impuestas a éstos, fuera de lo autorizado por el objeto social.

En este sentido, la doctrina Argentina considera, que, para que los actos de los representantes de la sociedad sean imputables a ésta, deben guardar cierta relación con el objeto de tal sociedad. En este supuesto, observamos la protección que el legislador hace a las sociedades mercantiles, dejando en desventaja a terceros, quebrantando con lo anterior el principio que recoge la

legislación mexicana, en que dice, que los límites legales son oponibles los voluntarios no.¹⁰⁵

De lo expuesto anteriormente, debemos tener en cuenta que las limitaciones que, en virtud del objeto, impone la LGSM, respecto de las obligaciones que administradores y representantes pueden poner de cabeza a la sociedad, de la cual son órganos, ya que no están orientadas exclusivamente en defensa de tal sociedad, sino también de los intereses individuales de los socios, en cuanto se trata de respetar sus expectativas, contractualmente determinadas, respecto de las actividades que efectuara la sociedad y de los terceros vinculados a la sociedad.

VIII.- Uso de la Firma Social.

VIII.I.- Concepto de Firma.

Siguiendo el Diccionario de Derecho Procesal Civil del maestro Eduardo Pallares entendemos por firma “El nombre y apellido, o título de una persona que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena para darle autenticidad, o para obligarse a lo que en él se diga;

¹⁰⁵ Cfr. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. Edit. de palma. año 24. enero-junio 1991. número 139-141. Buenos Aires Argentina. p. 27-59.

o bien el nombre y apellidos o título de la persona que no usa rúbrica o no debe usarla, puesta al pie de un documento.”¹⁰⁶

Por otra parte, el Diccionario Jurídico Mexicano brinda otro concepto de firma considerándolo éste “Como el conjunto de signos manuscritos por una persona que sabe leer y escribir, con los cuales habitualmente caracteriza los escritos cuyo contenido aprueba.”¹⁰⁷

Las anteriores definiciones, a nuestro parecer no alcanzan a resumir todas las aplicaciones posibles de la firma dentro del tráfico documental, así como tampoco se ajusta a la realidad en cuanto al lugar en que la misma debe estamparse.

Centrándonos en el aspecto jurídico, es de observarse que una firma puesta al pie de un documento o en el lugar que resulte adecuado, puede significar, respecto al contenido material o ideológico de aquel, lo siguiente:

- a) “Que el firmante es autor de dicho contenido material, o sea, que el firmante es autor de la literalización contenida en el documento.

- b) Que el que firma presta su conformidad al contenido ideológico del documento, o sea acepta el contenido de la manifestación literalizada en éste.

¹⁰⁶ PALLARES Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Decimonovena edición. Edit. Porrúa. México D.F. 1990. p. 375.

¹⁰⁷ Instituto de Investigaciones jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Segunda edición. Edit. Porrúa. México D.F. 1987. p. 1458.

c) Que el firmante ha tenido una intervención concreta en el otorgamiento, según se deduzca del texto de éste, de las manifestaciones que preceden a la firma o del lugar en que ésta se estampe.”¹⁰⁸

Por nuestra parte, definimos la firma como la rúbrica puesta por una persona en un documento, en la que identifica su nombre y apellidos; aceptando con ello el contenido literal del escrito que trae como consecuencias la aceptación de cumplir lo estipulado en éste.

VIII.II.- Variedades de la Firma.

La firma puede ser individual o social. Según que el comerciante por ella individualizado sea una persona física o una entidad social.

Tratándose de comerciantes individuales la firma es el nombre del comerciante, bajo el cual adquiere sus derechos y contrae sus obligaciones.

En el caso de sociedades mercantiles el uso de la firma social representa una estrecha relación con la representación legal. En la mayoría de los supuestos, el ejercicio de la segunda se exterioriza y concreta a través de la primera.

Sin embargo, la afirmación precedente no supone identificar ambos conceptos, dado que la representación subsume al uso de la firma social, que es una de sus manifestaciones o formas de ejercicio.

¹⁰⁸ Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo IX. Edit. Francisco Seix S.A. Barcelona España. 1982. p.837.

El uso de la firma social constituye uno de los atributos inherentes a la representación legal. Pero no agota el contenido de ésta, que comprende otras funciones, tales como la comparecencia personal ante citaciones judiciales o administrativas, la absolución de posiciones en juicio etc.¹⁰⁹

a).-Sentido de la firma Social.

Los comerciantes se sirven de esta palabra para designar una empresa, casa o establecimiento mercantil. También responde a representación o dirección de una casa o empresa.

En este sentido, el nombre-firma, es un derecho de la persona, tanto de la física como de la jurídica.¹¹⁰

b).- Función de la Firma Social.

La función principal de la firma es individualizar a su comerciante, teniendo en este sentido, un cometido idéntico al del hombre civil.

Esa asimilación de conceptos es, el punto de arranque de divergencias realmente profundas en cuanto al régimen legal que a ellos se refiere¹¹¹. Ya que nos encontramos en una situación de difícil diferenciación y de falta de

¹⁰⁹ Cfr. MASCHERONI Fernando. Directorio, Sindicatura y Consejo de vigilancia. Op Cit. p.86-87.

¹¹⁰ Cfr. Nueva Enciclopedia Jurídica. Op Cit. p. 840.

¹¹¹ Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XII. Edit. Diskill S.A. Buenos Aires Argentina. 1987. 304.

regulación; respecto de la firma hombre civil y del hombre representante social.

Lo anterior da la pauta, para proponer que aunque la función de la firma es individualizar a un sujeto de derecho, en el caso de sociedades mercantiles; también sería propicio individualizar el objeto con que ejerce el representante social su comercio, ya que la firma llega a ser parte integrante del fondo.

Esta divergencia a mi parecer, puede ser resuelta con una debida reglamentación en los estatutos sociales conforme a los cuales se obligue al administrador-representante a utilizar la firma social en nombre de la persona jurídica, siempre que dicho acto tenga una relación directa con el objeto social.

VIII.III.- Régimen Legal del Uso de la Firma Social.

El artículo 6 de la LGSM dice: “La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener: Fracción XI. El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social.”

Sin embargo, la LGSM carece de una disposición reglamentaria del uso de la firma social. Esta omisión a nuestro parecer es deliberada, y obedece al objetivo de subordinar el uso de la firma al esquema estructurado para la representación legal, según el principio de que lo accesorio sigue a lo principal.

Según la ley en comento, el manejo de estas sociedades esta confiado a mandatarios o administradores amovibles que la representan. Conviene en estos casos precisar que la facultad de usar “La firma Social comporta un poder genérico de representación de la sociedad.”¹¹²

Asimismo, el Código de Comercio no regula, en forma especial, tan importante materia. Hay, sin embargo, en el citado cuerpo de leyes referencias frecuentes de la palabra “Firma Social”, la que no es sino una especie dentro del amplio contenido de firma comercial.

Puede, en general, afirmarse que la firma comercial “Es el nombre que el comerciante usa en el ejercicio de su comercio. Bajo ese nombre el comerciante se manifiesta como sujeto de derechos y obligaciones en el mundo mercantil: con él contrata, ejecuta los actos relativos a su giro y suscribe sus documentos.”¹¹³

En este caso, que hay pluralidad de personas físicas, vinculadas jurídicamente para la concesión de un fin común, y que se han constituido legalmente bajo una forma societaria; la personalidad del nuevo ente jurídico posee ciertos atributos análogos a los de la persona humana, la titularidad de los cuales ha de corporizarse en uno de los socios.

¹¹² Cf. *Ibidem* p. 304-309.

¹¹³ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XII. Edit. Diskill S.A. Buenos Aires, Argentina. 1987. p. 303.

Teniendo personalidad, tiene derecho a un nombre, correspondiendo al nombre-firma de la persona individual; es el nombre-firma social. Y, para usar de él, es menester que alguno de los administradores esté debidamente legitimado mediante mandato tácito o expreso.

Las personas jurídicas necesitan de una representación, de unos mandatarios en los que se concentre la dirección y la gestión propia del ente colectivo, pudiendo obligar a éste con respecto a terceros, bajo el nombre del mismo y usando en su caso de la que, por referirse también a él, se denomina propiamente firma social.

Por su parte el maestro Cossio dice: “La doctrina moderna ha sustituido la idea de titularidad por la de órgano en la estructuración de la persona jurídica, lo cual requiere de un enfoque distinto en el concepto de representación. Ésta implica necesariamente una relación entre dos personas (representante y representado), que tiene su origen en el negocio jurídico (representación voluntaria) o en la ley (representación legal), y que se reduce a una actuación en nombre ajeno, en una sustitución de la voluntad del representado por la del representante, cuyos efectos jurídicos son directamente imputables a aquél.

El órgano, por el contrario, supone una relación de orden en que las facultades de disposición se encuentran limitadas por la propia organización, que es la que en definitiva fija los ámbitos de competencia de los diferentes órganos, ya

que en cuanto a la organización se integra e identifica con el órgano mismo, falta aquí la duplicidad de persona propia de la representación.”¹¹⁴

Lo anterior permite afirmar que en definitiva, el órgano no es otra cosa que un complejo de competencias que se concreta en una determinada persona.

Tratándose de personas jurídicas en general basta, por consiguiente, con observar que en su respectivo contrato constitutivo o en los estatutos correspondientes se designe las normas orgánicas y funcionales, determinantes de la competencia requerida para obrar en nombre de la persona colectiva, obligándola para con los terceros.

IX. Modalidades en la Función de Dirección y Representación de la Sociedad Anónima.

Los actos de administración de la sociedad anónima no pueden quedar circunscritos únicamente a los administradores por la existencia de la pluralidad de administradores; tal como lo señala el artículo 145 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que textualmente dice: “La asamblea, el consejo o el administrador único, podrán nombrar uno o varios gerentes generales o especiales, sean o no accionistas y esos nombramientos serán revocables en cualquier momento por quien los haya nombrado”. Aquí observamos que la LGSM, distingue dentro del manejo de la sociedad anónima a los administradores, gerentes y apoderados.

¹¹⁴ Nueva Enciclopedia Jurídica. op Cit. p. 841.

En relación con dicho precepto, se observa que en la práctica, en las S.A., se instituye un Consejo de Administración, una dirección general, una o más subdirecciones y varias gerencias y subgerencias; por lo que los consejos de administración en términos generales a este tipo de empresas no administran, sino que dirigen la marcha general de la sociedad; se reúnen frecuentemente, conocen de los informes de la dirección general y de las gerencias, con lo que aprueban o desaprueban la actuación de los directores y gerentes; trazan lineamientos generales a la administración. En otras palabras, son órganos intermedios entre la asamblea general de accionistas y los verdaderos administradores que son los directores y los gerentes.¹¹⁵

En lo que respecta, a las funciones de dirección y representación de las sociedades mercantiles estas no son fáciles de desempeñar por un Consejo de Administración. De aquí la necesidad de formar, dentro del seno del mismo consejo, comisiones que se encarguen de proveer información a la dirección de la sociedad de un modo más permanente, limitadas al mismo tiempo a tomar acuerdos, sujetos a revisión del consejo.

Otra modalidad manifiesta, es que el Consejo de Administración designe un consejero delegado encargado de ejecutar sus acuerdos y que tendrá el carácter de representante de la sociedad, la cual ordinariamente corresponderá a su presidente.

Respecto de la existencia de administradores suplentes, esta se indicará en los estatutos, asimismo la forma de suplencia que normalmente se incorporan en

¹¹⁵ CFR. CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil. Op Cit. p. 100-103.

caso de ausencia temporal del titular; dado el caso, tendrán derecho a integrar el quórum y votar para todos los efectos legales. Estos sujetos deberán presentar las mismas garantías y deberán llevar los mismos requisitos que los titulares y se asume que la misma responsabilidad; pero como es obvio, sólo la asumen en cuanto estén en funciones por los actos que se hayan resultado.¹¹⁶

Otra manera de atender el funcionamiento de la empresa es mediante la designación de uno o varios gerentes, los cuales pueden ser nombrados por el Consejo o la Asamblea General de Accionistas y tendrán facultades generales o especiales que al efecto se le asignen.

La Ley General de Sociedades mercantiles, en su artículo 146 regula a los gerentes generales; teniendo estos a su cargo, las funciones de dirigir la negociación social con las más amplias facultades de representación y ejecución. Respecto a los gerentes especiales, éstos sólo tienen a su cargo solo una rama de la negociación, establecimiento o sucursal de la misma; pero dentro de la órbita gozarán de las más amplias facultades de representación y ejecución.

Por lo anterior, consideramos que el carácter de gerente no depende del nombre que se le dé, sino de las funciones efectivamente desempeñadas; sólo si son de dirección o representación, estaremos en presencia de un auténtico gerente.

Respecto al caso de revocación de los gerentes, si éstos fueren nombrados por la Asamblea General de Accionistas, sólo ésta podrá revocarles su representación; en caso contrario, si son nombrados por el consejo, podrán revocarles su poder tanto el consejo como la asamblea general de accionistas.

¹¹⁶ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Op Cit. p. 578.

Cabe señalar que los gerentes pueden ser accionistas o no y que deben inscribir su nombramiento en el Registro Público de Comercio y presentar garantía; si dicha obligación es establecida por el estatuto social o por la asamblea general de accionistas, lo anterior con fundamento en los artículos 152 y 153 de la LGSM.

Respecto a su carácter jurídico, éstos son considerados trabajador, excepto cuando al mismo tiempo sea socio, sobre la base de que sus relaciones con los demás trabajadores lo conlleva a ser considerado como representante de la sociedad. A esto agregaríamos, que es indiscutible la subordinación del gerente a la sociedad; primero porque éste es un mero ejecutor de las decisiones del consejo, sin limitar sus horas de trabajo y delegando a su vez en sus subordinados las instrucciones que él ha recibido para el desarrollo del objeto social, y que posteriormente estas actuaciones serán evaluadas por el Consejo de Administración que en su caso tomará las decisiones pertinentes al caso, en el supuesto de un incumplimiento o de un mal resultado por su negligencia.¹¹⁷

Como se ha señalado, el artículo 149 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, faculta al consejo y a los gerentes a otorgar poderes en nombre de la sociedad, los cuales serán revocables en cualquier tiempo; pero a su vez el artículo 147 de la misma ley dice: “que el cargo de éstos es personal,” lo que hasta cierto punto nos parecería contradictorio; pero es que no hay que confundir entre nombrar un representante para el desempeño del cargo y nombrarlo para que auxilie a quién personalmente lo desempeña; por lo que en este segundo caso, el funcionario (consejero_gerente) conservaría el ejercicio

¹¹⁷ Ibidem p. 415-418.

directo de ciertas facultades indelegables y también la dirección, vigilancia y responsabilidad de los actos realizados por el mandatario.

Al respecto, son diversos los problemas que en la práctica han surgido en torno a las facultades otorgadas al administrador (artículos 10 y 142 de la LGSM), principalmente aquellas que se refieren a los límites de esas facultades otorgadas a los gerentes; por lo que en ocasiones tales limitaciones se inscriben en el Registro Público de Comercio; pero de este acto de inscripción de dichas limitaciones, surge otro problema discutido en la doctrina referente a que si dicha inscripción surte efectos contra terceros.

En relación a la polémica planteada, nos apegamos a la opinión del maestro Cervantes Ahumada; quién se pronuncia por la negativa e inclusive, la misma ley podría caer en contradicción con el artículo 146 de la LGSM la cual establece que los gerentes tendrán las facultades más amplias de representación y ejecución. Tal amplitud de facultades es consecuencia natural de sus funciones, y las limitaciones solo podrán producir efectos internos entre la sociedad y el gerente; por lo que éste responderá a la sociedad de los daños que le ocasione, si actúa excediéndose en sus facultades o desatendiendo las limitaciones que le han sido impuestas.

Opinión que compartimos, ya que los terceros deben confiar en la representación aparente, que con base en la buena fe debe presidir en todos negocios comerciales, y que ha sido estatuida por la costumbre mercantil. Por lo que los gerentes, no podrán invocar la excepción de falta de representación tal como ya se ha adoptado en los artículo 8 fracción III y 11 de Ley General

de Títulos y Operaciones de Crédito, Institución; la cual creemos debe considerarse extendida por razones notorias al campo mercantil general.¹¹⁸

X.- Atribuciones y Facultades del Órgano de Administración.

Corresponde a los administradores las atribuciones de representación de la sociedad y como consecuencia la administración o dirección de los negocios sociales, dentro de los límites que se establezcan en el estatuto social y en los acuerdos de la Asamblea General de Socios, de los cuales son ejecutores y ante la cual responden por sus actos.

Las diversas leyes, por su parte, enuncian diversas obligaciones; pero realmente éstas nacen como consecuencia de sus facultades de dirección de los negocios sociales, como por ejemplo entre otras sería, la aprobación mensual de la declaración de ingresos gravables que se lleven los libros de contabilidad, aprobar las declaraciones de cada año civil y presentar anualmente el balance a la asamblea general de accionistas.¹¹⁹

El maestro Barrera Graf considera que entre las más importantes facultades de gestión y de representación a cargo de los administradores, están las de:

- a) Ejecución exacta de los acuerdos tomados por la Asamblea de Accionistas (artículo 158 fracción IV de la LGSM).

¹¹⁸ CFR. CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil. Op Cit. p.101-102.

¹¹⁹ CFR. MANTILLA MOLINA. Derecho Mercantil. Op Cit. p. 423.

b) Preparar los estados financieros de la sociedad para su presentación en la asamblea ordinaria (artículo 172 de la LGSM)

c) La de nombrar gerentes (artículo 145 LGSM) y apoderados (artículo 149 LGSM).

d) Todas aquellas establecidas en el artículo 150 LGSM, y otras que le imponen las leyes y en su caso los estatutos (Artículo 157 de LGSM).

Ahora bien, la representación y la delegación corresponden al órgano; o consejo de administración y no a cada uno de sus miembros, salvo que los estatutos concedan facultades expresas a algunos consejeros (artículo 10 LGSM). Por ejemplo, cuando en los estatutos se determina quién tendrá la firma social. Así como la ejecución de actos concretos; entendida ésta como los acuerdos tomados por el órgano de administración y la misma asamblea de accionistas. Esta interpretación, a nuestro juicio, es la que debe dársele al artículo 148 de la LGSM y no atribuir una representación mayor (al presidente o miembro delegado que se designe), salvo indicación en contrario de los propios estatutos.

Si bien es cierto, que la ley confiere ciertas facultades a los administradores, estos están limitados y circunscritos por la finalidad de la sociedad; lo regula el artículo 10 LGSM: “...podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad; salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social.” Todas esas operaciones; pero ninguna más; porque de realizarlas se excederían de sus facultades, y estarían actuando Ultra Vires (Excediéndose de su representación).

Sin embargo, como acertadamente opina el maestro Barrera Graf, estos actos no son nulos e inoponibles a la sociedad, cuando ella los haya autorizado expresamente, o bien cuando a posteriori los ratifica; pues para ello tiene facultades la asamblea general de accionistas (artículo 178 de LGSM); en caso contrario, de ellos responden solamente el administrador que hubiera actuado en exceso o en contra de sus facultades. No obstante, de considerar correcta esta apreciación, la verdadera responsabilidad frente a terceros de buena fe, es la sociedad y en todo caso el administrador responderá frente a la sociedad por haberse sobrepasado de sus facultades.¹²⁰

Así mismo, fundamentamos dicho criterio en lo que la doctrina llama develación de la sociedad anónima que se encuentra acogida en ejecutoria de la Corte Suprema Mexicana del 28/X/83 S.J.F. vols 175-180, 4parte. p. 148 Amparo Directo 882|82 “derogando el principio de la limitación de la responsabilidad cuando esta sea extracontractual”; de la anterior resolución se justifica la tendencia del legislador para establecer ese sistema que garantice el respeto al orden y a las buenas costumbres que rigen en los actos de comercio.

Lo anterior se relaciona con el hecho de que en épocas actuales se acostumbra a trabajar de forma más ordenada y funcional; repartiendo en sectores la administración entre los consejeros; pero a pesar de tal reparto existe responsabilidad de cada uno de los consejeros en cuanto a toda la administración. Sin embargo, en el propio sector, el grado de diligencia exigible es mayor que en los otros.

¹²⁰ CFR. BARRERA GRAF. Instituciones de Derecho mercantil. Op Cit. p. 581-582.

Respecto a la ejecución especial prevista en los artículos 148 y 178 de la misma ley en estudio, se distingue de la representación en la siguiente forma: la primera, se refiere sólo a actos concretos como resoluciones de la asamblea general de accionistas (artículo 178 de LGSM) o del consejo de administración (artículo 148 de LGSM), que se ejecutarán por una persona especialmente delegada para tal objeto por la asamblea general de accionistas o por el consejo respectivamente; por otra parte, la facultad de representación no está limitada a actos concretos, sino que incluye cualesquiera de forma general y abstracta que se encontraren dentro de los límites del poder de representación. Además, atribuimos solamente a los representantes de la sociedad previstos en el artículo 10 de la LGSM, facultades de representación de la sociedad frente a terceros en sentido estricto; mientras que los ejecutores especiales nos parecen limitados en su ejecución a otro tipo de actuaciones, es decir, la interna.

Ya que la actuación de delegados según los artículos 148 y 178 de la LGSM, requieren como fundamento un acto concreto, objeto de delegación, tomado en cuenta por el consejo o la asamblea general de accionistas; en tanto que actos de representación no requieren esta iniciativa externa y proceden por su propia, la interna.

Por lo que es obvio que ningún consejero podrá ser excluido de la administración, y que no valdrá ningún estatuto que excluya a uno o varios consejeros, principalmente los nombrados por la minoría de accionistas; ya que cada uno de los consejeros tiene el igual derecho y obligación de participar e informar respecto a cualquier asunto u objeto de la administración.

En este sentido, al referirse al grado máximo admisible de restricciones sobre la competencia de los administradores. Opinamos que éstas no pueden ser tan amplias al grado de que la norma del artículo 142 de la LGSM, que atribuye la administración de este órgano colegiado, sería en un caso concreto prácticamente desvirtuada; por lo que la expresión administración incluida en el artículo 142 LGSM, ya establece que se trata de todas las medidas de la dirección de la empresa destinadas a la realización de su objeto social.¹²¹

Puedo finalizar manifestando que a nuestro parecer las funciones más relevantes del órgano de administración, de las cual se derivan un sin número facultades y obligaciones, encaminadas al cumplimiento del objeto social son:

- a) Al Consejo de Administración como tal corresponde las facultades de gestión y representación de la sociedad.
- b) El actuar del consejo de administración está en función del cumplimiento del deber general de buena gestión al igual que un buen padre de familia o un director de negocios.
- c) Los actos de administración y gestión por parte del Consejo de Administración, no deben de ser contradictorios con el objeto social.
- d) El Consejo de Administración podrá conferir poderes y nombrar gerentes para lo que auxilien en el cumplimiento del objeto social, sin que por ello pierda su calidad de órgano de colegiado.

¹²¹ CFR. FRISCH PHILLIP. Sociedad Anónima Mexicana. Op. Cit. p. 383-389.

CAPITULO QUINTO “La Responsabilidad de los Administradores de la Sociedad Anónima”

I.- Definición de Responsabilidad

Los primeros que utilizaron la expresión responsabilidad fueron los romanos, los cuales vinculaban dicha figura a una situación de deuda del sujeto ligado en un contrato verbal; aquí el sujeto, al pronunciar la palabra sacramental respondeo se convertía en un deudor en el referido contrato.”¹²²

Por su parte, El maestro Rafael de Pina dice: “Responsabilidad, es una acepción jurídica, significa tanto como obligación que una persona tiene con respecto a otra de reparar los daños y resarcir los perjuicios que haya ocasionado como consecuencia de un acto propio o ajeno, o por el efecto de las cosas u objetos inanimados o de los animales.”¹²³

El Código Civil para el Distrito federal en materia Común y para toda la República en materia federal en su artículo 2104 establece lo que debe entenderse por responsabilidad:

Artículo 2104.- “El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

¹²² Cfr. BARRERO STAHL, Jorge. La responsabilidad Civil de la Administración Pública. Tesis profesional. Escuela Libre de Derecho. México D.F. 1977. P.2

¹²³ DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Volumen III. Octava edición. Edit. Porrúa S.A. México D.F. 1993. P. 232.

I.- Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II.- Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención.”

De la anterior definición se desprende que la obligación de indemnizar o reparar los daños y perjuicios que un individuo le cause a otro, deriva de una obligación principal, que puede consistir en un hacer o bien en un dejar de hacer, por lo que se presume una relación entre las partes.

Relacionando estos conceptos en el caso específico de la administración plural, considero que es más complejo realizar una definición, ya que la diversificación de conductas por parte de los administradores extiende los supuestos de responsabilidad, tomando en cuenta, que cada sociedad constituida tiene diferente objeto o finalidad.

Es por ello, que generalmente se pueden establecer únicamente las bases sobre las cuales puede existir la responsabilidad de los administradores, sin que se puedan citar específicamente los casos que la generan, ya que sólo la ley y las disposiciones estatutarias pueden establecer las situaciones en las que ésta se genere, en virtud de lo cual, cada caso particular se deberá observar a través del esquema que presenta cada sociedad para poder apreciar si existe o no culpa, y de que tipo es.

II. Ámbito de la Responsabilidad de los Administradores.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, en su artículo 157 establece: “los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen”.

Para determinar con mayor precisión el alcance del contenido de éste artículo es necesario analizar la disposición legal contenida en el artículo 2535 del Código Civil, la cual destaca que los mandatarios deben actuar conforme a lo que “la prudencia le dicte, cuidando el negocio como propio.”

De conformidad con lo anterior, los administradores dentro de sus facultades y limitaciones legales y estatutarias deben realizar una labor caracterizada por su apego a los intereses de la sociedad y búsqueda de los fines sociales.

En el caso particular del órgano administrativo el maestro Brunetti señala: “Que el deber fundamental del órgano administrativo es desarrollar su actividad en interés del ente, observando determinadas normas que pueden estar integradas en el acto constitutivo o en el estatuto, y que representan las reglas esenciales e indeclinables a las que ha de conformarse aquella actividad. Si los administradores descuidan aquel interés o actúan de modo que estén en oposición a él, o violan las normas legales y estatutarias que les imponen deberes que habrán de ser observados en el ejercicio de su cargo, irrogando con ello un perjuicio al patrimonio social, ha de responder de sus culpas ante los socios y ante terceros, es decir, ante las dos categorías de personas que, con una expresión técnicamente inexacta, pero indudablemente

eficaz, el legislador ha indicado como los que tiene un parecido interés y, por eso, un igual derecho, a la integridad del patrimonio.”¹²⁴

Del análisis de los puntos anteriores, los administradores en el Derecho Mexicano, de su actuación responderán frente a la sociedad,¹²⁵ de forma solidaria aun cuando se compongan de un consejo o cuando se suceden en el cargo, artículos 158, 159,160 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En el primer caso, solo se exime de la responsabilidad solidaria al consejero que haya manifestado su inconformidad con el acto que la engendra; pero no, el que haya estado ausente al momento de tomarse la correspondiente resolución.

En el segundo caso, para salvar su propia responsabilidad, los administradores deben poner en conocimiento del comisario inmediatamente que conozcan las irregularidades que hubieren cometido sus predecesores.¹²⁶

En consideración al artículo 157 de la ley en estudio, debemos entender esta norma, en primer lugar, que se refiere al órgano mismo, o sea, tanto al administrador único como al consejo de administración; en contra de aquel y de este, considerado unitariamente, puede entablarse la acción correspondiente; en segundo lugar, la responsabilidad del órgano es la general propia del cargo y de las funciones de los administradores, la “Inherente a su mandato.” En este caso,

¹²⁴ BRUNETTI, Antonio. Tratado de Derecho de las Sociedades. (Traducción de Felipe de Solá Cañizares). Tomo II. Edit. Uteha. Buenos Aires, Argentina. 1960. P. 484.

¹²⁵ CFR. CERVANTES AHUMADA. Derecho Mercantil. Op Cit. p. 103.

¹²⁶ CFR. MANTILLA MOLINA. Derecho Mercantil. Op Cit. p. 413.

el mandato no se refiere al carácter de la relación, y a la de mandatario que tuvieren los administradores según indica el artículo 142 de la ley en estudio, como a la función misma del órgano, independiente de su naturaleza jurídica, sin embargo, la referencia al mandato según el (art. 157) y a mandatario en el art. 142 de la misma ley, tiene el sentido y el propósito de invocar la aplicación analógica de principios de dichas figuras, tanto de la comercial como la civil, ya que en ambas se exige actuar prudentemente: Hará, el mandatario “ Lo que la prudencia le dicte y cuidando el negocio como propio”, lo que significa que los administradores de una Sociedad Anónima deben actuar con la diligencia de un comerciante prudente.

En tercer lugar el artículo 157 de la LGSM, precisa que la responsabilidad del órgano puede derivar tanto de obligaciones legales como estatutarias, es decir que independientemente de la responsabilidad general propia del cargo (actuar de buena fe), se le prohíbe proceder con dolo o violencia, o excederse de las facultades que la ley y el pacto le hubieren conferido, por lo que, el órgano también adquiere responsabilidad cuando viola obligaciones específicas de la LGSM, de otras leyes sobre sociedades comerciales (vrg. LSI, LIF, LIS, LRSPB), o de otras leyes mercantiles (vgr. 85 LTOC).

Con base en lo anterior, y tomando en cuenta la diversidad de conductas de los administradores de sociedades anónimas es indiscutible que dicha diversificación de supuestos, puede generar responsabilidad a su cargo. Lo complicado del asunto como nos dice el maestro De Gregorio es “que la responsabilidad impuesta por la ley a los administradores, la misma es grave no tanto porque los mismos hayan realizado, singular o personalmente, uno o más actos dañosos, sino en cuanto a ciertas operaciones dañosas se hayan realizado

o ciertas situaciones dañosas se hayan creado sin que el administrador haya usado la diligencia a la cual está obligado para evitarlas, o sin que haya expresado a tiempo su desistimiento; de manera que en los consejos compuestos por muchos administradores, la responsabilidad de los miembros singulares, con exclusión de aquellos que ha obrado, esto es que han administrado efectivamente, ésta por lo general fundada sobre omisiones, comenzando por aquella genérica de seguir, al menos para vigilar, la marcha de la gestión social. La responsabilidad impuesta a éstos toma casi el aspecto de una garantía debida a ellos para regular la conducta administrativa del ente.”¹²⁷

Lo que es irrefutable es que “no es el órgano de administración en sí, sino siempre persona física, miembros de dicho órgano, quiénes serán responsables, por lo que la responsabilidad personal se genera cuando las personas individualmente consideradas se desempeñan en su cargo.”¹²⁸

Lo anterior, sobre la base de que no es posible responsabilizar al órgano en sí, ya que la sociedad no puede actuar contra ella misma; pero si en contra de su representante cuando éste no cumple con sus obligaciones de lealtad y fidelidad para con su representada, por lo que deberá responder frente a la misma de los daños y perjuicios que le ocasione.

III. Violaciones Legales y Estatutarias.

¹²⁷ DE GREGORIO, Alfredo. De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales. Sexta edición. Edit. Ediar S.A. Buenos Aires Argentina. 1953. P. 489.

¹²⁸ SANCHEZ CORDERO, Jorge. La Noción de Representación. Edit. Porrúa. México D.F. 1982. P. 579.

III.I. Responsabilidad de Origen Legal.

De conformidad con la Ley General de Sociedades Mercantiles, el origen de la responsabilidad de los titulares del órgano administrativo puede ser legal o estatutario, por lo que, tanto en las disposiciones legales aplicables como en las cláusulas estatutarias de cada sociedad se consignan las obligaciones a cargo de los integrantes de dicho órgano y cuyo incumplimiento genera la correspondiente responsabilidad.

En cuanto a la responsabilidad de origen legal, el principal instrumento jurídico regulador de los deberes de los administradores es la LGSM; aunque existen también otros cuerpos de leyes que regulan al respecto, como la Ley General de Instituciones de seguros, La Ley Federal de Instituciones de Fianza, la Ley de Sociedades de Inversión, por mencionar algunas.

Dentro del esquema de la Ley General de Sociedades mercantiles se vislumbra una serie de categorías de los diversos tipos de conducta, que pueden generar responsabilidad en contra de los administradores:

1. Actos Gratuitos: Del contenido de la fracción II del artículo tercero del Código de Comercio, se desprende la presunción de que las sociedades se constituyen como mercantiles, porque su principal objetivo persigue la obtención de un lucro, por ello también, las disposiciones fiscales las regulan como comerciantes. En atención a este principio consideró que los actos gratuitos que realizará el administrador de una sociedad mercantil hirían en contra del fin social o sea la obtención de lucro y en todo caso,

aquellos que se realicen serán bajo la responsabilidad del propio representante o administrador.

II.- Actos de Disposición: Por la importancia que deriva esta facultad es conveniente que los actos de dominio no recaigan dentro de las atribuciones del órgano de administración, salvo en los casos en que los mismos sean precisamente el objeto social de la sociedad (Ej. Compra venta de inmuebles), o bien si cuentan con la aprobación en los estatutos o lo determina así la asamblea; de igual forma por ser parte del giro normal de la persona moral los administradores podrán enajenar los productos o mercancías de la empresa.

En el supuesto, que los administradores carecieren de las facultades necesarias y realizaran actos de dominio, serán responsables para con la sociedad de los posibles daños y perjuicios que le causaren.

III.- Conflicto de Intereses: De acuerdo con el contenido del artículo 156 de la LGSM, los administradores deben abstenerse de votar y deliberar respecto de los asuntos en los que tenga intereses opuestos a los de la sociedad.¹²⁹

IV.- Incumplimiento a deberes Legales: Las principales normas de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que imponen obligaciones legales a la Sociedad Anónima, cuyo incumplimiento plantea supuestos de responsabilidad de los administradores, son las siguientes para Rodríguez y

¹²⁹ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Tratado de las Sociedades Mercantiles. Tomo II. Quinta edición. Edit. Porrúa. México D.F. 1977. P. 114.

Rodríguez: Artículo 2 párrafo V, 7 párrafo tercero, 115, 124, 125, 133, 134, 137,138,141,157,158,172,173,176,177,183,186.

Por otra parte, la responsabilidad que indican los artículos 157, 158, también procede respecto a actos que los administradores efectúen en los casos siguientes: A) por irregularidades en que, quienes le precedieron, hubieran incurrido, así conociéndolas, no las denunciaren por escrito a los comisarios (artículo 160 LGSM); B) por las otras que efectúen después de concluido el plazo para el que hubieran sido designados, “ mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de su cargo” (art. 154 de la LGSM).

En referencia a este punto, el maestro Frisch, consideramos, lo hace, de una manera más sintética, al enumerar el ámbito de las obligaciones del administrador o del consejo que él sistematiza de tres formas, manifestando, al mismo tiempo que se puede distinguir respecto al daño causado culpablemente por un administrador y la obligación de repararlo entre:

- a) El daño que afecta exclusivamente a la sociedad.
- b) El daño que afecta a la vez a la sociedad y a los accionistas, a los últimos en forma indirecta.
- c) El daño que se refiere exclusivamente a los accionistas.⁸¹

Ahora trataremos de analizar los supuestos arriba mencionados en una forma general.

Respecto a los daños causados por los administradores a la sociedad por incumplimiento de sus deberes específicos, debemos decir, que estos deberes, cabe la redundancia, no podrían quedar comprendidos en ninguna de las obligaciones que corresponden a un simple mandatario;¹³⁰ por qué no atañen a la ejecución de actos jurídicos en nombre y por cuenta de la sociedad, sino que pesan directamente sobre los administradores.

Estos deberes, estipulados en la norma y en los estatutos sociales no forman parte tampoco de la actividad de gestión del órgano administrativo, cuyo propósito fundamentalmente es la realización de la finalidad de la sociedad.

Aquellas normas y los deberes que imponen a los administradores, tienen un carácter inderogable, que deriva de la regulación formal y típica de la Sociedad Anónima, y que garantiza su funcionamiento dentro de los cauces legales.

Del análisis de algunas obligaciones de los administradores frente a la sociedad, regulados en la Ley General de Sociedades Mercantiles tenemos:

Artículo 158: Los administradores son solidariamente responsables 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;

¹³⁰ CFR. FRISCH PHILLIP. Sociedad Anónima Mexicana. Op Cit. p. 389

III.- de la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene de la ley;

IV.- Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas de accionistas.

Artículo 19: De la distribución de utilidades la cual solo podrá hacerse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea de socios o accionistas los estados financieros que las arrojen y repartición.

Artículo 20: De las utilidades netas de toda sociedad, deberá separarse anualmente el cinco por ciento, como mínimo, para formar el fondo de reserva, hasta que importe la quinta parte del capital social. El fondo de reserva deberá ser reconstituido de la misma manera cuando disminuya por cualquier motivo.

Artículo 172: Las sociedades anónimas, bajo la responsabilidad de sus administradores, presentaran a la asamblea de accionistas, anualmente, un informe que incluya por lo menos:

a) Un informe de los administradores sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como sobre las políticas seguidas por los administradores y, en su caso, sobre los principales proyectos existentes.

b) un informe en que declaren y expliquen las principales políticas y criterios contables y de información seguidos en la preparación de la información financiera.

- c) Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio.
- d) Un estado que muestre, debidamente explicados y clasificados, los resultados de la sociedad durante el ejercicio.
- e) Un estado que muestre los cambios en la situación financiera durante el ejercicio.
- f) Un estado que muestre los cambios en las partidas que integran el patrimonio social, acaecidos durante el ejercicio.
- g) Las notas que sean necesarias para completar o aclarar la información que suministren los estados anteriores; a la información anterior se agregara el informe de los comisarios a que se refiere la fracción IV del artículo 166.

Artículo 173: El informe del que habla el enunciado general del artículo anterior, incluido el informe de los comisarios, deberá quedar terminado y ponerse a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la fecha de la asamblea que haya de discutirlo. Los accionistas tendrán derecho a que se les entregue una copia del informe correspondiente.

Artículo 183: La convocatoria para las asambleas deberá hacerse por el administrador o el consejo de administración, o por los comisarios.

Artículo 124: Los títulos representativos de las acciones deberán estar expedidos dentro de un plazo que no exceda de un año, contados a partir de la

fecha del contrato social o de la modificación de este, en que se formalice el aumento de capital.

Mientras que esta ley señala que dichas obligaciones, encuentran garantizadas por medio de la obligación de resarcir los daños que cause su violación; del examen de estas violaciones concluimos que, la conducta de los administradores necesariamente esta establecida y que de ella depende el funcionamiento jurídico del órgano y de la sociedad misma.

Podría decirse, válidamente, que esa conducta constituye el presupuesto necesario para que la sociedad anónima regulada estructuralmente conforme al canon que la tipifica, cumpla efectivamente con el conjunto de normas, de acuerdo con las cuales la propia sociedad debe funcionar.

Ahora bien, si analizamos más detenidamente la diligencia requerida en el cumplimiento del deber de gestión de la empresa mercantil encomendada a los titulares del órgano de administración, encontramos que a éstos se les ha sido encomendada la ejecución de todos aquellos actos necesarios para alcanzar la finalidad de la sociedad.

Por lo que, consideramos, que nos hallamos frente a un conjunto de deberes atípicos de contenido económico, diferentes a los deberes específicos que se agotan en el cumplimiento de una norma jurídica establecida.

Los deberes atípicos, comprenden una extensa gama de actos que abarcan no solo aquellos relativos al tráfico mercantil de la empresa, que como es de suponerse no pueden precisarse previamente, sino que también van implícitos

en este segundo grupo de deberes, aquellos que se refieren al nombramiento de funcionarios de la empresa, a la organización de la empresa misma, a la adecuación de los medios técnicos que requiere la explotación del negocio, por lo que diríamos que quedan comprendidos dentro de la denominación genérica de, “Deberes de Buena Gestión”.

Cabe añadir respecto a esta denominación, que en si misma es vaga e imprecisa, como es vago e impreciso el concepto de actos de administración; pero esta designación no es sino un molde que se debe ajustar a la realidad concreta de cada paso particular. Ya que su dificultad como opina el maestro Joaquín Garrigues¹³¹, entraña en el carácter aleatorio de las operaciones de la sociedad y justamente es lo que impide formular reglas concretas de diligencia.

En lo que atañe a los actos administrativos, la doctrina no ha podido resolver definitivamente, cual es la medida o criterio que se debe adoptar para calificar si la conducta de los administradores, queda comprendida dentro de los actos de buena gestión, de prudencia y normalidad en la actividad desarrollada.

Por otra parte el ámbito de responsabilidad frente a los accionistas se encuentra en la misma estructura de la Sociedad Anónima; a los que se les confiere derechos que deben hacer valer frente a la sociedad; al respecto es necesario establecer la diferencia entre estos derechos del accionista susceptibles de ser incorporados en el título valor de la acción, de aquellos

¹³¹ CFR. GARRIGUES, Joaquín. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Op Cit. p.154.

otros derechos particulares de la persona del accionista que forma parte del patrimonio individual del socio.

A los derechos que los accionistas pueden hacer valer frente a la sociedad, derivados de la estructura típica del ente colectivo se les designo como (derechos Individuales); mientras que los derechos de los socios que forman parte del patrimonio particular de cada uno de ellos, son conocidos como (derechos particulares de los socios).

Es importante establecer su distinción, porque en cuanto a la responsabilidad civil de los administradores, se percibe diferencias notables, a pesar de que en ambos casos, el daño al accionista es directo e independiente del patrimonio social; pero solo si el daño que provoca la actuación de los administradores deriva de la violación de los derechos individuales del accionista, estaremos en presencia de una responsabilidad derivada de la violación de las normas estructurales de la sociedad anónima, mientras que en la violación de los derechos particulares que pertenecen a la persona del socio, la responsabilidad es una responsabilidad distinta, que se origina en la culpa extracontractual.

En este primer trabajo, envista de la importancia y amplitud del tema en desarrollo nos limitaremos a estudiar de forma general la responsabilidad del administrador proveniente de la violación de aquellas normas establecidas en la ley, estatutos, que limitan el ejercicio de sus poderes.

Los derechos del accionista, desempeñan un papel importante en las relaciones internas del ente colectivo y su reconocimiento en la práctica

constituye como dice Goldmischmidt¹³² “un problema muy agudo como límite a los poderes de la asamblea”; por lo que el sano funcionamiento de la sociedad, depende en gran parte, de la solución que se dé al problema de la responsabilidad de los administradores.

Estos son responsables frente a los accionistas que ha resentido un daño, sea porque se hayan violado sus derechos de accionista, sea por que se haya conculcado aquellos que le pertenecen en lo personal y que forma parte de su patrimonio privado.

El accionista dispone de una acción originaria y autónoma en contra del administrador, cuya conducta da lugar a un daño, para obtener la reparación de la lesión sufrida.

La responsabilidad de los administradores frente a los accionistas, puede tener lugar por culpa In Ommittendo y siempre se ha de referir a la violación de una norma concreta de la ley o de los estatutos, que prescribe una conducta determinada.

Lo anterior, sobre la base, de que la responsabilidad descansa en la violación de un deber y en este supuesto, es deber de los administradores prevenir, señalando el evento dañoso, para que este no se realice. Propiamente se trata como anteriormente se dijo de una garantía de gestión, más que de responsabilidad por actos propios. Garantía que están obligados a prestar por

¹³² GOLDMISCHMIDT, Roberto. “La Responsabilidad Civil de los Organos de administración por acción”. Boletín del instituto de derecho comparado de México. Año 7. Numero 19. Enero-abril. de 1954. p. 35.

medio de actos positivos todos los administradores, quienes deben advertir a los demás del peligro que entraña la ejecución de un acuerdo lesivo.

Es observable que la responsabilidad de los administradores no se basa tanto de que hayan incurrido en determinadas faltas de cuidado en los negocios que les están encomendando, sino en cuanto no hagan aquello que debieron hacer para impedir las consecuencias dañosas de los actos que pretenden llevar a cabo quienes comparten con ellos la dirección de la empresa y la responsabilidad de los actos ejecutados como titulares del órgano.

En la estructura de la Sociedad Anónima, encontramos esos derechos fundamentales inderogables de los accionistas a saber: a) el derecho del voto b) el derecho a participar en las utilidades; c) el derecho a participar en la cuota de liquidación.

III.II. Responsabilidad de Origen Estatutario.

Las disposiciones de origen estatutario tienen como función fijar conductas determinadas a los administradores, cuyo incumplimiento traerá aparejada responsabilidad para los mismos.

Es por ello que los estatutos no sólo podrán eximir a los administradores de los deberes que les están impuestos normativamente, sino que les está permitido aumentarlos, fijándoles nuevos, siempre y cuando no estén prohibidos, ni sean contrarios a la naturaleza de la sociedad anónima.

Las limitaciones más importantes que encuentran los accionistas en el establecimiento de las disposiciones estatutarias, es la cuestión relativa a la

propia limitación de la responsabilidad, por lo que señalar que la responsabilidad se les puede exigir a los administradores en caso de incumplimiento a sus deberes, es una cuestión de orden público y que, por lo mismo, no puede ser limitada por los estatutos; de esa forma, una cláusula de los estatutos que tuviere por objeto señalar que los miembros del órgano de administración no puede, en el desempeño de su cargo, incurrir en responsabilidad alguna, estaría afectada de nulidad absoluta.

Lo anterior, tomando en cuenta la opinión del maestro Rodríguez y Rodríguez que dice “Las normas sobre responsabilidad son de derecho público y, por consiguiente, no se admite pacto en contra, ni son lícitas cláusulas estatutarias que eximan de ella o limiten o restrinjan”¹³³

Por lo anterior, consideró que liberar de esa responsabilidad a los administradores significaría autorizarlos para que en el desempeño de su cargo realicen conductas ilegales, que son, por supuesto contrarias a los intereses sociales, además de que procesalmente no es posible renunciar anticipadamente a una acción que aún no se puede ejercer.

Podemos considerar que en el caso de las sociedades mercantiles en vista de la variabilidad de deberes que existe de un ente social a otro, resulta difícil presentar una lista determinada sobre el contenido de las disposiciones estatutarias que podrían establecerse. Sin embargo, respecto de las obligaciones estatutarias citaremos aquellas que pueden consistir en estipulaciones del contrato social que prevé la propia LGSM, y que pueden

¹³³ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ. Op Cit. p. 133.

pactarse porque no están prohibidas, ni atentan contra la naturaleza misma de la sociedad ejemplo:

- 1) Prohibición de realizar determinadas actividades.
- 2) Prohibición de prestar garantía.
- 3) Prohibición de adquisición de cuotas sociales o de acciones de otras sociedades.
- 4) Prohibición de los administradores y representantes de adquirir acciones de la propia S.A. (por tener información privilegiada sobre el valor real y potencial de ellas).

En resumen podemos finalizar este punto manifestando que en virtud de que los estatutos son el instrumento que establecen las reglas de operación de la sociedad, es fundamental que éstos sean redactados de una forma precisa y clara, a fin de evitar que con posterioridad se presenten situaciones de exceso por parte de los administradores que afectan a la sociedad, e incluso que la condenen a desaparecer.

IV. Cesación del Cargo de los Administradores Responsables.

La manera normal en que, los administradores cesan en sus funciones, es por la expiración del plazo para el cual fueron designados; pero, dado el carácter revocable de su cargo (artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), la asamblea en cualquier momento puede proceder a su destitución.

Al respecto, se ha discutido en la doctrina, si la revocación de los administradores sin justa causa obliga a la sociedad a resarcir los daños y perjuicios que les causen.

En esta consideración, nos inclinamos al igual que el maestro Mantilla Molina, por la solución afirmativa, en atención a que la misma Ley General de Sociedades Mercantiles que en su artículo 176 en relación con el artículo 172 de la misma ley, señala los motivos de remoción de los administradores, lo cual no tendría sentido, si la remoción motivada no produjera efectos jurídicos distintos que la inmotivada.

Dentro del ámbito de la cesación del cargo hay ciertos límites de la actuación de la Asamblea General de Accionistas, así la Ley General de Sociedades Mercantiles, plantea que solo se podrá revocar el nombramiento del administrador nombrado por las minorías cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás administradores, por lo que con esta norma se evita que se haga negatoria, el derecho de la minoría para designar a lo menos un miembro del consejo de administración.

Por otra parte, el artículo 155 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que en caso de revocación del nombramiento de una parte de los consejeros no impide que los demás sigan actuando, si su número es suficiente para integrar el quórum.

Cabe resaltar que dicha revocación del nombramiento de los administradores forma parte de la llamada orden del día tácita, sin que esto signifique que la Asamblea General de Accionistas, se encuentra imposibilitada para realizar

dicha revocación en caso de omisión de este punto en la orden del día, fundándose lo anterior en el artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.¹³⁴

Ahora bien, el efecto de la cesación del cargo tiene una consecuencia ipso jure del acuerdo de la Asamblea General de Accionistas, de exigir responsabilidad al administrador o al consejo y es que éstos cesen inmediatamente en el “desempeño de su cargo” (artículo. 162 LGSM); Sin que en este supuesto se aplique lo dispuesto en el artículo 154 de la misma ley.

En este caso, quienes fueran removidos “solo podrán ser nombrados nuevamente, en el caso de que la autoridad judicial declare infundada la acción ejercitada en su contra.”¹³⁵

En vista que el cargo de administrador es revocable y que la Asamblea General de Accionistas, tiene las más amplias facultades de revocación sin que necesite expresar causa ni fundarla en justos motivos. Así también puede acordar exigir responsabilidad a los administradores responsables, en este caso, como anteriormente se expreso, el cese en el desempeño es automático, no obstante, esto no significa que en caso de que fueren exonerados por las autoridades judiciales podrán estos primeramente ser nuevamente nombrados y, además podrán exigir resarcimiento de daños y perjuicios a la sociedad.¹³⁶

¹³⁴ CFR. MANTILLA MOLINA. Derecho Mercantil. Op Cit . P. 143 y 412.

¹³⁵ CFR. BARRERA GRAF. Instituciones de Derecho Comercial. Op Cit. 590

¹³⁶ CFR. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ. Derecho Mercantil. Op Cit. p. 126.

Consideramos que a este último punto, se le debe dar y tratar con el mayor cuidado e importancia, ya que los daños en el derecho mexicano pueden ser tanto materiales como morales, los primeros sin duda son fáciles de cuantificar contrarios a los segundos que en primer lugar, no aceptan prueba en contrario y su cuantificación dependerá de lo que solicita el agravado, que hasta cierto punto, podría desequilibrar las finanzas de una empresa mercantil.

Por otra parte, de la aprobación resuelta por los accionistas, respecto a la información financiera anual de los administradores, jamás considera el maestro Fisch Phillip, podrá ser interpretada como aprobación de su gestión, asimismo una declaración de la Asamblea General de Accionistas, por medio de la cuál se efectúa una descarga de administradores en forma general (no concretizada a ciertos actos de administración), respecto al desempeño de su cargo, se entenderá simplemente como expresión de confianza general, y no como renuncia a responsabilidades concretas ni como aprobación de ciertas operaciones.

Otra manera, podría ser que la Asamblea General de Accionistas, se reserva con su administrador (sin indicación de motivos de responsabilidad), en este supuesto, se plantea la cuestión, que si en este caso el administrador tendrá a su favor una acción judicial contra la sociedad, para que, se decida por la autoridad judicial, sobre su responsabilidad y concluya esta situación de incertidumbre causada por cualquier reserva por parte de la sociedad.

En este sentido, el maestro Frisch opina, que en el caso que no se encuentre esta acción en el Código Procesal se podría aceptar la admisibilidad de una

acción judicial por medio de la cual se demandara una resolución Declaratoria a través de la cual se constate la inexistencia de las irregularidades.

Por lo que se refiere a la renunciabilidad de derechos de indemnización correspondientes a la sociedad frente a administradores al igual que el autor antes citado opinó, que en tales derechos no se incluyen únicamente conductas ilícitas incompatibles con normas legales, estatutarias o contractuales sino también acciones basadas en enriquecimiento ilegítimo causado en favor de administradores en detrimento de la sociedad en cuanto tal conducta este relacionada con el ejercicio del cargo societario en forma directa o indirecta, inclusive situaciones de exceso del mismo; pero claro está, que renunciaciones o transacciones podrán hacerse con la condición suspensiva relativa al consentimiento de la Asamblea General de Accionistas.¹³⁷

V. Contenido de la Responsabilidad por Daños al patrimonio Social.

Las acciones de responsabilidad tienen un contenido de carácter patrimonial, por lo que llevan implícita la indemnización de los daños y perjuicios que sufra la sociedad en los términos del artículo 2104 del Código Civil, también puede consistir en obligaciones de no hacer, o sea, imponer la abstención de actuar en el futuro y pagar “ daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención” (artículo 2104 Código Civil in fine), o cuando se

¹³⁷ CFR. FRISCH PHILLIP. Sociedad Anónima Mexicana. Op Cit. p. 408-409-

haya vislado un pacto de no competencia; Y reclamar la responsabilidad moral en los términos del artículo 1916 del Código Civil.

Del análisis del texto del artículo 1916 del Código Civil, que hace el maestro Barrera el que compartimos plenamente, opina, que si bien es cierto que, este artículo excluye del daño moral al Estado, en ningún momento se expresa que se excluye a las sociedades, por lo que, por analogía admite tácitamente que opera respecto a otras personas morales en las que se admitirían a las sociedades mercantiles.¹³⁸

Por otra parte, opina, que estas acciones de responsabilidad provienen de la misma representación de la sociedad, ya que hay en ella la afectación del patrimonio del representado en virtud de los actos realizados por el representante quién manifiesta una voluntad que le es propia y no la voluntad del representado, y todas las exigencias del derecho respecto al consentimiento manifestado por él, aunque las consecuencias de dichos vicios se reflejen en el patrimonio del representado.¹³⁹

Enmarcados siempre en este punto, analizaremos algunas consideraciones que se ventilan en la legislación española, donde a partir de 1989 con la reforma efectuada a su LSA (Ley de Sociedad Anónima), se crea un régimen de responsabilidad más riguroso fundado en la complejidad de la función administrativa y el especial deber de diligencia que le es propia.

Dentro de los principales avances en esta legislación tenemos:

¹³⁸ CFR. BARRERA GRAF. Instituciones de Derecho Mercantil. Op Cit. p. 591.

¹³⁹ Cfr. BAUCHE. La Empresa. Op Cit. p. 505.

a) La exclusión de la exigencia de un grado calificado de culpa.

b) La introducción de importantes novedades, dotadas de una gran relevancia práctica, en consonancia con la función preventiva y reparadora; pero también sancionatoria, que la institución de la responsabilidad esta llamada a cumplir en la esfera societaria.

Por otra parte, se recuerda en esta legislación, que la Sociedad Anónima adopta una estructura orgánica, no contractualista; por lo que, la dirección aparece configurada dentro de un ámbito propio y autónomo de competencias, ello explica, por un lado, que la responsabilidad derivada del incumplimiento de las funciones inherentes al cargo tiene naturaleza orgánica (artículo 133.1 LSA), y por otro, que ha dicha responsabilidad queda sujeta no el propio órgano (en el ejercicio de su competencia que le son propias (según ley-estatutos), sino las personas físicas titulares de la condición de órgano.

El maestro Alonso Ureba, en el libro del maestro Garrigues Walker, considera, que la responsabilidad se exige, no al órgano como tal, sino a sus miembros, con base en que, el órgano es definido como un conjunto de competencias establecida legal y estatutariamente, y los miembros del órgano a juicio de este autor, son las personas que asumen el ejercicio de dicha competencia. De ahí que el deber de diligencia se exija precisamente a quienes ocupan la posición jurídica de miembro del órgano.

Por otro lado, la voluntad del órgano se manifiesta mediante decisiones de carácter unipersonal y pluripersonal, quienes a su vez ejecutan dichas

decisiones y en esta actuación de decidir, acordar o ejecutar donde puede incumplirse el deber general de diligencia que la ley les impone causando daños a la sociedad.

Por lo que se trata de una responsabilidad personal de todos los miembros del órgano de administración, en los casos en que el cargo de administrador corresponda a una persona jurídica, como es el caso en España, actuando a través de su representante legal, será la persona física administrador, dado el carácter personal de la responsabilidad, sin perjuicio, de que las consecuencias patrimoniales se imputen a su vez a la persona jurídica de la que es su representante, con la subsiguiente acción interna de regreso, en su caso.

Afirma el maestro Ureba, en el mismo libro arriba citado, que pese a no contar con normas expresas que así lo establezcan, el régimen de responsabilidad en su conjunto tanto por su estructura como por la finalidad que cumpla, ha de caracterizarse como de orden público, lo que implica su indisponibilidad como principio; por lo que no se admite, pues, la derogación convencional. Esta debe ser la regla general. La renuncia posterior, lo mismo que las transacciones, están ya contempladas en la ley y serán válidas solo con los requisitos allí establecidos.

Se trata finalmente de una responsabilidad de carácter jurídico privado en cuanto que ésta es la naturaleza del régimen estructural u orgánico de la Sociedad Anónima y es, además, una responsabilidad civil por daños ya que persigue el resarcimiento patrimonial de la sociedad.

Esta caracterización permite deslindar el ámbito de la responsabilidad social de otros supuestos de responsabilidad (fiscal, penal, administrativa), en que puedan incurrir los administradores cuando sus actuaciones sean constitutivas de ilícitos penales o de infracciones administrativas de tal naturaleza.

Ésta Ley de Sociedades Anónimas de España, parte de un doble supuesto de responsabilidad:

a) Por un lado, los daños causados al patrimonio de la sociedad, exigible por la propia sociedad, previo acuerdo de la Asamblea General de Accionistas; pero también por los socios minoritarios y en su caso por los acreedores, a través de la acción social de responsabilidad.

b) Por otro lado, la responsabilidad derivada de daños causados directamente en el patrimonio del socio o tercero y exigible a través de la acción individual de responsabilidad.

El criterio de distinción entre ambas categorías de acciones viene dado por el patrimonio sobre el que incide el daño ocasionado por el acto de los administradores.

Sin embargo, pese a la claridad con que este criterio viene formulado, en la práctica no siempre es fácil determinarlo ya que reviste de una especial complejidad, cuando por ejemplo en una situación de crisis económica la sociedad deja de atender los créditos de los acreedores provocando con ello la lesión de sus intereses de carácter patrimonial.

Por lo que, determinar en qué circunstancias y bajo qué presupuestos la causación del daño se puede reconducir al ámbito de aplicación de la acción individual o más bien se inserta en el marco del ejercicio de la acción social por los acreedores.¹⁴⁰

Basándonos en los argumentos anteriores, es preciso considerar que sólo una cuidadosa delimitación del concepto de daño provocado directamente en el ámbito de las relaciones sistemáticas entre ambas acciones puede descubrir, más allá de la existencia de un mero daño a los intereses de los terceros.

VI. Elementos Constitutivos de la Responsabilidad Social.

VI.I.- Incumplimiento de las Obligaciones Propias del cargo.

La aceptación del cargo de administrador como anteriormente se dijo lleva implícita la promesa de cumplimiento de un conjunto de disposiciones legales o estatutarias, determinadas y precisas, por lo que diríamos que la fuente inmediata de la responsabilidad que produce la violación de esos deberes, es la ley misma o los estatutos de la sociedad, lo que coloca a los administradores en la situación de obligados a reparar los daños que causan a la sociedad, a los socios y a los terceros, por la inejecución del deber que se ha establecido en la norma.

¹⁴⁰ CFR. GARRIGUES WALKER, Antonio. Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capitales. Edit. Mcgran-Hill. Madrid, España. 1996. p. 10-13

Basándose en ésta imposición, compete a los administradores mantener la legal estructura en el funcionamiento de la sociedad, por lo que estos están obligados en el régimen mexicano a:

1) Mantener de forma regular y ordenada los libros de acta y de contabilidad de la sociedad (artículo 158 fracción III, de LGSM).

2) Expedir oportunamente los certificados provisionales y los títulos representativos de las acciones (artículo 124 de LGSM).

3) Convocar periódicamente a la asamblea ordinaria y a la extraordinaria en los casos de su competencia (artículos 181,182,183 de la LGSM).

4) Poner a disposición de los comisarios y de los socios, sucesivamente y dentro de los plazos determinados, el balance y sus anexos, para que éstos puedan ejercer el derecho de información que les concierne (artículo 13,15 de la LGSM).

5) Presentar ante la AGA (asamblea general de accionistas), un balance anual y un informe justificado sobre los negocios de la sociedad (artículo 173 y 181 fracción 1 de la LGSM).

6) Convocar a los accionistas, cuando así lo soliciten los accionistas que representan por lo menos el 33% del capital social e incluir en la orden del día los asuntos que éstos indiquen (artículo 84 de la LGSM).

7) Abstenerse de ejercer el derecho de voto, si concurre en ellos la calidad de accionista:

- a) En las deliberaciones relativas a la aprobación del balance.
- b) En las que se refieren a su responsabilidad.
- c) En los casos que tenga un interés opuesto frente a la sociedad.

Un segundo grupo de deberes específicos impuestos por la ley a los administradores, se refiere directamente a la conservación del patrimonio de la sociedad, deberes que protegen los intereses de los acreedores, entre ellos tenemos:

- a) Velar de que las acciones, que no están totalmente pagadas, sean siempre representadas por títulos nominativos (artículo 171 de la LGSM).
- b) Conservar en depósito cuando menos durante dos años las acciones que presenten aportaciones en especie y proceder a ejercer contra el titular de dichas acciones, la acción procesal de cobro para integrar el valor nominal de la acción, si los bienes aportados, en el plazo indicado disminuyen de valor en más del 25% (art. 141 LGSM).
- c) La prohibición de repartir dividendos ficticios. (Artículos 19 y 158 fracción II LGSM).
- d) La obligación de formar y reconstruir la reserva legal (artículo 20 LGSM)

e) La obligación de prestar, cuando se establece por la Asamblea General de Accionistas, caución de su manejo (artículo 152 LGSM).

Sobre la base del examen, del contenido del órgano administrativo, se puede desprender dos elementos: por una parte, un conjunto de deberes establecidos en la ley o señalados en los estatutos de la sociedad; por otra, la existencia de un conjunto de poderes que se otorgan a los titulares del órgano para hacer posible el cumplimiento de los deberes que se les imponen.

De lo anterior, se desprende que es “causa de responsabilidad de los administradores la conducta observada por ellos, en contra de la norma reguladora de la competencia del órgano.”¹⁴¹

El problema consiste, en precisar en que momento los actos de los administradores se llevan a cabo fuera de la órbita de competencia del órgano de administración, entendida esta, como un conjunto de poderes otorgados, la cual deberá ser resuelta por el juzgador con un criterio enteramente objetivo; pero si su actuación es ejercida aun dentro de la competencia del órgano, y no prestan el debido cuidado que han de poner en los negocios de la sociedad y en el manejo de los asuntos que le han sido encomendados; sea porque ejerzan indebidamente los poderes que les corresponden, o porque se abstengan de ejercerlos, cuando debieran ponerlos en actividad.

¹⁴¹ BETTI Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico”, Revista de derecho privado. Número 3, Madrid España. S/F.E. p. 196.

En este supuesto para confrontar la conducta observada con la esperada, deberá el juzgador recurrir a un criterio subjetivo para determinar si dicha conducta, como dicen los maestros Mazeaud “constituye la inejecución de un deber que el agente podía conocer y observar”¹⁴², o en fin, constituye un error de conducta que no habría cometido una persona prudente.

En el mismo sentido la legislación española considera que los administradores incumplen sus obligaciones ya sea por acción u omisión, produciendo responsabilidad para tales cuando causan daño a la sociedad; por lo que, el estudio de cuáles son sus obligaciones constituye la base a la hora de analizar su responsabilidad.

Para saber cuando existe un incumplimiento es preciso como, apunta el maestro Garrigues saber antes cuales son las obligaciones propias del cargo; el incumplimiento de estas últimas constituirá, por tanto, un acto ilícito en el ejercicio de las funciones encomendadas al administrador.

En primer lugar éste autor, considera los actos ilegales, como un abarcamiento de toda norma jurídica escrita, cualquiera que sea su rango, siempre que de manera específica o genérica imponga obligaciones a los administradores en su condición de miembros del órgano.

Para el caso, la Ley General de Sociedades Mercantiles, específicamente en el capítulo que se refiere a la Sociedad Anónima, recoge buena parte de las funciones y competencias que el orden de la gestión y representación corresponden a los administradores. Aunque en la práctica son raras las ocasiones en que se ejercita la acción de responsabilidad por el

¹⁴² MAZEUD, Henry y León. Compendio de Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil. Tomo 1. México. p. 196.

incumplimiento de alguna de las obligaciones formales establecidas en la Ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana.

Junto a los actos ilegales fundados en las obligaciones formales tenemos aquellos por incumplimiento de las obligaciones derivadas de los estatutos, o sea, los actos antiestatutarios.

Aunque cabe observar que la conducta del administrador frente a las cláusulas estatutarias se extiende únicamente a las cláusulas válidas o lícitas y, por consiguiente, el incumplimiento de las nulas no daría lugar, por sí sola, a un supuesto de responsabilidad.

Se complementan también, aparte de las obligaciones legalmente exigidas, aquellas normas del estatuto que relacionan con el régimen de convocatoria de la junta general, otro caso, sería la forma de intervención de los administradores en cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones.

Sobre la base de lo anterior, observamos que los administradores pueden verse sujetos a responsabilidad en caso de incumplimiento del deber general de ejecución de los acuerdos adoptados por la Asamblea General de Accionistas, siempre y cuando éstos, estén al margen de la ley y de los estatutos, ya que estos constituyen una fuente de las obligaciones para los administradores.

Los acuerdos válidos no plantean problemas especiales frente al deber de ejecución, las dificultades surge en relación con los acuerdos nulos. Al

respecto consideramos el criterio según el cual, no se impone la exigibilidad alguna por el administrador.

Sin duda alguna, es acertada la reforma introducida al artículo 116 LSA de España, respecto al supuesto de los acuerdos anulables, en la que se convierten en anulables los acuerdos sociales nulos desde la perspectiva de su impugnabilidad, originándose de esta suerte, una especie de nulidad claudicante que queda sonada por el transcurso del plazo de caducidad. Pues bien, si el administrador se encuentra ante un supuesto de nulidad vendrá obligado a cumplir el acuerdo hasta que un pronunciamiento judicial establezca otra cosa.

Otra dificultad, es el estudio de las limitaciones que puedan derivarse de la posición jurídica de los administradores como consecuencia de la distribución de competencias en los distintos órganos, lo que se traduce en una clara limitación del reparto de tales competencias como fuente de las obligaciones de los administradores.

Lo anterior, consideramos se puede traducir de la siguiente manera, si la administración de la Sociedad Anónima, corresponde en exclusiva al órgano de administración, sin que quepa la injerencia de la Asamblea General de Accionistas, los acuerdos que en todo caso tome esta última relativos a la gestión de la sociedad no obligará a los administradores.

Por otra parte se establecen diversas obligaciones que derivan del deber general de actuar diligentemente en la administración y representación social, por lo que, los miembros del órgano de gestión están obligados a promover

con diligencia la realización del interés social teniendo presente no solo el interés común de los socios, sino los intereses de los trabajadores y los intereses de la economía nacional.

En referencia a esta concepción vale la pena precisar, el deber de diligencia como una verdadera dificultad, tomando como base el modelo de director de negocios que implica por lo tanto un nivel de diligencia más profesionalizado o técnico, requisito que realmente solo lo pueden cumplir las grandes empresas; pero no así las pequeñas y medianas que tiene la estructura de sociedad anónima que creemos que se basan más en el modelo de un Empresario Ordenado.

En este último caso, entra en conflicto por una parte el criterio de determinación del contenido de la responsabilidad, ya que el administrador ya sea de grandes empresas como de medianas o pequeñas, entraña en el cumplimiento de exigencias cada vez más profesionales de las fundadas en las reglas de buena gestión en el tráfico mercantil, requisito hasta cierto punto de fácil manejo por las grandes empresas debido a su capacidad económica de contratar verdaderos profesionales, no así de aquellas que no cuentan con los recursos económicos indispensables para realizar dichas contrataciones y que en la mayoría de las veces como es típico en la economía latinoamericana la realiza él accionista mayoritario independientemente que no tenga la capacidad requerida o un familiar o un recomendado por éste.

Con respecto, a cuál realmente es la concreción del deber general de actuar diligentemente, podríamos decir, que esta se realiza en función del objeto y fin

social, así como de aquellas otras circunstancias que puedan darse en la actuación concreta de que se trate.

Esta simple consideración menciona el maestro Garrigues, debería bastar para alertarnos sobre la necesidad de diferenciar esta función de fuentes de obligaciones, y consiguientemente de eventual responsabilidad, que desempeña el deber general de administrar y representar a la sociedad, función que es atribuida a la “cláusula de diligencia”, entendiendo esta, como la obligación general que pesa sobre el administrador de actuar con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.

De tal, resulta que los administradores, en su calidad de gestores de intereses ajenos, deben promover los fines de la sociedad y, en consecuencia evitar cualquier actuación que obstaculice su cumplimiento.

Entre las manifestaciones típicas del deber de fidelidad destacan la prohibición de competencia, la de realizar negocios en conflicto de intereses y la genérica prohibición de utilizar en beneficio propio su posición orgánica.

Por otra parte, es común en la doctrina, el punto referente a la exigencia de no confundir el éxito en el negocio con la observancia de la diligencia debida, ya que el negocio puede resultar fallido pese a la actuación diligente del administrador, sin que ello, signifique que la capacitación técnica de éste último sea irrelevante.¹⁴³

¹⁴³ CFR. GARRIGUES Walker. Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capitales. Op Cit. p. 13-19.

Afirmación anterior que no compartimos, ya que en todo caso la Asamblea General de Accionistas, como órgano facultado para decir quién será su administrador debe percatarse de todas las necesidades, para el buen funcionamiento de la empresa, por lo cual, si ésta contrata a una persona no capacitada hasta cierto punto consideraríamos que también es responsable, independientemente de la responsabilidad del administrador por supuesto.

VI.II.- Daños y Relación de Causalidad.

Los administradores son responsables de los daños causados a los socios y a la sociedad, cuando estos deriven del ejercicio de las funciones que corresponden al órgano desempeñar.

Esta reparación del daño causado comprende no solo la reparación civil¹⁴⁴ del daño causado en el patrimonio de la víctima (*damnum emergens*) sino también la indemnización a que tiene derecho el acreedor por la falta de ganancia lícita que hubiere obtenido, si la conducta culpable del deudor no se hubiere producido (*lucrum cesans*).

Por lo que, los administradores responderán de la reparación del menoscabo que haya sufrido el haber social o el patrimonio de terceros (socios), cuando esta se origine como consecuencia de su conducta dolosa o culposa.

Sin embargo esta distinción no es tajante, ya que el efecto del daño directamente sufrido por la sociedad, incide directamente en el patrimonio

¹⁴⁴ Artículo 2107 del Código Civil para el D.F.

individual de los accionistas, que por ello ven disminuir el valor de su acción que representa una parte del patrimonio social; también a los acreedores el daño en el patrimonio social indirectamente les lesiona al disminuir la garantía patrimonial con que cuentan para el pago de sus créditos.

Esta cuestión es de suma importancia, porque ha servido de base para atribuir o negar a los socios individualmente considerados, o constituidos en minorías y a los acreedores sociales, el ejercicio de una acción de responsabilidad en contra de los administradores en forma directa o subsidiaria y para determinar en cada uno de los sistemas legislativos, la finalidad perseguida por medio del ejercicio de esa acción, independientemente de la acción social.

Respecto al nexo de causalidad cabe destacar que en la responsabilidad contractual propiamente dicha, la relación de causa a efecto entre la obligación incumplida y el crédito insatisfecho, no requiere prueba alguna ya que la obligación nace con la simple mora o retardo del deudor de la prestación.

De la interpretación del artículo 1910 del Código Civil D.F. se desprende que el daño reparable, ha de ser consecuencia de la conducta ilícita del agente; por lo que, en la responsabilidad “aquiliana”, es preciso probar que entre la actividad culposa o dolosa del agente y el daño sufrido, existe una relación inmediata de causalidad, de manera que si el agente no hubiera realizado una cierta conducta, no se habría producido el daño que sufre la víctima.

Asimismo del análisis del artículo 2110 del Código Civil D.F., entendemos que producido el daño, es menester determinar si tiene por causa la violación de los deberes impuestos a los administradores.

Basándose en lo anterior, consideró que es necesario examinar en cada caso, si la conducta violatoria de deberes de los administradores, puede reputarse jurídicamente a causa del daño realizado.

Así nace la cuestión de esclarecer si en la causación del daño (particularmente tratándose de tercero) no ha intervenido la culpa o negligencia de la víctima, y si ha intervenido, en que medida.

En Derecho, no basta que la actividad de los administradores sea la causa eficiente productora del daño, es preciso investigar si la actividad violatoria es susceptible por si misma de producir el daño y en que medida ha sido equivalente a la culpa del administrador o la culpa de la víctima.¹⁴⁵

Sobre la base, de la legislación mexicana podemos concluir que la existencia del nexo de causalidad entre la conducta culpable de los administradores y el daño producido debe examinarse de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada; es decir, que la existencia de la culpa sea idónea para producir el daño, en el patrimonio de la víctima.

En este sentido es conveniente expresar que en la jurisprudencia Española se ha sentado el principio de la necesaria concurrencia tanto de la existencia de un daño patrimonial a la sociedad con su conexión causal con el incumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo.

¹⁴⁵ CFR. GALINDO GARFIAS. Responsabilidad Civil de los Administradores. Op Cit. p. 120-125.

Por nuestra parte, entendemos, que del incumplimiento de las obligaciones propias del cargo de administración, esta ha de ser la causa de los daños producidos a la sociedad, entendiendo por tales, tanto la disminución patrimonial como el beneficio no obtenido; por lo que este nexo causal constituye el presupuesto material de la acción social de responsabilidad frente de los administradores.

En este caso, es considerable, que el juzgador debe ponderar todos los factores externos a la hora de concretar la responsabilidad, habiendo ya establecido como criterio general, la exigencia de que los daños sean consecuencia directa e inmediata de la actuación u omisión de que se trate, criterio que deberá aplicarse no sólo para la determinación del Daño emergente (disminución patrimonial) sino también para el Lucro cesante (beneficio no obtenido).

De lo anterior resulta cierto, que en la práctica no siempre será posible acreditar la existencia de esta relación de causalidad ya que con frecuencia, muchas de las infracciones de las obligaciones de los administradores no determinan directamente ningún daño a la sociedad.

En otros casos, aunque las decisiones adoptadas comporten costos sociales discutibles en términos de máximo beneficio, carecen de relevancia alguna, ya que la naturaleza de la actividad empresarial y la posición orgánica de los administradores hacen que tales actos formen parte de la esfera de libre decisión de los administradores.¹⁴⁶

¹⁴⁶ *Ibidem* p.19.

VI.III.- Culpa

De la culpa en su amplio significado de lesión injusta, nace una relación especial, distinta, que tiene por objeto la responsabilidad del agente y como consecuencia de ésta, la reparación del daño causado. La construcción jurídica de la “Culpa” se basa en este concepto fundamental, que demuestra por sí solo la unidad de una institución, la cual tiene como fuente al Derecho Romano y que ha sido adoptada por las legislaciones latinas debido a la influencia del Código de Napoleón de 1804, el cual a su vez retoma al derecho anteriormente citado.

El punto de partida de nuestro estudio es analizar primeramente el origen del concepto de culpa su desarrollo y clasificación, haciendo alusión al Derecho Romano y posteriormente explicar la forma en que esta figura es adoptada por el derecho positivo mexicano, para concluir analizando el tema de la “responsabilidad civil por culpa” de los administradores de empresas.

VI.III.- I.- La Culpa en el derecho Romano.

La culpa se inicia a través de la *Lex Aquilia* la cual dio una reglamentación uniforme de los casos de los daños en las cosas. Por daño se entendía la pérdida que sufre un propietario por detrimento de una cosa que le pertenece, o daño culposamente causado en una cosa ajena.

Posteriormente el delito de daño injustamente causado se tipifica por un plebiscito quizá en el año 286 a.C. que tuvo especial importancia para la elaboración jurisprudencial de la *Lex Aquilia* de daño. Luego con la práctica

pretoria y la actividad jurisprudencial se amplió y mejoró el deficiente régimen del daño contemplado por dicha ley.¹⁴⁷

VI.III.-II.- La Culpa Aquiliana en el Derecho Positivo Mexicano.

El complejo problema de la responsabilidad por culpa, el cual para el maestro Galindo Grañas surge solo en el ejercicio de los poderes del órgano, distinguiendo esta situación de aquellos casos en que se trate de la violación de deberes específicos o de la incompetencia del órgano, en los cuales la responsabilidad nace de un hecho violatorio de preceptos legales o estatutarios determinados.

Éste considera, contrarias a las opiniones de los maestros Henry y León Mazeaud que la falta de cuidado, la impericia o la inadvertencia, que constituye el error de conducta y que de una manera general determina la culpa, solo pueden ser invocados como causa de responsabilidad, en relación con la actividad de los administradores, cuando actuando dentro de la órbita de su competencia ejercen los poderes del órgano sin atender a los fines para los que les han sido conferidos, o simplemente no los ponen en ejercicio, cuando debieren hacerlo.

En referencia a los actos u omisiones de los administradores, que infrinjan la obligación de hacer o no hacer a su cargo, impuestas concretamente en la ley, en los estatutos sociales o derivados de los acuerdos de la asamblea, da lugar a la obligación de reparar los daños que origine esa actividad, violatoria de la

¹⁴⁷ Cfr. DORS, Avaro. Derecho Privado Romano. Quinta edición. Edit. Universitaria de Navarra, EUNSA. España. 1983. P. 434-438.

ley o del estatuto cuando se infringen normas concretas de conducta señalada a los administradores.

Conviene recordar aquí, aquella distinción en el Derecho Civil particularmente en materia de responsabilidad civil que estudia la conducta regulada del hombre en dos grandes categorías: la conducta de resultado y la conducta de medios para la obtención de un fin.

La primera se refiere a la violación material de los deberes objetivamente determinados por la ley, la cual es fuente de responsabilidad para los administradores, si su incumplimiento ha dado lugar a la causación de un daño.

No ocurre así, con el cumplimiento del deber de buena gestión; porque en este caso, existe la posibilidad de apreciar si la conducta de los administradores es adecuada a la realización de las obligaciones del órgano, independientemente de que se haya alcanzado el resultado esperado de la ejecución de esa conducta (idónea o intelectual).

En este segundo supuesto, para calificar la comparación de la conducta observada con un patrón o tipo ideal que representa la idea de deber es necesario hacerlo mediante un criterio valorativo.

Importante aquí es recordar el concepto de conducta culpable que da el autor en consulta, basado este, en los conceptos de Rene Savatier, para él que, la noción de culpa, se refiere a la conducta normalmente esperada del sujeto en relación con ese concepto o idea de deber.

La noción de culpa, aplicada a los administradores de la Sociedad Anónima, debe ponerse en relación, como toda culpa, con la noción de una cierta diligencia, que a su vez comprende el desarrollo de una actividad; pero no se trata aquí de una actividad cualquier, sino calificada por el concepto de administración y dirigida hacia la realización de esos deberes.

Por ello, es que se habla de poderes-deberes y no de simples facultades o derechos; ya que no solo se espera de los titulares del órgano que esa actividad impuesta a ellos ha de ser realizada, sino que los administradores garantizan la ejecución de esa conducta esperada con su propia responsabilidad material en el caso de la violación de los deberes que están obligados a cumplir ineludiblemente.

Siguiendo siempre el análisis de los deberes impuestos al órgano de administración en relación con la culpa, es de suma importancia tener presente que en estos queda comprendida la diligencia que han de emplear vigilando la marcha general de los negocios de la sociedad.

En la vigilancia se encuentran comprendidas la observancia de las actividades de los delegados del órgano, de los gerentes y apoderados de la sociedad ya que de lo contrario el administrador incurriría en una *culpa in eligendo o in vigilando*.

VI.III.III.- Culpa In Vigilando

Puede decirse que a través de la vigilancia de los negocios que se practican día tras día, y de la conducta de aquellas personas encargadas de realizarlos, es como en verdad, el órgano administrativo llena su cometido, confrontando aquellos actos, con la dirección que imprime la responsabilidad de los administradores.

La culpa in vigilando es decisiva en el caso, para determinar la responsabilidad de los administradores.

En este caso, hay que diferenciar que el deber de vigilancia de los administradores engloba en el de la marcha general del negocio; contrario al de los gerentes que simplemente se limitan al cumplimiento de las obligaciones que se le han encomendado.

En el caso específico de la designación de gerentes hay que tener mucho cuidado ya que una mala escogencia o designación da lugar a la *culpa In Eligendo*, por parte del órgano de administración.

Respecto a la responsabilidad del gerente hay que distinguir dos situaciones:

a) cuando forma parte del consejo de administración; en este caso, el gerente esta obligado a hacer constar su disentimiento en el momento de la deliberación si considera que la resolución que debe ejecutar, como gerente, es un acuerdo lesívo.

b) Cuando no forma parte del consejo de administración no puede rehusarse a ejecutar la resolución adoptada por el órgano administrativo,

porque ésta obligado a cumplir, como simple ejecutor las resoluciones del consejo de administración y por lo tanto, no compromete su responsabilidad.

No debe olvidarse que el gerente ocupa una posición jerárquica inferior al órgano administrativo, que sus facultades son; las que señala este órgano o los estatutos sociales, frente al cual no disfruta de autonomía (contrario al órgano de administración respecto a la Asamblea General de Accionista) y, que la voluntad social a la cual se encuentra sometido ha sido expresada por el órgano de administración.

En consecuencia, la responsabilidad por actos de este órgano no puede alcanzarle, ya que éste carece de facultades para rehusarse a cumplir lo ordenado por el órgano administrativo, al que se encuentra completamente sometido.

Contra tal afirmación nos encontramos, ya que ninguna ley obliga al gerente a anular su voluntad frente a las órdenes ilegítimas de los administradores.

Por otra parte, la realización de una conducta a sabiendas que producirá un daño a otro (dolo), se manifiesta en el caso de los administradores frente a la sociedad cuando éstos redactan los balances e informes de manera falsa para ocultar pérdidas realmente sufridas, lo que conlleva también a una violación del deber de lealtad frente a la sociedad.

Frente a los accionistas se manifiesta, cuando hay un abuso de poderes, en detrimento de los derechos individuales de los socios o de los derechos de la minoría.

Podríamos citar como ejemplo a este respecto, la negativa de los administradores a permitir la entrada a la asamblea general a uno o varios accionistas que acrediten su derecho de asistencia a la reunión de socios (artículo 79 LGSM).

Otro caso, es cuando los administradores se niegan a poner a disposición de los accionistas, cuando menos quince días antes de la asamblea, los libros y papeles de la sociedad relacionados con los objetos de la reunión (artículo 186 LGSM).¹⁴⁸

Cabe aclarar, antes de proceder a dar mis conclusiones, basadas en el estudio realizado a la luz de varios autores, que el presente y somero estudio realizado del complejo problema de la culpa, no pretende en ningún momento resolver el problema sino más bien dar una distinción de su naturaleza compleja y dar la pauta para examinar los diversos aspectos de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad.

En conclusión, podemos afirmar que el estudio de la culpa en que incurren los administradores de la Sociedad Anónima puede tener su origen:

¹⁴⁸ *Ibidem* p. 112-132.

a) La que deriva de la simple violación o incumplimiento de las obligaciones específicas (legales o estatutarias), establecidas a cargo de los administradores.

b) La culpa propiamente dicha, proviene de negligencia, falta de atención o cuidado en el cumplimiento del deber general de buena gestión.

c) La culpa que toma su origen de la omisión de aquella diligencia que deben poner los administradores en la vigilancia de la conducta de los delegados, gerentes y apoderados de la sociedad

d) La que nace de obrar ilícitamente o en contra de las buenas costumbres que causen un daño a un tercero (naturaleza delictuosa de la conducta).

e) La culpa extracontractual (caso de maniobras dolosas y derivadas de la actividad culpable).

En referencia a este punto, la legislación española considera que la responsabilidad de los administradores sigue anclada en el marco conceptual general de la llamada responsabilidad por culpa, por lo que, son trasladables a este supuesto, los principios generales del derecho común en materia de responsabilidad civil.

Un avance trascendental al respecto, ha tenido la legislación Española, que en su nueva LSA de 1989, en ningún momento incluye excepciones a este

régimen, ya que establece el ámbito de la responsabilidad por culpa sin incluir los supuestos que esta sean leve o levísima.

Por lo que, toda infracción del deber de diligencia impuesto al administrador para el ejercicio de su cargo, origina sin más la correspondiente responsabilidad, siempre que, además de los restantes supuestos normativos, la conducta (acción u Omisión) sea imputable al administrador como miembro del órgano de administración de la S.A.; concretándose esta con la idea de culpa, ya que, como menciona Esteban Velasco, que el criterio de la imputación subjetiva del incumplimiento sea el propio de la (culpa-negligencia).

Conviene por otra parte, hacer referencia que para varios autores, consideran que este proyecto de reforma a la LSA española, no acogido un modelo de responsabilidad aplicable a los daño realizados sin la diligencia con que debe desempeñarse el cargo, cuyo fundamento aparezca desligado del grado de diligencia empleado por el administrador; de lo contrario; dicen, se estaría admitiendo la hipótesis de un incumplimiento no culpable de las obligaciones legales o estatutarias, con el corolario, de que en este caso, el daño derivado de la realización de un acto contrario a la ley o a los estatutos vendría resarcido por tratarse justamente de una responsabilidad tipificada y profesional, con independencia de sí tal responsabilidad viene legal e implícitamente apoyada o no en una presunción de culpa, ya que la culpa aquí consistiría en el incumplimiento mismo.

De las ideas que preceden, se puede manifestar que la culpa sigue siendo, un elemento constitutivo de la responsabilidad; la diligencia, el parámetro de medida de ese comportamiento culposo.

En este mismo ámbito, también se habla de la implicación normativa de la voluntariedad de la conducta del administrador (actos propios), exigencia incompatible con la existencia de causa que, en un caso concreto, excluyan la libertad de actuación de los administradores; por lo que nos encontramos, ante una simple proyección al supuesto concreto de responsabilidad de los administradores de la teoría general del ilícito civil.¹⁴⁹

VII.- Concurrencia de Varios Administradores en la Producción del daño.

VII.I.- Solidaridad.

En cuanto a la forma en que los administradores responden si son dos o más, de la reparación de los daños causados a la sociedad y a los terceros en ejercicio de las funciones de que están investidos, puesto que deben actuar colectivamente ya en principio su responsabilidad es también colectiva.

Si bien el artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, precisa de forma casuística los casos en que considera a los administradores solidariamente responsables con la sociedad; fracciones que no compartimos y

¹⁴⁹ CFR. GARRIGUES. Tratado de Derecho Mercantil. Op. Cit. p. 1055-1056.

que desarrollaremos posteriormente porque limitan aparentemente los supuestos de responsabilidad que derivan de la conducta ilegal de alguno de sus miembros (consejo de administración), caso el cual, todos incurren en responsabilidad solidaria entendiéndose también que dicha solidaridad es asumida igualmente por la sociedad respecto a los daño y perjuicios que éstos, al actuar ilícitamente, causen en el ejercicio de sus funciones (artículo 1918 Código Civil.) Y también de los actos que las excedan (ultra vires).

Los casos de responsabilidad solidaria de los administradores con la sociedad, enumerados en el artículo 158 de la LGSM son:

- 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 la AGA.

Cabe resaltar que nuestra inconformidad respecto a la elaboración casuística por parte del legislador es sobre la base, de que estos, no son los únicos casos en que se impone solidaridad, sino que otros actos adicionales y ciertas omisiones del órgano también la establecen, tales son por ejemplo:

La realización de actos jurídicos como representantes de una sociedad irregular (artículo 2 párrafo V de la LGSM), La autorización que los administradores otorgan para que la sociedad adquiriera sus propias acciones (artículo 138 de la LGSM), la omisión de separar utilidades para constituir o incrementar la reserva legal (artículo 21 párrafo 1 de la LGSM), la responsabilidad extracontractual que indica el (artículo 1917 del Código Civil del D.F.).

Así también, el artículo 159 de la LGSM, Establece la solidaridad en la obligación de reparar los daños causados; pero no establece la solidaridad en la culpa puesto que cada uno de los administradores, que no sean culpables, puede salvar su responsabilidad, haciendo constar su inconformidad en el momento de la resolución de que se trate.

La base de la responsabilidad solidaria de los administradores como anteriormente se dijo la encontramos ligada siempre al concepto de culpa; empero no se requiere que la conducta dañosa sea imputable a todos los titulares del órgano administrativo, para que todos deban responder solidariamente de la reparación del daño.

La responsabilidad solidaria no solo se deriva, por los actos que concurren en el tiempo de desempeño del cargo, sino también con las personas que los precedieron en el ejercicio de las funciones de administración.

En este supuesto, su responsabilidad, deriva de una *culpa In Ommittendo*, que le hace participar en las irregularidades dañosas, cuando está obligado a darlas

a conocer al órgano de control de la sociedad por escrito, luego que lleguen a su conocimiento.

Siguiendo el pensamiento de Rodríguez y Rodríguez¹⁵⁰, en este caso creemos, que no puede confundirse la responsabilidad de aquellos que fueron extraños al acto dañoso, por orden del tiempo, por lo que sería necesario, antes de imputar responsabilidad determinar cual de las administraciones ha causado el daño para decretar el consiguiente pago de resarcimiento ya que en todo caso, la nueva administración responderá de los abusos pasados siempre que estos perduren y se manifiesten en el estado patrimonial de la sociedad en sus ejercicios, con base en que la ley estima suficientes las responsabilidades impuestas para cada ejercicio anual a los administradores y a los comisarios que tienen el gobierno de la sociedad.

Para el caso, el maestro Gay Montella¹⁵¹ al comentar, que la LSA española declara que la solidaridad proviene de la naturaleza orgánica del consejo, es con el afán de establecer que la sociedad puede demandar a todos o alguno de ellos sin necesidad de probar la culpa específica del demandado.

Este sistema, concuerda con el que sigue la LGSM, Conforme al cual no se requiere la prueba de la culpa individual del administrador para que se le considere responsable (solidaridad propiamente dicha).

¹⁵⁰ CFR. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ. Tratado de sociedades mercantiles. Op Cit. p. 166

¹⁵¹ CFR. GAY DE MONTELLA, R. Tratado Práctico de Sociedades Anónimas. S/E. Barcelona España. 1952. p. 310.

El Derecho mexicano, cuando existe pluralidad de deudores, debe distinguirse la simple mancomunidad, de la solidaridad propiamente dicha.

Se entiende la figura jurídica de mancomunidad¹⁵², como aquella, en que cada uno de los deudores reporta frente al acreedor, la obligación de cubrir la parte alícuota de la deuda.

La solidaridad pasiva se manifestara “cuando dos o más deudores reportan la obligación de prestar cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida”

Por otra parte la ley establece que la “solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes”.

De lo anterior resulta que la solidaridad se encuentra enmarcada en la obligación de reparar los daños que causen los administradores a la sociedad en ejercicios de sus funciones, que proviene del acuerdo de la asamblea que los ha colocado en determinada situación jurídica, para ejercer los poderes-deberes, derivados de la situación jurídica en que se encuentran colocados los titulares del órgano de administración.

El maestro Joaquín Garrigues distingue la solidaridad en la culpa de la solidaridad en la obligación de reparar el daño causado.

“La primera considera que hay que entenderla en el sentido de presunción de culpa de todos los administradores, mientras cada uno de ellos en particular no

¹⁵² Artículos 1984,1985 y 1986 del Código Civil D.F.

demuestre su inocencia. La segunda, partiendo de la existencia de una culpa colectiva se propone favorecer al que demanda la indemnización, permitiéndole que reclame de cualquier administrador culpable la totalidad del daño sufrido”.¹⁵³

De dicha apreciación manifestada por el maestro Garrigues, intuimos, que en ciertos casos, los administradores quedan obligados individualmente a responder de los daños que causen.

Esto resulta en los casos que el órgano de administración distribuye sus funciones a uno de sus miembros como es el caso de nombrar un tesorero el que tendrá bajo su custodia y cuidado el manejo de los fondos de la sociedad, otro sería el caso establecido en el artículo 148 de la LGSM, en el que se posibilita al consejo para designar de entre sus miembros a un delegado para la ejecución de actos concretos (presidente de consejo), designación en la cual se otorgan ciertos poderes y deberes específicos dando con esto nacimiento a responsabilidades particulares.

Sin embargo, en ninguno de estos casos u otros que se dieran, se releva al órgano de administración de su función de vigilancia sobre las personas a quienes se les han atribuido funciones concretas; Incurriendo dicho órgano en la culpa in vigilando, por los actos ilícitos que éstos realizarán.

En este supuesto, cabe reafirmar que el delegado tiene calidad de simple ejecutor de la resolución adoptada, frente a la sociedad y frente a los terceros.

¹⁵³ GARRIGUES, Joaquín. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Op Cit. p. 137

Con lo anterior surge entonces la posibilidad de que el acuerdo del consejo de administración, por si mismo no sea fuente de daños, en tanto que solo los actos de ejecución sean causa generadora de la lesión reparable (independientemente de la declaración de voluntad del órgano de administración).

En este supuesto, si los actos de ejecución son causa de daño, en principio comprometen únicamente la responsabilidad del delegado ejecutor excepto que se pruebe la culpa in vigilando de los demás miembros del órgano de administración.

Pero si el órgano administrativo ha vigilado la conducta del administrador delegado y a pesar de ello se produce el daño, por la ejecución de los actos a él encomendados, sea por imprudencia, falta de cuidado, impericia, negligencia o dolo, sea por una conducta positiva o negativa del ejecutor, la responsabilidad es exclusiva del administrador delegado y solo él debe responder de los daños y perjuicios causados, en el ejercicio de las funciones ejecutivas que se le han encomendado, por lo que, la responsabilidad colectiva de los administradores debe ser estimada por el juzgador atendiendo a las circunstancias específicas de los actos que se trate.¹⁵⁴

Basados en los argumentos anteriormente expuestos, consideramos que la solidaridad en la obligación de reparar el daño causado, es una garantía de cumplimiento del deber de gestión y del adecuado funcionamiento del órgano.

¹⁵⁴ CFR. GARFIAS Ignacio. Responsabilidad Civil de los Administradores. Op Cit. p. 125.136.

Ahora bien, dado el principio general del derecho común, no contrariado por ninguna disposición de igual carácter general, de que la solidaridad no se presume sino que resulta de la ley o de la voluntad de las partes (artículo 1988 y 2573 del Código Civil.), la solidaridad pasiva respecto a responsabilidad de los administradores solo se justifica cuando se establece legal o estatutariamente.¹⁵⁵

Al respecto el maestro Mantilla Molina opina, con referencia en el artículo 157 de la misma ley en estudio que, los administradores son responsables frente a la sociedad del fiel desempeño de su cargo y que tal responsabilidad es solidaria entre los componentes de un mismo consejo (artículos 158,159 LGSM), y entre los que suceden en el cargo (artículo 160 LGSM).

En el primer caso, solo se exime de responsabilidad solidaria el consejero que haya manifestado su inconformidad con el acto que la engendra; pero no en él que haya estado ausente en el momento de tomarse la correspondiente resolución.

En el segundo caso, para salvar su propia responsabilidad, los administradores deben de poner en conocimiento del comisario, inmediatamente que conozcan las irregularidades que hubieren cometido sus predecesores.¹⁵⁶

Para el maestro Garrigues, la aplicación de la doctrina general en materia de solidaridad significa, la posibilidad de dirigir la acción social de responsabilidad contra cualquiera, varios o todos los administradores, tanto

¹⁵⁵ CFR. BARRERA GRAF. Instituciones de Derecho Mercantil. Op Cit. p.590-591.

¹⁵⁶ CFR. MANTILLA MOLINA. Derecho Mercantil. Op Cit. p. 413.

simultáneamente como sucesivamente, hasta lograr la satisfacción o reparación total del perjuicio causado a la sociedad. A su vez, en el ámbito de relaciones internas entre los administradores, aquellos que satisfagan el daño causado a la sociedad podrán dirigirse frente a los demás administradores en vía de regreso.

El criterio que se ha adoptado tanto por los tribunales, como la nueva normativa vigente opta claramente por la responsabilidad solidaria, mediante un mecanismo en que se integran armónicamente la presunción de culpa de los administradores y la inversión de la carga de la prueba (en caso de administración plural), en que el actor le bastara con alegar el incumplimiento por el administrador de las obligaciones propias del cargo. El demandante deberá demostrar en (contra del principio general) de que corresponde al demandante probar los presupuestos de responsabilidad (ausencia de culpa), es decir, el empleo de los medios disponibles para impedir la ejecución de la medida dañosa.

Conviene a este propósito destacar que el art. 133,2 de la LSA. Española, anuda la regla de solidaridad a todos los miembros del órgano de administración.

En el se contempla genéricamente el supuesto ordinario de pluralidad de administradores, sin que ello entrañe restricción alguna del juego de la responsabilidad solidaria en razón de la configuración del órgano de administración, con pluralidad de administradores.

La opción del legislador es clara en favor de la no-limitación del juego de la solidaridad en función de la estructura o forma que adopte el Órgano de administración con pluralidad de administradores.

La solidaridad se explica y justifica no tanto por razones de colegialidad como por consideraciones puramente pragmáticas de posibilidades y medios reales de prueba a partir de la valoración que el legislador ha hecho de las relaciones interorgánicas en la S.A., y particularmente de la posición de la sociedad (junta general), socios y terceros, frente al órgano de administración y la concentración en éste último de una amplia esfera de autonomía en su competencia de gestión y representación social.

En base, a estos planteamientos hechos en la legislación española se puede aludir que la formula planteada por esta legislación respecto a la solidaridad; permite resolver de forma satisfactoria la debatida cuestión de como coordinar, en los supuestos en que la sociedad este regida por un consejo de administración, la exigencia de culpa, que reviste casi siempre carácter personal, con el sistema de administración colegiado.

La aplicación de esta regla encierra, sin embargo, notables dificultades prácticas, su complejidad deriva sobre todo del hecho de que acreditar la culpa de cada uno de los administradores de la sociedad constituye, de suyo, una tarea punto menos que imposible. Ello no obsta para que la presunción de culpa y el carácter solidario de la responsabilidad constituyan en el plano técnico, la respuesta correcta, y generalizada en otros ordenamientos.¹⁵⁷

¹⁵⁷ CFR. GARRIGUES, Walker. Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capitales. Op Cit. p. 21-22.

VII.II.- Exoneración.

Congruentemente con lo estipulado en el artículo. 133.2 de la LSA. Española, se establece que solo se podrá exonerar de responsabilidad el administrador que pruebe haber cumplido con el deber de diligencia legalmente exigido, sobre la base, de que o bien no intervino, o bien no conoció del acuerdo o decisión adoptada, ni de su ejecución, sin que tal ignorancia pueda serle imputada o bien conociéndola se opuso o hizo lo conveniente para evitar el daño causado a la sociedad.

De lo anterior, especial relieve asume la norma contenida en el artículo 133.3 LSA, que impide a los administradores, ante el simple acto de aprobación de un acto de gestión por la junta general, la posibilidad de oponerse mas tarde a la acción de responsabilidad ejercitada por esta última, lo que no obsta para que esta última pueda renunciar o transigir al ejercicio de dicha acción.

La disposición anterior, sin lugar a duda refuerza el poder-deber de inejecución de los administradores frente a los acuerdos estipulados por el máximo órgano como lo es la Asamblea General de Accionistas, ya que expone al peligro de responsabilidad a estos últimos; aunque consideramos que si en efecto se llevara a cabo la ejecución del acuerdo nos encontraríamos en un caso de responsabilidad limitada ya que una de sus obligaciones generalizada, en casi todos los ordenamientos incluyendo, para ejemplificar en México y Honduras, es la de ejecutar el exacto cumplimiento de los acuerdos de la Asamblea General de Accionistas.

Desde otra perspectiva del comentario anterior, el maestro Garrigues Walker en conjunto con el maestro Esteban Velasco opinan, que los administradores les corresponde una Función de Filtro, para verificar, en la fase ejecutiva, si las iniciativas tomadas por la junta general no solo son legales sino razonables en términos de administración diligente. Ya que solo así es probable hasta cierto punto que resulten imprudentes y dañosas para los intereses sociales; porque de ejecutarse el acuerdo lesivo adoptado por la Asamblea General de Accionistas, los administradores quedarían expuestos a responsabilidad.

Otro punto relevante en la doctrina española expuesto por éste mismo autor, es el considerar que el contenido de la prueba de exoneración del administrador variara en función de la propia estructura organizativa de la administración y de otras circunstancias del caso.

De lo anterior cabe formular algunas pautas generales, la primera y fundamental exigencia para el administrador, es probar que ha empleado los medios a su alcance para impedir la ejecución de la medida dañosa.

Por otra parte en el caso que fuera consejo de administración consideramos, al igual que el autor, que no parece suficiente el mero voto en contra sino va acompañado de una oposición específica expresada por cualquier medio y de la adopción en su caso, de las restantes medidas a su alcance, que variaran según la circunstancias de cada caso; por lo que, unas veces deberá negarse a la ejecución del acuerdo; otras proceder a su impugnación y hasta donde sea posible, informar de tal extremo a las instancias superiores con la finalidad de evitar la causación del daño.

Respecto al caso de ausencia, deberá justificar tanto la inexistencia como la falta de negligencia en el desconocimiento de la medida que resulto perjudicial. En el supuesto de que hubiere conocido el acto o acuerdo dañoso, deberá probar que hizo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, que se opuso expresamente a este.¹⁵⁸

VIII.- Legitimación para Reclamar la Responsabilidad de los Socios.

VIII.I.- Acción Social de Responsabilidad.

Uno de los principios tutelares de los actos ilícitos efectuados por los órganos de la Sociedad Anónima, es que siempre la sociedad responde por tales actos.

Este principio se basa, en que la sociedad, solo a través de sus órganos expresa su voluntad, y en consecuencia, a de responder de los actos realizados por quienes ostentan la condición de titulares de la posición de órgano, tanto en la fase prenegocial como en la de cumplimiento de las relaciones jurídicas que vinculan a la sociedad.

En consecuencia, solo a la sociedad compete cargar con las actuaciones culposas o dolosas de los órganos sociales en el cumplimiento de sus funciones; pero sin obviar que ésta asume la posición de parte en las relaciones jurídicas actuadas por los miembros de los órganos, y en tal condición adquiere derechos, contrae obligaciones y asume responsabilidades.

¹⁵⁸ *Ibidem* p. 23.

De tal, podemos inferir, que la acción de responsabilidad constituye de esta suerte, el expediente técnico por cuya virtud la sociedad trata de compensar los eventuales daños causados por los titulares de posición orgánica. Lo anterior fundado en sentencia del Tribunal Superior de España del 25 de mayo de 1993.

Por lo que es evidente, que la sociedad intentara resarcir en el patrimonio del administrador el daño causado al patrimonio social por la actuación lesiva de aquel. Y este resarcimiento se logra justamente con la acción social de responsabilidad.

El tratamiento en el derecho español de esta acción de responsabilidad será:

Primero la junta general adoptara el correspondiente acuerdo incluso aunque no conste este punto en la orden del día ya que este es el órgano competente para ejercitarla, transigir o renunciar al ejercicio de la acción, salvo que se opongan a ellos socios que el caso español correspondería a representantes del 5 por 100 del capital suscrito.

Así también la vigente LSA prohíbe aquellas cláusulas estatutarias que establezcan una mayoría distinta para la adopción del acuerdo que tenga por objeto el ejercicio de la acción social de responsabilidad. No cabe pues, la fijación de una mayoría superior a la legal; si esta última se incluyera en los estatutos sería inaplicable al acuerdo de exigencia de responsabilidad.

Cabe no obstante la posibilidad, si bien con carácter subsidiario, de que la minoría de socios que representan al menos un 5 por 100 del capital suscrito entable la acción de responsabilidad.

Respecto al ejercicio de la acción de responsabilidad es indispensable aclarar, que la misma reviste carácter orgánico, dado que la responsabilidad deriva de la actuación del órgano en el ejercicio de las competencias que le son propias según la ley y los estatutos.

Por lo que es fundamental, manifestar que su caracterización como responsabilidad orgánica no significa, que esta venga directamente exigida al órgano como tal, sino solo a sus miembros, es decir, a los propios administradores.

Analizando el caso de ejercicio de la acción en estudio por las minorías, diremos que el derecho español esta tendrá lugar, en primer lugar, cuando no lo haga la sociedad en el plazo de un mes a partir de la fecha de adopción del acuerdo correspondiente (este es un plazo de espera más no de caducidad); ya que en todo caso este acuerdo de la Asamblea General de Accionistas, prescribirá en vista del silencio de la Sociedad Anónima en cuatro años.

En segundo lugar los accionistas minoritarios podrán ejercitar la acción de forma inmediata cuando la junta general haya tomado un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad.

Por otra parte, es menester mencionar que los accionistas ya legitimados subsidiariamente por la Sociedad Anónima para ejercer la acción social de

responsabilidad es extensible también a los acreedores sociales en el caso de España.

En este último caso, no basta con que el actor que actúa en nombre propio; pero en interés de la sociedad pruebe el incumplimiento por el administrador de las obligaciones inherentes al desempeño diligente del cargo, así como el daño ocasionado a la sociedad, sino que será preciso, además que el patrimonio resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. Y solo así quedaran legitimados los acreedores para el ejercicio de dicha acción (STS. 21 de mayo 1985 y 13 febrero 1990.)¹⁵⁹

VIII.II.- Acción Individual de Responsabilidad.

El carácter que dicha acción tiene es un recurso complementario que permite al perjudicado dirigirse directamente contra los administradores por el daño propio.

Esta surge cuando, dentro de las funciones y ejercicios del cargo los administradores pueden ilegítimamente impedir a los socios el ejercicio de un derecho individual (información, voto, suscripción preferente de las acciones) etc. ocasionando con dichas conductas lesionar directamente los intereses de socios y terceros.

El fundamento de dicha acción se encuentra en su artículo 1902 del Código Civil Español, norma que es aplicable a los administradores cuando en su

¹⁵⁹ *Ibidem* p. 23-24.

acción u omisión concurren los requisitos generales de daño, culpa, y relación de causalidad.

En este sentido la LSA en su artículo 135 lo acoge, otorgando esa protección complementaria y directa a los socios y terceros, sin perjuicio de la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus órganos (in vigilando). Al señalar que “.....quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.”

Esto quiere decir, que el perjudicado tiene dos vías de reclamación fundada en sus respectivos títulos, no entendiéndose que tendrá doble indemnización por el mismo daño. Ya que si la sociedad llega a pagar la indemnización podrá recuperar el importe mediante la acción social de responsabilidad contra el administrador.

De lo anterior se desprende que en este régimen la disciplina legal descansa en el perjuicio directo ocasionado al socio o tercero por los administradores en el ejercicio de su cargo y a resueltas de la actuación ilícita de los mismos.

Respecto a la acción individual de responsabilidad hay que diferenciar dos supuestos:

El primero, es el caso en que sea un tercero quien ejercite la llamada acción individual, acción que no se situara en el ámbito de las relaciones jurídica-societaria interna, sino externa, y su particularidad estriba en que el perjuicio directo causado al patrimonio del tercero aparece causalmente ligado al

ejercicio por los administradores de su competencia, por lo cual, dicha relación tendrá un carácter extracontractual en la medida que no exista entre ellos una previa relación jurídica. (Aquí la responsabilidad se conecta en la esfera del incumplimiento de sus deberes por parte de los administradores).

El otro supuesto sería el caso, en que el socio como tal ejerciera la acción individual, en este contexto nos encontraremos en un ámbito de relaciones jurídicas-societarias internas, lo que le dotara de un carácter contractual.¹⁶⁰

Cabe agregar, que nada obsta para iniciar el ejercicio simultáneo de ambas acciones, la social y la individual la cual nace cuando no solo hay perjuicio directo al socio o al tercero sino también a la sociedad, y se dan los supuestos legalmente exigidos.

Sé enfatizar en este supuesto, que la acción individual no podrá ser ejercitada por el socio cuando el perjuicio ocasionado a su patrimonio no sea directo, sino derivado indirectamente del daño a la sociedad, lo que sucede en los supuestos de falta de gestión que incidan en los resultados del ejercicio y, en consecuencia en los posibles dividendos de los socios.

IX.- Pactos de Limitación y de Exención de responsabilidad.

IX.I.- Exención de Responsabilidad.

Conforme al artículo 161 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el acuerdo de ejercer la acción procesal de reparación de daños

¹⁶⁰ *Ibíd*em p. 25-27.

originada por la conducta culposa de los administradores, no puede ser exigida sino después de que la Asamblea General de Accionistas, Lo determine.

Igualmente la Asamblea General de Accionistas, puede acordar no ejercer la acción de responsabilidad, lo cual se constituiría como una causa extintiva de la obligación de reparar los daños causados por los administradores.

En este supuesto, a pesar de que por simple mayoría de votos presentes en la Asamblea General de Accionistas. , se resolvió liberar de responsabilidad a los administradores, el juzgador inteligentemente y como medio de protección a los derechos de la minoría, les concede a estos, cuando representan por lo menos el 33% de las acciones emitidas por la sociedad, ejercer la acción de responsabilidad con carácter subrogatoria, sustituyendo a la sociedad en el ejercicio de la acción procesal correspondiente siempre que:

- a) La demanda comprenda el monto total de la responsabilidad en favor de la sociedad.
- b) Que los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea de accionistas, sobre no haber lugar a proceder contra los administradores.¹⁶¹

En referencia al inciso b, del párrafo anterior nos inclinamos a sostener que esa minoría, legitimada para demandar la responsabilidad de los administradores de la sociedad, puede estar formada no solo por los socios disidentes que concurrieron a la reunión, sino también por los accionistas ausentes.

¹⁶¹ Ver artículo 163 de la LGSM.

Respecto a la naturaleza de la acción de responsabilidad, habiendo analizado distintos puntos de vista creemos que esta acción civil en contra de los administradores, no es de orden público ya que los intereses tutelados por medio de ellos son intereses privados; pues su finalidad se cifra exclusivamente a la restauración del patrimonio de la sociedad, por lo que, la nulidad de la cláusula estatutaria que contiene la renuncia de la acción de responsabilidad, no proviene de que esa acción sea de orden público.

El hecho que la acción de responsabilidad no puede ser objeto de un pacto estatutario en que se renuncie al ejercicio (en contra de esta opinión Adriano Florentino, citado por Galindo Garfias), quién admite la validez de la cláusula en el acto constitutivo, si se trata de eximir de responsabilidad a los administradores por culpa leve.

Agrega, sin embargo, que la única derogación a su validez sería cuando contraríe normas de orden público que al respecto duda del carácter público, puesto que, la asamblea puede renunciar a exigirla y puede también transigirla y comprometerla en árbitros, se debe a que aun cuando la responsabilidad civil frente a la sociedad es de naturaleza contractual, en la estructura de la sociedad anónima quedan comprometidos no solo el interés de la sociedad, sino el de los socios y el de los acreedores.

En este caso, considero que la asamblea sé esta excediendo del ámbito de su interés como ente colectivo, porque en la restauración del patrimonio social hay otros interesados.

Si bien es cierto que en la Legislación mexicana según el artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no puede estipular renuncia de la acción en los estatutos, se desprende en cambio que la Asamblea General de Accionistas, si puede renunciar a la acción en cada caso concreto, con la única limitación que para su eficacia necesita ser aprobada por lo menos con el 68% del capital social.

En este caso aunque aparentemente la ley a cuidado el interés de las minorías que representen el 33% del capital social, se excluyo de esta protección a los acreedores de la sociedad que reciben un daño indirecto cuya reparación en la ley mexicana no ha sido prevista contrario a la ley Española.

Ello me parece, que niega a los acreedores el ejercicio directo de la acción social, niega también a la sociedad la facultad de renuncia de la acción de responsabilidad para conservar la garantía patrimonial de los créditos de los cuales aquellos son titulares.

Basándose en lo anterior y, tomando en cuenta el modelo español considero que es necesario concederles una acción directa, dirigida a la conservación e integridad del patrimonio de la sociedad, cuando esta sufre un menoscabo por culpa de los administradores.

Esta acción que se propone no solo sería en el caso de renuncia sino también en el caso de transacciones entre el administrador responsable del daño causado y la sociedad.

Otra manera de exención de responsabilidad se da cuando la asamblea general de accionistas transige sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y la compromete en árbitros.

Es también considerable, que el evento del dolo, puede ser objeto de transacciones y de compromisos (cláusulas compromisorias), por decisión de la asamblea, siempre que se trate de daños causados directamente a la sociedad

Por otra parte la renuncia del cargo que es estudiada con mayor detenimiento en el capítulo anterior; hace cesar los efectos de la relación primaria que existe entre la sociedad, a través del órgano y el titular. Pero la renuncia no produce efectos extintivos, ni exime al administrador dimitente, de la responsabilidad en que pudiere haber incurrido durante el ejercicio de sus funciones.

Más bien, el abandono del puesto, son causas de responsabilidad de los administradores que renuncian, si la sociedad resiente daños provenientes de que el administrador que renuncia no da a lugar a la sociedad, la oportunidad de proveer oportunamente el cargo.¹⁶²

Otra nota importante al respecto, es el caso en que el administrador renuncie por inconformidad de un acuerdo de la asamblea, este acto no exime al administrador de responsabilidad ya que debe hacer constar las causas de su disentimiento para que no surja responsabilidad en su contra.

¹⁶² Ver artículo 154 de la LGSM.

Es interesante considerar, los efectos de la aprobación del balance respecto de la responsabilidad de los administradores, unos autores consideran este acto por parte de la asamblea como un descargo implícito de la responsabilidad de los administradores y otros como un descargo no completo de la responsabilidad.

En este mismo sentido, analizaremos las opiniones de los autores que consideran que la aprobación del balance no implica un descargo completo de la responsabilidad en este supuesto encontramos los ilustres maestros Ascarelli ¹⁶³ y De Gregorio, los cuales parecen convincentes en sus opiniones sobre toda el segundo al comentar “ que el balance no expresa si los créditos y las inversiones han sido suficientemente ajustados, si sus desvalorizaciones a las que han sido necesario recurrir, derivan de la concesión culpable de créditos o de operaciones realizadas con deudores insolventes; nos dice si las mercaderías están adecuadamente valuadas o si se han adquirido en gran cantidad para beneficiar personalmente a algún administrador; no dice si los títulos que figuran en el activo han sido adquiridos con el solo fin de favorecer maniobras de bolsa u otras finalidades particulares de los administradores. Mucho más en materia de rendición de cuentas de las operaciones efectuadas podría obtenerse de la cuenta de ganancias y pérdidas; pero también esta, en la práctica, se limita a agrupar en pocos rubros las causas del aumento o disminución del patrimonio social experimentadas de un ejercicio a otro”. ¹⁶⁴

¹⁶³ CFR. ASCARELLI, Tullio. Sociedades y Asociaciones Comerciales. S/E. Buenos Aires, Argentina. 1947. p. 356.

¹⁶⁴ DE GREGORIO, Alfredo. De las Sociedades y Asociaciones Comerciales. S/E: Buenos Aires, Argentina. 1950. p. 125.

Con base en dichos argumentos, considero que es necesario una declaración expresa de descargo por la Asamblea General, para liberar a los administradores, porque el balance no proporciona ningún dato de la gestión de éstos sino resultados numéricos de las cuentas.

Si el balance revela junto con el estado de pérdidas o ganancias la situación patrimonial, económica y financiera de la sociedad, la aprobación de tales documentos contables, no alcanza ni puede alcanzar sino la aprobación de los resultados que se obtuvieron en el ejercicio, a través de la gestión de los negocios sociales.

Es verdad que el balance y sus anexos deben ponerse a disposición de los accionistas, para su examen; pero los datos que contienen, no son suficientes, por si mismo para la formación de un criterio preciso sobre las irregularidades concretas que pudieron haber cometido los administradores, en determinadas y específicas operaciones.¹⁶⁵

La idea anteriormente expuesta considero, que es coherente con la misma ley, ya que entonces, no tuviera caso la solidaridad de los administradores con sus predecesores por las irregularidades cometidas por éstos; Ya que existe la obligación por parte de quienes suceden en la administración de denunciarlas por escrito a los comisarios; sin que para ello obste que las cuentas del ejercicio hayan sido ya aprobadas por la asamblea de accionistas.

¹⁶⁵ CFR. GALINDO GARFIAS. Responsabilidad Civil de los Administradores. Op Cit. p. 161-169.

Podemos finalizar este punto concluyendo que a nuestro parecer, existen causas que extinguen y causas de inexistencia de responsabilidad por parte de los administradores.

En las primeras se encuentran:

- a) La renuncia de la acción de responsabilidad
- b) La transacción
- c) La prescripción
- d) La aprobación de la gestión del órgano.

En las segundas encontramos:

- a) Cuando el daño que ha causado el administrador deriva de los actos Ejecutados dentro de la órbita de su competencia y siempre que los poderes que ejercite, tiendan a la realización de la finalidad propia del órgano.
- b) Cuando los administradores manifiesten inconformidad en el momento de la deliberación y resolución del acto dañoso.

En el Derecho Argentino, muy bien desarrollado doctrinalmente por el maestro Martorell, se manifiesta que quedará exento de responsabilidad, el director (consejero) que participó en la deliberación o resolución, o que sin participar la conoció posteriormente, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico (comisario) antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico o la Asamblea General de Accionistas.

Otra cosa que no se debe olvidar respecto a este punto de estudio, según el maestro en consulta, es la siguiente:

a) La violación de cualquier ley que redunde en perjuicio de la sociedad hará responsable a los directores, sin defecto de las sanciones que surjan en contra de éstos, del propio texto de las disposiciones infringidas.

Al respecto, debemos comprender que la responsabilidad de éstos funcionarios será, por lo común ilimitada; o sea, que responderá con todo su patrimonio, independientemente que para garantizar su gestión haya dado bienes en garantía. También responderá solidariamente con los demás directores responsables, eventualmente, los gerentes y síndicos.

En el caso de que uno de los miembros del consejo de administración hubiera tenido que pagar o afrontar solo él deber de resarcir todos los daños causados a la sociedad; pero a la vez existe corresponsables, podrá repetir de su parte en exceso contra los demás.

b) En materia de obligaciones solidarias, la renuncia efectuada a cualquiera de los administradores, extinguirá la obligación; pero si se hubiere renunciado a la solidaridad exclusiva con respecto a uno de ellos; no aprovechará a los restantes, continuando solidaria con relación a éstos, aunque con reducción de la cuota correspondiente al director dispensado.

c) La aprobación de la gestión debe ser resuelta por la Asamblea Ordinaria de accionistas en forma expresa. Éstos no quedan liberados de

responsabilidad, por el hecho de que entre las cuestiones aprobadas figure la referida a los estatutos contables.

d) Las transacciones también tendrán que ser aprobadas por la Asamblea General de Accionistas, aprovechando a los restantes directores lo aprobado respecto a uno de ellos. Si versaran sobre hechos litigiosos, deberá hacérseles valer; presentándolas ante el juez de la causa firmada por todos los interesados.¹⁶⁶

Conveniente es recalcar, que aunque los administradores tengan la competencia de declarar renunciaciones o efectuar transacciones frente a administradores responsables con el objeto de poner fin a su responsabilidad, no es de olvidar que no es posible omitir la competencia exclusiva de los accionistas para exigir la responsabilidad de los administradores; en el caso que éstos las efectuaran; entonces no podrán actuar como representantes de la Sociedad Anónima frente a los administradores responsables, sin consentimiento expreso de la Asamblea General de Accionistas; tomado por una mayoría de accionistas que representen por lo menos, más del 67% del capital social. Se logra así que las declaraciones de administradores como representantes de la Sociedad Anónima, sean inafectables por eventuales resoluciones posteriores de su representada (artículos 161,163 Ley General de Sociedades Mercantiles).

Si dicho acto se lleva a cabo sin el requisito anteriormente explicado, tendría que considerarse como incompleta y solo podría adquirir validez

¹⁶⁶ Cfr. MARTORELL. Ernesto. Sociedades Anónima. Op Cit. p. 372-379.

incondicional por medio de un consentimiento posterior de la Asamblea General de Accionistas.

Esta situación jurídica, indica el maestro Frisch, vale también frente a administradores responsables que hayan confiado de buena fe en renunciaciones o transacciones declaradas por administradores como representantes de la Sociedad Anónima; en el sentido de que su Asamblea General de Accionistas, consintiere previamente en las renunciaciones o transacciones, mientras que de hecho no existió tal consentimiento. Lo anterior se fundamenta debido a que la competencia de los accionistas nace directamente de la ley (artículo 161 y 163 de la LGSM), limitando así la facultad de representación que da el (artículo. 10 LGSM) a los administradores.

De lo anterior, es importante que establezcamos que el transcurso del tiempo no puede, de manera alguna, convertir la invalidez antes mencionada en validez; lo que vale también con relación al transcurso del plazo legalmente establecido para la prescripción negativa del derecho de exigir la responsabilidad de administradores culpables.

En el caso que prescriba este derecho, no se obtendría validez incondicional con una renuncia o transacción inválida; sino el administrador responsable, solamente podría obtener la excepción de prescripción negativa a una demanda entablada por la Sociedad Anónima.

En lo que se refiere a la renunciabilidad de derechos de indemnización correspondientes a la sociedad frente a administradores, compartimos la opinión del maestro Frisch, que en tales derechos no se incluyen únicamente

conductas ilícitas incompatibles con normas legales, estatutarias o contractuales; sino también acciones basadas en enriquecimiento ilegítimo causado en favor de administradores y en detrimento de la sociedad, en cuanto tal conducta esté relacionada con el ejercicio de su cargo societario en forma directa o indirecta, inclusive, en situaciones de exceso del mismo cargo.¹⁶⁷

X.- Prescripción de la Acción de Responsabilidad.

Tomando en consideración la solidaridad de los administradores responsables, según los artículos 138,158 y 160 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sin duda alguna, se tiene que pensar también en los artículos 1145 del Código Civil D.F. que dispone: “ La excepción que por prescripción adquiere un codeudor solidario, no aprovechará a los demás sino cuando el tiempo exigido haya debido correr del mismo modo para todos ellos” y el artículo 1169 del mismo ordenamiento que dice: “ Las causa que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios la interrumpen también respecto de los otros.”

Por lo que se refiere al inicio del transcurso del plazo de prescripción, se aplicará lo dispuesto en los artículo 1161 fracción V y 1934 de Código Civil D.F., según los cuales, se requieren para dicha situación la fecha de la causación del daño que entendemos en el sentido de que no es necesario para tal objeto la determinabilidad de la cifra del daño.

¹⁶⁷ CFR. FRISCH PHILLIP. Sociedad Anónima Mexicana. Op Cit. p. 408-409.

Lo anterior corresponde al artículo 1040 del Código de Comercio, según el cual, el plazo de prescripción negativa comienza a partir de la fecha en la cual, el acreedor tenga la posibilidad jurídica de hacer valer su derecho correspondiente en juicio.

Por lo que, el plazo de prescripción para el maestro Frisch es de 5 años, por analogía del artículo 1045 del mismo Código de Comercio.¹⁶⁸

Contrario a ésta, y a la opinión corriente que reduce el plazo al término de 5 años establecidos en el Código de Comercio, se encuentra el maestro Mantilla Molina, quién afirma que la prescripción de la acción de responsabilidad es de 10 años.

Parece convincente la opinión del maestro, fundada en que la acción no nace directamente del contrato social, ni se ejercita contra la sociedad. Proviene de la culpa de los administradores y son ellos quienes han de ser demandados en juicio.¹⁶⁹

Por otra parte, se ha planteado el problema, si el plazo de la prescripción ha de correr en el momento en que se ejecute el acto culpable o cuando el daño se realiza.

En este punto, compartimos la opinión del maestro Galindo Garfias, el cual considera que el plazo no puede empezar a contarse antes de que la acción pueda ser ejercitada; puesto que ésta tiene como elemento indispensable, la

¹⁶⁸ *Ibíd*em p. 397-398

¹⁶⁹ CFR. MANTILLA MOLINA, R. La Responsabilidad de los Administradores de la Sociedad Anónima. Boletín del instituto de derecho comparado. UNAM. número 20-21. mayo-diciembre. 1954. p. 52.

realización de un daño que es la causa de la reparación y no podría entenderse existente antes de que ese daño se realizara.

Por ello estimamos que el *dies a quo*, es aquel en que producida la lesión patrimonial, la asamblea se encuentra en la posibilidad de intentar la acción de resarcimiento; por el legal conocimiento que debe tener de las operaciones sociales.

CONCLUSIONES

1. La Ley General de Sociedades Mercantiles no establece concretamente las atribuciones del órgano de administración, debido a que el ámbito funcional del consejo es tan amplio que resulta virtualmente imposible enunciarlo en detalle, aunque éstas se encuentran limitadas y circunscritas por la finalidad y alcance del objeto social.

2.- La Ley General de Sociedades Mercantiles no incluye reglas específicas dirigidas a fijar el marco de actuación del órgano de representación; ello se debe a que el artículo 27 del Código Civil, releva dicha actuación a las disposiciones legales o conforme a las disposiciones relativas de su escritura constitutiva y de sus estatutos.

3.- El deber de buena gestión por parte de los administradores en los actos administrativos o materiales, entrañan un carácter aleatorio de las operaciones de la sociedad, y es por ello, que se necesita formular reglas concretas de diligencia.

4.- A la luz de la nueva doctrina internacional, debemos partir de la idea básica de protección del tráfico mercantil, dentro del cual debe estimarse que los representantes de las sociedades gozan de los poderes necesarios para el ejercicio de su función, y por lo cual, no cabe imponer al tercero la carga de asumir la conexión entre el acto que va a celebrar con el administrador y el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante, o sea, la sociedad; ya que este nexo a nuestro parecer, debe quedar subsumido dentro

de las facultades o atribuciones del representante social en aras de proteger a los terceros.

5. El órgano de administración responde por las consecuencias dañosas de los actos propios, así como de los actos ilícitos, y por el incumplimiento de las obligaciones de ejecución de aquellos que participan en la obtención del objeto social con base en la *culpa de In eligendo o in vigilando*.

6. El incumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo de administrador, debe ir acompañando necesariamente con la existencia de un daño patrimonial. Entendiéndose por este, tanto la disminución patrimonial como el beneficio no obtenido.

7. Se puede causar daño moral a las sociedades mercantiles; ya que el artículo 1916 del Código Civil excluye de este daño al Estado como ente colectivo; pero en ningún momento excluye a otras personas morales.

8. La culpa es un elemento constitutivo de la responsabilidad; la diligencia (acción-omisión), es el parámetro de medida de ese comportamiento culposo.

9. La responsabilidad solidaria de los administradores no debe considerarse solamente en el ámbito interno de los actos que cada consejero efectúe; sino también, debe considerarse extendida a quienes sean responsables en el fondo del acto que causa daños a la sociedad.

10. La solidaridad se refiere a la obligación de reparar y no a la solidaridad en la culpa.

11. La acción de responsabilidad constituye el expediente técnico por cuya virtud la sociedad, trata de compensar los eventuales daños causados por los titulares de la posición orgánica.

12. El carácter jurídico-privado de la responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima, es lo que permite deslindarla de otros supuestos de responsabilidad social como son fiscal, penal y administrativo; ya que conforme al artículo 2117 del Código Civil ésta puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.

13. La noción de culpa aplicada a los administradores de la sociedad anónima, debe ponerse en relación con la noción de una cierta diligencia que a su vez comprende el desarrollo de una actividad, pero no se trata de una actividad cualquiera, sino aquella calificada por el concepto de administración y dirigida hacia la realización de esos deberes.

PROPUESTAS

1. Establecer una mayor reglamentación sobre los actos de administración y de representación, delimitando al mismo tiempo de una forma clara y precisa la responsabilidad de los administradores o representantes, lo cual traerá como beneficio una seguridad jurídica en el tráfico mercantil tanto a la sociedad, socios, trabajadores como a terceros vinculados.

2. Reformar la Ley General de Sociedades Mercantiles, para otorgarle al consejero, que con justa causa ha faltado a la reunión del consejo de administración, un término máximo de 5 días después de celebrada la junta del consejo de administración, para mostrar su inconformidad con las decisiones tomadas, de tal forma que en su caso pueda liberar toda responsabilidad; Ya que la responsabilidad de los administradores halla su fundamento en la culpa en que incurrir por el incumplimiento de sus deberes; por consiguiente, no debe responder solidariamente el administrador que con motivos justificados no participe en la reunión de consejo en la que se tomo una resolución perjudicial para la sociedad; ya que en todo caso, la solidaridad no significa que en las relaciones internas entre sí, deban reportar la carga del resarcimiento del daño en partes iguales sino ser proporcional a sus propias culpas.

3. Introducir en la legislación mercantil mexicana, en vista de su fácil aplicación por la sectorización de la administración entre los consejeros de la sociedad anónima; la reforma introducida en la LSA españolas, donde la carga de la prueba la tiene el demandado y no el demandante (sólo en caso de administración plural), en que al actor le bastará con alegar el incumplimiento por el administrador de las obligaciones propias del cargo, logrando que el demandado pruebe la ausencia de culpa; o sea que realizó todas las medidas necesarias para impedir la ejecución del acto dañoso.

4. Incorporar al régimen jurídico de sociedades de capital, una normativa procesal, en la que los administradores no se vean obligados a ejecutar desde el momento en que impugnan un acuerdo tomado por la Asamblea General de Accionistas; cuando éstos lo consideren nulo y sólo estén obligados a ejecutarlo mediante el pronunciamiento judicial en que se establezca su validez.

5. Establecer una normativa clara y precisa en el ámbito de responsabilidad por culpa, para evitar que los administradores realicen actos ilícitos.

6. Introducir en la vida de los negocios reglas de carácter ético, en vista de la difícil normatización de los actos materiales (aleatorio) ejecutados por los administradores; el que se podrá fundamentar en las cláusulas compromisorias de la escritura constitutiva; teniendo como finalidad el resarcimiento de los daños y perjuicios a favor de la sociedad en caso de inobservancia.

Reglas para el consejo de administración de carácter ético:

- a) Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia debida para atender los negocios de la sociedad.
- b) Acudir a todas las reuniones del consejo.
- c) Estudiar previamente los puntos de la orden del día.
- d) Solicitar explicaciones de carácter técnico a los profesionales competentes sobre un tema específico, antes de deliberar dicho asunto en el seno del consejo.
- e) Guardar el secreto, sobre las informaciones de carácter confidencial, aún después de cesar en sus funciones
- f) Utilizar la firma social con apego al objeto social y a los intereses de la sociedad.

7.- Excluir a los administradores dentro del ámbito de la administración, determinados actos de la denominada alta diligencia, para encuadrarlos en las competencias de la asamblea general de accionistas; como bien pudieran ser: los casos de fusión y escisión, sin que ello, responsabilice a los socios frente a terceros de las decisiones tomadas.

FUENTES

Bibliográficas.

- 1.- ASCARELLI, Tullio. Sociedades y Asociaciones Comerciales. Edit. Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1947.
- 2.- BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Primera reimpresión. Editorial Porrúa. México 1997.
- 3.- BARRERA GRAF, Jorge. la Representación Voluntaria en Derecho Privado. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 1967.
- 4.- BARRERO STAHL, Jorge. La responsabilidad Civil de la Administración Pública. Tesis profesional. Escuela Libre de Derecho. México D.F. 1977. P.2
- 5.- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. La Empresa. Edit. Porrúa. México D.F. 1977.
- 6.- BETTI Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Revista de derecho privado. Número 3, Madrid España. S/F.E

- 7.- BRUNETTI, Antonio. Tratado de Derecho de las Sociedades. (Traducción de Felipe de Solá Cañizares). Tomo II. Edit. Uteha. Buenos Aires, Argentina. 1960
- 8.- CÁMARA ALVAREZ. Estudio de Derecho Mercantil. Edit. Civitas. Tomo 1, Madrid 1977. p. 586.
- 9.- CERVANTES AHUMADA. Derecho Mercantil. Cuarta Edición. Edit. Herrero S.A. México. 1984.
- 10.- De CASTRO F. El Negocio Jurídico. S-E-F. Madrid España.
- 11.- DE GREGORIO, Alfredo. De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales. Sexta edición. Edit. Ediar S.A. Buenos Aires Argentina. 1953.
- 12.- DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Volumen III. Octava edición. Edit. Porrúa S.A. México D.F. 1993. P. 232.
- 13.- DORS, Alvaro. Derecho Privado Romano. Quinta edición. Edit. Universitaria de Navarra, EUNSA. España. 1983.
- 14.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XII. Edit. Diskill S.A. Buenos Aires Argentina. 1987.
- 15.- Equipo Jurídico DVE. Todo Sobre Sociedad Anónima. Edit. De Vecchi, S.A. Barcelona, España. 1990.

- 16.- FRICH PHILLIP, Walter. Sociedad Anónima Mexicana. Edit. Harla. Tercera edición. México D.F. 1994.
- 17.- GAY DE MONTELLA, R. Tratado Práctico de Sociedades Anónimas. S/E. Barcelona España. 1952
- 18.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Sociedad Anónima Responsabilidad Civil de los Administradores. Edit. De Nuevo Mundo. México. D.F. 1957.
- 19.- GARRÍGUES, Joaquín. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo I. Edit. Civitas Madrid España. 1952.
- 20.- GARRIGUES Joaquín y URÍA R. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo I. Edit. Civitas. Madrid España. 1991.
- 21.- GARRIGUES WALKER, Antonio. Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capitales. Edit. Mcgran-Hill. Madrid, España. 1996.
- 22.- GOLDMISCHMIDT, Roberto. “La Responsabilidad Civil de los Organos de administración por acción”. Boletín del instituto de derecho comparado de México. Año 7. Numero 19. Enero-abril. de 1954.

23.- Instituto de Investigaciones jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Segunda edición. Edit. Porrúa. México D.F. 1987.

24.- MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil. Vigésimonovena edición. Edit. Porrúa. México D.F. 1996.

25.- MANTILLA MOLINA, R. La Responsabilidad de los Administradores de la Sociedad Anónima. Boletín del instituto de derecho comparado. UNAM. número 20-21. mayo-diciembre. 1954.

26.- MARTORELL, Ernesto. Sociedad Anónima. Edit. de palma. Buenos Aires, Argentina. 1988.

27.- MASCHERONI, Fernando. Directorio, Sindicatura y Consejo de Vigilancia. Edit. Universidad. Buenos Aires Argentina. 1987.

28.- MASCHERONI, Fernando, Sociedades Comerciales, Edit. Universidad, Argentina, 1986.

29.- MAZEUD, Henry y León. Compendio de Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil. Tomo 1. México D.F.

30.- Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo IX. Edit. Francisco Seix S.A. Barcelona España. 1982.

31.- PALLARES Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Decimonovena edición. Edit. Porrúa. México D.F. 1990.

32.- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Bernardo. Representación, Poder y mandato. Edit. Porrúa. México D.F. 1984.

33.- ROCA, Eduardo. El Directorio en Conflicto, en Conflicto Societario. Edit. Abaco. Buenos Aires, Argentina. 1983.

34.- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. T-1, 23a. Edit. Porrúa. Mexico D.F. 1998

35.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Tratado de las Sociedades Mercantiles. Tomo II. Quinta edición. Edit. Porrúa. México D.F. 1977

36.- SANCHEZ CORDERO, Jorge. La Noción de Representación. Edit. Porrúa. México D.F. 1982.

37.- SASOT BETES, Miguel. Sociedades Anónimas, Sindicatura y Consejo de Vigilancia. Ed. Abaco, Argentina , 1986.

38.- Uría, Rodrigo, Menéndez, Aurelio y Muñoz, José María, Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Ed. Civitas, España, 1992.

- 39.- VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Asamblea, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles. Edit. Porrúa. México. D.F. 1996.
- 40.- VELASCO Esteban. Organización y Contenido del Poder de Representación en las Sociedades de Capitales Anónimos. Edit. Bosch. Madrid. 1987.
- 41.- VICENTE CHULIA F. Introducción al Derecho Mercantil. S.E. Barcelona España. 1994.
- 42.- Zaldivar y otros. Cuadernos de Derecho Societario. Tomo 1. S.E. Buenos Aires, Argentina. 1973.

Hemerográficas.

- 41.- Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Mayo-junio. Año LXVII. Número 604 bis. Madrid, España.
- 42.- Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. Edit. De Palma. Año 24. enero-junio 1991. Número 139-141. Buenos Aires Argentina.
- 43.- Revista de Derecho Privado, *Las Sociedades Mercantiles en el Código de Comercio de 1889*. No. 8, mayo-agosto, México, 1992, p.241.

Legislativas.

44.- Código de Comercio. México. Vigente

45.- Código de Comercio. España. Vigente

46.- Ley de Sociedades Anónimas de Argentina. Vigente.

47.- Directivas Comunidad Económica Europea.1989