

3/8509



UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

ESCUELA DE DERECHO
Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

1
2y

**ESTUDIOS SOBRE ASPECTOS RELEVANTES DEL CONSEJO DE
ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN
EL DERECHO MEXICANO.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIA EUGENIA CARMONA MIRANDA

TESIS CON
FALTA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.,

1967.



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

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

ORGANOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA	1
1. LA SOCIEDAD ANONIMA	1
2. LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS	8
3. EL ORGANO DE VIGILANCIA	13
4. EL ORGANO DE ADMINISTRACION	15

CAPITULO SEGUNDO

LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA A TRAVES DEL CONSEJO	18
1. DESIGNACION DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION	18
2. INSCRIPCION DEL NOMBRAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION EN EL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO	33
3. REQUISITOS PARA SER MIEMBRO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION	39
4. GARANTIA PARA EL DESEMPEÑO DEL CARGO DE ADMINISTRADOR	62

INDICE

5. LA REMUNERACION AL CONSEJO DE ADMINISTRACION	73
6. TERMINACION DEL CARGO DE ADMINISTRADOR	63

CAPITULO TERCERO

CARACTER JURIDICO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION Y LOS MIEMBROS QUE LO INTEGRAN	94
1. LOS MIEMBROS DEL CONSEJO COMO INDIVIDUOS Y SU RELACION CON LA SOCIEDAD	94
A) MANDATO	95
B) REPRESENTACION	103
C) PRESTACION DE SERVICIOS	107
2. EL CONSEJO DE ADMINISTRACION COMO ORGANIO COLEGIADO Y SU RELACION CON LA SOCIEDAD	114

CAPITULO CUARTO

FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION	123
1. SESIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION	123
2. FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LOS CONSE JEROS	132
3. DELEGADOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION	152

INDICE

CAPITULO QUINTO

RESPONSABILIDAD DE LOS CONSEJEROS	164
1. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION	164
A) INCUMPLIMIENTO O CONTRAVENCION A LAS DISPOSICIONES LEGALES O ESTATUTARIAS	167
B) MAL USO DE LOS PODERES QUE LA SOCIEDAD LES HA OTORGADO	174
C) NEGLIGENCIA EN SU ACTUACION EN QUE POR SU CULPA O DOLO SE CAUSE UN DANO	176
D) POR NO VIGILAR EN FORMA ADECUADA LA ACTUACION DE LOS DELEGADOS	179
2. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL	185
A) RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	185
B) RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL	190
3. FORMA DE EXIGIR LA RESPONSABILIDAD	194

INDICE

A)	ACCION DE RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO CAUSADO A LA SOCIEDAD	195
B)	ACCION DE RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO CAUSADO A LOS ACCIONISTAS EN PARTICU- LAR O A LOS TERCEROS	200
4.	LA REPARACION DEL DAÑO CAUSADO	205
	CONCLUSIONES	214
	BIBLIOGRAFIA	219
	LEGISLACION CONSULTADA	221

INTRODUCCION

Siendo el derecho un conjunto de normas que rigen la conducta del hombre que vive en sociedad, aparece en cualquiera de las actividades que éste realiza dentro de su vida cotidiana.

Todos aquellos actos en que las personas en lo particular se encuentran involucradas entre sí, se hallan regulados por el derecho privado, como son nuestras relaciones familiares, las propiedades y bienes que poseemos, las compras que en nuestra calidad de consumidores realizamos o el negocio en el que trabajamos.

Como podemos ver, aun en forma involuntaria y en muchas ocasiones sin darnos cuenta de ello, por el hecho simple de ser personas, nos movemos día con día dentro del mundo jurídico.

Es de todos conocida, la importancia que en nuestros días ha adquirido el comercio a nivel internacional.

El gran desarrollo tecnológico que se ha venido percibiendo durante las dos últimas décadas de este siglo, el crecimiento

de las grandes potencias, el rezago de los países subdesarrollados, tienen su fundamento en la forma que el comercio se ha manejado en el mundo en que vivimos.

Las mismas relaciones y conflictos internacionales que sufrimos hoy en día se rigen por el interés que en el ser humano se ha despertado por la búsqueda del impulso al comercio y a la industria, que se traduce en generación de nuevos empleos, fundamentales para que la familia, que es la célula de la sociedad, encuentre su medio de vida así como un intento constante por marcar el camino hacia la solución de nuestros problemas que se fundamenta en LA PRODUCTIVIDAD.

Este panorama de la situación actual en que vivimos, hace que la regulación mercantil vaya cobrando mayor interés incluso entre los que no son juristas, y dentro de esta rama del derecho, la sociedad anónima viene a contribuir a la solución de muchos de los problemas que el desarrollo del comercio y de la industria presentan.

La sociedad anónima, ha surgido como un instrumento que permite a las personas la creación de grandes empresas, en donde puedan moverse capitales sustanciosos, sin que ello implique demasiado riesgo en el patrimonio personal de los individuos que integran la sociedad anónima.

La crisis económica por la que atraviesa el mundo actual, --
dificulta a las personas en lo particular la realización de --
fuertes inversiones, y es por ello que hay una tendencia ha--
cia la unión de fuerzas que la sociedad anónima hace realidad.

Las leyes mercantiles no contienen la rigidez que percibimos
en otro tipo de legislación, como es la penal, y por ello per-
miten que los criterios de interpretación que se desprenden
de ellas puedan manejarse de un modo un tanto cuanto flexible,
que hace mucho más interesante su estudio.

El trabajo que presento, pretende dar un panorama de la forma
en que se lleva a cabo la administración de la sociedad anóni-
ma en el Derecho Mexicano, y a su vez comentar algunos aspec-
tos que desde un punto de vista personal no han quedado debi-
damente regulados, o que por la forma en que se encuentran re-
dactados sus artículos han dado lugar a confusiones o confron-
taciones de criterios.

Cabe mencionar que la costumbre ha jugado un papel muy impor-
tante en el manejo de la sociedad anónima, ya que en ocasio-
nes el tratamiento que se ha dado a diversas situaciones, ha
prevalecido durante varios años entre juristas, comerciantes,
o las mismas autoridades competentes, sin que podamos encon-

trar una debida fundamentación legal.

CAPITULO PRIMERO
ORGANOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA

1. LA SOCIEDAD ANONIMA

En el mundo moderno, el comercio ha alcanzado el rango de actividad preponderante en cualquier tipo de cultura, país o religión de que se pretenda hablar.

El desarrollo tecnológico e industrial, así como las ventajas que nos presentan las vías de comunicación en nuestra era, le han dado un gran impulso al comercio, colocándolo en un primerísimo lugar en la actividad de todo grupo social.

Son pues, las sociedades mercantiles, de gran importancia ya que es por medio de ellas que pueden unirse capitales y esfuerzo de varias personas físicas para el logro de un fin común.

En nuestro Derecho Mexicano, la Ley General de Sociedades Mercantiles (Art. 1º), reconoce las siguientes clases de sociedades:

- I. Sociedad en nombre colectivo
- II. Sociedad en comandita simple
- III. Sociedad de responsabilidad limitada

- IV. Sociedad anónima
- V. Sociedad en comandita por acciones
- VI. Sociedad Cooperativa.

De las diversas clases de sociedades que hemos mencionado, - la más común, la que por su estructura y funcionamiento resulta más útil y adecuada a las personas que de alguna forma se dedican al comercio es la sociedad anónima.

Sabemos que hay tipos de sociedades mercantiles que de una u otra manera se estructuran en base a las personas físicas que las integran; sin embargo, la característica esencial de la sociedad anónima, viene precisamente a ser una agrupación de capitales.

Es por demás intentar agotar el tema de la sociedad anónima en el Derecho Mexicano, máxime que durante años, estudiosos y expertos del Derecho Mercantil tanto mexicano como internacional, han estudiado, discutido y analizado profundamente - aspectos diversos de esta sociedad, y día con día nos seguimos encontrando con nuevos enfoques, nuevos estudios y puntos de vista que siempre mantendrán a la sociedad anónima en constante evolución y desarrollo.

Es muy interesante pensar cómo se ha logrado vincular los - intereses de diversas personas físicas e integrar sus capi-

tales hasta crear un ente jurídico al que la ley ha dotado de personalidad.

La sociedad anónima, así como las demás sociedades, se nos presenta como una persona que es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, tiene un nombre, un domicilio, un patrimonio propio, tiene una existencia dentro del mundo jurídico, y lo que es más importante, goza de capacidad.

El objeto del presente estudio, es realizar un análisis de algunos aspectos del Consejo de Administración de la sociedad anónima que se nos presentan en la experiencia diaria en este tipo de sociedades y que crean conflictos, tanto de interpretación de las disposiciones legales, como debido a la ausencia de éstas.

Con dicha finalidad, este capítulo pretende establecer un esbozo de lo que la sociedad anónima es y la forma en que la integran sus órganos sociales.

"La sociedad anónima posee una estructura jurídica que la hace especialmente adecuada para realizar empresas de gran magnitud, que normalmente quedan fuera del campo de acción de los individuos o de las sociedades de tipo personalista, que carecen de capital suficiente para acometerlas o que no consideran prudente aventurarlo en una empresa que,-

de fracasar podría conducirlos a la ruina y que, en muchas - ocasiones, ha de subsistir durante un lapso superior al de - la duración de la vida humana". (1)

La sociedad anónima es, de entre las sociedades mercantiles que la ley reconoce, a la que se ha denominado "sociedad de capitales", por ser la aportación de quienes la integran, el factor fundamental de su constitución.

Así, vemos que la Ley de Sociedades Mercantiles, en su Art. 87 la define como "la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita - al pago de sus acciones".

Con arreglo al Derecho Mexicano, podemos decir que "la sociedad anónima es una sociedad mercantil, de estructura colectiva capitalista con denominación, de capital fundacional, dividido en acciones cuyos socios tienen su responsabilidad limitada al importe de sus aportaciones." (2)

Para que una sociedad anónima pueda constituirse, el Art. 89 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, nos exige:

(1) MANTILLA MOLINA, ROBERTO L.- DERECHO MERCANTIL, Vigésimoprimera edición. México, 1981. Pág. 324

(2) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- TRATADO DE SOCIEDADES - MERCANTILES, Tomo I, Sexta edición. México, 1981. Pág.

- I. Que haya cinco socios como mínimo, y que, cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos;
- II. Que el capital social no sea menor de veinticinco mil pesos y que esté íntegramente suscrito.
- III. Que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos, el veinte por ciento del valor de cada acción, pagadera en numerario; y
- IV. Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción - que haya de pagarse en todo o en parte, con bienes - distintos del numerario.

La ley reconoce dos formas en que puede constituirse la sociedad anónima (Art. 90 de la L.G.S.M.):

- a) La constitución simultánea, que es cuando acuden ante el notario a constituir la sociedad las personas que otorgan la escritura social (futuros accionistas).
- b) La constitución sucesiva, que es también llamada -- por suscripción pública. En este caso, los fundadores redactan un programa con el proyecto de estatutos y lo depositan en el Registro Público de Comercio. Las personas a las que les interese invertir -- recogerán su suscripción y depositarán en la institución de crédito designada al efecto por los fundadores las cantidades que se hubieren obligado a exhibir. Una vez que el capital fue suscrito por los futuros accionistas y que se hicieron sus exhibiciones legales, se convocará a la reunión de la Asam-

blea General Constitutiva. (Arts.92 a 101 de la --
L.G.S.M.).

La sociedad anónima se constituirá ante notario y constará -
en escritura pública, debiendo inscribirse en el Registro Pú
blico de Comercio. Esta misma formalidad deberá cumplirse -
cuando la sociedad se modifique. (Arts.2º y 5º de la L.G.S.M)

La denominación de la sociedad anónima, nos dice el Art. 88
de la L.G.S.M. que "se formará libremente, pero será distin-
ta a la de cualquier otra sociedad, y al emplearse irá siem
pre seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de su abre
viatura "S.A."

Debemos recordar que el uso del nombre de alguno de los so--
cios constituye la razón social y no la denominación y ésta
es utilizada en otro tipo de sociedades mercantiles; sin em-
bargo, no es procedente su aplicación en la sociedad anóni-
ma.

El capital de la sociedad, se constituye por las aportacio--
nes de los socios y éste se encuentra integrado por acciones
que están representadas por títulos nominativos que sirven -
para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de so-
cio. (Art.111 de la L.G.S.M.).

Las acciones serán indivisibles, de igual valor y conferirán
iguales derechos y cada acción sólo tendrá derecho a un vo-

to. (Arts.112,113 y 122 de la L.G.S.M.). La ley permite que el capital se divida en diversas clases o series de acciones con derechos especiales para cada clase o serie. (Art.112 de la L.G.S.M.).

"La distribución de las utilidades y del capital social, se hará en proporción al importe exhibido de las acciones."(Art. 117 de la L.G.S.M.).

La sociedad considerará como dueño de las acciones a quien - aparezca inscrito como tal en el Registro de Acciones que llevará cada sociedad. (Arts.128 y 129 de la L.G.S.M.).

La forma usual de transmisión de acciones es el endoso. (Art. 131 de la L.G.S.M.). Sin embargo, es necesario que se haga - la anotación respectiva en el Libro de Acciones Nominativas que al efecto lleve la sociedad. (Arts.128 y 129 de la L.G. S.M.).

"La personalidad jurídica que nuestros ordenamientos - legales (Civil y Mercantil) atribuyen a las sociedades re-- quiere de una estructura orgánica de que deben estar dotadas estas personas morales y que aparece claramente definida y particularmente delineada en la sociedad anónima."

"El Art.27 del Código Civil del Distrito Federal dispone que las personas morales obran y actúan por medio de los órganos que las representan, y en las sociedades anónimas, -

como persona moral de naturaleza mercantil, se aprecia una - delimitación de funciones de manera definida que corresponden a cada uno de los órganos que constituyen a la sociedad, que permitirá fijar la responsabilidad de las personas que - desempeñan las funciones correspondientes a cada uno de esos órganos, y también crear la certeza y seguridad que deben tener las relaciones entre la sociedad y los terceros." (3)

Los órganos que integran la sociedad anónima son:

- La Asamblea General de Accionistas
- El de Administración
- El de Vigilancia.

2.- LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS

"La personalidad jurídica tiene un carácter fundamentalmente instrumental y se estructura con base en la distribución de actividades entre los órganos de la sociedad y por medio de la cual, se crean esferas de competencia para cada órgano, a la vez, se legitima la actividad de sus titulares y se unifica la actuación de todos ellos, en la personalidad

(3) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. CONFERENCIA.- COLOQUIO SOBRE LA SOCIEDAD ANONIMA CON OCASION DEL CINCUENTENARIO DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.- U.N.A.M.

de la sociedad.

"La unificación de las voluntades de los socios encuentra su máxima expresión en la Asamblea General de Accionistas, pero esto no impide que esa unificación o coordinación de voluntades también se manifieste o se exprese en el órgano de Administración y en alguna manera en las funciones que corresponden a los comisarios, como órgano de Vigilancia." (4)

A la Asamblea General de Accionistas la ley le ha asignado el carácter de "órgano supremo de la sociedad". (Art.178 de la L.G.S.M.). Esta aseveración en la actualidad puede ser -- muy discutible; sin embargo, no es motivo de este estudio -- profundizar en ello.

Es por medio de la Asamblea de Accionistas, que puede hacerse valer la voluntad de los socios que son al fin y al cabo el alma de la sociedad.

Encontramos que en el Derecho Mexicano se regulan dos tipos de asambleas de accionistas: las generales, que son aquellas a las que podrán asistir todos los accionistas; y las especiales, que serán en las que se reúnan los socios únicamente de alguna categoría de acciones, cuando éstas sean diversas, para aceptar las modificaciones al contrato constitutivo que afecten sus intereses. (Art.195 de la L.G.S.M.).

(4) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. CONPERENCIA. Op.Cit.

En cuanto a las Asambleas Generales, éstas se dividen en tres tipos:

- a) Asamblea General Constitutiva. Esta se da en el caso de la constitución sucesiva de la sociedad, una vez que el capital social ha sido suscrito y se han hecho las exhibiciones legales; los fundadores, dentro de un plazo de quince días publicarán la convocatoria de la Asamblea General Constitutiva (Art. 99 de la L.G.S.M.).
- b) Asamblea General Ordinaria. Es la asamblea que se reúne para tratar cualquier asunto de la sociedad, menos los enumerados por el Art. 182 de la L.G.S.M.

Es usual que se piense que la única Asamblea Ordinaria es la que debe celebrarse una vez al año para tratar los asuntos a que se refiere el Art. 181 de la L.G.S.M. y que las demás serán todas extraordinarias. Sin embargo, las Asambleas Ordinarias podrán reunirse cuantas veces sea necesario para la sociedad siempre y cuando por lo menos se reúna una vez al año a discutir los asuntos que establece dicho Art. 181 de la L.G.S.M.

Esto, tampoco significa que cada vez que se reúnan los socios en Asamblea General Ordinaria, deben discutir el informe de los administradores, o nombrar administradores o comisarios, ni fijar sus emolumentos. A mayor abundamiento, los estatutos pueden establecer que los nombramientos de los Consejeros se realicen cada dos o tres años, si así lo consideran conveniente los accionistas. Se requerirá un quorum de asistencia que represente el 50% del capital en primera convocatoria (Art. 189). En segunda convocatoria, la Asamblea se realizará con los presentes (Art. 191 L.G.S.M.). Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos.

- c) Asamblea General Extraordinaria. Será la que se reúna para tratar todos aquellos asuntos que por su importancia requieran de un quorum especial, tanto de asistencia como de votación.

Entre estos asuntos, tenemos todas las modificaciones a los estatutos de la sociedad, emisión de acciones privilegiadas o de bonos, así como fusiones y transformaciones de la sociedad (Art 182 de la L.G.S.M.). Se requerirá un quorum de asistencia en primera convocatoria que integre las tres cuartas partes del capital social y las resoluciones siempre se tomarán por las acciones que representen cuando menos la mitad del capital social. (Art. 191 de la L.G.S.M.).

La convocatoria a Asamblea de Accionistas, deberá publicarse en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, o en un diario de los de mayor circulación en la entidad.

Si en el momento de la votación se encuentran representadas todas las acciones, no será necesaria la convocatoria. (Art. 188 de la L.G.S.M.).

Esta convocatoria deberá contener el Orden del Día y la firmará quien la haga. (Arts.186 y 187 de la L.G.S.M.).

Corresponde al Administrador o Consejo de Administración en primer término, y a los Comisarios en caso de ser necesario, convocar a asamblea cuando la sociedad lo requiera. (Art. 185 de la L.G.S.M.):

Las actas de las Asambleas de Accionistas, se asentarán en el Libro que para ese efecto autorice la Secretaría de Hacienda, (Art.28-III Código Fiscal y Art.28 de su Reglamento)

encuadernado, empastado y foliado, (Art.34 del Código de Comercio) en castellano, (Art.37 del Código de Comercio) y deberán ser firmadas por el Presidente, por el Secretario y por los Comisarios que concurren. (Art.194 de la L.G.S.M.).

Las actas de Asambleas Extraordinarias, y aquéllas que sin serlo contengan acuerdos que deban inscribirse en el Registro Público de Comercio, deberán protocolizarse ante Notario Público. (Art.194 de la L.G.S.M., Art.21 del Código de Comercio y Arts. 29 y 31 del Reglamento del Registro Público de Comercio).

Las resoluciones tomadas en asambleas, son obligatorias incluso para los que votaron en contra o estuvieron ausentes al tomarse la resolución. (Art.200 de la L.G.S.M.).

Las asambleas serán presididas por el Administrador Unico o el Consejo de Administración, a falta de disposición expresa al respecto. (Art.193 de la L.G.S.M.).

Es muy común en la práctica, y así suelen disponerlo los estatutos, ante el silencio de la ley, que funjan como Presidente y Secretario de la asamblea, las personas que desempeñan esos mismos cargos en el Consejo de Administración de la sociedad y en su defecto, las personas que designen los accionistas.

3.- EL ORGANISMO DE VIGILANCIA

"La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad." (Art.164 de la L.G.S.M.).

La estructura orgánica de la sociedad permite que la distribución de funciones que la ley otorga conlleven a una marcha organizada, justa y al mismo tiempo práctica de la sociedad anónima, que como ya hemos mencionado, en la actualidad se forma de una conjunción de capitales que pueden estar distribuidos de forma tal, que ni siquiera permita que los accionistas se conozcan entre sí.

Lo cierto es que la ley ha pretendido dar a la sociedad anónima la estructura más conveniente reuniendo la voluntad social en las asambleas, consignando la administración y representación de ella en el Consejo y designando a uno o varios comisarios que vigilen la marcha social a fin de que la actuación de los consejeros sea la más adecuada.

La ley permite la designación de un solo comisario o varios de ellos, designación que estará a cargo de la Asamblea General de Accionistas. En caso de ser dos o más, éstos deberán actuar en forma colegiada como lo hacen los administradores, frente a la sociedad; sin embargo, deberán responder

individualmente de sus actos. (Art.169 de la L.G.S.M.). El Art.165 de la misma Ley, establece una serie de circunstancias por las cuales una persona está impedida para ejercer el cargo de comisario, como es la inhabilitación para ejercer el comercio, el ser empleado de la sociedad, empleado de una sociedad accionista, por más de un 25% del capital, o empleado de una empresa de la que la sociedad en cuestión sea accionista en más del 50%, o que tenga algún parentesco con los consejeros.

La ley no establece que los comisarios deban reunir determinadas características para desempeñar sus cargos; no obstante, se ha comentado por algunos autores la necesidad de que el legislador contemple el requisito, para poder ser comisario, de tener conocimientos de contabilidad por las funciones que desempeña. (5)

Los comisarios serán los encargados de vigilar la buena marcha de la sociedad, principalmente en cuanto a la actuación de los consejeros se refiere.

Ellos deberán cerciorarse que administradores y gerentes otorguen la garantía que la ley les exige para asegurar las responsabilidades que pudieren derivarse de su cargo. (Art. 166-J de la L.G.S.M.).

(5) Ver MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op.Cit. Pág.432

Asimismo, los comisarios serán los responsables de exigir a los administradores, una información mensual de sus actividades que incluya un Estado de Situación Financiera y un Estado de Resultados. (Art.166-IIyIII de la L.G.S.M.).

Los comisarios rendirán un Informe Anual a la asamblea respecto de la veracidad de la información presentada por el Consejo a dicha asamblea. (Art. 166-IV de la L.G.S.M.).

Podrán asistir con voz pero sin voto, a las Asambleas de Accionistas y a las sesiones del Consejo de Administración (Art. 166-VIIyVIII de la L.G.S.M.), y en general, deberán vigilar las operaciones de la sociedad. (Art.166-IX de la L.G.S.M.).

4.- EL ORGANO DE ADMINISTRACION

El órgano de Administración puede ser unitario o colegiado.

"El órgano administrativo de la sociedad lleva al cabo los actos de gestión de los negocios sociales o en una expresión más clara, de gestión del patrimonio social y de representación de la sociedad.

"Es pues, un órgano necesario para la actividad de la sociedad y el conjunto de poderes y de obligaciones que imponen las funciones del órgano de administración, tiene carácter eminentemente representativo de la sociedad frente a terceros y en esto se distingue de los otros órganos so--

ciales.

"Al mismo tiempo, todas las atribuciones que tienen los administradores son instrumentos jurídicos para cumplir los deberes que les corresponden como titulares del órgano del — que forman parte." (6)

Son los mismos accionistas, los que designan a las personas en que habrán de confiar la ejecución de los actos que acuerdan en asambleas y es a los accionistas a quienes deberán rendir en forma anual el informe de sus actividades, de la situación financiera y de la marcha social.

El Consejo de Administración funcionará como órgano colegiado en el que las resoluciones se toman por una mayoría de votos.

La ley intenta que los intereses de la mayor parte de los accionistas se encuentren representados en el órgano de administración (derechos de la minoría) y asimismo serán los accionistas los encargados de revocar a aquellos administradores que consideren que deben dejar de formar parte del Consejo.

Los administradores podrán nombrar gerentes y apoderados que los auxilien en el cumplimiento de su cargo, sin que por e-

(6) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. CONFERENCIA.- Op. Cit.

llo restrinjan sus facultades. (Arts.145y150 de la L.G.S.M.).

"Se ha hablado de una distribución de competencias entre los órganos por virtud de la cual, aunque no en una manera rigurosa, la voluntad de la persona moral se forma esencialmente en la asamblea de accionistas. Se podría decir que es en la Asamblea en donde se fijan las líneas directrices de la actividad de la sociedad, en tanto en el órgano administrativo la sociedad lleva al cabo los actos de gestión de los negocios sociales o en una expresión más clara, de gestión del patrimonio social y de representación de la sociedad." (7)

"En esta manera, toda la actividad de los órganos, gira en torno a la finalidad de la sociedad y es esta finalidad la que imprime coherencia a la estructura orgánica de la sociedad anónima. La desvinción de la actividad de los titulares del órgano de la persona jurídica o del empleo abusivo de las atribuciones que les corresponden, es decir, el ejercicio de una actividad que exceda de las funciones del órgano (incompetencia) o de las atribuciones que corresponden a la persona que actúa como titular (falta de legitimación) - compromete la responsabilidad de ésta." (8)

(7) GALINDO GARFIAS, I. CONFERENCIA.- Op. Cit.

(8) IBIDEM.- Op. Cit.

CAPITULO SEGUNDO

LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

A TRAVES DEL CONSEJO

1. DESIGNACION DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION

La designación normal de los miembros del Consejo, estará a cargo de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas, concepto que se desprende del artículo 181 de la L.G.S.M., que en su fracción segunda establece entre las ocupaciones de dicha asamblea, la de nombrar al ADMINISTRADOR o CONSEJO DE ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD.

Ocasionalmente, el nombramiento puede realizarse en forma distinta, pero esto obedece a la situación particular que se presenta y que la misma ley contempla cuando el comisario de la sociedad, según el Art. 155 de la L.G.S.M. tiene que designar con carácter provisional a los Consejeros faltantes para que pueda lograrse el quorum necesario de asistencia.

Al nombramiento de Consejeros que se realiza al constituirse la sociedad, el maestro Rodríguez Rodríguez lo denomina "Nombramiento Inicial."

"En el caso de fundación simultánea, debe constar necesariamente en la escritura constitutiva el NOMBRAMIENTO DEL ADMINISTRADOR O DE LOS CONSEJEROS y en este caso la determinación de los que usen de la firma social.

"En la práctica mexicana, lo habitual es que los socios declaren haberse reunido en Asamblea General Ordinaria y haber hecho estas designaciones, de lo que el notario da fe en la misma escritura constitutiva.

"Sin embargo, esta celebración de asamblea, no pasa de ser en la inmensa mayoría de los casos, una simple ficción, -ya que nunca se celebra innecesaria (sic). En efecto, la comparecencia simultánea ante notario, autoriza a los socios -la ley lo exige- a determinar de una sola vez sus administradores y representantes.

"En el caso de fundación sucesiva, en el programa de fundación se determinará el sistema administrativo de la sociedad y en la Asamblea General Constitutiva se procederá al nombramiento de administrador o de los consejeros y a la determinación de los que usarán de la firma social." (9)

No comparto con el maestro Rodríguez Rodríguez la idea de que la ley "exige" que al constituirse la sociedad deba ha--

(9) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op.Cit., Tomo II, México 1981, pp. 92 y 93

cerse el nombramiento de Consejeros. Si bien es cierto que el Art. 6º fracción IX de la L.G.S.M., menciona entre los requisitos de la escritura constitutiva el nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social, también lo es que de la lectura del Art.8º de la misma Ley se desprende claramente que no es ése un requisito esencial.

El maestro Frisch Phillip a su vez, tampoco piensa que las disposiciones legales sobre el nombramiento de los administradores, al constituirse la sociedad, sean de tipo imperativo, aunque "esta situación conceptual no se opone a que en la práctica se pueda aprovechar la escritura notarial constitutiva de una sociedad anónima para que contenga también la primera asamblea de la misma sociedad, por medio de la cual se eligen los órganos de administración y vigilancia."
(10)

Con relación a la práctica que suele seguirse en la fundación simultánea al acudir los socios ante notario a constituir la sociedad, es muy discutible que la declaración de haberse reunido en Asamblea General Ordinaria, esté apegada a los preceptos de derecho, hecho que el propio notario asienta en la misma escritura constitutiva.

(10) FRISCH PHILLIPP WALTER.- LA SOCIEDAD ANONIMA MEXICANA. México, 1982. pp. 282 y 283

Poco se ha profundizado en el análisis de la validez jurídica que tenga esa primera Asamblea General Ordinaria; sin embargo intentaremos incursionar en este tema.

Estamos conscientes que la sociedad es un ente jurídico creado por la ley, a quien se le reconoce el carácter de persona. La ley nos dice que la personalidad de las personas físicas - se adquiere por el nacimiento, y se pierde con la muerte. (Art. 22 del Código Civil).

Sin embargo, no nos dice cuándo una persona moral adquiere esa personalidad y cuándo la pierde, pero puede deducirse que en la misma forma que las personas físicas, las sociedades adquieren capacidad jurídica con su nacimiento y la pierden con su extinción.

El Código Civil nos dice: "Son personas morales: III- Las sociedades Civiles o Mercantiles" (Art.25). Sin embargo, ¿cuán-do nacen estas personas morales? El nacimiento de una perso-na física es evidente, sin embargo, el de una persona moral es creado por la ley, por lo tanto requiere de un reconoci-miento expreso de ésta dado que la persona moral es intangi-ble, es un ente jurídico.

El Art. 2º de la L.G.S.M. en su primer párrafo, nos dice: "Las Sociedades Mercantiles inscritas en el Registro Públi-co de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la

de los socios"; aplicando este concepto a contrario sensu, - tenemos que las sociedades mercantiles no inscritas en el Registro Público de Comercio, no tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios.

Bandera de salvación para todas las teorías tradicionales -- que hemos venido arrastrando, resulta el tercer párrafo del citado Art. 2º de la L.G.S.M., que a la letra dice: "Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio, -- que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, --- consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica."

Sin embargo, de este artículo se desprende que sólo hay dos formas de que una sociedad mercantil adquiera personalidad jurídica:

1. Por la inscripción en el Registro Público de Comercio de su escritura constitutiva.
2. Por la exteriorización frente a terceros de quien se ostente como sociedad, convirtiéndose en una sociedad irregular.

Hay quienes piensan que la sociedad adquiere la personalidad en el momento del acuerdo de voluntades de los socios de -- crearla y en la suscripción del capital. Sin embargo, recordemos que no estamos frente a un contrato de compra-venta, -- sino frente al nacimiento de una persona jurídica.

Otros opinan que el momento en que la sociedad adquiere su personalidad, es al protocolizarse frente a notario la escritura constitutiva, ya que el registro produce únicamente efectos declarativos, nunca constitutivos. Al respecto yo me pregunto: el notario, al plasmar en escritura pública los estatutos que regirán a una sociedad, ¿está dando fe de un hecho, o está produciendo efectos constitutivos?

"El artículo 2° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, explícitamente declara dotadas de personalidad jurídica tanto a las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, como a las que se hayan exteriorizado frente a terceros con tal carácter." (11)

Respecto a las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio, su personalidad jurídica es evidente y nadie la pone en duda.

A las sociedades no inscritas, exteriorizadas frente a terceros, también se les reconoce personalidad jurídica; sin embargo, ¿qué sucede con estas sociedades irregulares?:

a) Pueden ser declaradas nulas, aunque su objeto no sea ilícito. (Art. 2° de la L.G.S.M., párrafo segundo).

b) Su quiebra se tendrá como fraudulenta. (Art. 27 del Código

(11) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op.Cit., p.194

de Comercio).

c) Sus representantes responderán del cumplimiento de los actos jurídicos que realicen frente a terceros, subsidiaria, -solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de su responsabilidad penal. (Art. 2º de la L.G.S.M., párrafo quinto).

d) Los socios no culpables de la irregularidad, podrán exigir la responsabilidad por daños y perjuicios a los culpables y a los representantes o mandatarios. (Art. 2º de la L.G.S.M.- in fine).

De lo anteriormente expuesto puede deducirse que, si la ley le ha otorgado a este tipo de sociedades irregulares personalidad jurídica, es única y exclusivamente para proteger los derechos de terceros de buena fe, por lo que la regla general será que las sociedades mercantiles adquieren personalidad jurídica al inscribirse en el Registro Público de Comercio.

Hay que recordar que el Art. 3008 del Código Civil, que dice que "la inscripción de los actos o contratos en el Registro Público tiene efectos declarativos", se está refiriendo dicho artículo a las sociedades y asociaciones civiles, así como a las fundaciones y asociaciones de beneficencia privada. (Art. 3074 del Código Civil). En cuanto a las disposiciones del Registro Público de Comercio, contenidas tanto en el Código de Comercio como en el Reglamento del Registro Mer

antil, no contienen ese precepto.

Por otro lado, el Art. 1º del Reglamento del Registro Público de Comercio establece que la inscripción, es requisito para que los documentos que así lo requieran, surtan efectos frente a terceros.

Finalmente, el Art. 19 del Código de Comercio, establece que la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil, es obligatoria.

Bajo este orden de ideas, jurídicamente es imposible que se celebre la primera Asamblea General Ordinaria de una sociedad que todavía no ha nacido.

Sin embargo, la práctica que se ha seguido no resulta tan grave como parece a la vista. En realidad, se trata de un error técnico, pues si bien el Art. 6º-IX de la L.G.S.M., establece que la escritura constitutiva deberá contener el nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social, el incluirlo como parte integrante de los estatutos nos llevaría al problema de que para nombrar a nuevos miembros del Consejo, se tenga que convocar a una Asamblea General Extraordinaria y reformar estatutos.

Lo que usualmente sucede, es que este tipo de designaciones

se plasman en cláusulas transitorias que no requieren las formalidades de las modificaciones a la sociedad.

En este caso, pese a que se le denomine primera Asamblea General Ordinaria, estamos en presencia de una serie de cláusulas transitorias que podrán modificarse en Asamblea General Ordinaria. (Arts. 6º, 181 y 182 de la L.G.S.M.).

En conclusión, pese a que el nombramiento de administradores se contenga en la escritura social, no debe formar parte de los estatutos que la regirán y en consecuencia, el cambio de Consejeros, de ningún modo deberá implicar reformas a la sociedad.

Una vez agotado el tema del nombramiento inicial, para los efectos de este estudio, pasaremos a tratar el nombramiento de miembros del Consejo de Administración, para cubrir vacantes.

El maestro Rodríguez Rodríguez, lo clasifica de la siguiente manera:

"a). Designación provisional extraordinaria; hecha para evitar la paralización del funcionamiento de un órgano de carácter permanente, esencial en la vida de la sociedad. A ello se refiere el Art. 155 de la L.G.S.M. fracción II, que autoriza a los comisarios a designar con carácter provisional al Administrador Único o a los Consejeros necesarios, -

cuando las vacantes de éstos impliquen la falta de quorum estatutario.

"b). La provisión definitiva; corresponde a la Asamblea General Ordinaria, bien sea en asamblea convocada expresamente para dicho fin, bien en la reunión anual que debe celebrarse con motivo de la aprobación del balance.

"c). Provisión mediante los Consejeros suplentes; la existencia de Consejeros suplentes no está prevista en la Ley Mexicana, aunque sí está establecida en la práctica." (12)

El maestro Vázquez del Mercado opina:

"El nombramiento de administradores, se hace generalmente por la asamblea; sin embargo en los estatutos puede establecerse que en caso de haber un Consejo de Administración, éste podrá designar a los administradores en algunas ocasiones.

"Cuando la administración de la sociedad esté a cargo de un Consejo, si por alguna razón faltare uno o más de los administradores, los estatutos podrán establecer que el nombramiento de éstos lo hagan provisionalmente los administradores restantes, en este caso, los administradores provisionales continuarán en su cargo hasta que se celebre una asamblea." (13)

Esta teoría no es aplicable al Derecho Mexicano; parece más

(12) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. pp.93 a 95

(13) VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR.- ASAMBLEAS DE SOCIEDADES ANONIMAS. México, 1971. p.154

bien, extraída de la Legislación Hispana.

Este concepto no corresponde a lo establecido en el Art.155 - de la L.G.S.M., ya que señala en forma expresa que en caso de no reunirse el quorum estatutario, los comisarios serán los encargados de designar a los Consejeros suplentes.

En lo personal, concuerdo con la mayoría de los autores, en que resulta más práctico y no se contrapone a las disposiciones legales, que los estatutos contemplen el nombramiento de Consejeros suplentes por la misma asamblea, quienes serán los encargados de desempeñar el cargo de los propietarios, que - por algún motivo lleguen a faltar.

Por otra parte, si en las acciones se consigna el derecho de los socios de vigilar el manejo de la sociedad y de votar en las asambleas, entre otros, luego entonces los Consejeros no pueden ejercer un derecho de los accionistas incorporado en las acciones.

Es cierto que la ley establece en el Art.155 de la L.G.S.M.- que los comisarios nombrarán Consejeros en caso de que alguno falte y es también cierto que ellos tampoco pueden ejercer el derecho de los accionistas, pero hay que recordar que, en primer lugar, los comisarios son designados por los accionistas para vigilar la administración y en segundo lugar, el nombramiento lo hacen únicamente en casos extremos y con carácter provisional, lo que les implica a los Consejeros nom-

brados, a solicitud del comisario, una obligación de citar - cuanto antes a Asamblea Ordinaria de Accionistas, para que - se hagan los nuevos nombramientos, y de no hacer la convocatoria, el mismo comisario la hará.

"A falta de disposiciones distintas, los Consejeros suplentes entran en funciones al producirse la vacante y cubren el cargo hasta que la Asamblea General Ordinaria tome la oportuna resolución.

"Si hay Consejeros suplentes, no podrán los comisarios proceder al nombramiento de Consejeros, a no ser que se haga necesario para integrar el quorum, lo que no puede ocurrir sino cuando ni aun con los Consejeros suplentes pueda integrarse la mayoría requerida para el funcionamiento del Consejo de Administración. Los Consejeros suplentes son órganos de la sociedad y no simples representantes de aquél a quien suplen. Les serán aplicadas todas las disposiciones dadas para éstos.

"El orden de suplencia puede ser vario, ya que, o se establecen los nombramientos de los Consejeros suplentes indistintamente para el Consejo, en cuyo caso las vacantes serán cubiertas por los suplentes por su orden de designación, o bien se señalan Consejeros suplentes para cada Consejero, en cuyo caso sustituyen a aquél al que fueren adscritos."(14)

(14) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.94

Es usual que también se nombren Consejeros suplentes distintos para cada serie o clases de acciones en caso de que las haya y que a su vez, podrán funcionar en cualquiera de las formas señaladas en el párrafo anterior.

Los estatutos determinarán si los suplentes entrarán a las reuniones por ausencia temporal o permanente de los propietarios.

El nombramiento para cubrir vacantes, únicamente será necesario cuando los ausentes hacen imposible la celebración de las juntas de Consejo por falta de quorum. En cambio, si con los Consejeros presentes puede declararse instalada la junta del Consejo, no debe el comisario proceder al nombramiento de Consejeros provisionales.

En relación al nombramiento de administradores que realizan los accionistas, es interesante comentar el derecho que tiene la minoría en la designación.

Por otra parte, es importante señalar, como apunta el maestro Rodríguez Rodríguez, que la trascendencia del número de miembros del Consejo que se nombre, se reduce a distinguir entre Administrador Unico o Consejo de Administración, (cuando son dos o más) que actúan como órgano colegiado y en cuanto a los derechos de la minoría que sólo podrán ejercerse si los administradores son tres o más.

El Art. 144 de la L.G.S.M. dispone que, de no establecerse -

en el contrato social, la minoría que represente un 25% del capital nombrará cuando menos un Consejero.

Asimismo, las reformas de 1981 adicionan el Art. 144, a fin de que el porcentaje sea del 10% cuando la sociedad tenga -- inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores.

Aunque esta disposición pretende proteger al grupo minoritario de accionistas, hay que tener presente que para poder ejercer ese derecho, es indispensable que se represente el 25% o 10%, en su caso, que establece la ley.

"El derecho minoritario previsto en el Art.144 de la L.G.S.M. es de tipo imperativo en favor de la minoría, los estatutos sólo podrán aumentarlo en cuanto al número de los Consejeros designables por la minoría, en tal grado que el derecho legal de la mayoría (Art.181-II de la L.G.S.M.), que de prácticamente suprimido. Los requisitos fijados en este artículo en cuanto a una minoría de por lo menos 25% o del 10% del capital social, respectivamente, y al número mínimo de tres administradores, no son modificables por los estatutos.

"Por medio de la reforma del mismo artículo, publicada en el Diario Oficial de 23 de enero de 1981, se suprimió la mentablemente el segundo párrafo de dicho artículo, que protegió a los administradores nombrados por una minoría, con-

tra su revocación separada de aquélla de los otros administradores." (15)

Cuando la sociedad tiene inversionistas extranjeros, éstos también podrán votar para la elección de administradores, --- siempre y cuando el nombramiento que hagan no rebase el porcentaje de la inversión de capital extranjero y, de ser necesario para la empresa superar ese porcentaje, deberá solicitarse una autorización expresa al respecto a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, exponiendo los motivos para ello.

Si se contraviene la disposición anteriormente señalada, los actos que se realicen sin dicha autorización serán nulos, a más de las sanciones que la ley establece para promover la inversión mexicana y regular la extranjera. (Art. 8° de la Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera).

Ha sido muy común que, derivado de esta disposición, se piense que no puede haber más miembros extranjeros en el Consejo, que el porcentaje de inversión extranjera que haya en la sociedad; sin embargo, esta interpretación del Art. 8° de la L.P.I.M.R.I.E.) no es correcta, ya que de lo que se trata, es que los accionistas extranjeros no estén represen

tados en el Consejo en un porcentaje mayor al correspondiente a su inversión en la sociedad, independientemente de que los Consejeros nombrados por ellos, sean nacionales o extranjeros.

Finalmente, cabe mencionar que no hay ningún impedimento legal para que entre los miembros del Consejo de Administración haya Consejeros extranjeros; únicamente deberá atenderse a la autorización de la Secretaría según la rama de actividad económica que corresponda, previa resolución de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, a que se refiere la Ley para promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera, en su artículo 8°.

2.- INSCRIPCION DEL NOMBRAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION EN EL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO

De la Ley General de Sociedades Mercantiles y de las disposiciones relativas al Registro Público de Comercio, se desprende de que debe inscribirse el nombramiento de los Administradores de la Sociedad.

Así vemos que el artículo 21 del Código de Comercio señala, entre los datos que deberán anotarse en la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad (fracción VII): "Los poderes generales y nombramientos y revocación de los mismos,

si la hubiere, conferidos a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios."

El doctor Mantilla Molina, con relación a esta disposición, comenta que la obligación de inscribir el nombramiento de Consejeros se deriva de la consideración que hace la ley de su calidad de mandatarios.

"Como la Ley General de Sociedades Mercantiles considera que los administradores son mandatarios, (Arts.142 y 157) da por supuesto que están obligados a inscribir su nombramiento en el Registro de Comercio y exige que para ello comprueben que han otorgado la correspondiente garantía." (16)

En cierto modo tiene razón, por el tratamiento de mandatarios que da la misma Ley a los administradores. Sin embargo, en mi opinión el Reglamento del Registro Público de Comercio es más específico, cuando en su Art. 31 enumera los asientos que corresponderán al libro primero, o en su caso a la parte primera del folio mercantil que señala en la fracción IV: "Nombramientos de personas que desempeñen funciones representativas dentro de la empresa."

Este señalamiento define la situación de los Consejeros que pudiera derivarse de las discusiones doctrinales, respecto al carácter jurídico de los miembros del Consejo de Administración de la sociedad anónima.

(16) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op. Cit. p.401

"Los nombramientos de los administradores deberán inscribirse en el Registro Público, para que los terceros conozcan quiénes son las personas designadas por los socios para ejercer el cargo de administradores. (Art.153 de la L.O.S.M.)."

(17)

El carácter, pues, de la inscripción, es esencialmente publicitario y al respecto, el maestro Vázquez del Mercado opina que el nombramiento es efectivo desde que se hace por la asamblea y los actos que ejecuten los Consejeros nombrados - tendrán plena validez aun cuando la designación no se haya hecho pública. La notificación a los terceros no es necesaria, para el perfeccionamiento de la deliberación de la asamblea.

Al respecto, me parece que la misma ley establece que los documentos que no se inscriban y deban hacerlo, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen; y los actos valdrán únicamente en tanto benefician a los terceros, por lo que se deduce claramente que la notificación a dichos terceros es necesaria para el perfeccionamiento de la deliberación de la asamblea.

El maestro Walter Frisch Phillip, considera que la inscripción puede tener también un efecto constitutivo "como resultado del Art. 26 del mismo ordenamiento (Código de Comercio),

(17) VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR.- Op. Cit. p.145

tal inscripción surte efecto constitutivo solamente en el sentido de que el tercero de buena fe con quien haya actuado el administrador no inscrito, a nombre de la sociedad, podrá en forma optativa oponerse a la validez del negocio respectivo o insistir en la misma. Esta facultad no la tiene la sociedad, para la cual el nombramiento y la aceptación del mismo siempre surten efectos obligatorios. El efecto constitutivo mencionado del Registro, sólo existe en actos que se ejercen fuera de juicio, de modo que, respecto de los otros, es suficiente el nombramiento aceptado por el administrador sin necesidad del Registro respectivo." (18)

No niego que el Registro Público de Comercio tenga efectos constitutivos, como ha quedado señalado en la primera parte de este capítulo; sin embargo, en mi opinión el efecto constitutivo que menciona el maestro Frisch Phillipp no se da, puesto que el mismo Art. 26 señala que los documentos -- que, debiendo inscribirse no se registren, sí producen efectos entre los que los otorguen. En relación a los terceros -- no podrán producir perjuicio, pero sí podrán aprovecharse en lo que les fueren favorables; por consiguiente, los efectos se dan y creo que la ley pretende darle más un carácter de protección a los terceros y sanción a quien debió inscribirlos, que el efecto constitutivo indicado.

(18) FRISCH PHILLIPP WALTER.- Op. Cit. p.285

Joaquín Garrigues encuentra en la publicidad del registro dos finalidades:

"La finalidad inmediata de esta publicidad es la de dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad.

"La finalidad mediata del registro puede ser la protección del comerciante o la del tercero." (19)

En relación a la obligatoriedad de la inscripción, frecuentemente se confunde con la necesidad de dicho registro; el maestro Carral y de Teresa comenta, en su obra "Derecho Notarial y Derecho Registral", que:

"La inscripción es voluntaria, pues no hay obligación de efectuarla en un plazo determinado, ni se impone sanción por no llevarla a cabo, ni puede ser exigida coercitivamente. Entre nosotros no se puede inscribir mas que por solicitud de parte (rogación); pero los efectos de la inscripción hacen de ésta, "necesaria"; es decir, que si no es "obligatoria", sí es "indispensable" efectuarla, pues de otro modo el titular del derecho no podría hacerlo surtir efectos "erga omnes". (20)

En realidad estimo que se trata de un problema de semántica, pues llamándole obligatoria o indispensable, el Art. 26 establece una sanción para aquellos actos que, debiendo inscribirse, no se registraron.

(19) GARRIGUES, JOAQUIN.-CURSO DE DERECHO MERCANTIL, Tomo I, México 1981, P.701

(20) CARRAL Y DE TERESA, LUIS.-DERECHO NOTARIAL Y DERECHO REGISTRAL, México 1981, P.244

En relación al tiempo durante el cual las sociedades pueden actuar en tanto formalizan sus nombramientos, la ley no establece plazo alguno y esto suena lógico, ya que la inscripción del nombramiento de los representantes es en propio beneficio de los otorgantes.

No sería justificado que los actos de los administradores surtieran sus efectos temporalmente; es menester que los trámites de protocolización y registro, se apresuren y mientras tanto, será conveniente que los administradores no se exterroricen frente a terceros y de ser necesario, si los actos de los administradores van a surtir efectos entre quienes los otorguen, deberá hacerse del conocimiento del tercero con quien se va a actuar la situación que guarda el Consejo, de modo que dicho tercero sepa quiénes son los Consejeros y que los trámites de inscripción se encuentran pendientes.

En cuanto a la periodicidad con que debe hacerse la inscripción de los Consejeros en el Registro Público de Comercio, y dado que la inscripción, como ya vimos, tiene carácter publicitario, a más de que el Art. 21 fracción VII se refiere al nombramiento y revocación, no así a la ratificación, y que no se señalan en la ley plazos de vigencia obligatorios para el desempeño del cargo de Administrador, estimo que a pesar de que en el contrato social se establezca un término de duración de los administradores (pongamos como ejemplo que los nombramientos deban hacerse en la asamblea anual) -

no es obligatorio que cada año se realice la inscripción, si se incluye en el orden del día la ratificación de las mismas personas dentro del Consejo de Administración.

El mismo Art. 154 de la L.G.S.M., que dispone que los administradores continuarán en sus cargos en tanto no sean sustituidos, puede reforzar este concepto; por lo que deberá entenderse que únicamente cuando se hagan nuevos nombramientos o revocaciones, se procederá al registro respectivo.

3.- REQUISITOS PARA SER MIEMBRO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION

De la Ley General de Sociedades Mercantiles, pueden ir entre sacándose de diversos artículos, las características que deber cumplirse para ser administrador de una sociedad anónima; algunas de ellas se refieren a cualidades que es necesario tener, y otras son condiciones que deben evitarse, pues de lo contrario, no se estaría calificado para el desempeño del cargo.

Congruentemente, la ley no restringe al administrador con un listado de cualidades intrínsecas personales que cumplir para poder integrar el Consejo, ya que son los propios accionistas quienes deben calificar la calidad de las personas que convienen a la sociedad para su administración, pues en

muchas ocasiones, de acuerdo con el giro de la empresa, los conocimientos, capacidad, experiencia y características personales pueden variar, de acuerdo con las necesidades de la empresa de que se trate.

Sin embargo, conviene analizar algunas disposiciones que nos ayudarán en el intento de enumerar los requisitos básicos:

a) CALIDAD DE SOCIO.-

El Art. 142 de la L.G.S.M. establece que los Consejeros pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad; al efecto, los estatutos pueden exigir que los administradores sean socios; no obstante, de no establecerse nada, se entenderá -- que aquellas personas que no son socios, podrán formar parte del Consejo.

Los socios siempre podrán ser Consejeros; al efecto, no sería válido establecer en los estatutos el requisito de que tengan que ser personas extrañas a la sociedad, ya que es un derecho de los accionistas, que incluso se contempla en las acciones mismas, el de poder ser nombrado administrador de la sociedad.

"Si para desempeñar el cargo deben ser socios, y en el momento del nombramiento no lo fueran, el requisito deberá cumplirse al tomar posesión del cargo, sin que pueda anularse un nombramiento hecho en personas que no sean socios, - hasta que llegado el momento de su toma de posesión no puedan acreditar esa calidad." (21)

(21) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.92

b) HABILITACION PARA EJERCER EL COMERCIO.-

El Art. 151 de la L.O.S.M. dispone que: "No pueden ser administradores ni gerentes, los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio". Por lo tanto, a contrario sensu, las personas que vayan a desempeñar el cargo de administrador deben tener capacidad para ejercer el comercio.

Al respecto, el Código de Comercio establece en su Art. 5º: "Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo."

Dado que el Código de Comercio nos remite a las leyes comunes, citemos el Código Civil para el Distrito Federal, para analizar quiénes son hábiles para contratar y obligarse y - quiénes tienen prohibiciones para ejercer el comercio.

El Art. 23 del Código Civil para el Distrito Federal, establece: "La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes."

Estamos hablando concretamente de la capacidad de ejercicio, en donde los incapacitados pueden ejercer el comercio en forma indirecta; sin embargo, el Art. 147 de la L.O.S.M. dispo-

ne: "Los cargos de administrador o consejero y de gerente, - son personales y no podrán desempeñarse por medio de representantes."

Esta disposición hace inútil cualquier abundamiento respecto a los incapaces, pues de ella se deriva claramente que no podrán ser consejeros de una sociedad.

En relación a los emancipados, éstos tienen la libre administración de sus bienes y la única limitante que les impone la ley, es que requerirán de autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para negocios judiciales (Art. 643 del Código Civil para el - Distrito Federal).

Dado que el Código Civil establece claramente que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, se deduce que tiene impedimento para administrar los bienes de otro, - por lo tanto, un emancipado no puede ser miembro del Consejo de Administración de una sociedad.

Cabe también comentar la situación de los emancipados parciales; al respecto, el Código Civil establece en su Art. - 435, que: "Cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se considerará - respecto de la administración como emancipado, con las restricciones que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces."

"Una incapacidad especial, resulta del artículo 162 de la L.O.S.M., según el cual "los administradores removidos por causa de responsabilidad, sólo podrán ser nombrados nuevamente en el caso de que la autoridad judicial declare infundada la acción ejercitada en su contra". (22)

Continuando con las prohibiciones para ejercer el comercio, el Código de la materia, en su Art. 12, establece que no pueden ejercer el comercio: los corredores, los quebrados no rehabilitados y los sentenciados por delitos contra la propiedad.

Al respecto, el maestro Mantilla Molina en su obra "Derecho Mercantil", señala que: "La incompatibilidad y la prohibición pueden distinguirse entre sí en cuanto aquella, por derivar de la profesión de la persona, depende de la voluntad de ésta hacerla cesar, abandonando dicha profesión antes de dedicarse al comercio, al paso que la prohibición se impone en -- virtud de las circunstancias que no depende del afectado hacer desaparecer." (23)

Con base en estos conceptos, el autor considera como incompatibilidad el contenido de la fracción I del Art. 12 del Código de Comercio, que se refiere a los corredores; en tanto -- que las otras dos fracciones sí constituyen prohibición.

En relación al notariado, la ley de la materia, en su Art.17,

(22) PRISCH PHILLIPP, WALTER.- Op.Cit. p.280

(23) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op.Cit. p.87

establece que las funciones del notario son incompatibles con el ejercicio de la profesión de comerciante. Asimismo, dicho artículo establece que el notario sí podrá desempeñar el cargo de secretario de sociedades, sin ser miembro del Consejo. (Fracción IV).

De esta disposición se desprende claramente, que los notarios tampoco pueden ser nombrados Consejeros.

Al respecto cabe una consideración: los notarios no pueden ser comerciantes. Sin embargo, no veo por qué no podrían invertir su capital en una sociedad mercantil, ya que ser socio no da la calidad de comerciante a una persona; sin embargo, la sociedad mercantil sí es considerada como comerciante (persona moral).

De ser así, al no permitirse a los notarios formar parte del Consejo de Administración, se va en contra de la affectio societatis, pues se está limitando a esa persona, por la función que desempeña, a defender su inversión interviniendo en la administración de la empresa.

Desde mi punto de vista, cabría una modificación a la ley, a fin de permitir al notario formar parte del Consejo de Administración de una sociedad, con la salvedad de no aceptar, como notario, ningún asunto de dicha sociedad.

En relación con las actividades de los funcionarios públicos, la costumbre ha adoptado la regla de que el desempeño

de los cargos públicos sea incompatible con el ejercicio del comercio, por motivos de ética profesional.

No hay una ley que, expresamente, prohíba al funcionario el ejercicio del comercio en general. Sin embargo, es interesante mencionar que la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios, en su artículo 88, establece:

"Durante el desempeño de su empleo, cargo o comisión y un año después, los servidores públicos no podrán solicitar, -- aceptar o recibir por sí o por interpósita persona, dinero o cualquier otra donación, servicio, empleo, cargo o comisión para sí o para las personas a que se refiere la fracción - - XIII del Art. 47 y que procedan de cualquier persona cuyas - actividades profesionales, comerciales o industriales, se en - cuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas - por el servidor público en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, que determinen conflicto de intereses."

Respecto a la inhabilitación para ejercer el comercio a que se refiere el Art. 151 de la L.G.S.M., como impedimento para ser Consejero, el maestro Rodríguez Rodríguez comenta:

"Los administradores o representantes de una sociedad anónima, aunque por serlo no adquieren la calidad de comerciante, por su presencia al frente de la sociedad, asumen las funciones propias del principal en sentido concreto y su intervención continua en actos de comercio, hacen conveniente que se

les exija, como en otras legislaciones, la capacidad para el ejercicio del comercio y el no estar incurso en alguno de los supuestos de prohibición o incompatibilidad legalmente establecidos." (24)

c) NACIONALIDAD DE LOS CONSEJEROS.-

En relación con la nacionalidad de los miembros del Consejo, el Art. 13 del Código de Comercio establece que "Los extranjeros serán libres para ejercer el comercio, según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispusieren las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros."

Esta disposición del Código de Comercio es aplicable a los miembros del Consejo de una sociedad anónima, pues recordemos que el Art. 151 de la L.G.S.M. establece la necesidad de que dichos miembros estén habilitados para ejercer el comercio.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, no prohíbe, ni que los extranjeros que participen en el capital social de una empresa designen Consejeros, ni que los miembros del Consejo sean extranjeros.

Sin embargo, hay que tener en cuenta las disposiciones de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la In-

(24) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. pp. 89 y 90

versión Extranjera, así como de la Ley General de Población.

La Ley de Población les reconoce a los extranjeros tres calidades, que se relacionan con el presente estudio en la siguiente forma:

1. No inmigrante.- Es el extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación, se interna en el país temporalmente. Puede internarse para asistir a asambleas o sesiones del Consejo de Administración de empresas. La autorización es por seis meses improrrogables, con entradas y salidas múltiples, que cada una sólo podrá ser de 30 días.(Art.42,Fr.IV).

2. Inmigrante.- Es el extranjero que se interna legalmente al país, con el propósito de radicar en él en tanto adquiere la calidad de inmigrado. (Art. 44).

Los inmigrantes inversionistas, se internan para invertir su capital en la industria, siempre que contribuyan al desarrollo económico y social del país. (Art. 48 Fr.II).

Los inmigrantes también pueden internarse para ocupar cargos de dirección o de absoluta confianza en empresas, cuando a juicio de la Secretaría de Gobernación, no haya duplicidad de cargos y el servicio de que se trate amerite la internación. (Art. 48 Fr.IV).

3. Inmigrado.- Es el extranjero que adquiere derechos de residencia definitiva en el país. (Art. 52).

El inmigrado podrá dedicarse a cualquier actividad lícita.
(Art. 55).

En relación con la inversión extranjera, ésta no podrá integrar los órganos de administración, excediéndose de su participación en el capital. (Art. 5° de la L.P.I.M.R.I.E.).

La inversión de los inmigrados, se equipara a la inversión mexicana, siempre que no se encuentren vinculados con centros de decisión económica del exterior. (Art. 6° de la L.P.I.M.R.I.E.).

Por otra parte, requerirán autorización de la Secretaría que corresponda, según la actividad de la empresa, los actos -- por medio de los cuales la administración de una empresa recaiga en inversionistas extranjeros o por los que la inversión extranjera tenga la facultad de determinar el manejo de la empresa. (Art. 8° de la L.P.I.M.R.I.E.).

De las disposiciones mencionadas, se desprende la publicación de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, de sus resoluciones generales, en el Diario Oficial de 30 de agosto de 1984, refiriéndose, la Número 3, a la participación extranjera en la administración de las empresas, que a la letra dice:

"1. El nombramiento, reelección o substitución de miembros de nacionalidad extranjera de un Consejo de Administración, no requiere resolución de la Comisión Nacional de In-

versiones Extranjeras, siempre que se cumpla con lo dispuesto por el penúltimo párrafo del Art. 5º de la Ley para promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera, y por los artículos 18 y 20 del Reglamento".

"2. La intervención en la administración o manejo de empresas mexicanas por extranjeros que posean la calidad de inmigrados, no requerirá de la previa resolución de la Comisión. No habrá equiparación a nacionales de los inmigrados - residentes en el país, cuando por razón de su actividad se encuentren vinculados con centros de decisión económica del exterior. Esta disposición no se aplicará en aquellas áreas geográficas o actividades que estén reservadas, de manera exclusiva, a mexicanos o a sociedades mexicanas, con cláusula de exclusión de extranjeros o que sean materia de regulación específica."

"3. Los actos por medio de los cuales la administración de la empresa recaiga en inversionistas extranjeros o por los que la inversión extranjera tenga por cualquier título la facultad de determinar el manejo de la empresa, requerirán invariablemente las resoluciones respectivas de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras."

Por último, hay que recordar la prohibición de que los extranjeros intervengan en las empresas que adquieran el domi

nio de tierras y aguas en la zona prohibida. (Art.27 Constitucional Fr.I.; Art.7º L.P.I.M.R.I.E.).

d) INTEGRACION DEL CONSEJO POR PERSONAS MORALES.-

Volviendo a los requisitos que pueden desprenderse de las disposiciones legales para desempeñar el cargo de administrador, debe analizarse la actuación de las personas morales en este campo.

Varios autores coinciden en que el cargo de administrador de una sociedad anónima, debe desempeñarse por personas físicas, ya que el cargo es personal y no admite representantes.

"El puesto de administrador debe atribuirse siempre a -- personas físicas. Así lo establece la ley cuando preceptúa -- que "los cargos de administrador o consejero y de gerente -- son personales y no podrán desempeñarse por medio de representantes". La prohibición de representación tiene un doble alcance. Por un lado, exige que sea el designado quien actúe por sí, de un modo directo, sin representante; pero por otro lado, como las personas morales sólo pueden actuar por medio de representantes, el precepto citado (Art.147 de la L.G.S.M.), viene a prohibir de un modo oblicuo, que aquéllas puedan -- desempeñar tales cargos." (25)

"Roberto L. Mantilla Molina, manifiesta que el carácter del cargo de administrador de una sociedad anónima impide - que sea desempeñado por medio de representantes, por lo que necesariamente debe de recaer en personas físicas, ya que -- las personas morales siempre actúan por medio de representantes.

"El propio Mantilla, al comentar el Art.149 que faculta - a los administradores y a los gerentes para conferir poderes dentro de los límites de sus respectivas facultades, hace la advertencia de que aparentemente existe una contradicción en tre esta posibilidad, reconocida por la ley, y la prohibición que la misma formula de desempeñar el cargo de administrador o gerente por medio de representante, pero aclara que, en -- realidad, es diferente nombrar un representante para el des- empeño de un cargo, a nombrarlo para que auxilie a quien per sonalmente lo desempeña. En el primer caso, existiría una de- legación completa de funciones, un abandono absoluto de la -- responsabilidad que ha asumido el administrador o el gerente. En el segundo caso, el funcionario conservaría el ejercicio - directo de ciertas facultades indelegables (convocatoria a - asambleas, nombramiento de gerentes, etc.) y conservaría tam bién la dirección, vigilancia y responsabilidad de los actos realizados por el mandatario." (26)

Con relación a la opinión del maestro Rodríguez Rodríguez, so
(26) BAUCHE GARCIA DIEGO, MARIO.-La Empresa. México 1977, p.540

bre el requisito de ser persona física para poder desempeñar el cargo de administrador, el maestro Frisch Phillipp concuerda con el resultado de su opinión; sin embargo, comenta que no está de acuerdo con su fundamentación en el Art. 147 de la L.G.S.M.:

"Dado que este artículo excluye una delegación de los cargos mencionados en él; es decir, su transferencia de un sujeto a otro, supuesto que no es idéntico con el caso de que una persona moral sea miembro del consejo de administración y desempeñe tal cargo por medio de sus órganos legales, ya que éstos no son delegados de su persona moral, sino que "actúan a nombre de su persona moral de la misma manera que la persona física actúa en relación con su propio patrimonio"." (27)

Al analizar los comentarios del maestro Frisch Phillipp cuando diferencia el desempeño por medio de los órganos legales de la sociedad, a la delegación de facultades, negando representación al primer concepto, difiere de su opinión, pues por la naturaleza misma de ente jurídico que tienen las personas morales, éstas no pueden actuar si no es por medio de representantes; además, como él mismo señala, "actúan a nombre de su persona moral" y sea cual fuere el acto que le dé origen cuando alguien actúa a nombre de otro, existe la representación.

(27) FRISCH PHILLIPP, WALTER.- Op. Cit. p.279

El maestro Jorge Barrera Graf señala también que: "Administradores, sólo pueden ser personas físicas. (Art.147)". (28)

"Expresa Garrigues, que lo frecuente es que cuando una sociedad poseedora de un paquete de acciones de otra, desea intervenir en el consejo de administración de ésta, designe en este Consejo un representante suyo (generalmente un consejero propio), que figurará en el consejo de la sociedad administrada como consejero individual y en su propio nombre, aunque en realidad actúe como delegado de una persona jurídica y por cuenta de ella. Agrega, que éste es el sistema que suelen seguir los bancos cuando poseen acciones de otra sociedad, o cuando por consecuencia de una operación de crédito, exigen uno o varios puestos en el consejo de la sociedad prestataria. En este supuesto, si la persona delegada de otra sociedad deja de pertenecer a ésta o por cualquier causa le son revocados sus poderes, deberá dimitir su puesto en el consejo de la sociedad administrada. Mas como no consta expresamente la relación de representación (aunque tácitamente se sobreentienda), indica Garrigues que si ese consejero no cumple con su deber de dimitir, es claro que podrá seguir funcionando, hasta que la Asamblea General de la sociedad administrada lo separe de su cargo." (29)

(28) BARRERA GRAF, JORGE.- INTRODUCCIÓN AL DERECHO MEXICANO. DERECHO MERCANTIL. México, 1981. p.51

(29) BAUCHE GARCIADEGO, MARIO.- Op. Cit. p. 537

Coincido con esta última aseveración del maestro Garrigues; sin embargo, creo disentir en el aspecto de que, en caso de que una persona moral tenga interés en participar en el Consejo de Administración de una sociedad y al efecto es nombrado un representante suyo en la sociedad administrada, el cargo de Consejero lo está desempeñando en su calidad de persona física, en forma personal y no expresamente como representante de la persona moral que pretende intervenir en la administración de otra; es por eso que no va a poder obligarse a ese Consejero a renunciar, pues su relación con la sociedad administrada es directamente con él, persona física.

El hecho de que mediante simulaciones quiera una sociedad intervenir en la administración de otra, no está en manos de la ley evitarlo totalmente; sin embargo, no podemos admitir que ésta sea una práctica legal.

En relación con las instituciones de crédito que menciona el maestro Garrigues, el maestro Bauche Garcíadiego comenta:

"Sin embargo, la Ley General de Instituciones de Crédito en su artículo 32, fracción III, permite que las sociedades financieras -que son personas morales-, tengan el derecho de reservarse un puesto, por lo menos, en el Consejo de Administración de la sociedad emisora cuyas obligaciones haya garantizado, con derecho a vetar los acuerdos que lesionen su interés como garantizadora de las obligaciones emiti-

das. "

"Como se ve, la posición de México es ambigua, pues mientras la Ley General de Sociedades Mercantiles establece en su Art. 147 como regla general que los cargos de administradores son personales y no podrán desempeñarse por medio de representante, cuando se trata de sociedades de economía mixta sí se admiten representaciones de personas jurídicas y más aún, - las sociedades financieras tienen el derecho de reservarse un puesto, por lo menos, en el Consejo de Administración de la - sociedad emisora cuyas obligaciones hayan garantizado."(30)

Es importante hacer mención de que, a raíz de los cambios -- que se han suscitado en relación a la nacionalización de la - banca, la nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de - Banca y Crédito, publicada el 14 de enero de 1985, misma que deroga la Ley General de Instituciones de Crédito y Organización Auxiliares de 31 de mayo de 1941, por lo que respecta a las sociedades nacionales de crédito, ya no se contempla - la obligación del Art.32, fracción III, por lo que en la actualidad, no es aplicable.

Este punto es de gran interés dentro de este estudio, pues - ha suscitado gran polémica entre los estudiosos de Derecho - Mercantil, ya que la ley expresamente no lo permite y es muy discutible que prohíba que una persona moral participe en la

(30) BAUCHE GARCADIAGO, MARIO.- Op. Cit. p.541

administración de una sociedad; sin embargo, este hecho es una práctica muy usual entre las sociedades.

Independientemente de que se crea o no, que la actuación de una sociedad por medio de sus órganos legales, no constituye una representación, es también importante el factor elemento de confianza, que debe prevalecer para el desempeño del cargo.

"La Ley Alemana de Sociedades Anónimas, Núm.76, párrafo 2, dice que una persona jurídica no puede ser nombrada miembro del consejo de administración. La razón de esta prohibición está en que si se concediera a una persona moral un puesto de consejero, sería cubierto por los órganos de la sociedad, sin que se pueda tener el carácter de confianza personal que tales cargos tienen."(31)

"Fundamentemos la exclusión de personas morales del cargo de administradores, en que su nombramiento supone cierta confianza en calidades personales del designado, tomando en consideración la importancia y gran responsabilidad del cargo. En el caso de nombramiento de personas morales no se podría cumplir con tal supuesto, debido a que la persona moral podría ejercer tal cargo por cualquiera de sus representantes legales muy distintos entre sí y fácilmente alternables a causa de remociones y sucesiones respectivas."(32)

(31) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.90

(32) FRISCH PHILLIPP, WALTER.- Op. Cit. p.279

Esto nos presenta dos situaciones:

1. La sociedad que pretende ser administradora, mediante cuál de sus órganos va a tomar las decisiones y en qué forma.
2. Si supuestamente, se nombra Consejero a una persona que además de ser de confianza de los accionistas, deberá tener la capacidad suficiente, de acuerdo con el objeto de la sociedad, para poder administrarla; al no ser una persona física determinada, las características de confianza y habilidad personales se pierden.

El maestro Bauche Garciadiago, en "LA EMPRESA", comenta que:

"No existe en nuestra legislación mercantil, precepto alguno que en general prohíba que las personas jurídicas sean accionistas de las sociedades anónimas. Habrá algunos casos en -- que leyes especiales exijan que los accionistas sean ciudadanos mexicanos, pero se trata de verdaderas excepciones al -- principio general. La única prohibición contenida en nuestra Ley General de Sociedades es la contenida en el Art.134, de -- que las sociedades anónimas adquieran sus propias acciones, a menos que sea por adjudicación judicial en pago de los créditos de la sociedad, en cuyo caso deberán venderlas en un término de tres meses.

"Por otro lado, el principio de la igualdad de los socios en toda sociedad anónima, es el que rige en esta materia, al decirnos el Art.112 de la ley, que "las acciones conferirán i-

guales derechos.

"Sin embargo, estas personas jurídicas -sociedades anónimas- no pueden ocupar directamente puestos en los consejos de administración de las sociedades anónimas emisoras de las acciones, porque el Art.147 de la Ley establece que los cargos de administración son personales y no podrán desempeñarse por medio de representante.

"Al no permitir nuestra ley que las personas jurídicas puedan desempeñar el cargo de administradores de las sociedades anónimas se hacen nugatorios sus derechos, que deben ser los mismos que los de los demás socios.

"Por lo tanto, opino que debemos hacer frente a esa realidad de que, de hecho, en México las personas jurídicas ocupan --cargos en los Consejos de Administración de las sociedades -anónimas por medio de la ficción de las personas interpuestas, y reformar el Art.147 de nuestra Ley de Sociedades para que ya no se prohíba de un modo oblicuo que aquéllas deban desempeñar tales cargos."(33)

No concuerdo con la opinión del maestro Bauche Garciadiego, ya que, como he mencionado en párrafos anteriores, es muy importante conservar el carácter personal, en el que la capacidad y confianza son elementos indispensables para el desempeño del cargo.

Es verdad que en la sociedad anónima rige el principio de la igualdad de socios, y que es su derecho participar en la (33)BAUCHE GARCADIIEGO, MARIO.- Op. Cit. p.543

administración de la sociedad.

Sin embargo, es importante analizar la naturaleza misma de -- sus órganos. El Consejo de Administración es un órgano de eje cución, que tiene en sus manos el proteger los intereses de -- los accionistas y procurar la correcta realización del fin so cial.

Para ello se requiere que las decisiones se tomen por vota--- ción de sus miembros y su actividad va a ir aparejada con u-- na responsabilidad personal hacia la sociedad.

El que una persona moral forme parte del órgano de adminis-- tración, dificulta en este aspecto su actuación, ya que ha-- bría tres opciones para manejarlo:

1. A través del Consejo de Administración de la sociedad ad-- ministradora.
2. A través de la Asamblea de Accionistas de la sociedad ad-- ministradora.
3. A través de un delegado.

En el primer caso, cre o que se rompe el vínculo jurídico que debe existir, dado que el Consejo de Administración tie ne la obligación de cumplir su objeto social y no excederse de éste.

Al administrar otra sociedad, estaría cumpliendo el objeto -- social de la sociedad administrada, y esto aun en el supues g

to de que, dentro de su objeto social, se comprendiera el administrar sociedades.

Por otro lado, a menos que en la sociedad administrada hubiera un administrador único, no se justificaría que todo el Consejo de la sociedad administradora, asistiera a las sesiones del Consejo de la administrada y tuvieran que votar entre sí, para poder emitir su voto.

En el segundo caso, sucede en forma similar, ya que pueden aplicarse los dos supuestos mencionados en el párrafo anterior, máxime que resultaría extraño tener que convocar a asamblea para que puedan decidir en qué sentido deben votarse las decisiones del Consejo de la sociedad administrada, además de las dificultades de tiempo y lugar que se presentan.

Finalmente, la misma ley prohíbe que sea a través de un delegado, como deba funcionar un administrador, ya que volviendo al Art. 147 de la L.G.S.M., estos cargos son personales y no podrán desempeñarse por medio de representantes.

Por otro lado, se presenta el problema de la responsabilidad de los Consejeros. Esta es una responsabilidad personal hacia la sociedad, misma que debe recaer en una persona física y no involucrar a una serie de personas. (Ej. Accionistas - de la sociedad administradora).

Para terminar con esto, la regla general es el principio de

igualdad de los socios; sin embargo, hay ciertas situaciones especiales que, por su naturaleza, no pueden manejarse de -- otra forma, y no por ello rompen con ese principio.

Si bien una persona moral no podrá ser miembro del Consejo de Administración de una sociedad, ésta, como accionista, sí - podrá votar en la elección de los Consejeros.

Por lo tanto, los miembros del Consejo de Administración de una sociedad anónima, deben tener la calidad de personas físicas. .

Otro requisito para el desempeño del cargo de administrador, es que los consejeros, antes de iniciarse en funciones, hayan otorgado la garantía conforme al Art. 152 de la L.G.S.M.

"No hay ninguna prohibición para que los estatutos requieran otras condiciones como las de nacionalidad, edad, sexo, etc. puesto que los mismos son decisivos para fijar las calidades necesarias para el desempeño del cargo, siempre que no se infrinjan preceptos imperativos de la ley".(34)

Concretando: además de los requisitos que libremente puede - establecer cada sociedad para las personas que formarán el - Consejo de Administración, tenemos que:

1. Deben ser personas físicas.

(34) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.90

2. Deben estar habilitadas para ejercer el comercio.
3. Deben desempeñar el cargo en forma personal.
4. Deben prestar la garantía de ley.
5. Deben repetirse las limitaciones que establecen las leyes para la inversión extranjera.

4. GARANTIA PARA EL DESEMPEÑO DEL CARGO DE ADMINISTRADOR.-

Es obligación de los administradores garantizar el desempeño de sus funciones.

"La caución de los administradores es una institución - que nuestra ley ha copiado de la belga y la francesa. Ha de ser constituida por el administrador en cuanto haya aceptado el cargo y se presta para garantía de los eventuales daños producidos en la gestión de la sociedad." (35)

Esta obligación se encuentra establecida en los Arts. 152 y 153, de la L.O.S.M.

"Sin embargo, comenta el maestro Vázquez del Mercado, - aun cuando no se preste la garantía no se impide que los administradores y comisarios designados desempeñen sus funciones, la única consecuencia será la ya apuntada, o sea la imposibilidad de inscribir su nombramiento en el Registro Público de Comercio, lo que a su vez no equivale a invalidar

(35) BRUNETTI, ANTONIO.- TRATADO DEL DERECHO DE LAS SOCIEDADES. Tomo II, Buenos Aires, Argentina. p. 460

sus actos, los cuales, ejecutados dentro de la esfera de su competencia, obligarán a la sociedad."(36)

El prestar la garantía para el desempeño del cargo de administrador no es un acto aislado, del que pueda decirse que - su única consecuencia, por no otorgarse, será la de no poder inscribir el nombramiento de los Consejeros.

Es necesario tener en cuenta qué repercusiones trae el no registrar dichos nombramientos, por lo que, pese a que es motivo de otro punto la inscripción en el Registro de Comercio, creo prudente hacer una breve referencia al Art.26 del Código de Comercio, que establece que no producirán efectos los documentos que, debiendo registrarse, no se inscriban, mas que entre los que los otorguen, no pudiendo producir perjuicio a tercero, quien sí podrá aprovecharlos en lo que le fueren favorables; esto, por lo tanto, da como resultado que - si el nombramiento de Consejeros no produce efectos, sus actos frente a terceros sólo serán válidos en tanto estos terceros los aprovechen para su beneficio.

Esta importante consecuencia parece no haber sido tomada en cuenta por el maestro Vázquez del Mercado, quedando su comentario un tanto superficial e inadecuado.

(36) VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR.- Op. Cit. p.146

"La garantía, salvo pacto expreso sobre ello, puede constituirse con bienes de la más diferente significación. Podrá consistir en dinero efectivo, en la entrega de certificados de depósito de dinero, en fianza, en prenda de valores o en hipoteca. También es perfectamente posible la constitución de la garantía mediante el establecimiento de un fideicomiso de esta naturaleza.

"De todas estas formas, la única que merece breve consideración, en este lugar, es la que se realiza mediante el depósito de acciones de la propia sociedad. Aunque comúnmente se hable de depósito de acciones, realmente se trata de una prenda de acciones, bien se constituya en poder de la propia sociedad, bien en poder de un tercero.

"Estas acciones, cualquiera que sea su naturaleza, se -- convierten en intransmisibles, en tanto que están cumpliendo la función de garantía prendaria. Si se trata de acciones no nominativas, la prenda deberá indicarse en el propio registro de la sociedad; si se trata de acciones al portador, la función de garantía exige que las acciones se individualicen - (imposibilidad de prenda irregular)."

* (Hay que recordar que las reformas a la Ley General de So ciedades Mercantiles de diciembre de 1982, convierten las - acciones al portador que antes existían en nominativas).

"Es indiferente que los bienes que constituyan la garantía sean de la propiedad de los administradores o de un tercero, con la sola excepción de que se exija la calidad de socio y el depósito de acciones, en cuyo caso una, por lo menos de éstas, deberá estar a nombre del administrador.

"Si la garantía exigida en los estatutos o por acuerdo de la asamblea, fuese el depósito de acciones, se entiende que mientras éstas no se hayan emitido, bastará como garantía la que se establezca sobre los certificados provisionales. Por supuesto que la constitución de la garantía, puede hacerse por tercera persona." (37)

El maestro Frisch Philipp, tomando como base el artículo 139 de la L.G.S.M., considera inadmisibile que una sociedad anónima reciba en forma de garantía sus propias acciones, ya que dicho artículo establece que las sociedades anónimas no podrán hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones.

No obstante que más adelante analizaré la validez del depósito de acciones como garantía para el desempeño del cargo de administrador, en relación al comentario del maestro Frisch Philipp, no estimo que el depósito de acciones como garantía, implique un préstamo o anticipo de la sociedad hacia el administrador, sino que más bien, las acciones,

(37) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. pp. 91 y 92

con todos los derechos patrimoniales que se derivan de ellas, quedan depositadas como prenda en tanto dure el cargo del administrador que las depositó; por lo mismo, no encuentro la aplicación del mencionado Art.139 de la L.G.S.M., en este punto.

La prohibición de hacer anticipos sobre las acciones de la sociedad, tiene una razón distinta de ser que la adquisición de sus propias acciones (Art.134, de la L.G.S.M.).

El otorgar los anticipos sería una manera de falsear el capital social y es por eso que, cualquier negocio de ese tipo no debe permitirse.

En el caso de la caución, se está entregando una acción en garantía de un acto que no representa un crédito en favor de un accionista.

"Consideramos acertado el juicio de Soprano de que la caución constituye una prenda en favor de la sociedad, que, en el momento oportuno, podrá hacer valer sus derechos de acreedor pignoraticio por los actos eventualmente realizados en su perjuicio." (38)

En efecto, la garantía que se otorga es únicamente para que exista un respaldo que proteja a la sociedad sobre malos manejos por parte de quienes la administran; por lo tanto, -

(38) BRUNETTI, ANTONIO.- Op. Cit. p.460

cualquiera que sea la forma en que ésta se haya otorgado, deberá ser devuelta a los Consejeros en cuanto cesen en sus funciones.

Bien; hasta ahora ha quedado claro el hecho de que la garantía para el desempeño del cargo de administrador es obligatoria; asimismo, ésta puede prestarse sin ninguna dificultad, mediante dinero en efectivo, fianza de compañía autorizada o bien, un fideicomiso en garantía.

Sin embargo, el depósito de una acción en la propia sociedad, pese a que el maestro Rodríguez Rodríguez lo analizó ampliamente, tiene un aspecto que es sumamente interesante analizar. ¿Quién va a ejercitar los derechos derivados de las acciones depositadas?

A primera vista, podría pensarse en un depósito de títulos; sin embargo, la L.G.T. y O.C. lo regula únicamente como depósito bancario. En realidad, estamos hablando de una prenda mercantil para garantizar el cumplimiento del cargo de administrador, mediante el depósito de las acciones en la propia sociedad.

Al respecto, el Art. 334 de la L.G.T.O.C., nos dice:

"En materia de Comercio, la prenda se constituye:...II.
Por el endoso de los títulos de crédito en favor del acreedor, si se trata de títulos nominativos y por este mismo endoso y la correspondiente anotación en el regis

tro, si los títulos son de los mencionados en el Art.24."

Aquí encontramos un primer punto interesante: el endoso de -- los títulos en favor del acreedor.

Aspecto interesante, también, se deriva de la lectura del Art 338 de la L.G.T.O.C.: "El acreedor prendario, además de estar obligado a la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda, debe ejercitar todos los derechos inherentes a ellos, siendo los gastos por cuenta del deudor, y debiendo aplicarse en su oportunidad al pago del crédito todas las sumas que sean percibidas, salvo pacto en contrario. Es nulo todo convenio que limite la responsabilidad que para el acreedor establece este artículo."

El acreedor, pues, debe ejercitar los derechos inherentes a los títulos.

El mismo capítulo de la prenda remite a los Arts.261 y 263, relativos al reporto, en los que se establece que si los títulos atribuyen un derecho de opción que deba ser ejercitado, el acreedor estará obligado a ejercitarlo por cuenta -- del deudor.

Redondeando las ideas, el depósito de acciones como garantía constituye una prenda mercantil; al efecto, deben endosarse las acciones a la sociedad, que es a quien se va a garantizar el desempeño del cargo; según las disposiciones de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la sociedad sería

quien debiera ejercitar los derechos inherentes a los títulos.

Hay que recordar que las acciones confieren a su titular derechos patrimoniales y derechos corporativos.

Puede pensarse que la sociedad, como acreedor prendario, está facultada para ejercer los derechos patrimoniales derivados de las acciones, depositar los dividendos cobrados junto con los títulos y al término de sus funciones, se entregarían al Consejero que garantizó su cargo.

¿Y los derechos corporativos?

La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reconoce tres tipos de endoso; en endoso en propiedad, el endoso en procuración y el endoso en garantía.

A la vista salta, que se trata de un endoso en garantía, a lo que el Art. 36 de la L.G.T.O.P. señala que el endoso en garantía, atribuye al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario, mismos que señalamos en párrafos precedentes.

Para mayor abundamiento, el Art. 31 de la L.G.T.O.C. dispone: "El endoso debe ser puro y simple. Toda condición a la cual se subordine, se tendrá por no escrita. El endoso parcial es nulo."

Por lo tanto:

1. Los derechos corporativos de los socios, no pueden ser nulificados porque las acciones se encuentran en prenda garantizando una obligación. Estos, forzosamente deberán ser ejercidos.

2. Si atendemos a las disposiciones contenidas en los Arts.- 31,36 y 338 de la L.G.T.O.C., llegaremos a la conclusión de que la sociedad, como acreedor prendario, tendría el deber - de ejercitar todos los derechos inherentes a las acciones - dadas en prenda.

Al respecto, es obvio que nos encontramos frente a una imposibilidad jurídica, la sociedad no puede votar en sus propias asambleas, y ésta, es una de las razones por las que no puede adquirir sus propias acciones. (Art.134, de la L.O.S.M.).

3. Dado que los derechos corporativos incorporados en las acciones, son personales de los socios y únicamente pueden ser ejercitados por los mismos, además de que no puede cederse el control de la sociedad, se deduce que únicamente los titulares de las acciones pueden ejercer estos derechos.

En la práctica, se ha usado que cuando se dan acciones en - prenda, si hay que ejercitar algún derecho corporativo, estas acciones, a solicitud del titular de las mismas (socio), son depositadas por el acreedor en una sociedad nacional de crédito, quien expide un certificado de las acciones que -- tiene depositadas que sirve para recoger en la sociedad el

pase para la asamblea.

Al encontrarse depositadas dentro de la misma sociedad las acciones, podemos pensar en la mecánica anteriormente señalada, sin necesidad de depositarlas en una sociedad nacional de crédito.

Dentro de un razonamiento lógico, esta práctica es aceptable, sin embargo choca de frente con los preceptos legales que ya hemos mencionado.

En conclusión, nos parece que el hecho de que la garantía -- que exige la ley a los administradores sea otorgada mediante el depósito de acciones en la misma sociedad, carece de una regulación adecuada, por lo que resulta más recomendable la constitución de un fideicomiso en garantía que permite el ejercicio de los derechos patrimoniales, y para efectos de -- los derechos corporativos la institución fiduciaria podrá expedir las constancias correspondientes.

"La ley no fija el mínimo de garantía que ha de otorgarse, y en la práctica muchas veces es irrisoria.

"Inspirándose en los proyectos italianos de Vivante y D'Amelio, el Mexicano de 1947 fija un mínimo del 10% del capital social a la garantía que en conjunto, han de otorgar los administradores; en la redacción de 1952, tal mínimo se redujo al 5% del capital social. El proyecto de 1960, conservó esta norma."(39)

(39) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op. Cit. p. 401

En la actualidad, el determinar un porcentaje del capital como garantía de los administradores, resultaría demasiado grvoso y sumamente riesgoso, tomando en cuenta el monto al que asciende el capital social de la mayoría de las empresas, lo que haría imposible en la generalidad de los casos, el que pudiera prestarse dicha garantía, y nadie aceptaría los cargos de administrador de una sociedad.

"Esta garantía que exige la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo general es exigua, ya que se concreta al depósito de una acción, si el administrador es único o los administradores son accionistas, o bien a la entrega de dinero en efectivo, la mayoría de las veces por la irrisoria suma de mil pesos.

"Digo que es exigua e irrisoria esta garantía, porque no alcanza a cubrir las responsabilidades en que puedan incurrir, y eso si realmente se depositase la acción o se entregase el dinero en efectivo, ya que por la costumbre, únicamente se asienta el hecho en el acta de la asamblea respectiva, sin que en efecto se haga el otorgamiento virtual.

"Ahora bien, ¿qué responsabilidad cubre esta garantía? Naturalmente que la responsabilidad civil proveniente de actos u omisiones de los administradores que tengan por consecuencia la disminución del patrimonio de la sociedad. La -

responsabilidad es hacia la sociedad y no hacia los accionistas individualmente, ni con respecto a los acreedores."(40)

De lo dicho anteriormente, se desprende que la garantía para el desempeño del cargo del administrador, está directamente relacionada con la responsabilidad de los Consejeros; sin embargo, por cuestiones de comprensión, he preferido tratarlos en dos apartados distintos, únicamente comentando que hay ocasiones en que la responsabilidad sí es hacia la sociedad, pero también hay casos en que los Consejeros responden solidaria, subsidiaria e ilimitadamente ante terceros y ante accionistas no culpables, como se observa claramente en el caso de sociedad irregular. (Art. 2º Ley General de Sociedades Mercantiles, párrafos 5º y 6º).

5. LA REMUNERACION AL CONSEJO DE ADMINISTRACION.-

Para determinar si el cargo de Consejero debe o no ser remunerado, es conveniente analizar su situación personal frente a la sociedad.

El Art. 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo tercero, establece que: "Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento...". Sólo serán gratuitos los trabajos que señala la Constitución.

TRAUCHE GARCIA DIEGO, MARLO.- Op. Cit. pp.512 y 513

Como ya he . . . mencionado en el punto relativo a requisitos, pa ra ser miembro del Consejo de Administración, los Consejeros - deben tener la calidad de personas físicas y como tales, po-- dría pensarse que tienen con la sociedad una relación de tipo laboral.

El integrante del Consejo es un administrador, persona física que puede o no, ser socio de la empresa, y que a su vez forma rá parte de un órgano colegiado, que tendrá funciones de di-- rección, de administración y de representación; sin embargo, no podemos pensar que entre el Consejero y la sociedad, pueda existir una relación laboral.

El servicio que presta el administrador a la sociedad no es - de subordinación; la función del órgano administrativo, como lo señala el Art. 10 de la L.G.S.M., es de representación de la sociedad. En pocas palabras, es quien encarna al ente jurí dico llamado sociedad, para que pueda manifestarse como perso na en este sentido, y tomando en cuenta que los administrado-- res pueden incluso ser socios, el Consejero deberá asimilarse al carácter de representante del patrón y no pensar que pueda prestar un trabajo subordinado a la sociedad.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha asentado las si- guientes tesis, que son aplicables al punto que estamos tratan do:

"1130 MANDATO, SUBORDINACION INEXISTENTE EN EL.- Del artículo

20 de la vigente Ley Federal del Trabajo, se desprende como elemento fundamental de la relación laboral, la subordinación del que presta un servicio personal respecto de quien lo recibe, lo que se traduce en facultad del patrón para mandar y dirigir, organizar, fiscalizar y disciplinar la actividad del trabajador; de manera que si a una persona se le otorga poder en atención a que tiene conocimientos especializados en la materia del mandato, no puede considerarse que tiene el carácter de trabajador, pues es claro que, siendo perito en la materia, su actividad no está dirigida, organizada, fiscalizada y disciplinada por el mandante."

"Amparo directo 6080/1971. Fernando G. Coronado. Agosto 11 de 1972. 5 votos. Ponente: Mtra. María Cristina Salmorán de Tama yo. 4a. Sala, Séptima Época, Volumen 44, Quinta Parte, Pág. 35." (Ediciones Mayo).

Independientemente del análisis que en otro punto se haga del carácter de mandatarios que les otorga la Ley General de Sociedades Mercantiles a los miembros del Consejo de Administración de una sociedad anónima, la tesis en su contenido es clara y no cabe la menor duda de que se aplica a los Consejeros.

"92. ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES. CASO DE INEXISTENCIA DE LA RELACION LABORAL.- El administrador de una sociedad no tiene el carácter de trabajador, cuando la escritura constitutiva de la misma le impone la obligación de prestar tales servicios

en su calidad de socio y le concede absolutas facultades de dirección, ya que la relación derivada de la prestación del servicio se rige por el contrato de sociedad, por ser éste el que impone al socio la obligación de prestarlas, y porque su carácter de administrador con todas las facultades de dirección, no lo sujeta a la subordinación que tipifica la relación laboral."

Esta tesis, en su último párrafo es muy explicativa, ya que marca la pauta fundamental para desconocer la relación laboral al mencionar que el Consejero no está sujeto a la subordinación que "TIPIFICA" la relación laboral.

No caña por demás hacer notar, sin embargo, que esta tesis -- surgió de un caso concreto que se presenta generalmente en sociedades civiles, y por tanto establece la obligación del socio de prestar los servicios de administración.

No debemos olvidar que los administradores pueden o no, ser socios de la sociedad anónima, y que el contrato social no puede obligar a un socio a prestar funciones de administración.

"845. GERENTE GENERAL DE SOCIEDAD ANONIMA. PARA DETERMINAR SU AFILIACION AL SEGURO SOCIAL DEBE ATENDERSE A SU SITUACION JURIDICA CONCRETA Y NO SOLO A SU DENOMINACION.- Para establecer que un gerente general debe afiliarse al Seguro Social, por existir una relación laboral entre él y la sociedad anónima a

la que sirve, no basta fijarse en la denominación "gerente general", sino que debe atenderse a la situación jurídica específica que conforme a la escritura constitutiva de la sociedad se le otorga al llamado gerente general, en tanto que puede acontecer que con ese término se esté calificando a un administrador general, en cuyo caso, independientemente del nombre que se le dé, será el órgano de administración y no tendrá el carácter de trabajador. Se tratará en realidad de una confusión de términos que no podrá variar la naturaleza jurídica de la relación existente entre la sociedad y la persona física concreta en la que radica su voluntad. Ahora bien, mientras no se demuestre ante el Instituto del Seguro que en el caso concreto planteado se presenta la hipótesis de que en realidad se trata de un administrador general, calificado como gerente general, deberá presumirse que actúa en el ejercicio de las atribuciones que se mencionan en el Art.146 de la Ley de Sociedades Mercantiles, o sea sin integrar la voluntad de la sociedad, sino como representante ejecutor de sus determinaciones, que actúa bajo la decisión (dirección) de la asamblea general de accionistas, el Consejo de Administración o el administrador y según las facultades expresamente conferidas (dependencia)."

R.F. 68/1969- Química del Sureste, S.A. Unanimidad de 4 votos.
Séptima Epoca, Vol. 15, Tercera Parte, Pág.106.

R.F. 78/1969- Comercial del Valle, S.A. Unanimidad de 4 votos. Séptima Epoca, Vol.16, Tercera Parte, Pág.54.

R.F. 291/1967- Embotelladora Okey de Córdoba, S.A. Unanimidad de 4 votos. Séptima Epoca, Vol.18, Tercera Parte, Pág.78.

R.F. 11/1968- Destilería América, S.A. Unanimidad de 4 votos. Séptima Epoca, Vol. 18, Tercera Parte, Pág.78.

R.F. 290/1967- La Parroquia, S.A. Unanimidad de 4 votos. Séptima Epoca, Vol. 18, Tercera Parte, Pág.78.

JURISPRUDENCIA 405 (Séptima Epoca), Pág.672, Volumen 2a. Sala Tercera Parte. Apéndice 1917-1975." (Ediciones Mayo).

Aunque en el momento apropiado se trata expresamente el carácter jurídico de los miembros del Consejo de Administración, al hablar de - - la relación que existe entre el Consejero, persona física, y - la sociedad, no deja de inquietarnos la posibilidad de encontrarnos frente a un mandato, una prestación de servicios profesionales o una asociación en participación.

Lo cierto es que la relación jurídica que nace entre la sociedad y los Consejeros, se desprende de la misma ley.

La sociedad designa a determinadas personas para que la administren y cuando éstas aceptan, surgen sus obligaciones recíprocas.

"El carácter de remunerado que tiene el cargo de administra

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA
-79-

dor o Consejero, no lo establece directamente la ley. No resulta con absoluta claridad: a), de la clasificación que erróneamente les da de mandatarios (Arts.142 y 157) y de que el mandato no se presume gratuito (Art.2549 del C.Civil); b), -- de que la asamblea ordinaria deba determinar los emolumentos de los administradores cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

"Considero no obstante, que la remuneración de los administradores no es de la esencia del cargo, de modo que sería válida la cláusula estatutaria que estableciera su gratuidad. Por el contrario, reputo nula, como contraria a preceptos imperativos de la ley, la cláusula de los estatutos que pretendiera quitar al cargo de administrador el carácter de personal, de temporal o de revocable." (41)

Como ya he mencionado, el cargo de Consejero representa la --- prestación de un servicio a la sociedad que le impone obligaciones y responsabilidades frente a ella y frente a terceros, por lo tanto no tiene por qué ser gratuita.

Coincido con el maestro Mantilla Molina en el sentido de que de la ley (básicamente Art.181 de la L.G.S.M.), se desprende el carácter de remunerado del Consejero; sin embargo, no considero válido que pueda establecerse en los estatutos su --- gratuidad.

(41)MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op.Cit. p.399

Si bien es cierto que la ley no menciona entre las características del cargo la de remunerado, como establece la temporalidad, o su carácter personal y revocable, también es cierto -- que de la naturaleza de la prestación de servicios, así como del Art. 5º de la Constitución, se desprende el derecho a recibir por ello una contraprestación.

Distinto es que los Consejeros renuncien por su propia voluntad a recibir emolumentos, pues éstos, al no estar regulados por la Ley Federal del Trabajo, no constituyen salario, al -- que dicha ley en su artículo 82 define como: "la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo" y por tanto, no representan derecho irrenunciable para el administrador.

"La determinación de los emolumentos a los administradores y comisarios a que se refiere la fracción III del Art. 181 de la Ley de Sociedades Mercantiles, debe también ser objeto de la Asamblea Ordinaria Anual.

"Si los estatutos de antemano hubiesen fijado la forma de pago y la cantidad a pagar, la asamblea no tiene mas que ratificar lo dispuesto en los estatutos. En cambio, si nada se hubiese establecido, la asamblea deberá proveer a este punto. Salvo disposición contraria de los estatutos, la asamblea deberá retribuir la labor de los administradores aunque no haya utilidades a repartir y aunque el ejercicio se haya cerrado -

con déficit." (42)

Esto es consecuencia de que los emolumentos a los Consejeros, además de no constituir salario, no se decretan en forma de dividendos proporcionales a una aportación.

Esto no quiere decir que no pueda pagárseles a través de un porcentaje de las utilidades; significa que la calidad que pueda o no tener el Consejero de socio, por la cual tendría derecho cada año a dividendos proporcionales a las acciones de que sea dueño, si los hubiera, no tiene nada que ver con su carácter de administrador por el cual va a recibir una remuneración a los servicios prestados, independientemente de las utilidades que haya o no tenido la sociedad.

"Los administradores tienen derecho a que los emolumentos que se les concedan sean serios, es decir, proporcionados a la labor desempeñada." (43)

En la práctica, se siguen varios sistemas para remunerar a los administradores:

"a). Conceder a cada Consejero una cantidad fija (cincuenta, cien pesos, mil pesos), por cada sesión del Consejo de Administración a que asista.

"b). Destinar una parte de las utilidades, dentro de los

(42) VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR.- Op. Cit. pp.148 y 149
(43) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op. Cit. p.399

límites fijados por los estatutos, a la remuneración de los -- administradores, para repartirla entre ellos, bien por partes iguales, bien en proporción al número de sesiones a las que -- cada uno asistió, bien dejando en libertad a los propios administradores para repartir entre sí, del modo que juzguen conveniente, la cantidad que globalmente corresponda.

"c). Combinar los dos sistemas anteriores y dar a los encargados de la administración social un tanto fijado por se-- sión y, además, una participación en las utilidades."(44)

Estas son mecánicas, como menciona el maestro Mantilla Molina, que en la práctica suelen seguirse; sin embargo, se pueden adoptar diversos sistemas de pago.

Como ejemplo, podríamos decir que puede fijarse una cantidad -- anual, independientemente de las reuniones a las que asistan; aquellas sociedades en que sus estatutos así lo permitan, podrán entregar a los administradores acciones de trabajo a cambio de sus servicios; puede también convenirse en un pago simbólico, ya que es usual que el cargo de Consejero se desempeñe más con carácter honorario que remuneratorio, entregándose una moneda conmemorativa o una moneda de plata tipo onza troy; asimismo, podría pensarse en el pago de un dividendo en por-- centaje determinado y acumulativo parecido al que se otorga a

(44) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op.Cit. p.399

las acciones de goce.

En fin, lo que quiero expresar con esto, es que los administradores tienen derecho a recibir una remuneración equitativa al desempeño de sus funciones; sin embargo, al no integrar parte del salario y no tener éstos una relación laboral con la sociedad, puede convenirse en que el pago sea de diversas formas, pudiendo incluso renunciar a él los Consejeros.

6. TERMINACION DEL CARGO DE ADMINISTRADOR.-

Fundamentalmente, los administradores pueden cesar en el desempeño de sus cargos, por cuatro motivos:

1. Por haber transcurrido el plazo para el cual fueron nombrados.
2. Por revocación de la Asamblea de Accionistas con o sin causa justificada.
3. Por renuncia.
4. Por muerte o incapacidad.

La base para el análisis de las causas que motivan la conclusión de los Consejeros en sus puestos, es el Art.142 de la L. G.S.M., por el carácter temporal y revocable que dicho precepto otorga al cargo.

TERMINACION DEL CARGO POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO

La temporalidad a que se refiere el Art.142 de la L.G.S.M., -- no se encuentra regulada por nuestra ley en forma precisa, -- por lo que los estatutos serán los encargados de fijar la duración de los administradores en sus cargos, con las excepciones a que la misma ley se refiere.

La práctica ha hecho usual el nombramiento de administradores por el periodo de un año, que generalmente coincide con el -- ejercicio social, formando parte del orden del día de la asamblea anual la designación de nuevos miembros del Consejo, en tanto que los anteriores cesarán en sus funciones.

Es importante señalar que, aunque se fije un plazo determinado durante el cual desempeñarán sus funciones los administradores, el hecho de que llegue éste a su término, no se equipara a una destitución automática de sus miembros; los integrantes del -- Consejo deberán continuar en el cargo en tanto no se hagan nuevos nombramientos y éstos tomen posesión de sus cargos, o sea que la revocación se entiende jurídicamente suspendida, hasta la toma de posesión de los nuevos miembros, lo que implica que el nombramiento debe hacerse en el mismo acto en que se destituye a los anteriores.

Aun cuando los administradores renuncien, no deben dejar sus cargos hasta que haya quien los sustituya, cumpliendo con el

precepto del Art. 154 de la L.G.S.M.

Sin embargo, la ley debe interpretarse en el sentido de que - el tiempo sea razonable y efectivamente se pretenda sustituir al administrador que renuncia, y no apoyarse en el Art.154 para retenerlo indefinidamente.

Los Consejeros podrán ser reelegidos cuantas veces lo deseen los accionistas, a menos que los estatutos prevengan lo contrario.

TERMINACION DEL CARGO POR REVOCACION

Partiendo de la base de que el nombramiento de los miembros - del Consejo se realiza mediante acuerdo de la Asamblea Ordinaria de Accionistas, es lógico suponer que es a dicha asamblea a quien corresponderá su revocación, aunque el nombramiento se haya realizado por la asamblea constitutiva.

" La revocación del nombramiento de los administradores - forma parte del llamado orden del día tácito (los asuntos mencionados en el Art.181 de la L.G.S.M. y de los cuales, según el propio precepto, puede ocuparse la asamblea aunque no estén incluidos en el orden del día)." (45)

Desde m i punto de vista, el concepto de orden del día tá cito es inadecuado, ya que el Art. 181 lo que nos indica es - que, cuando menos una vez al año, la asamblea deberá ocuparse de los asuntos que señala; sin embargo, en caso de que se re--
(45) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op.Cit.p.408

quiera la celebración de otras asambleas durante el mismo ejercicio, ya no obliga a votar los puntos señalados por dicho artículo 181.

En caso de que en la convocatoria se señale que se trata de una asamblea anual, se sobreentiende que ésta tratará los asuntos del Art. 181 en mención; sin embargo, si en la convocatoria aparece algún otro asunto diverso a tratar, con base en el Art. 187, y por el derecho a la información de los accionistas, sólo podrán tratarse aquellos asuntos que hayan aparecido en el orden del día de la convocatoria.

Con relación a la fracción II del multicitado Art.181, el nombramiento y revocación de los administradores sólo será obligatorio cuando la temporalidad que se fijó en los estatutos - para los Consejeros en sus cargos, así lo requiera.

"La revocación es admisible en cualquier momento, sin que sea necesario cierto motivo. La ley supone en sus Arts.142 y 155 (L.G.S.M.), la revocación sin reglamentarla, razón por la cual encontramos la interpretación mencionada como más adecuada a la ley." (46)

"Normalmente la revocación es libre, es decir, se trata de puestos de confianza que pueden ser revocados con toda libertad, simplemente porque falte la confianza. En este sentido, la revo

cación es incondicionable y no puede someterse a plazos, a cau sas determinadas, ni a ninguna clase de restricciones.

"Esta libertad sólo tiene restricciones de orden público, cuando el Estado se ha reservado el nombramiento de uno o va- rios Consejeros. En estos casos, está sustraída a la competen- cia de la asamblea general, la decisión sobre la remoción de estos Consejeros." (47)

Entre los requisitos que establece la Ley Orgánica de la Ad- ministración Pública Federal, para que una empresa se conside- re de participación estatal, deberá corresponderle al Gobierno Federal la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, junta directiva u órgano de gobier- no, designar al presidente, al director y al gerente, o pueda vetar sus acuerdos. (Art.46-C).

Cuando los nombramientos de presidente o miembros del Consejo correspondan al Gobierno Federal, el presidente de la repúbli- ca dará a los coordinadores de sector, las bases para la desig- nación de los funcionarios. (Art.52 de la L.O.A.P.F.).

Los Consejos de Administración o juntas directivas, serán res- ponsables de la programación estratégica y supervisión de la - marcha normal de las paraestatales.

(47) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.99

Con relación a la facultad del gobierno para nombrar Consejeros, no debemos entender que sea facultativo para él, reservarse un determinado número de puestos en el Consejo; más bien - dependerá de los derechos que el Gobierno tenga como inversionista. Esto es, si el Art. 46-A) de la L.O.A.P.F. nos dice que es empresa de participación estatal mayoritaria aquella en que el Gobierno sea propietario del 50% o más, del capital social, este porcentaje de capital puede dar al Gobierno la facultad, incluso, de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración.

Asimismo, dicho artículo 46-B) establece que será empresa paraestatal, aquella en que se hagan figurar acciones de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal, caso en que también si esta serie representa el 33% o más del capital, podrá designar a uno o más Consejeros.

Finalmente, aunque lo antes señalado no dé como consecuencia la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo, podrá contemplarse en la escritura social.

Aun así, creo que la remoción de los miembros del Consejo, deberá hacerse en la proporción en que éstos fueran designados.

Así como no puede obligarse a nadie a aceptar el cargo de admi

nistrador, tampoco la sociedad está obligada a mantener en su administración a quien ya no desee, mediando la indemnización correspondiente, si no hubo motivo suficiente para la destitución y se causa daños y perjuicios al Consejero Revocado.

De igual forma, quien ya aceptó el cargo, puede renunciar a él, sin olvidar que tendrá que esperar a que los nuevos miembros tomen posesión de sus cargos para poder dejar de ocuparse de los asuntos de la sociedad. En este caso, también es procedente una indemnización.

Como ya mencioné brevemente al tratar el nombramiento de los administradores, el Art. 144 de la L.G.S.M. en su parte final, anteriormente señalaba que el nombramiento de los administradores designados por las minorías, sólo podría revocarse cuando se removiera a todos los demás administradores.

Después de las reformas de enero de 1981, se suprime, aparentemente por error, ese párrafo, quedando más desprotegido el derecho de la minoría.

El nombramiento de los Consejeros, como señala el maestro Lorenzo Mossa en "Derecho Mercantil", independientemente de las causas que motivaron la conclusión de su cargo, es siempre revocable por la sociedad y salvo que se deba a una causa injustificada, no puede dar lugar a ninguna indemnización; por el contrario, si la revocación se hace sin motivo justificado, crea una obligación a cargo de la sociedad revocante, de resar

cir los daños y perjuicios que se causen a los Consejeros revocados de sus cargos.

Considero que, si se revoca de su cargo a un Consejero por haber incurrido en alguna causa de responsabilidad y posteriormente se declara en forma judicial la inexistencia de la misma, debe ser indemnizado.

"La doctrina ha discutido si la revocación de los administradores sin justa causa, obliga a la sociedad a resarcir los daños y perjuicios que les causen. Opino por la solución afirmativa, en atención a que la L.G.S.M. (Art.176), señala motivos de remoción de los administradores, lo cual no tendría sentido, si la remoción motivada no produjera efectos jurídicos distintos que la inmotivada." (48)

Con relación a este punto, es importante recordar que los integrantes del Consejo de Administración de una sociedad no sostienen una relación laboral con ella, por lo que las disposiciones relativas a despido injustificado de la Ley Federal del Trabajo, no les son aplicables. Sin embargo, sí lo son las disposiciones de Derecho Civil, relativas a responsabilidad derivada de hechos ilícitos.

(48) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op. Cit. p.408

TERMINACION DEL CARGO POR RENUNCIA

La tercera causa de conclusión del cargo de administrador, es la renuncia.

Ya he mencionado que los Consejeros que renuncien al cargo, deberán continuar desempeñándolo en tanto se nombre a -- quienes ocuparán su lugar, según indica el Art. 154 de la L. U.S.M.

"Para que una renuncia de administradores surta efectos de terminación de su cargo, se requiere de la aceptación de la misma por la sociedad, a no ser que exista motivo importante para dicha renuncia, independientemente de su imputabilidad a la sociedad. Dicha aceptación se encuentra en la competencia de la Asamblea General." (49)

"En relación con el momento desde el que surte efectos la renuncia del cargo, la doctrina está dividida.

"Parte de ella, opina que estos efectos se producen desde el momento en que se comunica al Consejo la renuncia.

"Otra parte, entiende que sólo es así desde el momento en que la asamblea toma el correspondiente acuerdo.

"Lo que sí es evidente es que, frente a terceros, la renuncia del administrador o de los Consejeros, no produce efecto (49) FRISCH PHILLIPP, WALTER.- Op. Cit. p.315

tos, sino desde el momento en que la misma se inscribe en el Registro Público de Comercio, o desde aquél en que se inscribe el nombramiento del sustituto." (50)

Personalmente, considero que la renuncia debe surtir efectos para la sociedad, desde el momento en que la asamblea la acepta y nombra a quien ocupará el cargo, ya que si es la -- asamblea quien lo nombró, la misma debe formalizar la renuncia y nombrar al sustituto; y para que el Art. 154 de la L. G.S.M. sea coherente, como ya lo mencionamos, el administrador que renunció continuará desempeñando el cargo hasta que el sustituto entre en funciones.

Frente a terceros, convengo con el maestro Rodríguez Rodríguez, en que la renuncia surtirá efectos al realizarse la inscripción respectiva en el Registro Público de Comercio.

En el caso de disolución de la sociedad, los administradores continúan desempeñando sus funciones en tanto se nombran liquidadores, quienes serán los encargados de llevar a su fin a la sociedad.

TERMINACION DEL CARGO POR MUERTE O INCAPACIDAD

Finalmente, encontramos como causas de conclusión del cargo, la muerte o incapacidad, caso en que se aplica el Art.155 de la L.G.S.M., que se refiere a la designación provisional por (50) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.102

parte de los comisarios en caso de no reunirse el quorum estatutario, en tanto la asamblea haga los nuevos nombramientos.

CAPITULO TERCERO

CARACTER JURIDICO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION Y LOS MIEMBROS QUE LO INTEGRAN

1. LOS MIEMBROS DEL CONSEJO COMO INDIVIDUOS Y SU RELACION CON LA SOCIEDAD.-

Aparentemente, hablar del carácter jurídico de los miembros - del Consejo de Administración de una sociedad anónima, es mucho más sencillo de lo que realmente resulta, al analizarlo en forma detallada.

Ya en el punto relativo a los emolumentos de los Consejeros, se toca el tema de la relación entre la sociedad y los miembros del Consejo, habiendo concluido que no existe entre ellos una relación laboral.

Entonces, si el Consejero no es un empleado, ¿qué es?

En este punto hablaremos del carácter que la ley y diversos autores le han dado, con sus diferentes connotaciones, a los integrantes del órgano de administración de la sociedad anónima.

Empezaremos con el Art. 142 de la L.G.S.M., que expresamente asigna al Consejero el carácter de mandatario, que lógicamente nos lleva a pensar en el contrato de mandato que regula - nuestro Código Civil.

Acto seguido, analizaremos el carácter de representante que se desprende del Art. 10 de la L.G.S.M.

Finalmente, veremos el contrato de prestación de servicios profesionales.

a) MANDATO

El mandato se define en el Código Civil, Art.2546, como "un contrato, por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga."

Sobre esta definición, y la calificación de mandatario que da la Ley General de Sociedades Mercantiles a los Consejeros, el doctor Mantilla Molina comenta:

"La ley considera que los administradores son mandatarios de la sociedad (Arts.142 y 157). Al hacerlo así confunde como es frecuente, la representación y el mandato: olvida incluso, -- que puede haber mandato sin representación (Art.2560 del Código Civil). El mandatario sólo está obligado a realizar actos jurídicos (Art.2546 del Código Civil); los administradores también están obligados a realizar actos materiales.

"El mandato es un contrato (Art.2546 del Código Civil); pero ¿quién representa a la sociedad al conferir mandato a los administradores, si justamente éstos son quienes representan a las sociedades? El mandante puede realizar por sí mismo los actos cuya celebración confía al mandatario; la sociedad, su-

puesta mandante, nunca puede actuar si no es por medio de sus administradores.

"Más notorio es que los administradores no sean mandatarios si se piensa en el caso, tan frecuente, de que forman un Consejo de Administración: entonces ninguno de ellos aisladamente representa a la sociedad: concurren a integrar un órgano de ella, que es quien goza de la facultad de representarla." (51)

La forma en que trata de mandatarios a los miembros del Consejo de Administración de una sociedad anónima el Art.142 de la L.G.S.M., ha suscitado muchas discusiones y polémicas entre los estudiosos del Derecho Mercantil y Civil, surgiendo siempre comparaciones entre los conceptos de poder, representación y mandato.

1) "Poder es la facultad concedida a una persona, llamada representante, para obrar a nombre y por cuenta de otra llamada representada. Dicho poder o facultad puede tener cualquiera de estas tres fuentes: a), puede ser concedido el poder por la ley, como ocurre con el tutor y con el titular de la patria potestad, quienes por virtud directamente de la ley pueden -- obrar a nombre del incapaz que representan (537-V y 425), así también en el caso del cesionario de un crédito al cual le - concede poder la ley para absolver posiciones en nombre del - cedente (Art.310-3º del Código de Procedimientos Civiles); b), puede ser concedido el poder por medio de una resolución judi
(51) MANTILLA MOLINA,ROBERTO.- Op. Cit. p.403

cial, como acontece con el representante común de varios actores o de varios demandados que ejercitan la misma acción u oponen la misma excepción y que por no ponerse de acuerdo sobre la designación de aquél, es nombrado dicho representante por el juez de conformidad con el Art. 53 del Código de Procedimientos Civiles; y c), puede ser concedido el poder unilateralmente por una de las partes en un contrato de mandato - - (2546, 2560 y 2581), que es el caso más frecuente y, por ello, es muy común hallar el empleo impropio de "mandato" como sinónimo de "poder" (2554), o bien por el órgano competente (directiva, asamblea) de una persona moral al designar a uno de sus funcionarios."

2) "La representación es la acción de representar, o sea el acto por virtud del cual una persona dotada de poder, llamada representante, obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada o "dominos" del negocio. También por representación en sentido propio se entiende la "contemplatio dominii", esto es, la declaración unilateral que el representante hace frente a terceros al realizar un determinado acto jurídico, - de que actúa a nombre y por cuenta de su representado. Así -- pues, toda representación supone o exige un poder, pero no se confunde con éste, ya que el poder es la facultad de representar en tanto que la representación es ya el ejercicio mismo - de esa facultad o el acto por el cual se pone en práctica di-

cha facultad. Al igual que el poder, tiene la representación tres posibles fuentes de origen: la ley, una resolución judicial o la voluntad unilateral de una de las partes en un contrato de mandato y, por ello, puede distinguirse la representación legal, la representación judicial y la representación voluntaria en los tres mismos supuestos ya analizados. El efecto de la representación es que el acto que realiza el representante a nombre del representado produce efectos jurídicos, activos y pasivos, directamente sobre el patrimonio de este último, ya que el representante queda completamente ajeno a los derechos y a las obligaciones que deriven de tal acto (2581). Hay aquí, pues, la mencionada falta de coincidencia entre la persona que declara la voluntad y la persona titular del interés o círculo jurídico o patrimonio en que va a producir sus efectos tal declaración de voluntad."

3) "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a realizar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga (2546). Puede ser de dos clases: mandato representativo, si el mandante concede unilateralmente poder o facultad al mandatario para que éste obre a nombre de aquél; y mandato del testafierro, si el mandante no concede al mandatario dicho poder o facultad (2560). En nuestro derecho el mandatario puede obrar a nombre propio o en el del mandante, salvo pacto en contrario (2560)." (52)

(52) SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN. - DE LOS CONTRATOS CIVILES. México, 1984 pp. 256y257

Siguiendo este orden de ideas, es de todos sabido que aunque representación, poder y mandato son conceptos diferentes, suelen coexistir en un mismo acto jurídico y es usual que se complementen.

Volviendo al comentario del doctor Mantilla Molina respecto a que la ley confunde representación y mandato al calificar a los miembros del Consejo de Administración de mandatarios, y una vez identificadas las diferencias entre poder, mandato y representación, llegamos a la conclusión de que no podemos negar la existencia de un mandato intrínseco en la calidad de Consejero, pero el integrar el órgano de administración de la sociedad anónima, lo hace ser mucho más que un mandatario; de hecho, podemos decir que los administradores reúnen los tres conceptos antes mencionados.

Es importante señalar también, como ya mencionaba el doctor Mantilla Molina, que los Consejeros no sólo realizan actos jurídicos, sino también actos materiales.

"DIFERENCIAS ENTRE LA REPRESENTACION Y EL MANDATO. EXAMEN DEL ARTICULO 10 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.- La representación tratándose de sociedades a diferencia del mandato, no deriva de la voluntad del otorgante sino de la ley y del contrato social, pudiendo actuar el representante de la persona moral con todas las facultades que son necesarias, pe-

ro sólo dentro de los límites que se derivan del objeto de la sociedad, lo cual se desprende claramente del artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que dice: "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"; esto es, en tanto que el principio que rige en el mandato es que el mandatario actúa solamente de acuerdo con las facultades expresas conferidas por el mandante, tratándose de la representación en las sociedades mercantiles el representante goza de todas las facultades, pero sólo dentro de los fines que persigue la persona moral, que reglamenta la ley y el contrato social. AMPARO DIRECTO 1890/80 - Alfredo Atala Boclos -24 marzo 82. Unanimidad de 4 votos."

Con relación a este punto, el derecho europeo ha venido cambiando de opinión respecto al carácter de mandatario que legalmente se le ha otorgado al administrador de una sociedad.

En España, encontramos que: "A diferencia del C. de C., la nueva ley no califica a los administradores como mandatarios, sino tan sólo como órganos sociales. Esto supone que el nombramiento de administrador no equivale al conferimiento de un mandato, ni a la conclusión de ningún otro contrato, este nombramiento, realizado por la junta general, tiene carácter uni

lateral y, es semejante al nombramiento de un tutor.

"El Tribunal Supremo declara, en sentencia de 29 de noviembre de 1969, que "la relación de accionistas-administrador no es de mandato, sino que éste, una vez nombrado, pasa a ser órgano administrativo al servicio de los intereses de la sociedad, no de los que lo nombran." (53)

Animismo en el derecho italiano: "Es bien sabido que, durante la vigencia del Código de Comercio, aunque la ley hablaba de "mandato", la doctrina no era toda de este parecer. Este término, escribe Ascarelli, "es fundamento suficiente para aplicar, a título de analogía a los administradores las reglas del mandato (para su retribución y para los daños, en caso de revocación sin justa causa), pero no ha de hacer olvidar, aunque continuando hablando de mandato, en uno y otro caso, las peculiaridades de la situación de los administradores de las personas jurídicas, órganos necesarios para que puedan formar y manifiesten su voluntad y, por ello se ha de tener presente la eventual inaplicabilidad de algunas normas del mandato ordinario. Con referencia al trabajo a prestar por los administradores, hablaré mejor que de mandato, de arrendamiento de servicios..." (54)

"La noción tradicional en el derecho llamado "continental", en cuanto a la naturaleza jurídica de los administradores, es (53) GARRIGUES, JOAQUÍN.-Op. Cit. p. 484 (54) BRUNETTI, ANTONIO.-Op. Cit. p. 452

la de mandato, que corresponde a la concepción contractual de la sociedad anónima. Los vocablos "mandato" y "mandatario" fi guran todavía en muchas legislaciones, pero la tendencia moder na es en el sentido de abandonar esta noción y de reemplazarla por la noción de órgano legal. Y es que la noción de contrato de mandato no es en realidad aplicable a los administradores de la sociedad por acciones. Se ha dicho con razón, que el -- mandato supone la existencia de dos contratantes, lo que no - existe en la sociedad por acciones, en la cual el órgano de la gestión social surge unilateralmente en el mismo instante que se crea la persona jurídica, y también que es de esencia del mandato que pueda conferirse y no que se deba hacerlo, lo que significa que no existe la posibilidad contractual sino una im peratividad que se opone al mandato.

"Por otra parte, la evolución de la sociedad anónima moder na lleva consigo una evolución de la naturaleza jurídica de - los administradores que tendrán un carácter más de funcionarios que de mandatarios, que serán órganos, sin delegación de poderes, pues tienen poderes propios, siendo pues órganos legales de la sociedad, y lo que antes era un mandato, se ha ido transfor-- mando en una función social." (55)

Es muy ilustrativo en este punto, el concepto de órgano social que se ha manejado en el desarrollo del derecho europeo. De - este modo, podemos entender en forma más precisa, que el con- (55) BRUNETTI, ANTONIO.- Op. Cit. p.464

cepto de mandato resulta muy limitativo para las verdaderas - funciones que desempeña el órgano de administración como cuerpo colegiado.

Por el contrario, si la actuación del Consejo debe ser precisamente colegiada, ya las funciones individuales de cada miembro del mismo, no corresponden a la independencia que el mandato lleva intrínseco para el cumplimiento de su función jurídica.

Es claro entonces que, si bien los miembros del Consejo reúnen ciertas calidades que caracterizan al contrato de mandato, no podemos pensar, en una interpretación jurídica pura, que la naturaleza de los miembros del Consejo de Administración sea el de mandatarios.

Pasaremos pues, a analizar la representación como carácter jurídico de los miembros del Consejo.

b) REPRESENTACION

El Art. 10 de la L.G.S.M. establece que: "La representación - de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores..."

De ahí que directamente la ley no sólo califica de mandatarios a los miembros del Consejo (Art.142) sino que el Art.10 de la L.G.S.M. les da el carácter de representantes.

Ya vimos al tratar el mandato, que representación es el acto por virtud del cual una persona obra a nombre y por cuenta de otra.

"Barrera Graf define la representación como: "un poder que se concede a una persona para celebrar actos jurídicos a nombre de otra y sobre todo el ejercicio de ese poder o manifestación frente a terceros." (56)

Pese a que ya hemos mencionado que mandato y representación son cosas distintas, no debemos olvidar que puede haber tanto mandato con o sin representación, como representación con o sin mandato.

Ya hemos concluido que el carácter jurídico de los miembros del Consejo de Administración no corresponde al de un mandatario; ahora debemos definir si podemos darles la calidad de representantes. Como nos indica el maestro Miguel Angel Zamora y Valencia en "CONTRATOS CIVILES", el mandato es un contrato en tanto que la representación no; asimismo, el mandatario sólo puede realizar actos jurídicos, en tanto que el representante realiza también actos materiales.

Esto nos lleva a pensar, en un primer intento, que los administradores se acercan más a la esencia de la representación que a la del mandato.

"Las facultades de administración y el poder de representación son distintas. Las primeras implican obligaciones frente a la sociedad; las segundas, como se dice, un poder repre-

sentativo para actuar en nombre de la sociedad.

"Esta diferenciación se comprueba fácilmente por la lectura del Art.6º-IX, de la L.G.S.M. que, al fijar los requisitos que deben constar en la escritura constitutiva de esta sociedad, dice que deberá indicarse "el nombramiento de los administradores y la designación de los que hayan de usar la firma social" y en términos idénticos se expresa el Art.100-IV, de la misma Ley, cuando señala que en la Asamblea General Constitutiva deberá procederse a la elección de los que han de usar de la firma social.

"No todo administrador es, pues, representante. Los administradores atienden a la vida interna de la sociedad, miran hacia adentro, no tienen relaciones con terceros. El representante, esencialmente, actúa hacia afuera, frente a terceros, es el único que puede hacer declaraciones en nombre de la sociedad." (57)

A primera vista, parecería que el maestro Rodríguez Rodríguez está contradiciendo al Art. 10 de la L.G.S.M., que indica que la representación de la sociedad corresponde a su administrador o administradores; sin embargo, hay que recordar que este punto compete al análisis del carácter jurídico de los miembros del Consejo en lo individual y del Art.142 de la L.G.S.M. se desprende claramente que el Art.10 de esta misma Ley se re-

(57) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.87

fiere a la actuación del Consejo como órgano colegiado, no a cada uno de los administradores en lo particular.

"Si la sociedad funciona con un Consejo de Administración, éste como órgano colegiado es el administrador y representante; pero desde el punto de vista de la exteriorización de la representación, sólo caben tres soluciones:

- "I. Todos los consejeros firmarán conjuntamente. No cada uno, sino todos;
- "II. La firma social corresponde a los designados por los estatutos o por el Consejo, si aquéllos atribuyen a éste la facultad;
- "III. La firma es del presidente en nombre del Consejo y de la sociedad.

"Ahora bien, la primera solución, que es, por ejemplo la Ley Alemana de Sociedades Anónimas (L.A.S.A.), es muy engorrosa por razones que no necesitan explicación; la segunda indudablemente que es la más conveniente, puesto que tiene una flexibilidad muy superior a las otras; la tercera sólo conviene aceptarla con carácter supletorio, es decir, en defecto de que los estatutos hayan previsto la designación indicada en segundo lugar.

"El Consejero o Consejeros o el presidente que usen de la firma social, por supuesto que deben proceder en ejecución de los acuerdos del Consejo y dentro de los límites que la ley o los estatutos marquen; pero frente a los terceros no cabe esta

limitación, es decir, que quien usa de la firma de la sociedad obliga a ésta puesto que los acuerdos internos de la sociedad anónima no podrán oponerse a terceros." (58)

En conclusión, el Consejo de Administración sí tiene el carácter de representante de la sociedad como tal; sin embargo, no podemos pensar que cada uno de sus miembros en lo individual, representen a la sociedad; es por ello que la misma ley señala un quorum mínimo de asistencia y un quorum de votación para - que las resoluciones puedan ser tomadas.

c) PRESTACION DE SERVICIOS

Al tratar el mandato y la representación, hemos visto que los miembros del Consejo de Administración de una sociedad anónima forman parte de un órgano colegiado que es quien representa a la sociedad.

En lo particular cada uno de ellos, no administra a la sociedad, ni tampoco la representa o mantiene con ella una relación derivada de un contrato de mandato.

Independientemente del vínculo jurídico que una a la sociedad con el Consejo y del que hablaré más adelante, debemos analizar si la relación entre la sociedad y los integrantes del -- Consejo, conlleva un contrato de prestación de servicios me--

(58) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.88

diante el cual los administradores se obligan a ejecutar todos los actos que la administración de la sociedad requiera para la consecución de su objeto social, a cambio de una contraprestación.

El Título Décimo del Código Civil para el Distrito Federal nos habla del contrato de prestación de servicios; sin embargo, en forma específica regula únicamente cinco especies de este tipo de contrato:

- I. Del servicio doméstico, por jornal, del servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo y del contrato de aprendizaje.
- II. De la prestación de servicios profesionales.
- III. Del contrato de obra a precio alzado.
- IV. De los porteadores y alquiladores.
- V. Del contrato de hospedaje.

Estas especies del contrato de prestación de servicios, tienen una regulación particular cada una de ellas, no existiendo en nuestro Código Civil un apartado de Disposiciones Generales.

En el desarrollo de este punto, nos referiremos al contrato de prestación de servicios profesionales, sin que por su denominación debamos caer en la confusión de pensar que servicio profesional será todo aquél que requiera de la exhibición de un título para su ejercicio.

Es cierto que la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, señala todas aquéllas que requieren título para su e j e r c i o, pero por servicio profesional debe entenderse el - "empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente" (LAGUNA: Dioscórides, 1555, L.1. prefacio; Pdez. Moratín: Obr; III-429-Enciclopedia del Idioma.- Martín Alonso, Editorial Aguilar).

Prestación de servicios profesionales: "Es el contrato por el que una persona llamada profesionista o profesor se obliga a prestar determinados servicios que requieren una preparación técnica y a veces un título profesional, a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario." (59)

En relación a la preparación que deben tener los miembros que integran el Consejo de Administración, ya en otro punto hablamos que la Ley General de Sociedades Mercantiles, no exige -- que éstos reúnan determinadas características profesionales, ya que dependiendo del giro de la empresa, los accionistas -- que nombren a los Consejeros o realicen los estatutos, serán quienes califiquen los conocimientos y capacidad profesional que éstos deben tener para poder cumplir sus funciones en forma adecuada.

(59) SANCHEZ MEDAL, RAMON.- Op. Cit. p.278

Es frecuente que al profesionista se le otorgue mandato, como en el caso de los abogados para dar cumplimiento a la prestación de servicios que se les encomienda (procuración); sin embargo, coincido con el maestro Sánchez Medal en el sentido de que no por ello deben confundirse los conceptos.

"1879 PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES Y MANDATO.- Las razones que tuvo el legislador para hacer supletorias del contrato de prestación de servicios profesionales, - las disposiciones relativas al mandato, fueron que tanto en uno como en otro, hay prestación de servicios, y en - ambos se tienen muy en cuenta las cualidades morales y - la aptitud del mandatario; pero entre ambos contratos -- también existen diferencias radicales: en uno y otro -- hay prestación de servicios, pero en el mandato, el mandatario obra a nombre de otro y no se obliga personalmente, sino que obliga al mandante; en la prestación de -- servicios, el que los presta se obliga por sí mismo; sus actos no obligan a la persona en favor de la cual ejecuta algo. Esas diferencias aconsejan que, interpretando rectamente la ley, se apliquen al contrato de prestación de servicios, sólo las disposiciones del mandato que tengan fundamento en las semejanzas que entre ambos existen así, las disposiciones relativas a la forma y aplicables al mandato, no lo son al contrato de prestación de servicios, pues esas disposiciones se refieren única y exclusivamente a la representación, que no existe tratándose de la prestación de servicios.

Quinta Epoca		Págs.
Tomo XIX	-Estrada Roque	912
	Urzáls Rodríguez Francisco	1299
Tomo XXI	-Garza José María de la	9
	González y González Ernesto	886
Tomo XXVIII	-Lamosa Herrera Manuel	750

JURISPRUDENCIA 279 (Quinta Epoca), Pág.832, Volumen 3a. SALA Cuarta Parte Apéndice 1917-1975; anterior Apéndice 1917-1965, JURISPRUDENCIA 265, Pág. 794; en el Apéndice de fallos 1917-1954, JURISPRUDENCIA 807, Pág. 1470. (En

nuestra ACTUALIZACION I CIVIL, Tesis 1795, Pág. 889). Ediciones Mayo - 1977 *

Al tratar el mandato, hablamos un poco de la evolución que ha tenido la concepción del carácter jurídico que el derecho europeo le da a los Consejeros en lo individual, incluso Ascarelli califica el trabajo a prestar por los administradores, como un arrendamiento de servicios.

El mandatario, como ya hemos visto, obra a nombre de otro y no se obliga personalmente, sino que obliga al mandante en tanto que el profesor se obliga por sí mismo; sus actos no obligan a la persona a favor de la cual ejecuta algo.

No es mi intención agotar en este punto el tema de la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima, del que hablaré más adelante; sin embargo, es procedente señalar que en el caso específico de los miembros que integran el Consejo, hay una multiplicidad de responsabilidades derivadas de su cargo frente a la sociedad, los accionistas, terceros, e incluso del mismo órgano de administración, y esto hace que el administrador se obligue personalmente; asimismo, la actuación del Consejo y de aquéllos que tienen la firma so

* Esta jurisprudencia resulta muy ilustrativa para el punto que estamos tratando; sin embargo debemos mencionar que la suplencia legal a que se refiere, se contenía en el Art.2406 del anterior Código de 1884.(Jurisprudencia vigente hasta 1975)

cial, obligan a la sociedad; por lo tanto, se presentan ambas situaciones.

El doctor Mantilla Molina en "Derecho Mercantil", concluye -- que el verdadero carácter de los administradores es el de -- "Órgano representativo de la sociedad". Al respecto, en relación al derecho italiano, Brunetti nos dice que: "Para expresarnos con mayor tecnicismo diremos que los administradores -- son una parte del órgano social considerado como portador de la voluntad social y son considerados como de "oficio" por su función de organización, de coordinación y de actividad administrativa. Por eso es correcto reconocer, en la asamblea, el órgano deliberante; en los administradores, el órgano de gestión y de representación, y en los censores el órgano de control. Todos juntos formarán la sociedad por acciones, en cuyo complejo se identifica la persona jurídica.

"De esta *manera* se ha abandonado la teoría dominante durante la vigencia del Código de Comercio de que los administradores no son otra cosa que mandatarios comerciales (Margneri, Vidari, Navarrini, Sraffa, etc.). La intuición de la fragilidad -- de tal concepto la tuvo Vivante cuando afirmaba que si bien -- se deriva su cargo de la asamblea que lo ha nombrado, el Consejo alcanza con el propio cargo, una autoridad propia, por -- la cual puede y debe resistir a los acuerdos de la asamblea -- que violan la ley o el estatuto y no puede aprovecharse de la

absolución obtenida de la asamblea para eludir la responsabilidad civil o penal que sancionaría la ejecución de aquellos acuerdos ilegítimos. Se suele aludir a aquella autoridad que le es propia cuando se dice de manera figurada que los administradores no son solamente mandatarios de la asamblea sino también "magistrados sociales". El concepto es técnicamente impreciso pero sirve para dar a comprender que su función no está basada en el mandato." (60)

Aunque más adelante hablaré de la relación jurídica que existe entre el Consejo como órgano colegiado y la sociedad, podemos mencionar que ha quedado aclarado que la representación no compete a cada uno de sus miembros en lo individual, pese a que pueda otorgárseles toda clase de poderes legales existentes, sino que será el colegio de los mismos lo que integrará al representante de la sociedad con todas las facultades de dirección y administración que requiere el cumplimiento del objeto social.

La relación jurídica colectiva existente entre el Consejo y la sociedad, está bien definida; sin embargo, partiendo de la base de que los miembros en su actuación quedan obligados a responder de ella frente a la sociedad, a los accionistas, a los terceros y al mismo Consejo, la relación individual que

(60) BRUNETTI, ANTONIO.- Op. Cit. p.450

surge entre estos miembros y la sociedad resulta un poco confusa.

Esta es una peculiar combinación de mandato, poder y representación, que funciona bajo una especie de contrato de prestación de servicios profesionales.

Debemos atender a lo establecido por el artículo 1858 del Código Civil respecto al tratamiento de los contratos innominados, ya que el Consejo como órgano y sus miembros que lo integran, por ser partes de un todo sin el cual no pueden existir, tienen la misma naturaleza y ámbito de aplicación; sin embargo, el hecho de que adquieran una responsabilidad individual y tengan derecho a una remuneración, hace que también tengan una relación directa con la sociedad, que si bien es particular, no puede concebirse aislada o independiente del Consejo como órgano.

Por lo tanto, por falta de regulación expresa, se le aplicarán a este contrato sui generis las disposiciones estatutarias y las reglas de mandato y prestación de servicios profesionales.

2.- EL CONSEJO DE ADMINISTRACION COMO ORGANO COLEGIADO Y SU RELACION CON LA SOCIEDAD.-

Ya hemos mencionado que nuestra legislación reconoce como personas "morales" a las sociedades mercantiles, (Art.25 del Código Civil III) mismas que están investidas de personalidad jurídica (Art. 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y por lo tanto, requieren de la colaboración de sus órganos - para poder desenvolverse en el ámbito jurídico y de los negocios comerciales.

Del mismo modo que una persona física necesita de sus órganos vitales para sobrevivir, la sociedad anónima requiere de sus órganos de deliberación, administración y vigilancia, para - estructurarse y funcionar como persona jurídica.

Del Art. 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, hemos desprendido que será al Consejo de Administración o al Administrador Unico, a quien corresponderá la representación de la sociedad. Pondremos nuestra atención en el Consejo de Administración, ya que el administrador único no es objeto de este estudio.

El Consejo de Administración, pues, se integrará de dos o -- más personas, quienes deberán actuar en forma colegiada para tomar sus resoluciones y representar a la sociedad (Art.143 - de la L.G.S.M.).

Ya en el punto anterior, concluimos que no será cada uno de - los miembros del Consejo los que actúen en forma individual,

sino que será precisamente por medio de la actuación colegiada de sus miembros, que podrá desempeñar sus funciones el órgano de administración.

"Como nos dice Pierre Vigreux, las sociedades anónimas agrupan "capitales", únicamente capitales, abstracción hecha de la persona de sus propietarios. Los accionistas que han proporcionado el capital social, forman así una masa dispersa que no posee la competencia volitiva para asegurar la dirección de la sociedad.

"Los accionistas, propietarios de la sociedad anónima, se harán por lo tanto representar para el logro de esa tarea, de dirección y de administración. Delegarán sus poderes a un Consejo de Administración, que ellos mismos nombrarán para tal efecto.

"Pero aun cuando el Consejo de Administración es el que asume la carga efectiva de la dirección, el poder fundamental de dirección pertenece en estricto derecho a la asamblea general de accionistas, órgano representativo de la masa de éstos.

"Este órgano de dirección que constituye el Consejo de Administración será a su vez controlado por otros representantes de los accionistas, los comisarios, nombrados también por la asamblea general de accionistas y cuya misión será la de asegurar que la sociedad esté bien dirigida.

"Este mecanismo es el que establece nuestra Ley General de

Sociedades Mercantiles para las sociedades anónimas, el de estar compuestas por "órganos". El "órgano supremo" lo constituye la Asamblea General de Accionistas al tenor de lo dispuesto por el Art. 178; el "órgano administrativo" lo forma el -- Consejo de Administración, como cuerpo colegiado y el "órgano de vigilancia" lo integran los comisarios." (61)

Conforme a nuestra ley, el Consejo de Administración es siempre un cuerpo colegiado que se forma cuando la asamblea general haya designado a dos o más administradores.

La forma en que se llevará a cabo la administración de la sociedad, (ya sea por un administrador único o un Consejo de - Administración) será decisión, en primer término, de los accionistas al integrar los estatutos de la sociedad en el momento de su constitución. (Art. 6º-VIII de la L.G.S.M.).

Sin embargo, ya hemos mencionado que éste no es un requisito indispensable para la validez de la escritura constitutiva -- (Art. 8º de la L.G.S.M.); de ahí que si en estatutos no se establece el número de Consejeros que deberán integrar el órgano de administración, es perfectamente válido que la asamblea ordinaria que haga los nombramientos, acuerde el número de miembros que deberán integrar el Consejo (siempre y cuando no haya disposición estatutaria en contrario).

(61) BAUCHE GARCIA DIEGO, MARIO.- Op. Cit. p.522

Hay que tener presente, no obstante, que ese acuerdo que tome la asamblea ordinaria sobre el número de miembros que integrarán el Consejo, únicamente será válido para el nombramiento de sus miembros que se haga en esa ocasión, no pudiendo -- darle el carácter de disposición estatutaria para que rija las designaciones subsecuentes.

En algunas ocasiones, por disposiciones de otras legislaciones especiales no queda al arbitrio exclusivo de los accionistas, la decisión del número de personas que deberán integrar el órgano de administración. (Vgr. Art. 31-VII de la Ley del Mercado de Valores, en cuanto al Consejo de Administración de las sociedades anónimas, con concesión para funcionar como -- bolsas de valores; y Art. 2-VII de la Ley de Sociedades de Inversión, en que se requiere un mínimo de cinco miembros para integrar el Consejo).

De lo anteriormente señalado y de la forma en que hasta este momento se ha venido desarrollando el presente estudio, no -- hay duda de que la relación jurídica que hay entre la sociedad y el Consejo, es la de órgano social, parte vital de la -- sociedad quien se encarga de representarla y materializar sus actos, y tiene a su cargo la dirección y administración de ésta.

"Los órganos de la sociedad son aquellas personas físicas o pluralidad de éstas a las que la Ley faculta para decidir --

sobre los asuntos sociales, manifestando la voluntad de la sociedad y para desenvolver en general la actividad de ésta."

(En este mismo sentido, Wieland y Brunetti). (62)

Como ya hemos mencionado en varias ocasiones, será a través del órgano de administración, que la sociedad pueda hacer valer su capacidad de ejercicio. Sin embargo, debe quedar muy claro, que así como el órgano de administración se desenvuelve como cuerpo colegiado, y no podemos imputar la representación de la sociedad a cada uno de los miembros que lo integran en lo individual, la capacidad de ejercicio que la ley le ha otorgado a la sociedad, no corresponde a cada uno de sus órganos en particular, sino que es la sociedad, integrada por sus órganos en conjunto, la que posee la personalidad que la ley le ha otorgado.

Un tema que merece la pena ser comentado, es la situación que se deriva de la aplicación del Art.185 de la L.G.S.M. respecto a la "legitimación procesal pasiva"*, que consiste en el derecho de las minorías para pedir a los Consejeros o comisarios la convocatoria de una asamblea. Y en caso de negativa expresa o tácita, la petición se formulará ante el juez competente para que haga la convocatoria, previo traslado de ésta al administrador o Consejo de Administración y a los comi-

(62) MANRIQUEZ Y URLA.-Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Madrid, 1952, Tomo I, p.498. (Tomado de la conferencia del Dr. Ignacio Galindo Garfias, Op.Cit.)

* Legitimación procesal recordemos que es la facultad de comparecer a juicio por ser titular de un derecho o porque se llenan determinados requisitos establecidos por la ley procesal, para poder ejercitar un derecho.

sarios, siguiéndose la tramitación establecida para los incidentes en los juicios mercantiles.

Este punto es de gran interés, dado que se maneja la capacidad y personalidad jurídica que se requiere para ser parte en el proceso y que obviamente el Consejo no tiene.

El maestro Bauche García Diego, hablando del Art.185 de la L. G.S.M., apoya la teoría de que: "Esta última parte del precepto legal ha dado lugar a la errónea interpretación de que sea precisamente el Consejo de Administración quien conteste la demanda y no la sociedad anónima por medio de su representante legal, olvidándose que el Consejo de Administración es sólo un órgano de aquélla y que, por lo tanto, carece de personalidad jurídica.

"Con un sofisma se ha llegado hasta afirmar que a la sociedad anónima nada se le reclama sino a uno de sus órganos y -- que por lo tanto, ese órgano es quien debe comparecer a juicio, e igualmente se ha dicho que en nuestro derecho se contemplan casos de "verdadera excepción", como el establecido por el Art 184 citado, en los que el legislador impuso determinadas obligaciones a algunos de los órganos dirigentes de una sociedad y no a ésta, creando entonces el correlativo derecho de los accionistas para que si aquellos órganos faltaren al cumplimiento de tales obligaciones, se buscara y obtuviera la intervención del poder público con aquel objeto."(63)

(63) BAUCHE GARCIA DIEGO, MARIO.- Op. Cit. p. 518

Coincido con el criterio de los maestros Bauche García Diego y Rafael de Pina, en el sentido de que los elementos de la relación jurídica son el sujeto, el objeto y el acto jurídico; los sujetos de derecho deben ser personas de las cuales únicamente se reconocen como tales, las personas físicas y las personas morales o jurídicas; por consiguiente, si el Consejo de Administración de la sociedad anónima carece de personalidad jurídica, es incorrecto que se le corra traslado para que comparezca a juicio.

Sin embargo, no creo que deba correrse traslado a la sociedad tampoco, dado que ésta, en primer término, no es responsable de los actos del Consejo; al contrario, éste queda obligado frente a la sociedad, del buen manejo de sus facultades; en segundo lugar, no se obtendría el propósito que se persigue, ya que la sociedad no se encuentra en posibilidad de convocar a asambleas, por motivos que está de sobra explicar.

En vista de que lo que se pretende es que citen al Consejo - para que convoque a asamblea, deberá correrse traslado a los miembros de éste, como personas físicas que en lo individual sí tienen personalidad jurídica, así como a los comisarios en lo particular y no como órgano de vigilancia, lográndose de este modo que sólo respondan los culpables y no se afecten - inocentes por negligencia de los demás. Recordemos nuevamente, que la actuación del Consejo es colegiada, y las facultades de administración y representación que le competen no pueden ser

desempeñadas en forma individual; sin embargo, cada administrador tiene la obligación de solicitar al Consejo, que realice la convocatoria y de no hacerlo, avisar al comisario esta circunstancia ya que, de lo contrario, serán solidariamente responsables de la negativa de convocar a asamblea y será procedente la intervención de la autoridad judicial.

Tanto la relación jurídica del Consejo y la sociedad, como la existente entre los miembros que integran ese Consejo y la misma sociedad, como ya vimos al tratar el punto anterior, tienen forzadamente la misma naturaleza jurídica, que "no deriva de una situación contractual existente entre sociedad y administradores. Es verdad que éstos representan a la sociedad, pero es una representación "sul generis" que ni se explica por el mandato, ni se entiende a través del contrato de prestación de servicios, ni de contrato de trabajo; es una representación ex lege y estatutaria a la vez, que nace de una situación general objetiva, propia de la estructura y de la organización misma de la sociedad: la representación orgánica." (64)

(64) GALINDO GARFIAS, IGNACIO DR.- CONFERENCIA. Op. Cit.

CAPITULO CUARTO

FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION

1. SESIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION

Durante el desarrollo del presente trabajo, hemos tocado en varias ocasiones, la función colegiada que debe cumplir el Consejo de Administración como órgano de la sociedad, sin que sea uno de sus miembros el que va a representar a la sociedad o a tomar una resolución en cuanto a la administración de la misma.

En consecuencia, es indispensable que, cuando los administradores sean dos o más, se reúnan a discutir los asuntos de la sociedad y tomar las resoluciones que sean necesarias para la buena marcha de la misma.

En el caso de las sesiones del Consejo de Administración, la regulación no es tan específica como lo es en cuanto a la forma en que deben reunirse los socios en asamblea de accionistas.

Salvo las disposiciones relativas a la asistencia y quorum de votación, es muy poco lo que la ley establece al respecto, dejando a los mismos accionistas en libertad de determinar en

los estatutos la forma en que deberán llevarse a cabo los citatorios, el lugar de reunión, su periodicidad y en general, los requisitos y formalidades que deban cumplirse para que se realicen las sesiones del Consejo de Administración.

"En la práctica, el Consejo de Administración es convocado por el presidente del Consejo o por el secretario del mismo, no siendo raros los estatutos en los que las facultades de convocatoria se atribuyen a los Consejeros en casos determinados.

"Es también costumbre que la convocatoria vaya acompañada de una orden del día." (65)

En cuanto a la forma en que deben ser citados los Consejeros a reunión, es lógico que la ley no exija las formalidades que tiene establecidas para que la convocatoria a asamblea de accionistas sea válida.

Debemos recordar, en primer término, que tratándose de los accionistas, la naturaleza de la sociedad de capitales hace que en gran parte de ellas, los accionistas ni siquiera se conozcan unos a otros, y pueden ser tal cantidad de ellos, que la convocatoria tiene que tener un mecanismo por el que pueda -- ser conocida por cualquier persona; de ahí el requisito de su publicación en el periódico oficial de la entidad del domici-

lio de la sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio. (Art. 186 de la L.G.S.M.).

En el caso de los miembros del Consejo, aunque la ley no establece un número máximo de ellos, su cantidad jamás podrá igualarse al número de accionistas que puede llegar a tener una sociedad.

Los administradores tienen que ser pocos, para que el Consejo tenga razón de ser, ya que su finalidad primordial, es concentrar en un órgano la administración de la sociedad.

En segundo lugar, los miembros del Consejo, por el hecho de su nombramiento y el vínculo personal que los une a la sociedad, son plenamente identificables y deben estar disponibles cuando la sociedad requiera de ellos.

Es básicamente por estas razones, que bastará una simple comunicación (telex, carta o telegrama), para que el citatorio surta todos sus efectos legales.

Dado que los administradores son responsables del exacto cumplimiento de los acuerdos de la asamblea de accionistas, (Art. 158-IV de la L.G.S.M.), en ocasiones ha resultado práctico anexar al citatorio, una copia del acta de asamblea, cuyas resoluciones serán objeto de la reunión del Consejo.

De sobra está decir, que los citatorios deberán contener fe--

cha, lugar y hora de reunión.

"No establece la ley, y por consiguiente abandona a los estatutos, las cuestiones de detalle relativas a convocatoria, orden del día, lugar de reunión, levantamiento de actas, etc. De todos modos, las normas legales para el funcionamiento de las asambleas, serán aplicables al Consejo, sin que ello quiera decir que deba seguir una rigurosa aplicación analógica. Por ejemplo, queda evidentemente excluida la aplicación de -- las disposiciones sobre segundas convocatorias, que autorizan su celebración, cualquiera que sea el número de presentes, -- puesto que ello implicaría la derogación de la norma terminante del artículo 143; en cambio, sí sería lícita la cláusula estatutaria que elevase el quorum del Consejo." (66)

Si observamos la disposición contenida en el artículo 189 de la L.G.S.M. respecto al quorum de asistencia y votación de la asamblea general ordinaria citada en primera convocatoria, encontramos una absoluta identificación con la norma referente al quorum requerido para la integración y votación de la sesión del Consejo, lo que nos lleva a pensar que la analogía, únicamente podrá ser utilizada en cuanto a las disposiciones relativas precisamente a asambleas ordinarias reunidas en primera convocatoria, y en lo que no se opongan a la naturaleza del Consejo.

(66) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.114

"Para que el Consejo de Administración funcione legalmente, deberá asistir por lo menos, la mitad de sus miembros y - sus resoluciones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes. En caso de empate, el presidente del Consejo decidirá con voto de calidad." (Art.143 de la L.G.S. M., párrafo tercero).

"Son, pues, dos los quorum que la ley señala: el de funcionamiento y el de acuerdo. En el primer caso, el quorum está integrado por la mitad del número de Consejeros señalados por los estatutos, con independencia de que estén o no previstos en un momento determinado, dichos cargos. Para el segundo, basta la simple mayoría de los presentes." (67)

En cuanto a la asistencia de los accionistas a las asambleas, la ley permite en su artículo 192 (L.G.S.M.) que éstos puedan asistir por medio de mandatarios.

Esta disposición no puede aplicarse a las sesiones del Consejo, por el carácter personal que reviste el mismo cargo del administrador y la prohibición expresa de que pueda ser desempeñado por medio de representante.(Art.147 de la L.G.S.M.). Sin embargo, ya en un capítulo anterior, hablamos de la posibilidad de designar suplentes para el caso de que no se reúna

(67) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. pp. 113 y 114

el quorum necesario para la integración del Consejo. Estos suplentes también son miembros del Consejo de Administración, - que actuarán por sí mismos, y en ningún momento puede dárseles el tratamiento de representantes de los administradores.

"Para facilitar que haya el quorum legal o el más elevado que fijen los estatutos, es frecuente que se elijan -- Consejeros suplentes: los mismos estatutos que establezcan su existencia deberán fijar las normas conforme a las cuales de em pe ñar án sus funciones (si podrán hacerlo en los casos de fal ta eventual del propietario, o sólo en las de cierta duración, o en las definitivas; si cada propietario tendrá un suplente - determinado, o los suplentes entrarán en ejercicio en un orden determinado, o según acuerde el Consejo, etc.)". (68)

Con relación al quorum de votación, ya mencionamos -- que las resoluciones se tomarán por la mayoría de los presentes. En consecuencia, si el cargo de Consejero no puede ser -- desempeñado por representante y los Consejeros tienen que as is tir personalmente a las sesiones, el voto también tendrá que ser personal.

"Debe entenderse que cada Consejero tiene un voto, -- excepto el presidente, a quien la ley (Art.143) expresamente le concede voto de calidad, para el caso de empate." (69)

(68) y (69) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op. Cit. pp. 401 y 402

En circunstancias normales, el presidente también tendrá derecho a un voto. Unicamente en caso de empate, su voto será decisivo.

De acuerdo con el Art. 156 de la L.G.S.M., los administradores que tengan un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de votar.

Considero que para el caso de las sesiones del Consejo, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 200 de la L.G.S.M., en el sentido de que las resoluciones legalmente adoptadas -- son obligatorias aun para los ausentes o disidentes.

"Es lógico que, cuando los Consejeros sean solamente dos, prácticamente el Consejo funcione en régimen de administrador único ya que el Consejero que funja de presidente, podrá imponer siempre su criterio o decidir por sí solo, si es el único que asiste a la reunión del Consejo." (70)

Independientemente de que asista sólo el presidente a la sesión o que asistan los dos Consejeros, la ley sigue otorgando al presidente el voto de calidad; por consiguiente, si el Consejero que no es presidente, no coincide con las resoluciones del presidente, decidirá este último, por tratarse de un empate.

En este caso, el administrador que no es el presidente, sólo po
(70) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.114

drá decidir por sí mismo en aquellas reuniones a las que no asistió el presidente.

Del Art. 143 de la L.G.S.M., se desprende que la existencia de un presidente es obligatoria. Podrá ser el Consejero primeramente nombrado por la asamblea, otra persona que designe expresamente la misma asamblea, o incluso si los estatutos así lo permiten, el que nombren los mismos Consejeros.

Una vez que la sesión del Consejo de Administración se ha llevado a cabo, debe levantarse el acta correspondiente, en el libro de actas del Consejo, que deberá estar debidamente empastado, encuadernado y foliado. (Art. 34 del Código de Comercio).

En este libro se harán constar todos los acuerdos relativos a la marcha del negocio social. (Art. 36 del Código de Comercio).

"De cada sesión del Consejo, se levantará un acta en el libro que al efecto lleve la sociedad, a lo cual está obligada sólo implícitamente (Art. 41 del Código de Comercio), - pues en la reforma de 1981 desapareció el párrafo segundo del Art. 33, que imponía explícitamente tal obligación." (71)

El hecho de que antes de las reformas de 1981 el Código de Comercio exigía que el acta se transcribiera en un libro previamente empastado y foliado y ahora permita que se haga a posteriori, desde mi punto de vista no exime de la obligación de -
(71) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op. Cit. p.403

llevarlo, sino que esta obligación subsiste expresamente en la ley, derivada de las disposiciones que al respecto se contemplan en los artículos 34 y 36 del Código de Comercio.

"Las actas son levantadas por el secretario y firmadas por el presidente y por aquél, aunque en casos excepcionales se acostumbra requerir la firma de todos los Consejeros presentes. La falta de un acta o la no constancia de un acuerdo en la correspondiente, no la invalida." (72)

Realmente, el Art. 41 del Código de Comercio establece que -- las actas serán autorizadas con las firmas de las personas a quienes los estatutos confieran esta facultad, y no expresamente por el presidente y el secretario. Sin embargo, es una práctica tomada de las disposiciones relativas a asambleas de accionistas que resulta muy lógica y aceptable.

La protocolización de las actas del Consejo de Administración, es una consecuencia de los preceptos relativos a la inscripción en el Registro Público de Comercio.

Unicamente existe la obligación de protocolizar aquellos acuerdos que en base al Código de Comercio (Art.21) y al Reglamento del Registro Público de Comercio (Art.31) deban inscribirse, - como es el caso del otorgamiento por parte del Consejo, de poderes generales para actos de administración y dominio y para (72) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.114

otorgar o suscribir títulos de crédito.

La obligación de protocolizar estos acuerdos, se desprende del Art.29 del Reglamento del Registro Público de Comercio, que exige documentos auténticos. (Art.29)

2.- FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LOS CONSEJEROS.-

Para la determinación de las facultades de los miembros del Consejo de Administración de la sociedad anónima, el Art. 10 de la L.G.S.M. establece el sistema de exclusión, cuando dispone que los administradores podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social.

En principio, partiremos de la base de que los administradores, por el solo hecho de su nombramiento, tienen toda clase de facultades, siempre y cuando:

1. Los actos que realicen no excedan el cumplimiento del objeto social y vayan encaminados a su consecución.
2. Que las actividades que realicen no estén expresamente prohibidas por la ley.
3. Que no tengan limitaciones impuestas por los estatutos, o por las disposiciones legales.

Aparentemente, definir las facultades de los Consejeros, de acuerdo con el criterio expresado en el párrafo anterior, resulta muy sencillo; sin embargo, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pueden entresacarse diversas obligaciones y derechos, que en ocasiones se convierten en facultades expresamente señaladas por la ley.

Un punto que se ha prestado a confusión, y que intentaremos esclarecer, es la calidad que tienen esas facultades.

Para ello, hemos de volver un poco al carácter jurídico de los miembros del Consejo de Administración, que ya manejamos en un punto anterior de este trabajo.

Recordemos que el Consejero, como tal, tiene una relación suí generis con la sociedad a la que por falta de regulación expresa, se le aplican las disposiciones de mandato, representación y prestación de servicios.

Al estudiar las disposiciones relativas al contrato de mandato, encontramos que el artículo 255⁴ del Código Civil, establece tres tipos de poderes generales:

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

(Hay que apuntar que la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito, en su Art. 9º, requiere de un poder general para -

otorgar y suscribir títulos de crédito, y el Art. 2587 del Código Civil, habla de la cláusula especial para el mandato judicial).

El Art. 142 de la L.O.S.M., nos dice que la administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios, y si son dos o más (Art.143 de la L.O.S.M.), constituirán el Consejo de Administración.

Es importante tener en cuenta que el poder general para actos de administración y las facultades que otorga el cargo de Consejero de una sociedad, no son lo mismo, máxime que el Art. - 2554 del Código Civil en su segundo párrafo, dispone que en los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

Pese a que la actuación de los apoderados generales para actos de administración y actos de dominio no se encuentra bien definida y en ocasiones sentimos que sus límites se mezclan, no es objeto de este estudio profundizar al respecto; sin embargo, se percibe claramente que el Consejo de Administración está facultado para efectuar actos de disposición y de administración.

La diferencia a mi modo de ver, radica en el hecho jurídico que ha dado nacimiento a las facultades.

El poder para actos de administración se deriva de una relación contractual de mandato, en la que se otorgan ciertas funciones que generalmente son específicas.

Las facultades del Consejo de Administración se derivan de la función que tiene el órgano mismo de administración como parte integrante de la persona jurídica que se crea, como un mecanismo para que la sociedad pueda lograr su objeto social.

Los miembros del Consejo de Administración llevan implícitas - en su cargo todas las facultades que no se les hayan prohibido expresamente y que busquen el cumplimiento de ese objeto social, y esto comprende toda clase de poderes generales.

Los apoderados para actos de administración por ese hecho no integran el órgano de representación de la sociedad, ni son objeto de las atribuciones, derechos y obligaciones que les son propios por pertenecer al órgano administrativo.

"El contenido de los poderes-deberes que atribuye el órgano administrativo a sus titulares se puede entender en dos sentidos: como una facultad de gestión de administración, que no corresponde a las que confieren en mandato de administración y en segundo sentido, como un poder de representación de la persona jurídica." (73)

(73) GALINDO GARFÍAS, IGNACIO.- CONFERENCIA. Op. Cit.

"Hemos dejado establecido que, aun en los límites del vigente Derecho Mexicano, la actuación del administrador está en función del cumplimiento del deber general de buena gestión. Es decir, si existe un administrador o un Consejo de Administración, ello es en la medida en que la sociedad necesita actuar a través de personas físicas para conseguir sus fines; luego este administrador y estos Consejeros, pueden actuar en la medida en que deben hacerlo, para que la sociedad pueda realizar su objeto social.

"Por eso se ha hablado —a nuestro juicio con razón— de potestad administrativa" y de "poderes-deberes" y de "actividad necesaria", para referirse a la posición de los administradores, y es que, efectivamente, no tienen simples derechos sino que las atribuciones de que son titulares son auténticos poderes-deberes.

"El Art.10 de la L.G.S.M., atribuye expresamente a la administración, competencia para realizar todas las operaciones inherentes al objeto social; es decir, que a través de esta expresión positiva, los administradores pueden realizar, y deben, agregar, todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del objeto social, con tal de que no estén excluidas expresamente por la ley o por los estatutos.

"Quiere ello decir que el concepto de administración no capta

la esencia de los límites de actuación de los administradores. Corresponde a éstos, algo más que un poder de administración, porque en las operaciones inherentes al objeto social, quedan comprendidos también los actos de disposición, en la medida en que no son contradictorios con la consecución del objeto social.

"En los términos del Art.10 de la L.G.S.M., la administración puede realizar actos de disposición; pero la administración no podría, en cambio, enajenar la propia empresa, por lo que ello impediría la consecución del objeto social.

"Del mismo modo, la transacción y el compromiso si son requeridos para la buena marcha social, son también de la competencia de la administración.

"Por último, el debatido problema de la facultad de los administradores para obligar cambiariamente a la sociedad, ha quedado definitivamente resuelto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Art.85), y en la Ley General de Instituciones de Crédito (Art.91-II), que atribuyen a los administradores y gerentes la facultad de suscribir letras de cambio, cheques y pagarés (estos últimos por disposición de diversos preceptos que remiten a los citados)." (74)

(74) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. pp. 105 y 106

Dado que el Diario Oficial del 14 de enero de 1985, publicó la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que derogó la Ley General de Instituciones de Crédito, ya no se contempla esta disposición.

Cuando la escritura constitutiva se encarga de establecer las facultades, y en su caso prohibiciones, que tendrán los miembros del Consejo de Administración, (siempre y cuando éstas no estén prohibidas por la ley y tengan una relación coherente con el cumplimiento del objeto social), el problema se simplifica sustancialmente.

Sin embargo, por ser parte integrante de los estatutos, estas facultades únicamente podrán restringirse o ampliarse por una asamblea general extraordinaria de acuerdo con lo que dispone el Art. 182-XI de la L.G.S.M.

Pese a que del Art. 6º-VIII de la L.G.S.M. se desprende que los estatutos deberán contener la manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad, y las facultades de los administradores, por no ser un requisito indispensable para la constitución de la sociedad de acuerdo con el Art. 8º de la L.G.S.M., puede optarse por permitir a la asamblea ordinaria de accionistas que realice los nombramientos de Consejeros y sea quien determine sus facultades, o bien si no se establece nada al respecto, - deberá estarse a lo que la ley disponga.

El maestro Rodríguez Rodríguez en su "Tratado de Sociedades - Mercantiles", intenta hacer una recopilación de las atribuciones que la ley en forma concreta, otorga a los miembros del Consejo:

PODERES - DEBERES:

1. Corresponde al administrador hacerse cargo de los documentos relativos a la fundación de la sociedad (Art. 94 in fine - de la L.G.S.M.).
2. Deben cumplir los acuerdos de las asambleas generales - (Art. 158-IV de la L.G.S.M.).
3. La regularización de la sociedad; es decir la protocolización e inscripción en el Registro Público de Comercio, de su constitución y reformas.
4. Deberán proceder a la inscripción de su nombramiento en el Registro Público de Comercio (Art. 153 de la L.G.S.M.).
5. Vigilar la existencia y regularidad de los libros sociales.
6. Facilitar a los socios y terceros la inspección del libro de registro de accionistas. (Art. 43 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
7. Convocar a asambleas.

8. Solicitar la declaración de quiebra.
9. Practicar el balance dentro de los plazos que la ley determina (Art.173 de la L.G.S.M.).
10. Comprobar la realidad de las aportaciones sociales. (Art. 158-I de la L.G.S.M.).

"Barrera Graf, (cita Mantilla Molina) sostiene que - puede haber administradores que gocen de facultades que se niegan a otros, y al tratar el tema, incidentalmente, prevé que - "se haya negado al presidente del Consejo el voto de calidad". No considero válido el argumento en que se apoya Barrera Graf para sostener aquella tesis, pues el que la fracción VIII del Art.6º prevea que se fijen las facultades de cada uno de ellos; y que la fracción IX del propio artículo prevea que se señale qué administradores gocen de la facultad de llevar la firma social, no implica diferencia de facultades en la actuación interna, en el seno del Consejo, sino en la atribución de una facultad específica frente a terceros.

"Tampoco acepto que pueda privarse al presidente del Consejo - del voto de calidad, que de manera expresa y categórica le atribuye la ley, con la finalidad indudablemente, de que un empate en el órgano de administración no provoque una parálisis de la actuación de la sociedad, que sólo podría superarse, quizás, -

mediante la celebración de una asamblea de accionistas. Los -
términos categóricos en que está redactado el precepto, y la -
necesidad de proteger los complejos intereses que dependen de
las oportunas resoluciones del órgano de administración argu--
yen en contra de la validez de un precepto, estatutario que ne
gara al presidente del Consejo de Administración el voto de ca
lidad." (75)

Concuerdo plenamente con la crítica que hace el maestro Mantilla
Molina a Barrera Graí.

El otorgar facultades específicas a cada uno de los administra
dores, traería una diversidad de complicaciones en la práctica
funcional del órgano, y al mismo tiempo, viola la intención de
ciertas disposiciones legales.

Por ejemplo: los derechos de la minoría se verían afectados -
si los Consejeros que los representan tienen facultades infe-
riores a los Consejeros de la mayoría.

La formación de un quorum válido de votación como al que se re
fiere el Art.143 de la L.G.S.M. sería muy complejo, pues las re
soluciones tendrían que tomarse por mayoría de votos de aque-
llos Consejeros cuyas facultades les permitiera decidir en ca-
da uno de los acuerdos a tomar en las sesiones del Consejo, etc.

(75) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op. Cit. pp. 402 y 403

En una forma global, Lorenzo Mossa explica las facultades de los miembros del Consejo, en el sentido de que "realizan los planes que la asamblea general, supremo órgano social, traza a grandes líneas; conocen los secretos y la capacidad de la empresa, que escapan a los socios; mantienen contactos con el personal de la sociedad y con los terceros, contactos preciosos para la marcha social.

"El Consejo de Administración tiene poder de gestión en el interior, y de representación en el exterior, poder indispensable para la dirección normal de la empresa." (76)

Junto a la enumeración que hace el maestro Rodríguez Rodríguez en su "Tratado de Sociedades Mercantiles", de las facultades del Consejo, se refiere a las prohibiciones que la ley impone a los mismos, y de igual modo, hace una relación de ellas:

1. Del Art. 134 de la L.G.S.M., en relación con el 138 de la misma Ley, se deduce la prohibición a los administradores de autorizar la adquisición de acciones propias, con las excepciones que la ley determina;
2. Tampoco podrán hacer préstamos o anticipos sobre las acciones de la sociedad, (Art.139 de la L.G.S.M.);

(76) MOSSA, LORENZO.- DERECHO MERCANTIL.- Buenos Aires, Argentina, 1940. p.171

3. No votarán en aquellos asuntos en los que exista un conflicto de intereses con la sociedad, (Art.139 de la L.G.S.M.);

4. No repartirán dividendos ficticios, (Art.158, Frac.II y 19, de la L.G.S.M.);

5. No distribuirán las reservas legales ni dejarán de formarlas, (Art. 20 de la L.G.S.M.);

6. No emitirán acciones al portador si su importe no está íntegramente desembolsado, (Art.117 de la L.G.S.M.);*

7. No autorizarán el retiro de las acciones depositadas, por representar valores de aportación en especie, antes del transcurso de los plazos que la ley determina.(Art.141 de la L.G.S.M.);

8. No practicarán operaciones de administración con posterioridad al acuerdo de disolución.(Art.233 de la L.G.S.M.).

Como ya comentamos al hablar de las facultades de los miembros del Consejo, éstas se integran en una serie de poderes-deberes, que pueden entresacarse de las disposiciones legales respecti

* A raíz de las reformas legales publicadas en diciembre de 1982, todas las disposiciones relativas a títulos al portador que se opongan a la nominativización de acciones, quedan derogadas.

vas, en ocasiones como facultad, y en otras como obligación.

"Los administradores tienen dos clases de obligaciones que cumplir, las primeras, derivadas de disposiciones expresas de la ley o de los estatutos, de imperativo categórico; las segundas, derivadas del cumplimiento de su deber general - de buena gestión de los negocios sociales.

"Dentro de las obligaciones legales de fácil comprobación, tenemos las que precisamente establece la Ley General de Sociedades Mercantiles, como por ejemplo: la conservación en debido orden de los libros y documentos de la sociedad, la inscripción de los documentos registrables en el Registro de Comercio, etc.

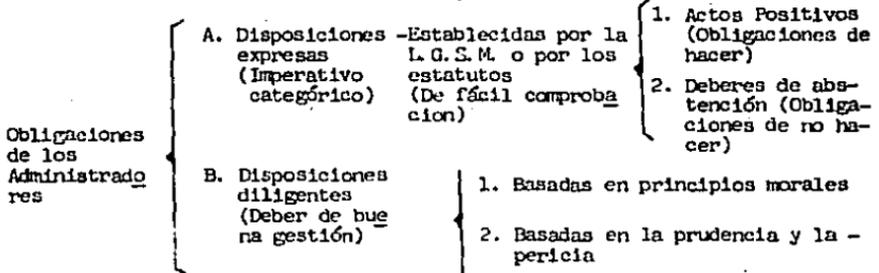
"Estas obligaciones arriba enunciadas, en forma meramente ejemplificativa, se refieren a la realización de actos positivos - (obligaciones de hacer), pero también existen en la ley o en los estatutos, deberes de abstención, es decir, (obligaciones de no hacer,) que se originan en prohibiciones, por ejemplo, de hacer préstamos o anticipos sobre las acciones de la sociedad, repartir dividendos ficticios, etc.

"Respecto de las obligaciones que he llamado "diligentes", - (buena gestión), podemos distinguir aquellas que se basan en principios morales, de las que propiamente se basan en la prudencia y en la pericia.

"Como ejemplo de las primeras, tenemos la responsabilidad por actos gratuitos que realicen los administradores a costa de la sociedad, ya que el fin primordial que se persigue es el lucro; la disposición de los bienes sociales contraría a los límites autorizados por la asamblea o por los estatutos de la compensa ción ilícita, etc." (77)

Podríamos decir que la segunda se refiere al criterio que uti lizan los administradores para la firma de negocios y contra tos, así como las inversiones que realicen a nombre de la so ciedad.

Para una mayor comprensión de lo señalado anteriormente, a con tinuación realizaré un esquema de la interpretación que he da do a la clasificación de Bauche García Diego, sobre las obliga ciones de los miembros del Consejo de Administración:



(77) BAUCHE GARCIA DIEGO, MARIO.- Op. Cit. p.513

"Especial importancia concede la ley a la obligación que tienen los administradores de presentar anualmente a la asamblea de accionistas el resultado de su gestión por medio de un balance, documento contable que refleja el estado económico de una negociación en un momento determinado, para lo cual se enumeran en él los diversos documentos que constituyen su activo (efectivo en caja y en bancos, documentos por cobrar, mercancías, muebles, inmuebles, etcétera), y su pasivo (acreedores de diferentes clases, documentos por pagar, etc.); la diferencia entre ambos como se ha indicado en diversas ocasiones, forma el capital contable, integrado a su vez por el capital social, la reserva legal y las estatutarias, las utilidades acumuladas en los años anteriores y las obtenidas en el ejercicio anterior - al balance y con deducción en su caso, de las pérdidas sufridas.

"El balance debe formularse anualmente, (Art.172 de la L.G.S.M.) para ser presentado, bajo la responsabilidad de los administradores (Art.176), a la asamblea que ha de reunirse dentro de los primeros cuatro meses de cada ejercicio (Art.181).

"Una vez concluido, el balance debe entregarse a los comisionarios de la sociedad, junto con los documentos que justifiquen su formulación y un informe sobre la marcha de los negocios sociales (Art.173), a efecto de que rindan un informe sobre la documentación financiera suministrado por los administrado--

res." (78)

A raíz de las reformas de 1981, el Art. 172 de la L.G.S.M. ya no establece únicamente la obligación a los administradores de presentar el balance.

Los Consejeros deberán presentar un informe, que incluya por lo menos:

- a) Información sobre políticas y marcha de la sociedad.
- b) Políticas y criterios contables.
- c) Estado de situación financiera y sus cambios.
- d) Resultados de la sociedad durante el ejercicio.
- e) Cambios en las partidas del patrimonio social.

A esta información se agregará el informe de los comisarios - (Art. 166-IV de la L.G.S.M.).

Continuando con las enumeraciones que hemos venido manejando - con la finalidad de tener una visión más concreta de los elementos que integran este punto, ya que los mismos se encuentran dispersos en las disposiciones legales, tomaremos, de la relación de Antonio Brunetti que hace en su "Tratado del Derecho de las Sociedades", la cual, aunque se refiere directamente al derecho italiano, nos resulta explicativa dentro del presente estudio, lo siguiente:

(78) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op. Cit. pp. 404 y 405

Existe obligación:

1. De prestar caución para garantizar el desempeño de su cargo.
2. De elegir de entre los miembros del Consejo, al Presidente cuando éste no haya sido designado por la asamblea.
3. De pedir la inscripción de su nombramiento.
4. De controlar las valoraciones de las aportaciones en especie.
5. De comunicar inmediatamente el cese del cargo por renuncia.
6. De convocar a asamblea anual.
7. De llevar los libros sociales.
8. De redactar el balance de ejercicio con la cuenta de pérdidas y ganancias.
9. De convocar a asamblea en caso de necesidad de sustitución de la mayoría de los administradores.
10. De convocar a asamblea cuando resulte que el capital ha disminuido en más de un tercio. (La sociedad anónima -

mexicana deberá disolverse por la pérdida de las dos terceras partes del capital social. (Art. 229-V de la L.G.S.M.).

11. De consignar a los liquidadores los bienes sociales en caso de liquidación, asumiendo la responsabilidad hasta ese momento.
12. De pedir la quiebra de la sociedad cuando ésta se encuentre en estado de insolvencia.

"Del carácter instrumental que tienen los poderes considerados en relación con los deberes propios del órgano, - se sigue que este último no es un sujeto de derechos, sino un conjunto de poderes en el sentido que se atribuye a la persona jurídica sujeto de derechos, un elemento formal, necesario para que pueda actuar en su propio interés." (79)

"En el seno del órgano administrativo tiene lugar la formación de la voluntad social en la medida necesaria para realizar los actos de administración y de gestión que le competen. De allí que la voluntad de los administradores expresada dentro de los cauces legales y estatutarios sea imputable a la sociedad y no a los administradores.

"De acuerdo con este principio, el órgano de administración go
(79) GALINDO GARFÍAS, IGNACIO DR.-CONFERENCIA.- (Cita de Giancarlo Fre, L'organo Administrativo. Nella Società Anónima, Roma 1938, p.153

za de autonomía frente a la asamblea de accionistas, y no se requiere de instrucciones expresas para llevar al cabo los actos que le competen porque la actividad de los administradores, no sólo es un instrumento para la ejecución de los acuerdos de la asamblea, sino que aquéllos están legitimados para formar y declarar la voluntad social en el círculo de sus atribuciones; es decir, en la realización de actos y negocios jurídicos concretos y específicos, para la administración de la sociedad y la representación de la persona jurídica. Dentro de esos aspectos el órgano de administración, es un órgano necesario y además es decisivo para la sociedad, puesto que en él se forma la voluntad social, llamémosla la voluntad negocial. Por ello el órgano de administración goza de una amplia autonomía en lo que concierne a la actividad de la persona jurídica y por ello también, los administradores responden ante la sociedad y ante terceros del cumplimiento de los deberes o del cargo o de la violación de normas que rigen los actos que ejecuten como representantes de la sociedad." (80)

En conclusión, los miembros del Consejo de Administración como tales, gozan de todas las facultades que la consecución del objeto social requiera, sin que sea necesario el otorgamiento de poderes en forma expresa y de acuerdo con las disposiciones de mandato que señala el Código Civil para el D. F.

(80) GALINDO GARFIAS, IGNACIO DR.- CONFERENCIA.- Op. Cit.

Estas facultades, puede decirse que están implícitas en el órgano mismo, y no en las personas que lo integran (recordamos - que la representación de la sociedad está en el Consejo como - órgano colegiado y no en cada uno de sus integrantes en lo individual):

En la práctica, sin embargo, las sociedades han optado por dotar de ciertas facultades a cada uno de los miembros del mismo Consejo, lo que resulta funcional ya que, además de las facultades con que el cargo mismo reviste a dichos Consejeros, son investidos en la mayoría de los casos de poderes generales para actos de administración, pleitos y cobranzas, actos de dominio y para otorgar y suscribir títulos de crédito.

Unido esto al nombramiento de delegados y a la designación de quien lleve la firma social (tema que trataremos en el siguiente punto de este trabajo), la fluidez de la administración de la sociedad no se ve entorpecida por tener que recabarse la - firma de todos los Consejeros para la celebración de aquellos actos, contratos, negocios, etc., que requiera la administración.

En cuanto a las limitaciones que ya hemos mencionado a las facultades de los miembros del Consejo, (Art. 10 de la L.G.S.M. por la ley o el contrato social) los accionistas tienen todo el derecho de limitarlas, en tanto el Consejo pueda seguir con

esas limitaciones, cumpliendo con las funciones propias del órgano de representación y administración, es decir: las facultades podrán estar limitadas en el sentido de que la toma de decisiones para la celebración de ciertos negocios riesgosos, requiera de aprobación de la asamblea de accionistas. Asimismo, podría señalarse una cantidad de dinero como tope para que actúe el Consejo sin autorización de la asamblea, etc.

Sin embargo, no puede limitarse al Consejo de Administración con la prohibición de que firme contratos o convoque a asambleas, o cualquier otra limitación que rompa con la naturaleza misma del órgano y le impida desempeñar sus funciones propias.

3.- DELEGADOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION.-

Las funciones del Consejo de Administración, dependiendo de la magnitud de la empresa de que se trate, pueden resultar -- muy complejas y en ocasiones el Consejo no se da abasto para atender todos los asuntos relativos a la administración de la sociedad.

No es posible, tampoco, que el Consejo se pase todo el tiempo sesionando, por asuntos que en ocasiones no son muy importantes.

Con la finalidad de agilizar la administración de la sociedad, y no descuidar ciertos aspectos de la misma, la ley permite la delegación de facultades en diversos grados y sentidos:

a)- El Consejo de Administración puede nombrar de entre sus miembros, un delegado para la ejecución de actos concretos. (Art.148 de la L.G.S.M.).

b)- La asamblea general de accionistas, el Consejo de Administración o el administrador, podrán nombrar uno o varios gerentes generales o especiales. (Art.145 de la L.G.S.M.).

c)- El administrador o el Consejo de Administración y los gerentes, podrán conferir poderes en nombre de la sociedad.(Art. 149 de la L.G.S.M.).

Delegados. - Del propio Art. 148 de la L.G.S.M. se desprende que la función del delegado consiste en ejecutar algún acto que ya haya sido previamente aprobado por el Consejo, en su nombre.

La ley establece, expresamente, que el delegado deberá ser uno de los miembros del mismo Consejo y no una persona ajena a él. Asimismo, la actuación del Consejero delegado no será autónoma, sino que se reducirá a la ejecución de actos concretos cuya decisión fue tomada en forma colegiada.

Hay ciertos autores que opinan que aunque el Art.148 de la --

L.G.S.M. establece que los delegados podrán designarse para la ejecución de actos concretos, cabe la interpretación - analógica para servir de fundamento a los Consejeros delegados con funciones de dirección y representación generales, o por decirlo de otro modo, son Consejeros que actúan a través de la delegación que hace el Consejo de las atribuciones que le son propias. (Ver Mantilla Molina, R., Op.Cit. p.410 y Rodríguez Rodríguez, J., Op.Cit. p.107).

Al respecto, coincidimos más con la teoría del maestro Bauche Garciadiego, cuando dice que: "como se ve, (Art.148) la ley - prevé el nombramiento de un Consejero delegado para actos concretos, y eso es frecuente cuando se trata de realizar algún acto o gestión en cumplimiento de los acuerdos del Consejo, - por ejemplo la protocolización de un acta, el otorgamiento de un poder, la firma de un contrato, etc.

"Independientemente de esa acepción estrictamente legal, algunas sociedades han adoptado la práctica de nombrar un Consejero delegado con funciones de gerente; aunque no se encuentra inconveniente legal a esa práctica, se considera que sería preferible designar al gerente con su nombre y reservar el título de Consejero delegado para aquellos casos concretos a que se refiere el Art. 148." (81)

El mismo Art. 148 de la L.G.S.M. dispone que, en caso de falta de designación especial, corresponderá la representación al presidente del Consejo.

Es evidente que esta representación se refiere a la realización de los actos concretos, que son resultado de las sesiones del Consejo y no contraviene la disposición del Art. 147 de la L.G.S.M., que prohíbe la representación de los miembros del Consejo.

Por otra parte, la limitación a las facultades del Consejero delegado es expresa y no facultativa de ningún órgano de la sociedad.

Por último, debemos recordar que las facultades que el cargo reviste como tal, son en tanto los miembros se encuentran integrando el órgano colegiado.

"Como una tercera alternativa, en algunas compañías se nombra un Consejero delegado como órgano permanente de enlace entre el Consejo de Administración y la gerencia. Caben muchos matices en las funciones que se pueden atribuir a un Consejero delegado, pero se considera que si sus funciones son de carácter permanente, no encuadran dentro del texto legal y sería preferible describir el cargo con un título más apropiado." (82)

(82) BAUCHE GARCADIIEGO, MARIO.- Op. Cit. p. 516

Comités.- Dentro del nombramiento de delegados que se permite al Consejo de Administración, podemos contemplar la integración de comités especiales, que auxilien al Consejo en la correcta administración de la sociedad.

En la medida en que la sociedad anónima se ha ido desarrollando, la necesidad ha hecho que en la práctica se haga uso constante del nombramiento de comités, y de este modo se permita mantener una atención adecuada de los negocios sociales, que en ocasiones por su volumen es imposible desahogar al Consejo.

"Las funciones de dirección y representación de la sociedad no son fáciles de desempeñar por un Consejo de Administración, que por su mismo carácter de órgano colegiado, no puede actuar de un modo continuo. De aquí la necesidad de formar dentro del seno mismo del Consejo, comisiones que se encarguen de proveer a la dirección de la sociedad de un modo más permanente y más especializado que el Consejo mismo.

"Tales comisiones, conocidas en la práctica con diversos nombres, rara vez tienen función de representación de la sociedad anónima, pues suelen limitarse a tomar acuerdos, sujetos a revisión del Consejo, mediante los cuales encauzan internamente la marcha de la empresa." (83)

Estas comisiones se forman por integrantes del Consejo de Administración, no puede nombrarse a terceros dentro de los co
(83) MANTILLA MOLINA, ROBERTO.- Op. Cit. p.410

mités y tendrán las facultades que expresamente se les confie
ran.

Su finalidad principal es manejar únicamente una parte de --
las actividades propias de la administración, supeditadas a --
la dirección del mismo Consejo.

Esto permite que este grupo de personas concentre su ac
tividad en un sector, logrando una especialización y un mane
jo más adecuado de aquellos asuntos que interesen a la socie
dad.

Así vemos que puede haber un comité de compras, o un -
comité de ventas, por dar algunos ejemplos.

"Junto al Consejo, del cual es directa emanación se ten
drán eventualmente, en las sociedades de mayores dimensiones,
un comité ejecutivo o uno o más administradores delegados, ór
ganos facultativos, pero no por eso menos importantes, consi
derando que la práctica se ha servido ampliamente de ellos pa
ra concentrar en los Consejeros delegados, el cuidado de to
dos los asuntos corrientes. (Art. 2,381 C. Italiano).

"Fuera de estos casos, autorizados por el acto constitu
tivo, las funciones de los administradores no pueden ser dele
gadas a terceros.

"El comité ejecutivo o los administradores delegados, -
no constituyen otro órgano de la sociedad porque no son mas -

que una emanación directa del Consejo de Administración.

"Hasta tal punto son mandatarios de éste que el Consejo responde solidariamente de su gestión.

"Por eso, tanto la delegación de sus atribuciones a un comité ejecutivo, como la que se hace a uno o más de sus miembros (llamados administradores delegados) han de ser autorizadas por el acto constitutivo o por la asamblea.

"En uno y otro caso, será necesario que se determinen - los límites de la delegación con exclusión de las atribuciones arriba indicadas." (84)

Gerentes.- El Art. 145 de la L.G.S.M. otorga a la asamblea general de accionistas y al Consejo de Administración o administrador único, la facultad de nombrar gerentes especiales o generales, que pueden ser o no accionistas de la sociedad - que serán revocados en cualquier tiempo.

Los gerentes podrán actuar en forma colegiada o en forma individual según las necesidades de la empresa y lo establecido por los estatutos.

"La figura del gerente es muy semejante, por su estructura jurídica, a la del factor. Representantes de sociedades y administradores de las mismas, los primeros; representantes y

administradores de comerciantes individuales, los segundos; - pero siempre pueden apuntarse diferencias entre unos y otros. Los factores tienen un apoderamiento institutorio típico e ilimitable (Arts. 309 y Sigs. del Código de Comercio), en tanto que los gerentes tienen más o menos facultades, según los términos de la escritura constitutiva o del contrato de gerencia y apoderamiento. Los factores pueden "contratar respecto a los negocios concernientes a la empresa" mientras que los gerentes sólo tienen las atribuciones que se les "confieren expresamente".

"Esta diferencia se acentúa más, si se advierte que entre el factor y el principal no hay ninguna figura intermedia, pero entre la sociedad, como principal, y el gerente, siempre se interpone el Consejo de Administración o el administrador único." (85)

Los gerentes requieren de facultades expresas, dentro de las cuales podrán actuar con la mayor amplitud posible, sin necesidad de autorización especial del Consejo o la asamblea.

El nombramiento de gerentes, como el de los miembros del Consejo de Administración, deberá ser protocolizado por un notario y requiere de inscripción en el Registro Público de Co--mercio. (Art. 21-VII del Código de Comercio).

(85) RODRÍGUEZ RODRIBUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. pp.108 y 109

Dicha inscripción, no podrá realizarse, si los gerentes no -- han otorgado la garantía que fijen los estatutos o la asamblea de accionistas, para asegurar las responsabilidades derivadas de su cargo. (Arts. 152 y 153 de la L.G.S.M.).

"El cargo de gerente es retribuido. Supone la presta-- ción de una actividad que, en ningún caso ni circunstancia, -- puede imaginarse gratuita. La cuantía de la retribución pue-- de fijarse en la escritura, o confiarse a la decisión del Con-- sejo y de la asamblea ordinaria." (86)

Apoderados. - "El administrador o el Consejo de Administración y los gerentes podrán, dentro de sus respectivas facultades, conferir poderes en nombre de la sociedad, los cuales serán -- revocables en cualquier tiempo." (Art.149 de la L.G.S.M.).

Pese a que expresamente la ley no lo establece, es lógi-- co que la asamblea general de accionistas también podrá nom-- brar apoderados generales o especiales. Más aún, la asamblea podrá otorgar a sus apoderados facultades ilimitadas, en tan-- to no excedan al cumplimiento del objeto social; por el con-- trario, los poderes otorgados por los administradores o geren-- tes, no podrán tener facultades más amplias que las que se -- les hayan conferido a ellos mismos.

86) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.111

El Código Civil reconoce tres tipos de poderes generales (Art.2554 del Código Civil):

- a). El poder general para administrar bienes. (Facultades administrativas).
- b). El poder general para ejercer actos de dominio. (Facultades de dueño).
- c). El poder general para pleitos y cobranzas. (Si se otorga con todas las facultades generales y especiales que requieren cláusula especial conforme a la ley, se entenderán conferidos sin limitación alguna).

(Específicamente, la cláusula especial se refiere a los casos que menciona el Art. 2587 del Código Civil, que deben consignarse en los poderes judiciales, como son: para desistirse, transigir, comprometer en árbitros, absolver y articular posiciones, hacer cesión de bienes, recusar, recibir pagos y los demás actos que expresamente determine la ley).

"Cuando se quisiere limitar las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales."

"Los notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen." (Art.2554 del Código Civil in fine).

Es en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en la que -

encontramos en su Art. 9º, que establece una forma especial - en cuanto a la representación para otorgar o suscribir títulos de crédito, ya que ésta se confiere, mediante poder inscrito debidamente en el Registro de Comercio o por simple declaración escrita dirigida al tercero con quien habrá de contratar el representante, únicamente con los límites que haya fijado el representado.

Así pues, en caso de que se pretenda dar al apoderado poderes amplísimos, bastará con que se otorgue uno o varios de los poderes generales que hemos mencionado

Si por el contrario quiere darse un poder muy limitado, se expresará específicamente qué se pretende que haga el apoderado. Los poderes asimismo pueden otorgarse para un asunto en especial, aunque tengan facultades generales o para cualquier asunto aunque contenga limitaciones.

Finalmente, los poderes podrán otorgarse para que el apoderado actúe en cualquier lugar de la República Mexicana, o en una determinada jurisdicción nada más, salvo disposición legal expresa en contrario.

Además del Consejo de Administración, la asamblea de accionistas, el administrador único y los gerentes, entre las facultades dadas a los apoderados, puede consignarse lo que se ha denominado "poder de sustitución", que significa que el apode-

rado podrá a su vez, otorgar poderes a terceros y revocarlos, siempre y cuando no exceda a las facultades que tiene el apoderado que sustituye su poder.

CAPITULO QUINTO

RESPONSABILIDAD DE

LOS CONSEJEROS

1.- SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION

Como ya hemos señalado en puntos anteriores de este estudio, los miembros del Consejo de Administración al aceptar su nombramiento, quedan por ese solo hecho sujetos al cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones y al no ejercicio de las prohibiciones que en primer término les fija la ley y que se encuentran ampliados por los estatutos.

Pues bien, del incumplimiento de esos deberes y obligaciones, así como de la ejecución de las prohibiciones por parte de -- los administradores, nace la acción de responsabilidad, que -- deriva en la reparación del daño causado.

Al respecto, Antonio Brunetti, en "Tratado del Derecho de Sociedades" cita a Fre, quien escribe que: "Se señala al órgano

administrativo el deber fundamental de 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 con él o violan las normas legales o estatutarias que les imponen especiales deberes que habrán de ser observados en el ejercicio de sus cargos, irrogando con ello un perjuicio al patrimonio social, han de responder de sus culpas ante la sociedad 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 las que tienen un parecido interés y por eso, un igual derecho, a la integridad del patrimonio." (87)

"La responsabilidad de los administradores ante la sociedad, grava a todos los que están en los cargos, de modo igual, y se extiende a todas las culpas por los actos inherentes al cargo, al tenor de la ley o del acto constitutivo.

"Como es natural, sólo comprende las operaciones relativas al tiempo en que han ocupado el cargo. El incumplimiento, y por consiguiente la culpa, existen, como sabemos, cuando ha falta

(87) BRUNETTI, ANTONIO.- Op. Cit. p. 484 y 486

do la "diligencia del mandatario", esta referencia, escribe Valeri, no perjudica el concepto que ha de hacerse de su posición jurídica, que no es de simples mandatarios, sino de órganos de la sociedad pero es conveniente para la valoración concreta del contenido de sus deberes." (88)

El cumplimiento de los deberes y obligaciones de los administradores, puede influir directamente en la estructura de la sociedad, como es la obligación de ejecutar las resoluciones legalmente adoptadas por la asamblea de accionistas o expedir oportunamente los certificados provisionales y los títulos definitivos de las acciones de la sociedad.

Asimismo, hay deberes y obligaciones que directamente se refieren a la conservación del patrimonio de la sociedad, mismos que influyen en la protección de los intereses de los acreedores de la misma, como es la conservación en depósito de acciones por dos años, cuando se pagaron en especie; la prohibición de repartir dividendos ficticios, o la conservación de la reserva legal.

Básicamente encontramos que la responsabilidad puede ser exigible a los administradores, en los siguientes supuestos:

a) Por incumplimiento o contravención a las disposiciones legales o estatutarias.

(88) BRUNETTI, ANTONIO.- Op. Cit. p.486

- b) Por mal uso de los poderes que la sociedad les ha otorgado.
- c) Por negligencia en su actuación, en que por su culpa o dolo se causa un daño.
- d) Por no vigilar en forma adecuada la actuación de los delegados.

a) INCUMPLIMIENTO O CONTRAVENCION A LAS DISPOSICIONES LEGALES O ESTATUTARIAS

En el punto relativo a las obligaciones y deberes que imponen la ley y los estatutos a los administradores, comentábamos que sin existir un listado de ellos, de los mismos artículos puede entresacarse, en ocasiones como obligación impuesta y en otras como prohibición, aquellos deberes inherentes al cargo, que - como tales obligan a los miembros del Consejo a su cumplimiento.

En el momento en que los administradores incumplen estas disposiciones, o las contravienen con su actuación, surge la responsabilidad por el daño que están ocasionando.

Dado que ya tratamos un punto relativo a las obligaciones de los integrantes del Consejo de Administración, me parece inútil enumerar nuevamente dichas obligaciones y las prohibiciones que son inherentes al cargo, únicamente citaré en forma ejemplificativa algunos casos de contravención a la ley:

la inexistencia o irregularidad de los libros contables y de actas, tanto de asambleas, como de Consejo (Art.158 de la L.G.S.M.); el incumplimiento de los acuerdos de la asamblea (Art. 158 de la L.G.S.M.); la emisión de acciones por una suma menor a su valor nominal (Art.115 L.G.S.M.); la adquisición por la sociedad de sus propias acciones (Arts.134 y 138 de la L.G.S.M.); la irregularidad de una sociedad (Art.2 de la L.G.S.M.); etc.

Entre las prohibiciones que contiene la ley para los administradores, es de gran importancia mencionar la que establece el Art.156 de la L.G.S.M., cuando dispone que el administrador -- que en cualquier operación tenga un interés opuesto al de la sociedad, deberá manifestarlo a los demás y abstenerse de toda deliberación y resolución, siendo responsable de daños y perjuicios que se causen a la sociedad aquel administrador que -- contravenga esta disposición.

Otra prohibición, la encontramos en el Art.197 de la L.G.S.M. para que los administradores y los comisarios voten en las deliberaciones relativas a la aprobación de los informes a que -- se refiere el Art. 166 en su fracción IV y el 172.

"Los dos preceptos mencionados vienen prácticamente a equi valer a una regla general y a un caso concreto de la misma.

La base de ambos es la oposición de intereses, cuya más antigua formulación se encuentra en el viejo principio de que nadie --

puede ser juez y parte.

"La prohibición anterior implica una importante restricción al derecho individual de voto de los administradores." (89)

Sin embargo, esta restricción es necesaria, pues del mismo -- status de administrador se deriva su obligación de anteponer -- el bienestar de la sociedad a los intereses personales, ya sea propios o de cualquier miembro de la sociedad.

Como este supuesto se refiere a la contravención de disposicio nes legales, podemos encuadrar en él la ejecución de actos o -- hechos ilícitos por parte de los administradores.

El Art.1830 del Código Civil para el Distrito Federal, esta-- blece al respecto que los actos contrarios a las leyes de or-- den público o a las buenas costumbres, constituyen un ilícito. En relación directa con la sociedad anónima, la misma Ley Ge-- neral de Sociedades Mercantiles establece la nulidad para a-- aquellas empresas que tengan un objeto ilícito, o que ejecuten habitualmente actos ilícitos, debiendo ser liquidadas, sin -- perjuicio de la responsabilidad penal que en cada caso proce-- da.

Cabe comentar, sin embargo, que la simple realización de actos ilícitos, conlleva la responsabilidad de aquél que lo e jecutó, no importa si se trata de un ilícito aislado, o su -- realización se presenta en forma habitual, independientemente de que se dé o no el supuesto de nulidad de la sociedad a -- (89) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.127

que se refiere el Art. 3° de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

"Pero este aspecto negativo no es todo lo que en el marco de la legislación vigente puede decirse acerca de la responsabilidad de los administradores. Hay algo más. Hay una formulación positiva, que nos permite tomar muy de cerca la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas.

"El precepto que nos servirá de base para esta construcción, es el Art. 13 de la Ley de Venta al Público de Acciones (90) cuya trascendental importancia no ha sido puesta aún suficientemente de relieve.

"Este artículo declara que "Las personas que controlan el funcionamiento de una sociedad anónima, ya sea que posean o no la mayoría de las acciones, tendrán obligación subsidiaria ilimitada frente a terceros por actos ilícitos imputables a la -- compañía". (91)

(90) NOTA: Respecto a la Ley de Venta al Público de Acciones, a raíz de la publicación de la Ley del Mercado de Valores, se ha cuestionado su vigencia, sin embargo, debido a un pronunciamiento de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en amparo directo N°892/82, resuelto el 28 de septiembre de 1983, se incluye como ordenamiento vigente. En una parte de esta sentencia, la Corte sostiene: " De lo anteriormente expuesto se colige que al regularse lo relativo a la venta al público de acciones y valores en general, sucesivamente en el Decreto que crea la Comisión de Valores, de once de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, en la Ley de la Comisión Nacional de Valores de treinta de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres y en la Ley del Mercado de Valores de veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, quedaron derogados

###

(91) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. pp.131 y 132

exclusivamente los artículos 1º al 12 de la Ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas; pero no así los artículos 13 y 14 de la propia ley que se refieren a cuestiones distintas a la reglamentación de la venta al público de títulos y valores, esto es, esos artículos establecen la obligación subsidiaria ilimitada de las personas que controlen el funcionamiento de una sociedad anónima, frente a terceros por las responsabilidades extracontractuales a cargo de la compañía, sin que esa disposición pugne con algunos de los preceptos de los ordenamientos legales posteriores ya citados, por lo que debe concluirse que el precepto en comento conserva su vigencia".

En otra parte de dicha sentencia se expresó de la siguiente manera -- nuestro Máximo Tribunal:

"Por lo que se refiere al alcance del artículo 13 de la Ley que establece los requisitos de la venta al público de acciones de sociedades anónimas, no obstante que ese precepto se encuentra dentro de una ley que regula lo relativo a la oferta y venta al público de acciones de sociedades anónimas y que ello podría inducir a la conclusión que ese precepto es sólo aplicable a las sociedades anónimas que realicen los actos regulados en la propia Ley, no debe perderse de vista que, como ya se dijo, en la exposición de motivos claramente se expresó que con esa Ley se perseguían dos propósitos distintos, constituyendo el segundo de ellos, que fue recogido en el artículo 13 de la Ley citada, al introducir en nuestro sistema jurídico el principio de que la limitación de responsabilidades inherente a las sociedades de tipo corporativo no rige para la responsabilidad que surge a favor de terceros a consecuencia de actos ilícitos o dolosos, derogando el principio de la limitación de la responsabilidad cuando ésta sea contractual, estableciendo la responsabilidad subsidiaria, con el carácter de ilimitada a cargo de la persona o personas que controlen el funcionamiento de una sociedad anónima; igualmente, en el artículo 14 de la misma Ley, para el efecto de hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, donde se concluye que el alcance del artículo 13 de la Ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas, no se limita a las sociedades anónimas que realicen la oferta y venta al público de acciones de sociedades anónimas, sino que comprende a toda sociedad anónima, puesto que la regulación contenida en los artículos 13 y 14 de la Ley citada viene a establecer en forma especial y concreta la responsabilidad a personas que de alguna manera controlen el funcionamiento de una sociedad anónima, derogando el principio de la limitación de la responsabilidad cuando ésta sea extracontractual, según se desprende de la exposición de motivos de esa Ley y se corrobora por el hecho de que para efectos de determinar la responsabilidad, se remite a la Ley General de Sociedades Mercantiles, en la que se regula precisamente la organización y funcionamiento de las sociedades anónimas, lo que lleva a concluir que los artículos 13 y 14 de la Ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas, constituye en sí una legislación especial en la que se incorpora lo que la doctrina conoce como la "devolución de la sociedad anónima" a través de la cual se considera conveniente, entre otras cosas, que determinadas personas, ligadas a la -

sociedad anónima por el control que en ellas ejercen, tengan obligación subsidiaria ilimitada frente a terceros por los actos ilícitos o dolosos imputables, a la persona moral para evitar un estado de desprotección jurídica de terceros frente al velo de la sociedad con el propósito de prevenir abusos derivados de la manipulación del mecanismo de formación de sociedades para la realización de maniobras ilícitas civiles, lo que 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, sin que pueda admitirse que ese sano propósito del legislador se haya dirigido exclusivamente a las sociedades anónimas que realicen oferta y venta al público de acciones, sino que su alcance comprende a la sociedad anónima en general, creando una regulación especial para reglamentar lo relativo al principio de la limitación de la responsabilidad cuando ésta sea extracontractual, tratándose de sociedades anónimas, pues así se desprende incluso no sólo del hecho de que el artículo 14 de la Ley citada remite a la Ley General de Sociedades Mercantiles sino también de la exposición de motivos en la que se dijo: "Las modificaciones que en esa iniciativa se proyectan no agotan los problemas que la organización y el funcionamiento de las sociedades anónimas plantean. Pero como las leyes deben procurar atender a las necesidades sociales independientemente de la tarea de sistematización de las normas jurídicas, que corresponde a la posterior elaboración de la jurisprudencia técnica, el Ejecutivo Federal ha estimado conveniente elevar desde luego a la consideración del Congreso los problemas concretos de que se ocupa esta iniciativa, sin perjuicio de que en lo futuro puedan examinarse las distintas cuestiones que por ahora no se tocan."

Ley del Mercado de Valores
Editorial Themis
Sumario Mercantil, México 1984

Al hablar de las personas que controlan el funcionamiento de la compañía, en principio podemos pensar que se trata únicamente de los administradores, sin embargo, en la actualidad se advierte en la mayoría de las sociedades anónimas, que un pequeño número de accionistas poseen la mayoría de las acciones y a través de las votaciones en asambleas controlan la sociedad, incluso es usual que este pequeño grupo tenga plazas en el Consejo de Administración.

No se descarta tampoco la posibilidad de que por circunstancias especiales, pueda darse el caso de que sean los accionistas minoritarios quienes controlen la sociedad.

De esta forma, vemos que puede resultar complejo establecer quién ha incurrido en responsabilidad; consiguientemente, en tanto se deslindan responsabilidades, los miembros del Consejo de Administración tendrán obligación frente a terceros y frente a la sociedad, por los actos ilícitos que hayan cometido o que puedan ser imputables a la sociedad en cuestión.

"Así pues, todos los actos u omisiones de los administradores, que infrinjan las obligaciones de hacer o de no hacer a su cargo, impuestos concretamente en la ley, en los estatutos sociales o derivados de los acuerdos de las asambleas, da

lugar a la obligación de reparar los daños que origine esa actividad, violatoria de la ley o del estatuto cuando se infringen normas concretas de conducta señalada a los administradores." (92)

b) MAL USO DE LOS PODERES QUE LA SOCIEDAD LES HA OTORGADO

Debemos recordar que todas las facultades, ya sea derivadas del cargo mismo de miembro del Consejo de Administración, o aquellos poderes que la sociedad expresamente les confiere a los administradores, van encaminados única y exclusivamente a que los Consejeros estén en posibilidades de realizar todos aquellos actos que sean necesarios para la buena marcha de la sociedad.

Estas facultades siempre deberán utilizarse para buscar un beneficio a la empresa, y evitar, en la medida de lo posible, aquello que pueda perjudicarla.

En este sentido, es latente la responsabilidad de los administradores, en aquellos casos en que abusen o hagan mal uso de los poderes que se les han otorgado, causando con ello un daño a la sociedad, máxime si con ello se toman resoluciones o realizan actos en beneficio propio sin anteponer los in

(92) GALINDO GARFIAS, IGNACIO DR.- SOCIEDAD ANONIMA. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES. México, 1957. p.113

tereses de la empresa.

Dentro de este supuesto se contempla la posibilidad de que exista responsabilidad imputable a los administradores por los actos gratuitos que celebren a costa de la sociedad, ya que la naturaleza de las sociedades mercantiles es perseguir una finalidad de lucro.

Sin embargo, este aspecto no es del todo cierto, encontramos que en ocasiones la realización de actos gratuitos puede reportar un gran beneficio a la sociedad, que incluso, comparativamente puede resultar más provechoso que si el acto efectuado hubiese sido oneroso.

Así, encontramos por ejemplo, si nuestra empresa se dedica a la realización de actividades agropecuarias en una localidad en que el ambiente de sus habitantes se nos presenta hostil, podemos conseguir a través de la donación de un terreno para la construcción de una escuela para los hijos de los campesinos, su cooperación, que nos resulta más provechosa que la propiedad del terreno que donamos. En este sentido, la realización de esos actos gratuitos, va directamente encaminada al logro del objeto social, por lo que no es imputable a los administradores responsabilidad alguna. Otra cosa sería, que esa realización de actos gratuitos beneficiara intereses distintos a los de la sociedad misma.

Cuando dentro del objeto social se contemple la ejecución de actos de disposición, o cuando expresamente se haya otorgado a los administradores un poder para actos de dominio, éstos deberán responder de la enajenación de bienes, que excediendo de los límites que imponga el objeto social, cause un menoscabo a la empresa.

c) NEGLIGENCIA EN SU ACTUACION EN QUE POR SU CULPA O DOLO SE CAUSE UN DAÑO

Este supuesto de responsabilidad se deriva directamente de la naturaleza misma del cargo de administrador.

La confianza que depositan los accionistas en las personas a quienes designan para la administración de la sociedad, es de gran importancia. Incluso, cuando hablamos de las características que deben reunir estos miembros, comentamos que su preparación y capacidad debe depender del objeto mismo de la empresa, de modo que posea los conocimientos suficientes para administrarla en forma correcta y pueda manejar los negocios e inversiones que realice en nombre de la sociedad, de la forma más conveniente, a fin de buscar el mayor beneficio para ella, evitando pérdidas o menoscabos en su patrimonio.

En este sentido, la función de los miembros del Consejo de Administración, no se limita al cumplimiento literal de las obligaciones y deberes que se derivan de la ley y los estatuu-

tos, éstos deben poner todo su interés y la mayor diligencia para que los negocios e inversiones que se realicen a nombre de la sociedad, logren los mayores beneficios y sean los más convenientes, protegiendo los intereses de la misma sociedad, así como de los accionistas.

La aplicación práctica de este supuesto, para imputar responsabilidad a los administradores, resulta bastante complicada, ya que no estamos basándonos en una violación a una disposición legal, o un inadecuado ejercicio de sus poderes. El administrador de hecho, está cumpliendo con las obligaciones que se le han impuesto, por lo que su falta de prudencia en la realización del negocio que perjudique a la empresa, deberá comprobarse y tener un nexo de causalidad con el daño que se ocasiona.

Dicho de otro modo, si los Consejeros actúan dentro de la órbita de sus atribuciones, y cumplen con sus deberes, realizando los actos que conforme a la lógica y la ley de probabilidades son correctos, aunque el negocio fracase, no podemos hacer a los administradores responsables, ya que ellos actuaron en forma correcta.

Asimismo, no podemos reclamar a los administradores un perjuicio porque no realizaron una inversión que tenía toda la apariencia de fracasar y sin embargo resultó muy lucrativo.

"La falta de cuidado, la impericia o la inadvertencia, sólo 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 debieran hacerlo." (93)

De este modo, los administradores deberán responder cuando son culpables por el daño causado, ya que invirtieron en un negocio en el que conforme a la lógica de la administración, podía predecirse su fracaso.

"Mientras los administradores contraigan obligaciones en nombre de la sociedad, dentro del marco de su competencia, no pueden contraer responsabilidad alguna, porque las obligaciones se entienden existentes entre los terceros y la sociedad (Arts. 285 del Código de Comercio y 2561, 2581 y 1582 - del Código Civil para el D.F., de aplicación analógica).

"Pero los administradores pueden contraer estas obligaciones incurriendo en dolo o en culpa. La sociedad responderá directamente de su cumplimiento y de las consecuencias - del dolo o de la culpa de sus representantes; pero, a su vez, éstos responderán frente a la sociedad por los daños que su con

ducta culposa le haya ocasionado." (94)

Sin embargo, la responsabilidad de los miembros del Consejo, - no tiene sus límites en los actos cometidos por sí mismos, ellos deberán responder, si estando en conocimiento de que otros administradores o accionistas realizan actos perjudiciales para la sociedad, no hacen lo posible para impedir su realización, elimitar o atenuar sus consecuencias desfavorables.

Sin que sea mi intención profundizar en ello, por no querer salirme del cauce que lleva este estudio, creo que merece la pena mencionar dentro de este supuesto, el caso en que los administradores, son responsables, si por un desempeño inadecuado de sus funciones, llevan a la sociedad a la quiebra y ésta es calificada de culpable o fraudulenta.

d) POR NO VIGILAR EN FORMA ADECUADA LA ACTUACION DE LOS DELEGADOS

Si bien es cierto que como mencionamos en el punto anterior, - los miembros del Consejo de Administración responden por no intentar impedir los actos perjudiciales que realicen otras personas, estando en conocimiento de ello y no por el acto mismo cometido, del cual deberá responder su autor, también es cier

to que los administradores tienen una responsabilidad más directa por los actos que ejecuten sus delegados.

Esto se deriva de la obligación que tienen los miembros del Consejo de Administración de vigilar la actuación de aquellas personas cuyas actividades se derivan del funcionamiento del Consejo de Administración como son los gerentes y apoderados, o los comités y demás delegados que nombren los administradores.

Debemos recordar, que al tratar el punto relativo a las delegaciones que le son permitidas al Consejo de Administración, mencionamos que tienen la finalidad de auxiliar a los administradores en el desempeño de sus actividades, mas esto no significa que se liberen del cumplimiento de sus deberes y obligaciones así como de la responsabilidad que se derive por el daño causado a la sociedad o accionistas por malos manejos o inadecuado desempeño de las actividades que realizan los delegados del Consejo.

"Con referencia a las atribuciones del Comité Ejecutivo y de los administradores delegados, es preciso ver si la delegación proviene del acto constitutivo o de la asamblea, o bien del mismo colegio de los administradores. En esta última hipótesis -observa Salandra- cuando la delegación que no puede ser nunca totalitaria, sea legal, no pueden imputarse a los administradores no investidos del cargo particular, las culpas

cometidas por aquéllos que son investidos para el ejercicio de sus específicas atribuciones, pero tampoco aquéllos pueden ser en relación con tales atribuciones que pueden comprender casi toda la efectiva gestión de la sociedad, liberados de toda responsabilidad, de modo que su cargo quede reducido a una bien remunerada prebenda, libre de todo riesgo grave. El nuevo código da un camino para la solución de la cuestión discutida disponiendo que en todo caso los administradores no investidos de un cargo especial, tienen un deber general de vigilancia sobre la marcha de la gestión social: establece a su cargo una responsabilidad por omisión cuando no realicen esta vigilancia eficazmente. Naturalmente, por la razón que ad impossibilia nemo tenetur, están obligados a vigilar la gestión social en la medida que la organización técnica de la sociedad y las dimensiones de la empresa social lo consientan." (95)

Es lógico que no se dé el mismo tratamiento a los delegados designados por el Consejo de Administración, que a las personas que en calidad de gerentes o apoderados, ha nombrado la asamblea.

En primer término, los delegados actúan supervisados por el Consejo que los nombró y realizan determinados actos concretos, en tanto que los gerentes o apoderados nombrados por la asam-

(95) BRUNETTI, ANTONIO.- Op. Cit. pp. 486 y 487

blea actúan dentro de la órbita de sus atribuciones, con entera libertad.

La delegación es resultado de la imposibilidad que tiene un órgano de desempeñar por sí mismo con eficacia todas las actividades que son inherentes a dicho órgano. De este modo, al nombrar delegados, se permite un desempeño más cuidadoso y especializado de esas actividades.

En consecuencia, corresponde al Consejo de Administración, vigilar el adecuado desempeño de las funciones que le haya encomendado a los delegados.

Sin embargo, no está dentro del ámbito de sus atribuciones, el vigilar la actuación de los delegados de la asamblea de accionistas, o los gerentes nombrados por ella.

En este caso, los administradores únicamente podrán intervenir para tratar de impedir la realización de actos perjudiciales - por parte de estos delegados o gerentes, y tratar de disminuir sus consecuencias dañosas, si se dan cuenta de ello, poniendo - en aviso a la asamblea, en la primera oportunidad.

"Coexisten pues, tres aspectos en el estudio de la culpa en que incurren los administradores de la sociedad anónima, a saber:

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, que proviene de negligencia, - falta de atención o de cuidado en el cumplimiento del deber - general de buena gestión (culpa in concreto) y
- c) La que toma su origen de la omisión de aquella diligencia - que deban poner los administradores en la vigilancia de la conducta de los delegados, factores y apoderados de la sociedad."
- (96)

Esta responsabilidad de los administradores puede afectar los intereses de la sociedad, directamente los intereses de alguno o de todos los accionistas o inclusive los intereses de un tercero.

"La responsabilidad por consiguiente es de un -- triple orden:

1º Respecto de la sociedad, por la violación de las obligaciones inherentes al cargo, fijadas por la ley o por el acto constitutivo. A éstas se tendrían que añadir, también, los deberes derivados de precedentes acuerdos de la asamblea general, cuya ejecución se hubiese pedido a los administradores.

Se considera también, negligencia no haber vigilado la marcha general de la gestión o no haber hecho cuanto era posible para impedir la consumación de actos perjudiciales conocidos, o para eliminar o atenuar las consecuencias dañosas de los -- mismos.

(96) GALINDO GARFÍAS, IGNACIO.- Op. Cit. p.118

2° Ante los acreedores sociales. La responsabilidad se deriva de la inobservancia de las obligaciones que afectan al mantenimiento de la integridad del patrimonio social.

En este caso, la acción puede ser planteada por los acreedores de la sociedad cuando el patrimonio (social) resulta in suficiente para la satisfacción de sus créditos.

3° Ante los socios o ante terceros, que hayan sufrido un daño individual por el acto doloso o culposo de alguno de los administradores.

Se tiene por ejemplo, el caso del tercero que haya sido perjudicado por la adquisición de acciones de la sociedad cuya cotización haya sido determinada por los resultados de uno o varios balances falsos." (97)

En relación con la responsabilidad que se imputa a los administradores ante los acreedores sociales a que se refiere Antonio Brunetti, se percibe en el derecho mexicano principalmente en dos casos:

a).- La nulidad de las sociedades a que se refiere el Art. 3° de la L.G.S.M.

b).- La irregularidad de la sociedad anónima.

En los demás casos, en que la ley no asigne directamente a -- los administradores una responsabilidad frente a terceros, de

(97) BRUNETTI, ANTONIO.- Op. Cit. p.484

be responder la sociedad, ya que los miembros del Consejo, al integrar el órgano de representación obligan a la sociedad, - aunque ésta conserve una acción en contra de los miembros del Consejo.

2.- LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

a) RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Hemos mencionado en diversas ocasiones durante el desarrollo - de este estudio, el funcionamiento del órgano de administra--- ción como un cuerpo colegiado. De ahí, que sus resoluciones -- sean tomadas en las juntas del Consejo, por mayoría de votos.

Siguiendo este criterio, y desde el punto de vista del desempe ño del órgano como tal, la responsabilidad por las resolucio-- nes o los actos que de este modo sean tomadas o efectuados se imputará en principio a todos los integrantes del Consejo de - Administración en forma colectiva.

Una clara visión de lo que acabo de mencionar, se desprende de la regulación italiana en donde: "La solidaridad en la responsa bilidad de que se habla en el primero y segundo párrafos del - artículo 2392, se deriva del carácter colegial de la función - de los administradores por el que cada uno responde de lo he-- cho por los demás. Con ello se entra en la noción de solidari

dad del artículo 1292. La sociedad no podría tener en cuenta, una división interna de cometidos que no está autorizada por el acto constitutivo o la asamblea." (98)

(En el derecho mexicano encontramos la misma tendencia, vgr. Arts. 2,7,158,159 y 160 de la L.G.S.M.).

Siguiendo este orden de ideas, los miembros del Consejo de Administración deberán responder en forma solidaria por todos aquellos actos, omisiones, o resoluciones que se hayan tomado en forma colegiada, salvo las excepciones que marca la ley.

De este modo, como acertadamente menciona el maestro Rodríguez Rodríguez, en "Tratado de Sociedades Mercantiles", "la responsabilidad de los administradores será solidaria por todos aquellos acuerdos que se refieren a atribuciones del Consejo como tal, por disposición de la ley o de los estatutos", a severación fundamentada en la lectura del Art. 157 de la L.G. S.M., que imputa a los administradores la responsabilidad inherente a su mandato.

A mayor abundamiento, encontramos que la misma ley expresamente señala algunos casos en los que es procedente la responsabilidad solidaria de los Consejeros.

Así, el Art. 158 de la L.G.S.M., establece que los administra-

(98) BRUNETTI, ANTONIO.- Op. Cit. p.488

dores 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.

"III.- De la existencia y mantenimiento de los sistemas de -- contabilidad, control, registro, archivo o información que proviene de la ley.

"IV.- Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas de accionistas."

Asimismo, vemos que la ley señala en su Art. 19, una responsabilidad solidaria y mencomunada por la repartición de utilidades que se haga en forma indebida; el Art. 21 señala responsabilidad solidaria e ilimitada para los Consejeros por no formar el Fondo de Reserva Legal; del Art. 138, se deriva una responsabilidad personal y solidaria para los Consejeros que autoricen la adquisición por la sociedad de sus propias acciones.

En cuanto a las irregularidades en que hubieren incurrido los administradores que precedieron a los que se encuentren desempeñando el cargo, éstos serán responsables solidarios con ellos, si no informan al comisario de las irregularidades que conocen, de acuerdo con el Art. 160 de la ley.

Finalmente, encontramos la disposición del artículo 2 de la ley, en la cual serán responsables frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, los que realicen actos jurídicos como representantes de una sociedad irregular.

De lo anteriormente mencionado, podemos concluir que la regla general será que los administradores respondan en forma solidaria, por todos aquellos actos que sean inherentes al cargo que desempeñan en la integración del órgano de administración.

Además encontramos que la ley y los estatutos expresan, en forma específica, los casos en que los Consejeros deberán responder en forma solidaria.

Como ya hemos mencionado en el punto anterior, la reparación del daño se deriva de la noción de culpa que exista en el acto que perjudique, bien los intereses de la sociedad, bien los intereses de los accionistas o de terceros.

Pese a que ya hemos mencionado que la responsabilidad de los administradores es colectiva, en cada resolución que se adopta por el órgano impera la voluntad de la mayoría, sobre la minoría que se opone, por consiguiente es posible identificar a los Consejeros que están exentos de culpa y en consecuencia, sería injusto hacerlos responsables solidarios por actos que se realizaron pese a su expresa oposición.

Atendiendo a este supuesto, la ley permite que estos Consejeros

1
puedan salvar su responsabilidad, siguiendo el precepto del -
Art. 159 de la L.G.S.M., que establece que: "No será responsa-
ble el administrador que estando exento de culpa, haya manifes-
tado su inconformidad en el momento de la deliberación y reso-
lución del acto de que se trate."

"Es doble, pues, la condición para rehuir la res-
ponsabilidad solidaria: primero, debe tratarse de un Consejero
no culpable, y, en segundo lugar, que haya manifestado su in--
conformidad en la forma que determina la ley." (99)

De esta disposición legal se desprende el cuestionamiento de -
si debe regir la norma establecida en el Art. 159 de la L.G.S.
M. para los administradores que estuvieron ausentes en el momento
de tomarse la resolución.

Pese a que este punto se ha discutido ampliamente, se ha llegado
a una resolución generalmente aceptada en el sentido de que
es obligación de todos los miembros del Consejo asistir a sus
reuniones, y en caso de ausencia, las resoluciones adoptadas -
en las juntas, obligan a aquéllos que no estuvieron presentes
en el momento de la deliberación; en consecuencia, serán soli-
dariamente responsables con los administradores que no se opu-
sieron expresamente a esa resolución que ocasionó un daño a -
la sociedad, los socios, o los terceros.

sin embargo, no podemos utilizar este concepto como imperativo
(99) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.133

e inflexible, pues debemos tomar en cuenta la causa por la --
cual el administrador no asistió a la reunión.

En este caso, volvemos a la situación que comentábamos de la -
responsabilidad solidaria.

La regla general será que los administradores ausentes sean -
solidariamente responsables con aquéllos que votaron a favor
de una resolución que perjudicó a la sociedad.

Sin embargo, el Consejero que compruebe que su inasistencia a e
sa reunión se debió a un caso fortuito o fuerza mayor que es-
capó a su voluntad, como sería el caso de enfermedad, acciden-
te, etc., es obvio que no podemos imputar a esta persona res-
ponsabilidad solidaria por ausencia en el momento de tomar la
resolución perjudicial.

b) RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

Si bien mencionamos que la regla general es que los administra-
dores responden en forma solidaria de las obligaciones inheren-
tes al Consejo de Administración, debemos tener presente que
en ocasiones los Consejeros pueden realizar actos en forma in-
dividual, que ocasionen un daño a la sociedad, a terceros, a
los accionistas o inclusive a los otros miembros del Consejo
de Administración.

En este sentido, sería injusto castigar a todos los integran-
tes del Consejo, por la inadecuada actuación de uno solo de -

ellos.

De este modo vemos cómo el Art. 148 de la L.G.S.M. establece - la posibilidad de que el Consejo pueda nombrar de entre sus - miembros un delegado para la ejecución de actos concretos y - en ocasiones, usando esta facultad, se concede a algún miembro del Consejo ciertos poderes-deberes específicos, como sería el nombrarlo Tesorero de la sociedad, teniendo bajo su custodia - y cuidado los fondos de la misma.

En este tipo de situaciones, los administradores se obligan - individualmente a responder de los daños que causen, aunque es - to no releva al órgano administrativo de su función de vigi-- lancia.

Otro supuesto es la ejecución de actos ilícitos, cometidos -- por alguno de los miembros, o aquellos casos en que se hayan - excedido de los poderes que la sociedad les haya otorgado, co- mo sería la culpa grave o dolo en la celebración de actos o - contratos en nombre de la sociedad.

Encontramos también el abuso de la firma social, en donde la - sociedad queda obligada frente a los terceros; sin embargo, la persona que originó un perjuicio en el patrimonio de la socie- dad, deberá responder ante ella en forma individual.

"No ha de olvidarse el problema de si son válidos - los pactos contenidos en el acto constitutivo o en acuerdos -

posteriores de la asamblea, en cuya virtud los administradores quedan liberados de toda responsabilidad legal frente a la so ci dad y frente a los accionistas (una liberación de responsabilidad frente a terceros no se puede concebir lógicamente).

El problema está ahora resuelto con el artículo 1229 del Código* que establece dos principios:

- 1) Es nulo todo pacto que excluye o limita previamente la res pons abi li dad de deudos por dolo o culpa grave;
- 2) Es también nulo todo pacto previo de liberación o de limitación de responsabilidad para los casos en que el acto del deudor o de sus auxiliares constituya infracción de obligaciones derivadas de normas de orden público.

"Las cláusulas que limitan la responsabilidad -- contractual pueden ser lícitas porque se refieren a una modalidad del cumplimiento de la obligación nacida de la misma vo lunt ad de partes; por el contrario, en el caso de res pons abi li dad derivada de un hecho ilícito, la obligación de resarcimiento nace de la ley; nada puede contra ello la voluntad de las partes. Pero también desde el punto de vista de la responsabilidad contractual las disposiciones que la limitan son, - en nuestro caso, nulas. De hecho la responsabilidad de los ad mi nistr ado res puede nacer, no sólo de culpa por incumplimiento del mandato, sino también por dolo." (100)

(100) BRUNETTI, ANTONIO.- Op. Cit. pp. 490 y 491 *Código Italiano

El maestro Rodríguez Rodríguez, hace una enumeración de aquellos casos en que la responsabilidad de los administradores - queda excluida:

a) Aprobación por la asamblea de la gestión de los administradores o del balance.

b) Exclusión en el caso de cumplimiento de acuerdos de la asamblea general, ya que estando los administradores obligados a ello, no sería lícito que la asamblea les exigiera responsabilidad por su obediencia.

c) Exclusión por renuncia o transacción de la asamblea de exigir la responsabilidad.

No concuerdo totalmente con la idea del maestro Rodríguez Rodríguez en el sentido de que la aprobación de los estados financieros constituya de suyo un excluyente de responsabilidad, pues puede presentarse el caso de que se haya preparado un balance o estado de resultados con datos falsos, mismo que la asamblea aprueba, mas, si posteriormente se descubre dicha falsedad, podrá hacerse valer la responsabilidad procedente - (incluso penal) en contra de los miembros del Consejo de Administración.

Respecto a la exclusión por cumplimiento de acuerdos de la asamblea, estoy de acuerdo en que no puede exigirse responsa-

bilidad a los Consejeros por su obediencia; sin embargo, si les es posible, sí están obligados a prevenir a los accionistas de las consecuencias de la resolución que están tomando, sí se puede predecir el daño que puede sufrir la sociedad.

La exclusión por renuncia o transacción de la asamblea de exigir la responsabilidad, no da lugar a discusión alguna.

3.- FORMA DE EXIGIR LA RESPONSABILIDAD

Con relación a la forma en que debe exigirse la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima, debemos atender a la naturaleza misma del daño causado, a fin de que sea directamente la persona afectada, quien ejercite la acción.

En primer término, tenemos que dado que la sociedad anónima es una persona moral, a la que la ley le ha otorgado capacidad de ejercicio, no puede desempeñarla por sí misma, por lo que requiere del Consejo de Administración o el administrador único en su caso.

Es entonces, a través del Consejo de Administración, que la sociedad se obliga y si esos actos causan un daño a la sociedad o lesionan los intereses de terceros, los agentes de esa actividad incurrir en responsabilidad.

Cuando esos daños han sido causados a la sociedad, será ésta -

la facultada para exigir su reparación.

En tanto que si se perjudicaron los intereses de terceros, o algún socio en particular, serán ellos y no la sociedad quien tenga la acción de responsabilidad.

Ampliaremos la explicación al respecto, a fin de obtener una mayor claridad.

A). ACCION DE RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO CAUSADO A LA SOCIEDAD:

Dado que la sociedad anónima está integrada por un conjunto de personas que ha realizado una aportación a cambio de una acción que la representa y contiene sus derechos y obligaciones, la voluntad social se halla conformada por la comunión en asamblea de accionistas, de la voluntad individual de cada una de esas personas que han adquirido la calidad de socio.

Es por tanto la asamblea de accionistas, la que estará facultada para ejercitar la acción de reparación del daño cuando se hayan lesionado los intereses de la sociedad.

De la conducta de los administradores en contradicción con lo que dispone la ley o los estatutos que causa un daño en el patrimonio de la sociedad, nace la acción de responsabilidad civil, que de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 161 de la L.G. S.M., sólo podrá ser exigida, por acuerdo de la asamblea general de accionistas, quien designará a la persona que directamente se encargue de ejercitar la acción correspondiente.

"En rigor la acción social de responsabilidad civil en contra de los administradores, sólo tiene lugar para reparar los daños indebidamente causados en el patrimonio de la sociedad y puesto que la sociedad es la única titular de ese patrimonio, es a ella a la que corresponde ejercer primordialmente la acción procesal de reparación en contra de los agentes del daño."
(101)

Por consiguiente, la acción de responsabilidad requerirá:

a).- De un acuerdo previo de la asamblea de accionistas.

b).- De la designación de la persona que deberá intentar la acción correspondiente.

No compete individualmente a los socios la acción de responsabilidad, porque como menciona el maestro Vázquez del Mercado, en "Asambleas de Sociedades Anónimas", ningún vínculo jurídico existe entre éstos y los administradores.

En el mismo Art. 161 de la L.G.S.M., la ley da la oportunidad a la minoría que represente cuando menos el 33% del capital social, para ejercitar la acción de responsabilidad en contra de los administradores.

Esta acción de responsabilidad civil, ejercida por la minoría en forma directa requiere, de acuerdo con el Art. 163 de la L. G.S.M.:

(101) GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- Op. Cit. p.206

1. Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades y no sólo su interés personal.

2. Que los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas, que declare que no es procedente la acción contra los administradores supuestamente -- culpables.

Por consiguiente, como expresa el doctor Galindo Garfias:

"En consecuencia de la realización de un daño en el patrimonio de la sociedad, provocado por la conducta no esperada de los administradores, el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, requiere la existencia de un presupuesto que consiste en un acuerdo expreso de la asamblea general de accionistas, para que el demandante pueda actuar en juicio en contra de ellos (artículo 161 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Si los administradores han cometido irregularidades en sus funciones y si existiendo éstas, la asamblea de accionistas decide no ejercer la acción de responsabilidad civil en contra de los administradores o absolverlos de toda culpa o si posteriormente renuncia al ejercicio de la acción, el acuerdo que la asamblea pronuncie se impone a todos los socios, excepto en el caso de que cuando menos el 33% del capital social decida sustituirse en el ejercicio de la acción que la asamblea determina no ejercer." (102)

(102) GARINDO GARFIAS, IGNACIO.- Op. Cit. p.216

En este sentido, vemos que se presentan dos supuestos para el ejercicio directo de la acción por la minoría:

a) El derecho de ejercitar la acción de responsabilidad pasa a la minoría cuando la asamblea decidió que no ha lugar a -- proceder en contra de ellos.

b) En el supuesto de que la asamblea haya declarado procedente la acción de responsabilidad, y posteriormente, la abandone o renuncie a su ejecución.

Coincido con el doctor Galindo Garfias en afirmar que la minoría inconforme puede subrogatoriamente continuar con el ejercicio de la acción.

Si bien ha quedado aclarado el punto relativo a la intervención de la minoría para el ejercicio de la acción de responsabilidad, no procede esta intervención en el sentido opuesto, -- como afirma el maestro Rodríguez Rodríguez:

"Contra el acuerdo de exigir responsabilidad a los administradores, no puede formularse oposición judicial (Art.201, al final, de la L.G.S.M.). La razón es bien sencilla, pues si la -- minoría (Art. 163 de la L.G.S.M.) pudiera oponerse judicialmente al acuerdo de la mayoría, se llegaría al absurdo de que en materia tan delicada como la de la administración de la sociedad, la minoría podría mantener en sus puestos (Art.202 de la L.G.S.M.), a los Consejeros que habfan perdido la confianza

de la mayoría que debe nombrarlos, hasta el punto de plantear el problema de su responsabilidad que implica dolo o culpa en el cumplimiento de su misión." (103)

Finalmente, en relación al daño causado por los administradores a la sociedad, cabe mencionar que mucho se ha comentado acerca de la forma de plantear a la asamblea de accionistas el acuerdo que debe tomarse para deliberar la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad.

Hay autores que han sugerido que basta con tocar el tema aprovechando la presentación del informe de los administradores a que se refiere el artículo 181 de la L.G.S.M., o en la aprobación de la información financiera a que se refiere el mismo artículo. (Ver Antonio Brunetti, p. 497). Inclusive se ha llegado a mencionar que con la simple autorización de los estados financieros, es suficiente para que exista una declaración tácita de - improcedencia de la acción de responsabilidad. (Ver Rodríguez Rodríguez y cita de Fré p.p. 135 y 136).

Sin embargo, de la lectura de los artículos 181, 187 y 188 y - 161 de la L.G.S.M., se desprende que el acuerdo en que se discute la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad, debe ser expreso y deberá estar contenido en el orden - del día, máxime que es un asunto delicado que requiere del conocimiento de todos los accionistas.

(103) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Op. Cit. p.138

En cuanto a la forma de plantear el punto a la asamblea, la Ley de Sociedades Mercantiles en su Art. 167 establece que -- "cualquier accionista podrá denunciar por escrito a los comisarios los hechos que estime irregulares en la administración, y éstos deberán mencionar las denuncias en sus informes a la asamblea general de accionistas y formular acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estimen pertinentes." Esta denuncia deberá ser hecha por los administradores a los - comisarios, en el caso señalado por el Art. 160 de la L.G.S.M. respecto a las irregularidades cometidas por los administradores que les precedieron.

B).- ACCION DE RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO CAUSADO A LOS ACCIONISTAS EN PARTICULAR O A LOS TERCEROS:

Las obligaciones y deberes que imponen la ley y los estatutos - a los administradores, van directamente encaminados a la consecución de evitar perjuicios a la sociedad y lograr sus mayores beneficios por medio de la realización de su objeto social, de ahí que su principal objetivo sea proteger los intereses de la sociedad como ente jurídico así como el patrimonio social.

Sin embargo, la actividad que realizan los administradores, - encuentra implícitos determinados actos que afectan directamente los intereses de terceros o de los socios en particular.

En el caso de que los intereses de los socios se lesionen por culpa de los administradores, deberá entenderse que el daño se ha causado directamente a un socio o a un grupo de ellos y no

el daño que pudiere alegar algún accionista porque sufra un menoscabo el patrimonio social.

Podríamos citar a manera de ejemplo el caso de que el Consejo de Administración prive a algún accionista del derecho de voto, o de asistir a asamblea o se le niegue el derecho de preferencia para adquirir acciones en el caso de una nueva emisión derivada de un aumento de capital.

Este tipo de lesiones, no ha sido previsto por la Ley de Sociedades Mercantiles, y se ha dejado en manos del derecho común - su regulación.

Así vemos que el Art. 1910 del Código Civil para el Distrito - Federal establece: "El que obrando ilícitamente o contra las - buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

En este sentido, el daño que ocasione directamente a alguno - de los accionistas la actividad del Consejo de Administración, entra dentro de un obrar ilícito ya que está contraviniendo - las disposiciones legales que regulan dicha actividad. En tanto que los intereses de la sociedad no se encuentren lesionados, no será ésta competente para reclamar los daños causados - a uno de los socios, que para los efectos se considera en lo - particular como un tercero.

"Esta acción de responsabilidad, que se atribuye a cada accionista perjudicado y en su caso a una minoría afectada, por el actuar ilícito de los órganos administrativos de la sociedad, se diferencia radicalmente de la responsabilidad social de los mismos, que tiende siempre al resarcimiento patrimonial colectivo." (104)

En el caso de que el daño se haya causado a terceros, como -- son los acreedores, encontramos tres supuestos que tienen -- consecuencias diversas entre sí:

1) Si el Consejo de Administración actuó dentro de la órbita de sus atribuciones o en nombre de la sociedad y esta actividad resultó perjudicial para algún tercero, la responsabilidad directa hacia el acreedor es de la sociedad y no del Consejo de Administración. En este sentido debemos entender que el órgano de administración cumplió su función de representar a la sociedad quien quedó obligada con el tercero afectado.

En consecuencia, los acreedores podrán reclamar los daños sufridos a la sociedad y no directamente al Consejo de Administración y será la sociedad quien deba responderles por los daños causados.

Puede ser que en esta actividad haya culpa o negligencia del

(104) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Cp. Cit. p.141

Consejo de Administración y por ello se haya ocasionado el -
daño, en este caso, la sociedad podrá repetir en contra de -
los administradores.

En conclusión, toda vez que los administradores hayan actua-
do en nombre de la sociedad, la obligación se entenderá con-
traída por ésta, y será la sociedad quien con su patrimonio -
deba reparar el daño causado a los terceros.

Si esa actividad fue ocasionada por culpa de los administra-
dos entonces estaremos en el caso de que se causó un daño al
patrimonio social y será la sociedad a través de la asamblea
quien reclamará la reparación del daño como ya indicamos al
tratar el inciso a) de este punto.

2) Si los actos del Consejo de Administración afectan direc-
tamente los intereses de terceros, porque incumplen con las
disposiciones legales o estatutarias, se aplicará lo relati-
vo al daño causado por obrar ilícitamente o contra las bue-
nas costumbres a que se refiere el Art. 1910 del Código Civil
para el Distrito Federal.

Un ejemplo sería cuando los administradores inducen a los -
terceros a comprar acciones a un precio superior a su valor.
En este caso, el daño no lo está causando la sociedad a tra-
vés de sus representantes, son los administradores, los que -
directamente están lesionando los intereses de terceros con

actos dolosos o ilícitos, en consecuencia los terceros tendrán la acción directa de exigir la responsabilidad de los administradores, que tiene cualquier afectado, de acuerdo a las disposiciones del derecho común.

3) El tercer supuesto, lo conforman los casos en los que la misma ley establece la responsabilidad de los administradores frente a terceros, casos en que la titularidad de la acción de responsabilidad corresponde directamente a dichos terceros, -- quienes podrán ejercitar dicha acción en contra de los miembros del Consejo y no en contra de la sociedad.

En este caso se encuentra el artículo 2° de la L.G. S. M. que establece en su último párrafo que "los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados."

Asimismo, el Art. 7° de la L.G.S.M. establece en su último párrafo, que "Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad, antes del registro de la escritura constitutiva,

contraerán frente a terceros responsabilidad ilimitada y solidaria por dichas operaciones."

4.- LA REPARACION DEL DAÑO CAUSADO

Del desarrollo de los puntos que conforman el presente capítulo, hemos podido desprender que el desempeño del cargo de --- miembro del Consejo de Administración, conlleva una responsabilidad por su actuación como tal, derivada del daño que en el desempeño de sus funciones o que por una actitud individual inadecuada pueda causar a la sociedad, a los socios en lo particular o a los terceros.

Ya comentamos, que si ese daño es causado porque uno o varios Consejeros en forma particular han realizado actividades ilícitas, de las que se encuentran tipificadas en el Código Penal, será esta rama del derecho (penal), la que se encargue de castigar al inculgado conforme a sus procedimientos.

Sin embargo, no es materia de este estudio la actividad delictuosa de las personas que integran el Consejo de Administración de la sociedad anónima, por lo que nos avocaremos al análisis de la reparación del daño causado, derivada de las disposiciones del derecho civil, en las que la responsabilidad se entiende como la obligación que adquiere el agente de la conducta culposa, frente a quien por su causa ha sufrido un menoscabo en su patrimonio.

En este sentido, el doctor Galindo Garfias expone que a la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración en la sociedad anónima, sólo corresponde la reparación del daño patrimonial y no los daños morales que en el derecho civil admiten una indemnización, ya que debemos ir acorde con el contenido económico del derecho mercantil.

Esta afirmación, aparentemente resulta lógica, máxime que concuerda con los principios que se manejan a través del estudio del Derecho Mercantil, sin embargo, no debemos perder de vista, que el desprestigio de una empresa por parte de quienes la administren, puede traer fuertes repercusiones económicas que evidentemente perjudicarán tanto al patrimonio como a los intereses de la sociedad.

En consecuencia los integrantes del Consejo de Administración, son susceptibles de ser responsables por un daño moral causado a la sociedad, y en este sentido deberán proceder a la reparación del daño; conforme a las disposiciones que al efecto establece el Derecho Civil.

Nuestro Código Civil, al hablar de reparación del daño, comprende, tanto al daño propiamente dicho, entendiéndose como tal la pérdida o menoscabo sufridos en el patrimonio del afectado, (Art. 2108 C.Civil) así como los perjuicios, entendiéndose por tales, la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la -

obligación. (Art. 2109 C.Civil).

En otras palabras, empleando las del tratadista Joaquín Rodríguez Rodríguez, "la acción de responsabilidad tiende exclusivamente al reintegro del capital social perdido o disminuido por dolo o por culpa de los administradores." Igualmente el doctrinista Ignacio Galindo Garfias nos dice que: "En rigor, la acción social de responsabilidad civil en contra de los administradores, sólo tiene lugar para reparar los daños indébidamente causados en el patrimonio de la sociedad y puesto que la sociedad es la única titular de ese patrimonio, es a ella a la que corresponde ejercer primordialmente la acción procesal de reparación en contra de los agentes del daño."

"De acuerdo con el derecho civil, la responsabilidad comprende en primer lugar, el restablecimiento de la situación anterior al hecho dañoso, concebido como la reparación del menoscabo - que sufre el patrimonio del perjudicado por la falta de cumplimiento de la obligación contraída. En segundo lugar, el pago de una indemnización por los perjuicios que sufre el perjudicado, derivados del incumplimiento. Tanto los daños como los perjuicios causados, deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación." (105)

Esta consecuencia inmediata y directa a la que se refiere el -
(105) BAUCHE GARCIA DIEGO, MARIO.- Op. Cit. p.512

maestro Bauche García diego, es lo que se conoce como nexo de causalidad entre la actividad culposa y el daño o los perjuicios sufridos.

La reparación del daño derivada de la actuación de los miembros del Consejo de Administración, es básicamente reparatoria. Su finalidad principal es reintegrar el patrimonio que ha sufrido un menoscabo, con lo que supuestamente los intereses del afectado, quedan reivindicados.

Más difícil resulta, la exigibilidad de los perjuicios, ya -- que el nexo de causalidad a que se refiere el Art. 2110 del Código Civil no en todos los casos puede comprobarse. En este -- sentido, y derivado del efecto reparatorio que se pretende -- con la exigencia de la responsabilidad, deberá atenderse a la reparación del daño causado.

Independientemente del daño causado al patrimonio social, mismo que afecta indirectamente el patrimonio individual de los accionistas, al ver disminuido el valor comercial de su acción, y de igual modo tiene una repercusión indirecta en los intereses de los acreedores, al mermarse la garantía patrimonial con que cuentan para el pago de sus créditos, existen los daños directos causados a los accionistas coartando sus derechos legales o estatutarios, en donde el efecto buscado al exigir la -- responsabilidad de los Consejeros, es restaurar al socio en la

situación jurídica que tendría si no se hubiera realizado la -
condueta ilícita de los administradores.

Así encontramos, que la reparación del daño tiene carácter -
restitutorio, y se manifiesta principalmente en tres formas:

- 1.- La restitución del patrimonio que ha sufrido un menoscabo.
- 2.- La restitución de la situación jurídica violada, en donde además de reintegrar el patrimonio dañado, la ley establece la invalidez o la nulidad, como es el ejemplo de la disposición - contenida en el Art. 19 de la L.G.S.M. en que la distribución de utilidades hecha en forma inadecuada no producirá efecto le gal y los acreedores podrán exigir su reembolso a los adminis tradores que las hayan pagado.

Asimismo, el Art. 21 de la L.G.S.M. establece que son nulos de pleno derecho los acuerdos de los administradores contrarios a la constitución de la reserva legal, caso en que los administra dores quedarán ilimitada y solidariamente obligados a entregar a la sociedad una cantidad igual a la que hubiere debido separarse.

- 3.- La reinstauración del orden jurídico perturbado, que será el caso que contempla el Art. 184 de la L.G.S.M. cuando los -- miembros del Consejo de Administración se rehusaren a convocar a asamblea a petición de los accionistas que representen cuando menos el 33% del capital social o por el titular de una so-

la acción en los casos a que se refiere el Art.185 de la L.G. S.M. en donde se correrá traslado por el juez competente al -- Consejo de Administración, siguiéndose el procedimiento respectivo.

La declaración por la asamblea de la responsabilidad en contra de los Consejeros, produce dos efectos primordiales:

"A)- Legitimar en juicio a la persona a quien se encomienda el ejercicio de la acción.

B)- La cesación inmediata en sus cargos, de los administradores contra quienes se ha pronunciado el acuerdo que decreta el ejercicio de la acción social de responsabilidad."(106)

En este sentido, y de acuerdo al Art. 162 L.G.S.M. una vez tomado el acuerdo de la asamblea de exigir responsabilidad a los Consejeros, traerá consigo la cesación inmediata de sus cargos, que es la primera consecuencia del acuerdo de responsabilidad, - independientemente de la condena que se derive una vez que se dicte sentencia en el juicio respectivo.

Estos miembros del Consejo, que sean cesados en sus cargos, no podrán ser nombrados nuevamente, a menos que exista una declaración judicial de inexistencia de la causa de responsabilidad.

En este caso, el Consejero inocente, sufrió un daño en su per-
(106) GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- Op.Cit. p.223

sona por parte de la sociedad, por lo que siguiendo la teoría de la reparación del daño que hemos venido manejando, se hará acreedor a una indemnización que deberá pagar la sociedad.

Pese a que el punto relativo a la garantía que deben prestar los miembros que integren el Consejo de Administración para el desempeño de sus cargos, ya fue desarrollado, es prudente mencionar, que en caso de que los miembros del Consejo incurran en responsabilidad, la garantía se hará efectiva en favor de la sociedad, en tanto que si el Consejero es declarado inocente, -deberá reintegrársele esa garantía que en el momento de su nombramiento haya otorgado.

Dado que en la mayoría de los casos la garantía no es suficiente para cubrir el daño causado, el Consejero culpable deberá completar la cantidad que corresponda.

De igual modo, si resultare que la garantía fue mayor a la reparación del daño, se reembolsará al Consejero culpable el excedente.

De lo anteriormente señalado, se desprende que la causa de la exigencia de la responsabilidad es el daño, y el efecto que --pretende lograrse, es la restitución.

En este sentido, debemos entender que se requiere de un proce

dimiento judicial "atendiendo a la sentencia, como la declaración formal del juicio, que pronunciada por el Juez de la causa, pone fin a la etapa de conocimiento del proceso, por medio de la composición de la litis.

"La sentencia que se pronuncie, acorde con las pretensiones de las partes, a que ha dado lugar el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, es una sentencia de condena. El juicio estimatorio de la acción, debe concluir imponiendo a los administradores demandados el cumplimiento de la obligación de resarcir a la sociedad, los daños causados por medio de la conducta violatoria de los titulares del órgano administrativo."

(107)

"En esta posibilidad de ejecución forzada de la sentencia, yace finalmente la última garantía del cumplimiento de los deberes impuestos, en general al deudor de una prestación y en el caso particular, a los administradores de la sociedad anónima; garantía que, pues es una de las sanciones de la norma jurídica, se hace actual por medio de la ejecución de la sentencia condenatoria que el juez, en su caso, a instancia de quien obtuvo, (sic) puede y debe ejecutar en los bienes del deudor, habiendo así realizado el derecho material controvertido en el proceso.

"Debe insistirse una vez más, en que la sentencia estima
(107) GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- Op. Cit. p.235

toria pronunciada en el juicio de responsabilidad civil en -
contra de los administradores, que tiene como requisito la -
congruencia con las pretensiones deducidas en la litis, no po-
drán en ningún caso condenar a los administradores al pago de
los perjuicios ocasionados (lucro cesante). La condena no -
puede rebasar los límites del resarcimiento de daños (daño e-
mergente)." (108)

CONCLUSIONES

- 1.- La sociedad anónima es una persona moral, en tanto que - la ley le ha otorgado personalidad jurídica. Esta personalidad la adquiere en el momento de su inscripción en el Registro Público de Comercio.
- En consecuencia, el Registro Público de Comercio, no únicamente tiene efectos declarativos como siempre se ha - manejado; de la Ley General de Sociedades Mercantiles, - se desprende que el Registro Público de Comercio en --- cuanto al nacimiento de la persona moral: sociedad mercantil, tiene efectos constitutivos.
- 2.- El nombramiento de los miembros del Consejo de Adminis-- tración, deberá hacerse:
- 1- En la escritura constitutiva
 2. Por la asamblea general ordinaria. (Salvo el caso del nombramiento hecho por los comisarios para reunir el - quorum estatutario).
- Si es en la escritura constitutiva, no debe formar parte integrante de los estatutos, pues el nombramiento de nuevos miembros implicaría reformas a la sociedad, por lo -

que es conveniente, que se maneje dentro de las llamadas cláusulas transitorias.

Si es por la asamblea general ordinaria, debemos cuidar que al constituirse la sociedad, no declaren los socios haberse reunido en primera asamblea general ordinaria de accionistas, pues en concordancia con la conclusión anterior, si la sociedad no se ha inscrito en el Registro Público de Comercio, no tiene aún personalidad jurídica, por lo tanto no puede tener asambleas generales de accionistas.

3.- La sociedad anónima puede establecer libremente los requisitos que deberán reunir las personas que integren el Consejo de Administración.

Sin embargo, de la ley se desprenden los siguientes:

1. Deben ser personas físicas
2. Deben estar habilitados para ejercer el comercio
3. Deben desempeñar el cargo en forma personal
4. Deben prestar la garantía de ley
5. Deben respetarse las limitaciones que establecen las leyes para la inversión extranjera.

La sociedad anónima no puede ser administrada por otra sociedad, en virtud de que el cargo de consejero tiene la característica de ser personal.

- 4.- La garantía que prestan los administradores para el desempeño de su cargo puede ser en efectivo, en fianza de compañía debidamente autorizada, o mediante un fideicomiso - en garantía, sin embargo jurídicamente no debe prestarse mediante el depósito de acciones en la propia sociedad.
- 5.- El desempeño del cargo de miembro del Consejo de Administración, es por su naturaleza remunerado, y no puede establecerse en asamblea su gratuidad, sin embargo, es válido que los Consejeros renuncien por su voluntad a recibir emolumentos, y al no integrar parte del salario, puede convenirse que el pago sea en efectivo o en forma diversa.
- 6.- Los miembros del Consejo de Administración, en cuanto a su funcionamiento como órgano colegiado, gozan de todas las facultades que la consecución del objeto social requiera sin que sea necesario el otorgamiento de poderes en forma expresa.
- Los accionistas podrán limitar estas facultades, siempre y cuando no rompan con la naturaleza misma del órgano de administración.
- Cada Consejero en lo individual, sólo podrá ejercitar aquellas facultades que expresamente le haya conferido la sociedad.

7.- La relación jurídica que existe entre el Consejo de Administración y la sociedad, es de órgano de representación.

La relación individual entre cada uno de sus miembros y la sociedad, es una peculiar combinación de mandato, poder y representación, que funciona bajo una especie de -- contrato de prestación de servicios, o sea, es un contrato sui generis, al que se le aplicarían las reglas de mandato y prestación de servicios profesionales, a falta de regulación expresa.

8.- La regla general acerca de la responsabilidad de los Consejeros, es que los miembros del Consejo de Administración responden en forma solidaria por todos aquellos actos que sean inherentes al cargo que desempeñan.

Si algún miembro del Consejo es inocente, le corresponderá probar su oposición expresa en la resolución que causó un daño a la sociedad.

9.- Los administradores ausentes en una junta del Consejo de Administración quedarán obligados para con aquéllos que -- tomaron una resolución que perjudica a la sociedad.

Únicamente aquéllos que puedan comprobar que no asistieron a la junta por caso fortuito o fuerza mayor, quedarán

excluidos de la responsabilidad.

10.- Se ha manejado la teoría de que la reparación del daño sólo es procedente cuando es de carácter patrimonial, por la naturaleza mercantil (lucro) de la sociedad anónima.

Sin embargo, también procede la reparación del daño moral, mismo que admite una indemnización en el derecho civil. (Ej. desprestigio a la sociedad).

11.- El carácter de la reparación del daño causado por los miembros del Consejo de Administración a la sociedad, es RESTITUTORIO.

Su finalidad es reintegrar el patrimonio social que ha sufrido un menoscabo, no aquella ganancia que pudo haberse percibido y no se obtuvo.

BIBLIOGRAFIA

1. BARRERA GRAF JORGE.- INTRODUCCION AL DERECHO MEXICANO. DERECHO MERCANTIL. UNAM. 1a. Edición. México, 1981
2. BAUCHE GARCADIIEGO MARIO.- LA EMPRESA. Editorial Porrúa S.A. 1a. Edición. México, 1977
3. BRUNETTI ANTONIO.- TRATADO DEL DERECHO DE SOCIEDADES. TOMO II SOCIEDAD POR ACCIONES. Uteha Argentina. Trad. por Felipe de J. Tena. Buenos Aires Argentina, 1960
4. CARNAL Y DE TERESA LUIS.- DERECHO NOTARIAL Y DERECHO REGISTRAL. Editorial Porrúa S.A. 6a. Edición. México, 1981
5. FRISCH PHILLIPP WALTER.- LA SOCIEDAD ANONIMA MEXICANA. Editorial Porrúa S.A. 2a. Edición. México, 1982
6. GALINDO GARFIAS IGNACIO.- SOCIEDAD ANONIMA. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES. 1a. Edición. México, 1957
7. GALINDO GARFIAS IGNACIO.- CONFERENCIA SOBRE EL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA. COLOQUIO SOBRE SOCIEDAD ANONIMA, EN OCASION DEL CINCUENTENARIO DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES. Instituto de Investigaciones -

Jurídicas. UNAM. México, 21 al 25 Oct.
1985

8. GARRIGUES JOAQUIN.- CURSO DE DERECHO MERCANTIL. TOMO I
Editorial Porrúa S.A. 3a. Reimpresión
México, 1981
9. MANRIQUEZ Y URIA.- COMENTARIO A LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS.
TOMO I. Madrid, 1952
10. MANTILLA MOLINA ROBERTO L.- DERECHO MERCANTIL. Editorial Porrúa
S.A. 21a. Edición. México, 1981
11. MOSSA LORENZO.- DERECHO MERCANTIL. Uteha Argentina. Trad. por
Tena J. Felipe. Buenos Aires Argentina,
1940
12. RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN.- TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES.
TOMOS I Y II. Editorial Porrúa S.A. 6a. Edición. México, 1981
13. SANCHEZ MEDAL RAMON.- DE LOS CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa
S.A. 7a. Edición. México, 1984
14. VAZQUEZ DEL MERCADO OSCAR.- ASAMBLEAS DE SOCIEDADES ANONIMAS.
Editorial Porrúa S.A. 2a. Edición aumen-
tada. México, 1971
15. ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ANGEL.- CONTRATOS CIVILES. Editorial
Porrúa S.A. 2a. Edición. México, 1985

LEISLACION CONSULTADA

1. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES. Editorial Porrúa S.A. México, 1985
2. LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA. Guia del Extranjero. Editorial Porrúa S.A. 3a. edición. México, 1979
3. CODIGO DE COMERCIO. Editorial Porrúa S.A. México, 1985
4. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa S.A. México, 1985
5. REGLAMENTO DEL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO. Editorial Porrúa S.A. México, 1985
6. LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS
7. LEY GENERAL DE POBLACION. Guia del Extranjero. Editorial Porrúa S.A. 3a. edición. México, 1979
8. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES. D. O. de 31 de mayo de 1941
9. NUEVA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO. D.O. de 14 de enero de 1985
10. LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. Editorial Porrúa S.A. México, 1985
11. JURISPRUDENCIA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. (Ediciones Mayo) México 1977 con actualizaciones hasta 1985

12. LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL. Tomo I
de la Constitución Política
Mexicana. Ediciones Andrade.
México, 1977. Actualizada a 1986
13. LEY DEL MERCADO DE VALORES. Sumario Mercantil. Editorial Themis.
México, 1984
14. LEY DE SOCIEDADES DE INVERSION. D. O. de 14 de enero de 1985
15. LEY QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS PARA LA VENTA AL PÚBLICO DE
ACCIONES DE SOCIEDADES ANONIMAS. Sumario Mercantil. Editorial The-
mis. México, 1984
16. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Secretaría
de Gobernación. México, 1983
17. LEY FEDERAL DEL TRABAJO. Ediciones Andrade S.A. 1er. Tomo de Legis-
lación del Trabajo. México,
1966. Actualizada a 1986
18. LEY DEL NOTARIADO y CODIFICACION NOTARIAL. Ediciones Andrade S.A.
México, 1980
19. LEY GENERAL DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DE CREDITO.
D. O. de 14 de enero de 1985