

LASCURÁIN PAREDES, PEDRO: "Las Persecuciones Individuales en los Juicios de Quiebra". *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*. Año II, Núm. 1, pp. 103-112. México, enero-marzo.

LASCURÁIN PAREDES, PEDRO: "Proyecto de Adiciones y Reformas al Reglamento del Registro Público de la Propiedad de 8 de Agosto de 1931". *El Foro*. Núm. 2, T. XV, pp. 84-89. México, julio de 1936.

LASCURÁIN PAREDES, PEDRO: "Responsabilidad Solidaria de los Socios en la Sociedad en Nombre Colectivo". *El Foro*. Núm. 1, T. XIII, pp. 11-39. México, abril de 1934.

ESTUDIO SOBRE LA SOCIEDAD ANONIMA SEGUN LA LEY DE SOCIEDADES MERCANTILES

PEDRO LASCURÁIN*

NOCIONES PRELIMINARES

La ley concede a las sociedades anónimas personalidad jurídica, distinta de la de los asociados (art. 2o.), lo cual significa que las considera sujetos de derecho. Como esta denominación es genérica, conviene fijar los elementos del acto jurídico que la ley reconoce como tal sujeto de derecho. Desde luego ocurre hacer una comparación entre el hombre como sujeto natural de derecho y el sujeto de derecho artificial reconocido por la ley.

El hombre por su naturaleza física, por sus cualidades esenciales de inteligencia y voluntad, por su sociabilidad, pone de manifiesto, por sí mismo, su identidad personal y su capacidad jurídica.

El sujeto de derecho artificial no puede identificarse por sí mismo, porque carece de elementos materiales: o ha sido instituido como fundación destinada a servir a seres indeterminados, o lo genera una colectividad, cuyo personal es variable a través del tiempo. Para entrar en relaciones de derecho, necesita acreditar el acto que origina su procedencia, y esto solamente puede hacerlo por medio de representante legal.

El hombre es por sí mismo, una persona, un individuo; forma parte de la comunidad a que pertenece y está regido por el derecho común.

El sujeto artificial de derecho acredita su idoneidad y la extensión de su capacidad jurídica por medio de un instrumento público, en el que se define su constitución, el objeto para el cual ha sido instituido, los medios económicos de que está dotado para realizar su propósito, los elementos de su representación interior y exterior y las facultades de que están investidos para su funcionamiento armónico: medios y elementos enunciados por la ley o establecidos por fundadores y constituyentes como sistema jurídico. Y para hacer fructuosa y válida esa constitución, el instrumento en que se consigne ha de inscribirse en el Registro de Comercio, o estar sancionada en ley especial. Es decir, que en oposición al hombre, sujeto de derecho pri-

* Tomado de la Revista *El Foro*, núm. 1, marzo de 1936, tomo XV.

vado, el sujeto de derecho artificial establece su existencia, su idoneidad y su funcionamiento por medio de acto solemne inscrito en el Registro Público y de Comercio. Es, pues, el sujeto de derecho artificial una institución sometida a un régimen de publicidad.

El hombre por sus cualidades innatas y esenciales, de inteligencia y de libre voluntad, es susceptible y capaz de múltiples actividades; mientras que el sujeto artificial solamente tiene una finalidad concreta y determinada, la que aparece definida en su acta constitutiva, sin facultad de modificarla o de desviarse de ella, bajo pena de nulidad de lo que ejecute.

El hombre, como sujeto material de derecho, ostenta una personalidad distinta en cada actividad de orden jurídico, y puede decirse que tiene tantas personalidades como actividades ejerza de distinta naturaleza, jurídica o civil, social, religiosa o política.

El sujeto artificial de derecho a ese respecto, no tiene sino una personalidad jurídica, la que adquiere por virtud de su acta constitutiva o por la concesión de la ley.

El hombre, como sujeto material de derecho, multiplica su personalidad por medio de voliciones de diferente orientación, que constituyen otras tantas personalidades jurídicas o sujetos de derecho distintos, protegidos por la ley positiva, según enseñanza de varios autores modernos.

El sujeto no natural de derecho, cuando no está constituido en fundación por la voluntad singular de un hombre, procede de las múltiples voliciones de una colectividad, dirigidas, dentro de un orden jurídico objetivo, a la institución de una entidad jurídica singular o individual, con capacidad de expresar voliciones protegidas por la ley positiva, como las del sujeto natural de derecho.

Es decir, que el hombre, unidad jurídica, se multiplica por medio de sus voliciones en diversas personalidades, mientras que el sujeto artificial de derecho resume en sí las voliciones de una colectividad, como ser jurídico individual.

Tal es el aspecto subjetivo del sujeto no natural de derecho.

Su aspecto objetivo es también interesante, y de él no puede establecerse diferencia por medio de comparaciones con el sujeto natural, porque esa objetividad es de naturaleza individual.

Señalaré los detalles objetivos de la sociedad anónima, como aparecen de la ley de sociedades mercantiles.

NOMBRE DE LA SOCIEDAD

La sociedad anónima, según la define la Ley General de Sociedades Mercantiles, es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios, cuya obligación se limita al pago de sus acciones (art. 87). Debe constituirse con arreglo a la forma que previenen los arts. 89 y siguientes; divide su capital en acciones de valor igual, comunes o con derechos especiales, por medio de títulos que sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, los cuales títulos se rigen por las disposicio-

nes relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no esté modificado por dicha ley (art. 111). Las acciones, mientras no esté pagado su valor, serán siempre nominativas: como valores literales pueden transmitirse por endoso cuando sean nominativas, y por tradición cuando sean al portador (arts. 131 y 111); son indivisibles y confieren el derecho a un voto en las asambleas generales (art. 113). El carácter específico de la sociedad anónima, como es sabido, consiste en el anonimato y en la negociabilidad de las acciones en que está dividido el fondo social.

Es el anonimato el estado de lo que no tiene nombre, y, por tanto, la definición antes transcrita, diciendo que la sociedad anónima es la que existe bajo una denominación, es equívoca, porque no dice lo que se ha conocido siempre por anonimato de la sociedad. Al afirmar que tiene una denominación, es decir, al tener un nombre, contradice la naturaleza de la sociedad que trata de definir. Lo que se significa, comercial y jurídicamente al decir que la sociedad es anónima, es la falta de enunciación en el nombre de ella, de los nombres de los accionistas; de los nombres de los accionistas fundadores o de los accionistas que durante la vida de la sociedad son tenedores de las acciones en que está dividido el capital. La sociedad, como persona jurídica, forzosamente ha de tener nombre, porque con éste se identifica, y la firma de sus administradores bajo ese nombre, es la que expresa su personalidad para entrar al comercio jurídico, como titular de derechos y de obligaciones.

El anonimato ha servido de razón específica para distinguir a la llamada sociedad anónima de las demás sociedades en que los socios, cuyos nombres aparecen en la razón social, son responsables de las obligaciones de la sociedad, ya solidaria, ya subsidiariamente, como en la sociedad en nombre colectivo, o a prorrata, como se ha acostumbrado en las antiguas sociedades civiles. En la sociedad anónima, los accionistas, como dice la nueva ley, no tienen más obligación que la de pagar el valor de sus acciones. Su irresponsabilidad respecto de las obligaciones de la sociedad es la consecuencia necesaria de la personalidad jurídica que separa el patrimonio social, de los derechos e intereses de los accionistas. El patrimonio de la sociedad y el de los accionistas están absolutamente separados entre sí, a diferencia de lo que sucede en las otras sociedades, en que el patrimonio social forma parte del patrimonio de los socios.

Por estos motivos también, en la sociedad anónima las acciones son negociables, y la ley las considera regidas por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Son, pues, en su naturaleza, documentos destinados a circular y sirven para identificar a la persona que las posee, como titular para exigir la prestación que ellas expresan (arts. 5 y 6 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Según esto los accionistas son acreedores de la sociedad, con el título que les dan las acciones que han suscrito, a participar en la división del capital cuando éste sea liquidado, y a recibir los dividendos por utilidades durante la vigencia de la sociedad.

ADMINISTRACION

Aunque la administración de la sociedad anónima está directamente confiada al administrador o al consejo de administración, participan también en ella el comisario o comisarios, como vigilantes, y la asamblea general de accionistas, que tiene facultades para acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad (art. 178) y para discutir y aprobar o modificar el balance anual, después de oír el informe de los comisarios (art. 181).

Está, pues, constituida la administración de la sociedad en tres cuerpos diferentes, que concurren al mismo fin. Tanto es así, que la Ley de Sociedades expresamente denomina a la asamblea general de accionistas órgano supremo de la sociedad, en el art. 178, lo cual significa que el consejo de administración y la vigilancia de la sociedad son órganos también, aunque de categoría inferior a la de la asamblea.

La exposición de motivos de la ley es más expresiva aún. "En cuanto a la administración de las anónimas, dice, se conservan los órganos que la legislación en vigor establece, esto es, el consejo de administración o el administrador, en su caso, como órganos principales, y los gerentes como órganos secundarios."

Más adelante agrega: "Las minorías también tienen representación en el órgano de vigilancia". Y, por último, en otro párrafo dice: "Con toda claridad queda establecido que la asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad, de tal manera que, dentro de sus facultades, está acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la Compañía, sin que su competencia al respecto pueda serle discutida por ninguno de los otros órganos de la sociedad".

Como los vocablos "organización" y "órganos" se usan a menudo en el concepto de arreglo o medio para hacer una o varias cosas permanentemente, y de instrumento para realizar ese arreglo, y poco se piensa en la significación propia que tienen, conviene en esta oportunidad fijar esa significación, tanto más, que en lenguaje jurídico, y especialmente en la constitución del sujeto artificial de derecho, tiene una importancia capital.

De origen biológico ambos vocablos, se significa por medio de la palabra "organización" el estado de un cuerpo organizado; la manera como un ser viviente está organizado; la estructura y conformación de las diferentes partes de los cuerpos vivos o animados.

La organización, finalmente, es uno de los caracteres que sirven para distinguir a los seres animados de los cuerpos brutos o inanimados. Por órgano se entiende la parte de un cuerpo vivo que ejecuta una función especial; el conjunto de diferentes tejidos o elementos anatómicos que concurren a la realización de una función determinada.

Esto supuesto, y en cuanto por analogía una estructura jurídica pueda tener vida, hay que examinar su organización y considerar que sus órganos ejecutan funciones semejantes a la de los órganos de los cuerpos vivos, en cuanto esto sea aplicable en la realidad de esa estructura.

Y así, la organización de la sociedad anónima conforme a la ley, será la estructura de los elementos administrativos, como órganos de esa función especial que, en la administración y desarrollo de la sociedad, les está encomendada. Es decir, por tanto, que el consejo de administración y los gerentes, que el comisario, y que la asamblea general de accionistas ejecutan funciones especiales orgánicas, por medio de los accionistas, como personas designadas para realizar la vida jurídica de la sociedad; y, simplificando más la idea, debe decirse que los accionistas que desempeñan la función especial que corresponde a cada órgano, son ellos mismos funcionarios de la sociedad, ejecutores del propósito para el cual ésta ha sido constituida.

Sentado este precedente, ¿cómo lo aplica la ley en la conformación de los tres órganos de la sociedad anónima?

Como requisitos constitutivos de toda sociedad, el artículo 6o. (fracciones VIII y IX), señala la expresión, en la escritura de constitución, de la manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad, y de las facultades de los administradores; del nombramiento de éstos y de la designación de los que han de llevar la firma social. Los requisitos precisados en ese artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura de organización y funcionamiento de la sociedad, constituirán sus estatutos, dice el mismo artículo, en su último párrafo.

En consonancia con esta prevención de carácter general, la ley agrega otra, en el art. 10, disponiendo que "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".

Estas disposiciones norman la Sección 3a. del Capítulo V de la ley, en donde se reglamenta la administración de la sociedad anónima; y así se dispone que la administración puede estar a cargo de uno o más administradores, constituyéndose éstos en consejo de administración cuando sean dos o más (arts. 142 y 143); que corresponde al presidente del consejo la representación de la sociedad, a menos que el consejo nombre un delegado de entre sus miembros para la ejecución de actos concretos (art. 148). El administrador o el consejo, según el art. 145, pueden nombrar gerentes generales o especiales y éstos, conforme al art. 146, no necesitan autorización especial del administrador o del consejo para los actos que ejecuten dentro de las facultades que se le hayan conferido, pues tendrán las más amplias de representación y ejecución. Asimismo el art. 149 faculta al consejo y a los gerentes para conferir poderes en nombre de la sociedad, sin restringir por ello sus propias facultades (art. 150). Por último, según el art. 178, el administrador o el consejo de administración serán los ejecutores de las resoluciones de la asamblea general de accionistas, a menos de designación expresa de otra persona.

El administrador o el consejo, como se ve, son el órgano principal de administración de la sociedad, quienes la representan en sus actos y operaciones propias, y también los ejecutores de las resoluciones de la asamblea como órgano supremo. En las disposiciones anteriores la ley observa las

normas que establecen el funcionamiento autónomo de los cuerpos organizados, normas fundamentales, como lo expresa la exposición de motivos al decir que "la enumeración que hace la Ley de las sociedades no es enunciativa, sino precisamente limitativa, y para asegurar la vigencia del sistema, se adopta un criterio rigurosamente formal."

Esto no obstante, la ley se separa del criterio que informa las prescripciones antes expuestas, e incurre en contradicción inexplicable al definir en el art. 142 el carácter de los administradores. Dice así ese artículo: "La administración de la sociedad estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad".

Ahora bien, el funcionamiento de un cuerpo organizado y la gestión de mandatarios, son sistemas que se excluyen: no pueden caminar juntamente.

La personalidad jurídica conferida por la ley a las sociedades, trae como consecuencia una organización, a virtud de la cual, los órganos son los representantes de la sociedad misma, de tal suerte, que obrando dentro del círculo de facultades asignadas a cada órgano, esa actividad se realiza propiamente por la sociedad misma.

"La presencia de los órganos constituidos por la colectividad, y destinados a administrarla, con determinado propósito, es precisamente lo que distingue la persona civil —quiere decir persona jurídica—, de una simple colectividad", dice A. Gorovtseff, Profesor de la Universidad de Perms, Rusia (Rev. Trim. de Dro. Civil Año 1927, pág 78). "El fenómeno de la conjunción de voliciones, es decir, las voliciones de las personas que hacen funciones de órganos, expresadas en las condiciones requeridas, consisten en autorizar a sus órganos a obrar; lo que quiere decir en primer lugar, querer en lugar de los representados mismos."

El órgano y el organismo "o sea la sociedad en el caso," son un mismo sujeto de derecho, enseña Renard, en su notable Tratado sobre la Institución, p. 179.

En el mandato no se encuentra organización ninguna, sino tan sólo una relación contractual de persona a persona; es decir, una relación de acreedor y deudor; un mandante que confiere su representación a una tercera persona, para que ejecute un acto jurídico, y esa persona, el mandatario, deudor obligado a ejecutar la comisión que se le confiere. Hay, pues, la presencia de un sujeto de derecho en el mandato, detrás del representante, mientras que atrás del órgano de una colectividad organizada, según la enérgica frase de Jellinek, no hay nada ni nadie. El órgano constituye por sí mismo un elemento del sujeto artificial de derecho. Órgano y organismo, preciso es repetirlo con Renard, órgano y organismo son un mismo sujeto de derecho.

Y en efecto, si se reflexiona cómo podría en la práctica conferirse el mandato a los miembros del Consejo de administración de una sociedad anónima, que es un cuerpo organizado, se tendrá que convenir que tal mandato no puede conferirse. ¿Los administradores de quién serían mandatarios? ¿Quién les conferiría el poder? No el consejo de administración, porque es el consejo, según la ley, el mandatario. No la asamblea de accionistas, porque, conforme a la ley, no es ella la que tiene la representación de

la sociedad, por más que sea el órgano supremo. Y la asamblea no ejecuta por sí misma sus decisiones, sino que es el consejo el ejecutor de ellas.

Y aún suponiendo que la asamblea ordenara a tercera persona el otorgamiento del poder, habría de conferirlo antes a esa tercera persona, lo que retardaría el otorgamiento, interponiendo un nuevo mandatario antes de serlo el consejo. El mandatario administrador en tal caso no sería autónomo, sino un elemento extraño a la sociedad, y no lo que la ley quiere, que el Consejo sea el órgano de la sociedad, elemento constitucional de su organización, elemento autónomo constituido de la administración. Es, pues, evidente el error de la ley al enunciar que los administradores tienen el carácter de mandatarios.

Resalta más aún el error, estableciendo la diferencia entre el carácter orgánico del consejo de administración, que es, en el ejercicio de sus funciones, la sociedad misma, y el carácter de los gerentes nombrados por el mismo consejo, o de los apoderados que designa con amplias facultades; porque tanto los gerentes como los apoderados reciben la misión del Consejo, y representan a la sociedad, dentro de las limitaciones de un contrato de derecho civil, como es el de prestación de servicios remunerados, y ostentan una personalidad delegada más o menos ampliamente. Tienen detrás un sujeto de derecho a cuyo nombre desempeñan su misión. Ciertamente no es posible concebir al consejo de administración, órgano de la sociedad, elemento de acción identificado con la sociedad misma, con el mandatario que tiene poder delegado.

Hay todavía otra reflexión que hacer para condenar la clasificación enfática que hace el art. 142, de los administradores como mandatarios, que pueden ser accionistas o personas extrañas a la sociedad.

Para el artículo, como se ha visto, no hay diferencia entre accionistas y personas extrañas a la sociedad. Todos son mandatarios.

La significación jurídica de este artículo es consecuentemente la de un cambio completo de sistema; es abolir de plano el régimen corporativo de la sociedad. Si los accionistas a quienes se denomina socios, son considerados como mandatarios, es porque se desconoce que el accionista es un funcionario en el régimen corporativo. Por no existir un cuerpo organizado son mandatarios, tienen que ser mandatarios, los comuneros o copropietarios de propiedad indivisa, cuando uno o algunos de ellos, o terceras personas, asumen la representación de todos los condueños. Necesitan el poder de los que no administran. Este era el régimen de la antigua sociedad. Pero ese antiguo régimen desapareció desde que la ley organizó las sociedades confiriéndoles personalidad jurídica. Y a medida que ha evolucionado el régimen de las sociedades, separando el patrimonio de los socios del patrimonio de la sociedad, éste se ha encaminado más y más, hacia la organización de un cuerpo, separándose más y más también, del sistema contractual, hasta llegar, como ha llegado la sociedad anónima, conforme a la nueva ley, al régimen corporativo del sujeto de derecho no natural, en el que los miembros de la colectividad que informan ese sujeto de derecho, son ellos mismos

funcionarios del régimen, órganos con funciones especiales propias de ese sujeto de derecho.

El artículo 142 desconoce ese funcionamiento y hace de los accionistas administradores, mandatarios, como de las personas extrañas a la sociedad, que a su vez no pueden ser funcionarios dentro del régimen actual de la sociedad anónima, porque no fueron miembros de la colectividad organizada corporativamente.

La consecuencia es, por tanto, que el artículo, al considerar a los accionistas de la misma manera que a las personas extrañas como mandatarios, excluyendo así el régimen corporativo, produce dentro del mismo régimen un elemento extraño, como es el mandatario, en sustitución del autónomo, orgánico, prescrito por la ley.

El artículo plantea así un problema ontológico, uno de prioridad o de origen, porque si la colectividad organizada constituye un sujeto de derecho, como lo quiere la ley al darle personalidad jurídica, entonces, el acto jurídico de la constitución de ese sujeto, como pacto indivisible, debe constar de los órganos necesarios para funcionar y ser autónomo, y sólo entonces, cuando ya esté constituido, podrá otorgar actos contractuales, designando mandatarios suyos, por mediación de su consejo de administración, el cual en este caso, será el mandante como órgano del sujeto de derecho, y el mandatario, la tercera persona extraña.

Es, pues, evidente que la clasificación de mandatario en los administradores no puede subsistir dentro del ordenamiento de la sociedad anónima.

VIGILANCIA

En ocho artículos reglamenta la ley de sociedades el funcionamiento del órgano de vigilancia, enumerando las obligaciones de los comisarios y estableciendo entre éstos y los accionistas un medio de comunicación para la protección de los intereses de los últimos.

Tienen que hacerse con respecto a los comisarios las mismas observaciones que se hicieron respecto de los administradores, porque se autoriza que pueden desempeñar esa vigilancia de la administración personas extrañas en la misma categoría que los accionistas. El error consiste en desconocer la naturaleza funcional del órgano, que no permite en su autonomía, la injerencia de personas extrañas al grupo organizado.

Esta observación no quiere decir que no puedan colaborar en la vigilancia de la administración personas no accionistas, contadores y auditores, comisionadas por los comisarios para la labor técnica necesaria, de la misma manera que intervienen en la administración los gerentes, directores técnicos y apoderados, sin ser accionistas. La observación se reduce a distinguir el carácter del cargo del accionista como funcionario, como órgano del sujeto de derecho constituido, y el que tienen los terceros como contratistas de servicios a la sociedad; es decir, distinguir el acto constitucional en el régimen autónomo de una colectividad, del acto contractual posterior de esa colectividad organizada, con tercera persona para el desempeño de un acto

especial y concreto que se ejecuta como manifestación de la vida exterior del sujeto de derecho.

ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS

La asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad, como expresamente lo dice el art. 178 de la ley.

El funcionamiento de ella, dentro del concepto orgánico del sujeto de derecho artificial, está bien precisado en la sección sexta del capítulo quinto de dicha ley.

Las características de ese funcionamiento son la forma, la publicidad y el espíritu corporativo que informa la asamblea.

Consiste la forma en la observancia de requisitos indispensables para la celebración de la asamblea, a saber la convocatoria para determinado día y hora, en el domicilio de la sociedad, con la anticipación necesaria que permita a los accionistas el conocimiento de libros de contabilidad y documentos relacionados con el objeto de la asamblea; la expresión precisa de ese objeto por medio del orden del día debidamente autorizada, la cual no puede omitirse. La infracción de estas reglas es causa de nulidad de las resoluciones de la asamblea, según disposición expresa del art. 188.

El requisito de publicidad se refiere a la publicación de la convocatoria con la orden del día, en el periódico oficial del lugar o en uno de los periódicos de mayor circulación, con la anticipación necesaria, mínima de quince días, si los estatutos no la fijan expresamente; a la publicación del balance que haya aprobado la asamblea, y de la oposición que, en su caso, se hubiere hecho por los accionistas, cuyos nombres y número de acciones que representen se hará constar, según lo exige el art. 177. Y cuando la asamblea haya sido extraordinaria y que por esa causa las resoluciones afecten la constitución de la sociedad, en los términos de las doce fracciones del art. 182, las actas que se levanten serán protocolizadas en los registros de un notario público o inscritas en el Registro Público de Comercio. Excusado es decir que mientras el acta no haya sido inscrita, no produce efecto contra tercero tal resolución de la asamblea, y subsiste entre tanto el estado jurídico anterior a dicha asamblea.

El espíritu corporativo que informa la asamblea es de la mayor importancia; es el rasgo distintivo de las deliberaciones de las colectividades organizadas. En las sociedades anónimas, ese rasgo típico consiste en el anonimato de los accionistas y en la negociabilidad de las acciones, y se manifiesta poderosamente en la asamblea.

En efecto, para tener por instalada una asamblea, según el art. 189 de la ley, no se toma en cuenta el número de individuos que concurren, sino su representación como accionistas. Para que se considere legalmente reunida una asamblea ordinaria, debe estar representada, por lo menos la mitad del capital social, y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por mayoría de votos presentes —no de personas; y en las asambleas extraordinarias deben estar representadas, si el estatuto no fija mayoría más elevada,

las tres cuartas partes del capital, y las resoluciones se tomarán por el voto que represente la mitad de capital social.

De donde claramente se ve, que no es la reunión de las personas como individuos la que hace la asamblea, ni su voz la que produce la resolución, sino el carácter de accionistas como representantes del capital en acciones.

“La asamblea general forma el poder deliberante de un conjunto de pensamientos convergentes, en antítesis a los accionistas considerados separadamente”, escribía Thaller, antes de principiar este siglo.

Si los accionistas fueran considerados por su propio derecho, no sería la asamblea el poder deliberante, sino los accionistas mismos, individualmente reunidos, según su interés particular y del momento.

En nota que el mismo autor publicó en el Dalloz, con motivo del debate sobre la ley de sociedades anónimas de noviembre de 1913, se expresaba en los términos siguientes: “Hay una diferencia incontestable que notar entre las sociedades de personas y las sociedades por acciones. Las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple no tienen en sus relaciones con sus miembros existencia corporativa: son los interesados no sindicados, los que deliberan, y en su caso, comparecen unidos ante los tribunales; están ligados sin duda por el contrato social, pero dentro de esa liga, conservan su individualidad. . . . Cuando se consideran las sociedades por acciones, aparece otra situación absolutamente. . . . Todo en ella concurre a demostrar que cada accionista, una vez que ha entrado a la sociedad, se encuentra con un haz compacto de fuerzas sociales solidarizadas entre sí. Ya no hay vínculo inmediato establecido de hombre a hombre, sino una serie de relaciones individuales con un conjunto que es la empresa misma. De esta manera es como se llega a la idea de la personalidad. El número de accionistas, la imposibilidad de reunirlos, o de conocerlos a todos, su carácter móvil y flotante, la perspectiva para la compañía de pasar durante varias generaciones humanas, todas estas razones se oponen a que el *vinculum juris* recaiga mutua y privativamente entre los accionistas que pasan; la cadena se forma entre cada uno de los suscritores y la persona moral, estable y firme, sobre las bases de su domicilio social, representada en sus órganos de funcionamiento.”

En estas palabras se encuentra el fundamento de la doctrina moderna sobre la personalidad jurídica. Esas fuerzas sociales solidarizadas entre sí, que dice Thaller, no son otra cosa que los miembros mismos de la colectividad que proceden a formar el sujeto de derecho no natural, la entidad jurídica, con capacidad de expresar voliciones protegidas por la ley positiva, como las del sujeto natural, según quedó consignado al tratar de los caracteres subjetivos del sujeto artificial de derecho; son los miembros de la colectividad que entran en función, como órganos de la sociedad, y que obran en representación de ella, como si ella misma obrara como sujeto individual.

Esa representación de la sociedad por medio de sus órganos, o sea la sociedad misma en sus actividades exteriores, se explica, según Gorovtseff, en su monografía sobre el sujeto de derecho, pág. 57, como el resultado de “un orden jurídico, del derecho objetivo, que acredita que en ese caso, cuando el órgano A, como persona individual, expresa una volición, ésta no

es personal, sino el conjunto de voliciones de seres humanos diferentes, que se presentan con respecto a terceros como una sola entidad jurídica". Apoyan esta enseñanza las citas que el autor hace de Savigny y de Jhering, que pueden confrontarse en la Revista Trim. de Dro. Civ., año 1927, pág. 57.

Sigue diciendo Thaller en la citada nota: "Al fin del razonamiento aparece la verdadera naturaleza que hay que dar a la asamblea general. Forma, y esto con respecto a los accionistas, tomados separadamente, el poder deliberante de esta síntesis de pensamientos convergentes. . . Si esto es así, resulta un contrasentido el pretender que haya necesidad de agrupar en una asamblea general, la unanimidad de adhesiones de los miembros que la componen. . . Sería como exigir que la ley fuera votada en la Cámara de Diputados o del Senado mediante el sufragio unánime y concordante de los representantes del Parlamento. El accionista no vota por sí mismo, sino como factor integrante de una voluntad superior a la suya y que debe manifestarse en la indivisibilidad de su expresión. Una vez constituida la asamblea, ya no hay asociados en presencia unos de otros, que negocian sobre sus intereses particulares, dejando su aislamiento de la víspera, sino un colegio reconocido que va a sacar en el acercamiento de las partes contratantes la legalidad de sus resoluciones".

La novedad de estas teorías atrajo la atención de los tratadistas y con justa razón, porque si bien se mira, ellas colocan el régimen de las sociedades anónimas fuera del derecho contractual, al que estaba sometido claramente en el Código de Comercio Francés de 1808.

Como consecuencia, el Profesor Bourcart, en un estudio publicado en 1905, se expresaba en estos términos:

"Ha sido la costumbre hasta ahora, o bien el considerar la asamblea general como una simple reunión de individuos que conservan sus derechos propios, o también, lo que daba el mismo resultado, el no preocuparse de investigaciones teóricas de esta clase. La doctrina de la personalidad moral de las sociedades anónimas por acciones, y su consecuencia, que la asamblea general es el órgano de esta personalidad, abren perspectivas y proporcionan elementos preciosos de solución. Nada más que hay que evitar toda exageración. Es preciso tomar esta doctrina y su consecuencia, tal cual se deducen de las condiciones de existencia de las sociedades comerciales, y con los temperamentos y restricciones que Thaller reconoce netamente. Hay de alguna manera, dos capas jurídicas superpuestas: el contrato, y con el contrato, las personas reales de los asociados que sirven de apoyo a la sociedad, y de quienes hay que tener cuenta dentro de varios puntos de vista; y después del contrato, la personalidad moral del ser ficticio creado, personalidad que cubre la de los asociados, pero sin absorberla ni anonadarla completamente."

La sorpresa de los civilistas es, pues, manifiesta, al encontrar en el funcionamiento de las asambleas generales de accionistas, como órganos de una nueva personalidad no considerada en la ley civil o comercial, fenómenos jurídicos que no pueden estar regidos por la ley contractual, ni tampoco por el derecho público. Esa sorpresa adquiere mayor relieve en las consideracio-

nes que el citado profesor hace inmediatamente después, diciendo: "Se encuentran en el dominio jurídico otros ejemplos de problemas análogos. En la quiebra, los acreedores quirografarios componen un grupo, una masa, investida, según opinión muy acreditada, de la personalidad moral, y cuyo derecho colectivo cubre sin absorberlos enteramente, por cierto, los derechos de los acreedores considerados individualmente. . . Y si se quiere salir del derecho comercial, el derecho constitucional y el derecho administrativo no son otra cosa sino la combinación de los derechos colectivos, o de las colectividades en pugna con los derechos individuales de los particulares".

El fundamento de los conceptos antes transcritos, es la indeclinable necesidad de reconocer la personalidad jurídica de las colectividades en el derecho privado. Desde sus principios, la personalidad jurídica estaba contenida dentro de los límites del Derecho Público; el Municipio primero, y después el Estado, para entrar en el comercio jurídico con los particulares, habían adoptado la forma de personas con el objeto de tener capacidad de derechos y obligaciones. "*Civitates, enim, privatorum loco habentur,*" decía Gayo (Dig. De verb. Sig. 50, 16, L. 16.) Y a semejanza del Estado, las sociedades legales, colegios, universidades, reconocidos por el Estado, tuvieron también capacidad de propietarios, siempre que pudieran tener propiedad corporativa en virtud de la ley general, de derecho público, que era su estatuto, lo mismo que las cosas sagradas o religiosas, porque estaban consagradas públicamente. Así fue como esas sociedades y las fundaciones tuvieron personalidad jurídica en la Edad Media. La Reforma, que separó la Iglesia del Estado, dejó sin carácter de propiedad pública la de las fundaciones, y fue cuando el Estado las autorizó por medio de Cédulas o declaraciones especiales. (Sohm Dro. Romano.)

Pero el derecho privado no había admitido las personas jurídicas *Privatum jus est, quod ad singulorum utilitatem spectat (Just)*.

En materia de sociedades anónimas, el Código de Comercio Francés, primero que legisló sobre esta materia, no les concedió personalidad jurídica, y necesitaban para su funcionamiento la autorización del Estado. La práctica y las enseñanzas de los tratadistas sobre la personalidad jurídica, establecieron esta personalidad en las sociedades anónimas; y solamente hasta fines del siglo XIX, en 1891, la Corte de Casación, abandonando su jurisprudencia secular, declaró en sensacional sentencia, que las sociedades civiles tendrían también personalidad jurídica.

Durante ese siglo, los estudios de los grandes maestros, que disputaban si la personalidad jurídica era una ficción de lenguaje, o una solución técnica, para el fácil manejo de las sociedades, o si realmente eran las sociedades personas jurídicas con capacidad de propietarios, es decir, entidades jurídicas reales, con derecho a figurar en la misma línea aunque con fines concretos definidos, que las personas físicas, que los individuos para quienes existía el derecho privado, terminaron, por fin, admitiendo esta última tesis, y desde entonces, ha progresado notablemente la evolución para constituir como tales entidades jurídicas a los grupos que representan intereses colectivos.

Al discutirse la Ley de las Asociaciones en 1901 en la Cámara de Diputados Francesa, el Primer Ministro Waldeck Rousseau exclamaba: "La concepción primitiva ha sucumbido; ya no queda sino el título de la Ley, y este título hace ilusión" y comentando esta frase el gran Maestro Hauriou (Principios de Dro. Público, p. 549, No. 1), escribía: "El 10. de julio de 1901 quedó cerrado el período individualista de la Nación Francesa".

Las generaciones actuales han presenciado la caída gradual del sistema individualista, fundado en los dogmas del liberalismo, y el avance, irresistible de ideas inmanentes en el individuo, dirigidas al bien común, que no pueden realizarse dentro del plano contractual, o finalidades trascendentes, porque el bien de la comunidad no es el conjunto de los bienes particulares. El adelanto de la sociología, por una parte, y aquellas pretensiones justificadas del socialismo, que nadie puede negar, exigen una coordinación entre las relaciones del derecho conmutativo de persona a persona y las relaciones del individuo con la sociedad de que forma parte (Comp. Renard. Teoría de la Institución, ps. 448 y 449). Una vez planteados estos problemas, natural era que la filosofía los tomara en consideración, y que la nueva ideología se opusiera a la antigua, de donde resultó que sobre ellos se plantearan otros de orden superior, poniendo en tela de juicio la base y fundamento de la norma de derecho para llegar a conclusiones en materia tan importante.

En un notable discurso académico, bajo el título "Norma Jurídica y Voluntad Privada", publicado por la Rev. Internacional de Filosofía del Derecho, en el número de noviembre y diciembre de 1934, que se edita en Roma, y que pronunció el Profesor Lubomir Dikoff al tomar posesión del cargo de Rector de la Universidad de Sofía, se hace el resumen de las tesis sostenidas a este respecto.

El problema ha sido estudiado bajo dos aspectos distintos, los cuales han dado nombre a dos escuelas: la civilista, que considera que la voluntad privada es origen, fuente de los preceptos jurídicos, y la publicista, que afirma que la norma jurídica ya no puede ser obra de la voluntad del individuo aisladamente considerado, sino que es la expresión de la voluntad de una sociedad organizada como Estado.

Desde el punto de vista jurídico y lógico según los tratadistas, no se puede atribuir, lógicamente ningún valor jurídico a la voluntad privada, si no se funda en otra voluntad superior capaz de generar el derecho. Sin embargo, el derecho como expresión de cultura, puede estudiarse como un sistema completo de normas, no sólo bajo el punto de vista lógico, sino también considerando la unidad de sus efectos, en su aspecto sociológico; de donde resulta, dice el Rector de Sofía, que la influencia de la voluntad privada en la norma jurídica tiene expresión en los distintos sistemas particulares de la filosofía y de la sociología, y, por tanto, esos conceptos son más bien asunto histórico que problema de lógica jurídica.

El problema, pues, de la creación, del derecho y el de su naturaleza, individual o colectiva, y el de las relaciones que existen entre la voluntad del individuo llamada ley privada, y la voluntad de la sociedad, llamada ley, forma parte de un gran problema fundamental, el de las relaciones entre el

individuo y la sociedad. De su estudio puede deducirse la gran influencia que los sistemas filosóficos y sociológicos ejercen sobre la forma que puede asumir la relación entre la norma jurídica y la voluntad privada.

La sociología estudia como puede considerarse una sociedad: unidad colectiva, o entidad colectiva. O es un mecanismo en que las diferentes partes tienen una existencia independiente e individual, y representan realidades existentes por sí mismas: unidad colectiva; o bien como un organismo en que las partes sólo tienen una relativa independencia y viven en cuanto son órganos de la colectividad y regulan la fuerza vital de ésta: entidad colectiva.

La primera doctrina, en que las partes diferentes, los individuos, forman el elemento primordial, la base y la razón única de la sociedad y por la cual, la sociedad se identifica con su existencia, se llama individualismo. La segunda, según la cual el elemento primordial es el conjunto de los individuos agrupados en unidad social, unidad que representa la esencia misma de la sociedad, se llama universalismo.

En estas últimas palabras, como se ve, está planteado el problema que ha venido discuriéndose en el presente estudio: la independencia y la realidad de los socios considerados como individuos aislados que obran por sí mismos, o la organización de ellos en cuerpo, al que sirven como representantes orgánicos y al que le dan vida propia distinta de la de ellos.

El Profesor Dikoff, en el estudio de estos temas, enseña en unión de los modernos tratadistas, que la voluntad privada de individuos, o de personas jurídicas privadas, asociaciones o fundaciones, no crea realmente el derecho objetivo, sino solamente relaciones jurídicas, que reposan directa o indirectamente sobre la norma creada por el Estado.

Ni conforme a los preceptos de las legislaciones modernas, que recogieron la tradición antigua de ser los contratos la suprema ley de los contratantes, ni a las doctrinas del derecho natural o del contrato social, puede decirse que la voluntad privada produce el efecto obligatorio, sino en cuanto está sostenida por la norma jurídica creada por el Estado, que es el único que da fuerza coercitiva al derecho. La voluntad privada no es, pues, la voluntad del Estado.

Dentro del sistema individualista no se explica tampoco satisfactoriamente la relación entre el individuo y la sociedad, porque ésta se considera solamente como entidad mecánica en que las partes tienen existencia independiente; esas relación se explica dentro del sistema sociológico y filosófico en que se considera a la sociedad como un organismo, en que las partes solamente tienen una independencia relativa y obran en cuanto que son órgano de la unidad, y así, toda manifestación del hombre, en cuanto es ser racional, es una manifestación que proviene de un miembro de esa unidad.

"La sociedad, dice Dikoff, siguiendo la enseñanza de Spann, no puede ser identificada ni con la mayoría, ni con la minoría, ni con el total de los individuos presentes. Como organismo es algo más y diverso del total de las células que la componen. La sociedad es una individualidad superior, es una realidad autónoma respecto de los individuos, primordial en sus rela-

ciones con las partes que la componen. En conclusión, dice, para los sostenedores del universalismo realista, el Estado no es una asociación de individuos aislados, sometidos a un régimen de normas jurídicas determinadas, sino que es la forma bajo la cual una Nación vive; es su voluntad de finalidad y de existencia. Se sigue de aquí, agrega, que los individuos no están en relación jurídica con el Estado, para derivar de él derechos y obligaciones, sino que el individuo tiene orgánicamente la función de miembro en la totalidad de los individuos, del mismo modo que un órgano singular tiene su función en el organismo completo. De donde se sigue, que antes que otra cosa, la individualidad está al servicio de la comunidad del Estado, el cual es la manifestación del espíritu objetivo, de la realidad terrestre, y contiene los factores primitivos de la vida espiritual y moral del individuo."

Después de meditar sobre estas enseñanzas sociológicas y filosóficas, y aplicando la doctrina que de ellas resulta, a la teoría general de los sujetos de derecho artificial, con los que tiene tan gran analogía la sociedad anónima, regida por el Estado, hay que consignar los corolarios siguientes:

PRIMERO

La sociedad anónima no es ya un contrato de sociedad, le faltan los elementos esenciales. No hay el *affectus societatis*, ni el *intuitus personae*, porque ni en los accionistas fundadores, ni en los subsecuentes, hay el propósito de asociarse, atenta la mutabilidad de los tenedores de las acciones ocasionadas por las constantes operaciones de compra y venta de éstas. Además, el rasgo característico de la sociedad, el anonimato, impide que haya ese propósito. Los accionistas, a los cuales no debe denominarse socios, son independientes entre sí, y como se ha demostrado, solamente son órganos de la sociedad.

Tampoco hay entre los accionistas una propiedad común, otra característica de la sociedad. El capital no pertenece a los accionistas, sino a una entidad jurídica distinta de ellos. Los accionistas son dueños solamente de las acciones, como títulos de participación al capital y a sus utilidades, y pueden disponer libremente de esos títulos, porque son negociables, como de bien exclusivamente propio o independiente, tanto de la propiedad de los demás accionistas, como de los bienes de la sociedad.

Por último, los accionistas no contraen obligación ninguna con terceros por razón de las operaciones de la sociedad.

De la sociedad anónima, por tanto, puede decirse con Waldeck Rousseau, antes citado, que el concepto primitivo de la sociedad ha sucumbido, y ya no queda sino el nombre, y esto hace ilusión.

SEGUNDO

Lo que la ley llama ahora sociedad anónima, no es, pues, un contrato, no es un pacto, porque no produce derechos y obligaciones entre partes, que es el efecto propio de los contratos. De éstos se dice que son *res inter alios acta*, respecto de terceros.

A diferencia del contrato, el acto jurídico por el cual se constituye lo que se llama sociedad anónima, tiene por objeto producir efectos con relación a terceros, *erga omnes*.

"La idea fundamental de la noción de sujeto de derecho, no natural, que consiste en constituir un fenómeno que forma una entidad jurídica respecto de terceros, dice Gorovtseff, no tiene por objeto allanar tales o cuales diferencias, crear un compromiso, idea que es el objeto principal del contrato, *res inter se actas*, sino crear un fenómeno, cuya faz se vuelva contra los terceros, *res contra alios acta*."

"Precisamente, sigue diciendo, el constituir una entidad contra de terceros, es en lo que consiste toda la razón de ser del sujeto de derecho artificial. Ahora, para que los terceros puedan darse cuenta de que tienen delante de sí una entidad jurídica, es preciso que su existencia. . . quede fijada por una autoridad común respecto de los terceros y respecto de los que forman esa entidad. . . Es preciso un orden jurídico que sancione el hecho de la formación de esa entidad, y que esté allí para defenderla llegado el caso."

La ley actual reconoce estos principios claramente. En la exposición de motivos se leen estas palabras:

"Es conservado el principio de que todas las sociedades gocen de personalidad jurídica distinta de la de los sujetos físicos que las integran, si bien se modifica substancialmente el sistema del Código en vigor (el de 1889), para el otorgamiento de dicha personalidad." "En efecto (sigue diciendo la exposición de motivos), el Código de Comercio acoge a este respecto un sistema normativo, según el cual la personalidad jurídica deriva del cumplimiento de los requisitos que el propio Código fija para la constitución de las sociedades; pero como no se encomienda a nadie, sino eventualmente a los tribunales conocer de acciones de nulidad, la facultad de comprobar el cumplimiento de todos esos requisitos, como condición previa a la iniciación de la vida jurídica de la sociedad, se suscita la difícil cuestión, que, por otra parte, no es propia de México, sino de todos aquellos países que han establecido un sistema similar de las sociedades que de hecho se han formado e intervenido en el comercio jurídico sin acatar los preceptos del Código. El Ejecutivo ha creído que ese difícil problema de las sociedades irregulares puede desaparecer acogiendo un sistema similar al inglés; es decir, haciendo derivar el nacimiento de la personalidad jurídica, de un acto de voluntad del Estado, cuya emisión está condicionada al cumplimiento de las disposiciones de orden público de la ley, relativas a la constitución de las sociedades."

Con estos antecedentes, la Ley General de Sociedades Mercantiles sujeta la inscripción de las sociedades en el Registro Público de Comercio, a un previo examen de la escritura constitutiva, practicado por el Juzgado de Distrito o de 1a. Instancia del domicilio de la sociedad, con audiencia del Ministerio Público, según los arts. 260 y siguientes, para apreciar si se han observado las condiciones y requisitos que la ley fija para otorgar la personalidad jurídica a las sociedades.

Practicada la inscripción en el Registro Público de Comercio, queda constituido el sujeto de derecho colectivo, denominado Sociedad Anónima.

MINORIAS

La ley se ocupa de las minorías en la forma que expresan las siguientes disposiciones:

1a. Consignación que debe hacerse en el contrato social del derecho que corresponda a las minorías en la designación de administradores; y en todo caso cuando los administradores sean tres o más, tendrán las minorías que representen un veinticinco por ciento del capital social, el derecho de nombrar cuando menos un Consejero. Esta disposición es aplicable al nombramiento de Comisarios (arts. 144 y 171).

2a. Derecho a los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, para pedir en cualquier tiempo, a los administradores o comisarios, la convocación de una asamblea general para tratar los asuntos que indique. Si los consejeros o comisarios no acceden, la demanda podrá presentarse ante el Juez de Distrito o de la Instancia del domicilio de la sociedad, exhibiendo al efecto, los títulos de las acciones (art. 184).

3a. Igual petición puede hacer el tenedor de una sola acción, en caso de no haberse celebrado ninguna asamblea en dos ejercicios consecutivos, o si las que se han celebrado no se han ocupado de la aprobación o modificación del balance, del nombramiento de administradores y de sus emolumentos (art. 185).

4a. Derecho de los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, por lo menos, para ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que la demanda comprenda el monto total de responsabilidades en favor de la sociedad, y no únicamente el interés personal de los promoventes, y siempre que éstos no hayan aprobado la resolución de la Asamblea General, en que se hubiere declarado que no había lugar a proceder contra dichos administradores (art. 163).

5a. Derecho para aplazar por tres días la votación en una asamblea sobre asuntos de que no estén bien informados los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital (art. 199).

6a. Derecho a los accionistas que representen el treinta y tres por ciento, para oponerse a las resoluciones de las asambleas, en caso de haberse violado alguna cláusula del contrato social, o algún precepto legal, si la reclamación se hace dentro de quince días, y si los reclamantes no asistieron a la asamblea o votaron en contra de una resolución (arts. 201 y 202).

Para el ejercicio de estos derechos deberán depositarse con la demanda los títulos de las acciones en poder de notario o de institución de crédito y no serán devueltos sino hasta la conclusión del juicio (art. 205). Quienquiera que conozca nuestro medio y el manejo de las sociedades anónimas en México, comprenderá que la protección dada por la ley a los accionistas, como minorías, en los términos antes expuestos, es una protección teórica, puramente ilusoria.

El requisito indispensable para el ejercicio de los derechos otorgados, es la posesión de acciones que representen el 33% del capital social. Si se

atiende a la dificultad para reunir el quórum mínimo de la mitad del capital, para la celebración de una asamblea, en la que pueda tomarse una resolución con el 25% de ese capital (art. 189), se verá que la protección a la minoría es ilusoria, porque debe representar un tanto por ciento del capital social, mayor que el necesario para tener mayoría de votación en una asamblea. Si fuera fácil reunir el 33% del capital en manos de un grupo, sería más cómodo asistir a la asamblea y formar una mayoría indiscutible, con ese 33% adicionado con las voces disidentes.

La reunión, por otra parte, del 33% para exigir la responsabilidad social a los administradores, y para oponerse a las resoluciones de la asamblea, importa el depósito de los títulos respectivos, durante el juicio, lo que equivale a privarlos de su carácter esencial de negociabilidad, y difícilmente los accionistas se someterán a esa privación, porque ese carácter es el motivo de la inversión, que permite la fácil venta de las acciones en caso necesario.

Además, no presenta atractivo suficiente para designar administrador o comisario a uno de los miembros de la minoría, el reunir el 25% del capital, porque el designado será solamente uno de los administradores o comisarios y dejará a los demás agrupados fuera de la administración. Aparte de esta dificultad, que es grande en la práctica y que nadie puede negar, los derechos que la ley otorga a las minorías, no son en realidad exclusivos de grupos minoritarios, como es fácil demostrarlo.

La celebración de una asamblea no está limitada a una época especial ni a los objetos que son propios de las asambleas a fin de año, o extraordinarias para modificar el acta constitutiva. En uno u otro caso, si un accionista que cuenta con un número reducido de acciones pide la celebración de una asamblea general, y designa de buena fe, como objeto de ella, un asunto que afecta el interés común, evidentemente será oído, y habrá de convocarse la asamblea. Si un accionista señala actos de los administradores, que importan responsabilidad civil o penal, es un deber de los comisarios convocar la asamblea, según lo ordena el art. 166 en la fracción VI, en cualquier caso que lo juzguen conveniente.

Lo mismo hay que decir si el accionista revela que una asamblea ha violado alguna cláusula del contrato social, como lo llama el art. 201, o algún precepto legal; se admitirá su oposición, porque sobre la resolución de la asamblea está la integridad del acto de constitución y el precepto de la ley. Y si existe realmente violación, no hay razón jurídica para detener su reparación hasta que la pida un grupo de accionistas que representen el 33% del capital: el derecho violado debe repararse cualquiera que sea la cuantía del interés de quien lo solicita.

Cuando hay minorías dentro de una sociedad anónima, éstas no persiguen el ejercicio de derechos manifiestos protegidos por el estatuto o por la ley, y que pueden deducir aun terceras personas; lo que persiguen es el abuso de los administradores encubierto en formas legales.

La realidad de esos abusos está siempre velada por lo que se llama "el secreto de los negocios", o por la comisión de ellos al margen de la ley.

En la impotencia del pequeño accionista, es donde anida la minoría, víctima de los administradores.

La ley debe satisfacer a esos accionistas, reglamentando la responsabilidad de los administradores, más bien que rodear de fórmulas difíciles de llenar, el ejercicio de derechos que son comunes entre los accionistas. La protección que actualmente da la ley a los accionistas, que representen el 25 o el 33% del capital social es ilusoria.

Si se reflexiona más atentamente sobre la significación de las disposiciones legales que otorgan protección a las minorías, se verá su falta de congruencia con el sistema que informa la ley y su improcedencia jurídica.

Según se ha demostrado en el curso de este estudio, la sociedad anónima es un sujeto colectivo de derecho, una entidad jurídica organizada, y no una unidad colectiva.

La diferencia entre una y otra es notoria.

En la entidad jurídica, las voluntades de los individuos de la colectividad, se unifican en la voluntad del sujeto de derecho, voluntad por tanto indivisible, por razón del régimen jurídico a que está sujeta.

En la unidad colectiva, las voluntades se multiplican y se dividen según el número de individuos que la componen, y se suman en grupos diversos que forman generalmente la mayoría por una parte, y la minoría por otra, aunque también puede suceder que se forman más de dos grupos con opiniones diversas en cada uno, y se disgregue la primitiva unidad.

En la entidad jurídica, los votos de los componentes recaen sobre puntos determinados con anterioridad y publicados al hacer la convocatoria de la asamblea. En consecuencia, son votos ligados a ese programa, que no puede alterarse sino resolverse en el sentido del interés común. En la unidad colectiva los votos son libres y no están sujetos a un programa invariable. De donde resulta que las votaciones, de los individuos que forman la unidad colectiva obligan solamente a sus autores, porque los votos se suman en un sentido o en otro, y forman resoluciones de mayoría de personas; mientras que las resoluciones de una asamblea son la expresión del órgano que las emite, resoluciones indivisibles de una personalidad jurídica, que obligan a todos los que la componen, supuesto que esa personalidad no puede tener dos voluntades distintas. Este es el resultado de la naturaleza corporativa de la personalidad jurídica.

Así es como lo ordena la ley de sociedades anónimas y lo explica la exposición de motivos. El art. 200 dice: "Las resoluciones legalmente adoptadas por las Asambleas de Accionistas, son obligatorias aun para los ausentes o disidentes". Y la exposición de motivos se expresa así: "El art. 200 consagra una de las consecuencias naturales del sistema corporativo de las sociedades anónimas".

De lo dicho se deduce que malamente puede haber dentro de la sociedad anónima mayorías o minorías, que representen tendencias opuestas o, por lo menos, diferentes, porque a ello se opone la indivisibilidad de la persona jurídica.

Esto no obstante, la ley concede, como se ha visto, derechos y acciones a las minorías, y este procedimiento debe condenarse como incongruente con el sistema de la ley.

Para apreciar debidamente esta afirmación, compárese lo antes dicho con los fundamentos que consigna la exposición de motivos para otorgar esos derechos.

"Una de las materias más importantes, dice la exposición, es, sin duda, la relativa a la protección que deben recibir las minorías."

"La cuestión es difícil, porque la protección debida a los grupos minoritarios debe ser siempre, sin perjuicio de las bases del sistema corporativo, y sin olvidar que si es injusto que una minoría se encuentre indefensa dentro de una sociedad anónima, todavía más injusto, y sobre todo ilógico, sería que los socios que representan la mayor parte del capital estuviesen supeditados a los deseos e intereses del menor número. . . En lo general, se ha querido conceder la protección a los grupos de intereses serios, y en lo posible organizados, razón por la cual los diversos preceptos que aluden a las minorías se refieren precisamente a porcentaje del capital, y no a porcentaje de asistentes a las asambleas generales." Muy poco feliz es esta exposición de los derechos de las minorías; más bien parece condenarlos.

Adolece esa exposición del defecto de no tener sistema. Si se reconoce que la protección a las minorías debe darse sin perjuicio del sistema corporativo, y esto es el que rige en la ley, ¿cómo es posible conciliar ese sistema con la existencia de grupos separados? ¿Cómo concebir un cuerpo y grupos coexistentes? La inconveniencia de ese estado de cosas se impuso a los autores de la exposición de motivos, al decir, si es injusto que una minoría se encuentre indefensa, más injusto es, y sobre todo ilógico, que la mayoría se sujete al menor número.

Pero este razonamiento se aparta del concepto antes expuesto del sistema corporativo, pues se considera que hay mayorías y minorías como en las unidades colectivas, que no están sujetas a régimen legal, en que los grupos se forman independientemente unos de otros, porque no tienen liga que los unifique.

Para evitar esa oposición de sistemas, se hace una reversión al sistema corporativo, diciendo que los grupos a los cuales se trata de proteger son los compuestos por intereses serios, y en lo posible organizados, que representen un tanto por ciento de capital y no de personas; y de esta manera se comete nuevo error, que consiste en formar una personalidad jurídica, con dos cuerpos, el de la mayoría y el de la minoría, lo cual es absurdo.

Pero se dirá entonces ¿es posible que las minorías queden sin protección en la ley?

Debe contestarse esta pregunta despojándola de la anfibiología en que se contiene.

Las minorías son de dos clases: o de personas, como las que forman los grupos menos numerosos en una reunión, en una unidad colectiva, opuestos al grupo de la mayoría; o de votación, en las que se hace abstracción de las personas, y se consideran solamente los votos que aprueban o reprueban

una proposición. Las minorías de personas representan intereses opuestos a los de la mayoría, y subsisten, mientras no hay una conciliación respecto de esos intereses, o de los propósitos o finalidades que persiguen, como sucede entre los partidos políticos, y los grupos de derecha y de izquierda. Las personas que así componen las minorías, suman sus intereses privados, afines en un sentido o en otro.

En las minorías de votación las personas no figuran; en ellas no se representan intereses particulares o personales. Son el resultado del funcionamiento del órgano supremo de una entidad jurídica colectiva, dentro de un régimen objetivo de derecho.

En la sociedad anónima, ese órgano es la asamblea general de accionistas, que solamente funciona cuando ha sido debidamente convocada, cuando se tiene por instalada por declaración oficial de su presidente, en virtud de estar representada en ella, por lo menos la mitad de las acciones en que se divide el capital social. En ese caso, la resolución se toma a mayoría del capital representado. Así, el artículo 189 de la Ley de Sociedades ordena que "una asamblea ordinaria se considera legalmente reunida, cuando está representado, por lo menos, el 50% del capital social, y las resoluciones sólo serán válidas, cuando se tomen por mayoría de los votos presentes", es decir, por votos que representen el 25% del capital. Este es el régimen objetivo de derecho.

Si a primera vista puede decirse que en la mayor parte de los casos en que el quórum es solamente del 50% del capital, la sociedad está regida por una infima minoría hasta el 25% del capital, minoría que asciende proporcionalmente a medida que aumenta el quórum, esta observación sólo tiene valor desconociendo el régimen de funcionamiento de la asamblea. Conforme a este régimen la mayoría y la minoría de la votación desaparecen tan pronto como se hace el cómputo de los votos emitidos y queda fija la resolución materia de la deliberación propuesta en la convocatoria de la asamblea. Una vez obtenida esa resolución ella constituye la volición indivisible del órgano llamado asamblea; es la volición indivisible de la sociedad, de la entidad jurídica, no de los dueños de las acciones que por mayoría votaron dicha resolución, en oposición a los accionistas en minoría que la impugnaron.

Al tomar el acuerdo la asamblea, no lo toma en nombre de los accionistas presentes y ausentes, sino como órgano del sujeto de derecho colectivo, de la misma manera que el individuo hombre, toma una resolución después de considerar el pro y el contra y de decidirse por uno de esos extremos. La minoría de votación, por tanto, es sólo intelectual y tiene vida únicamente mientras se hace el cómputo de la votación. No subsiste más tiempo, porque no la sostiene ningún interés personal sino un criterio como elemento de deliberación, pero no un derecho en oposición a otros intereses personales, pues que la mayoría y la minoría persiguen el interés común del sujeto de derecho colectivo.

Las minorías de votación así consideradas no pueden, en consecuencia, ser materia de protección de la ley, porque no tienen subsistencia.

Es, pues, evidente la falta de sistema en el propósito de proteger a las minorías, y la incongruencia de los medios adoptados para ese fin.

Dentro del régimen corporativo no se conciben las minorías, y si la organización es fuerte y sana, tiene recursos para evitar o reparar los agravios que puedan resentir los accionistas por vicios de funcionamiento del órgano administrativo, como se explica en el capítulo siguiente.

RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y DE COMISARIOS

Más explícita que el Código de Comercio de 1889 es la nueva Ley General de Sociedades Mercantiles, al tratar de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas. Mientras el Código de Comercio solamente establecía en el art. 195 la responsabilidad de esos funcionarios, conforme al derecho común, en la ejecución del mandato que había recibido, y por las faltas cometidas en su gestión, y reservaba la acción para exigirla, a la junta general de accionistas o a la persona delegada por ésta; la nueva ley hace responsables solidariamente a los administradores en los diversos casos que enumera en el artículo 158, y concede acción a los accionistas que representen por lo menos el 33% del capital para exigir directamente esa responsabilidad en los términos del art. 163.

En esas disposiciones, la ley, sin embargo, adopta la misma base jurídica que el Código de Comercio.

Como el sistema en que descansa la constitución de la sociedad anónima conforme a la nueva ley, consiste en la formación de un sujeto colectivo de derecho, se impone necesariamente un juicio crítico sobre los nuevos preceptos que fijan la responsabilidad de los administradores. El punto de partida es el art. 157 de la nueva ley; dice así: "Los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen". En íntima relación con este artículo está el 161 que dice: "La responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, salvo lo dispuesto en el art. 153". Este artículo es el que concede acción directa a los accionistas que representen, cuando menos, el 33% del capital.

Ahora bien: la base jurídica de estas disposiciones es la contractual, la que dimana del contrato de mandato entre la sociedad y los administradores considerados como mandatarios.

En armonía con este criterio, se encuentra la responsabilidad solidaria de los administradores, que consagra el art. 158 antes citado, que expresamente la establece en favor de la sociedad.

Estas disposiciones de la ley descansan, por tanto, clara y expresamente en la idea del vínculo jurídico entre la sociedad mandante y los administradores.

Este criterio se encuentra en oposición con el sistema corporativo que norma el funcionamiento de la sociedad anónima como se ha demostrado

ampliamente, y con especialidad al examinar el carácter de los administradores, como órgano de la sociedad, y no como mandatarios.

Entonces quedó claramente asentado, que el funcionamiento de un cuerpo organizado, y la gestión de mandatarios, son sistemas que se excluyen. Entonces se vio claramente, que la actividad del órgano significa necesariamente la del sujeto de derecho mismo, es decir, la de la sociedad que para ello tiene personalidad jurídica; mientras que el funcionamiento del mandatario es un funcionamiento de representación respaldado por el mandante.

Hay más, el sujeto colectivo de derecho, como es la sociedad anónima, está constituido, como se ha visto antes, *erga omnes*, para entrar al comercio jurídico por sí mismo; y para lograr ese fin, la ley lo somete a un régimen legal de orden público, que protege tanto a los acreedores, como a los miembros orgánicos de ese sujeto de derecho. Protege, pues, la ley el interés público, el interés social; y como consecuencia, al imponer una responsabilidad sobre los administradores, ésta tiene también que ser legal, de orden público, y no privada y contractual, como es la que se impone al mandatario.

A tal extremo es importante esta consideración, que aún a la luz de la antigua ley francesa, las sociedades anónimas de 1867, regida todavía por la idea contractual, ley que concede la acción de responsabilidad contra los administradores, no sólo a favor de la sociedad sino también a favor de tercero, los tratadistas estimaron que la sociedad misma tiene deberes para con el público, y si los infringe, dice Thaller (Soc. por accs. No. 676), "incurre en una responsabilidad comparable con la de un funcionario en falta".

En una interesantísima sesión de la Sociedad de Legislación Comparada, que tuvo verificativo en París, el día 23 de Enero de este año, el Sr. Carabiber, abogado adscrito en la Corte, hacía ver cómo la teoría del mandato ha perdido su eficacia, y se expresaba en esta forma: "La teoría del mandato se revela cada vez más y más insuficiente, sobre todo, si se consideran las funciones de verdaderos gestores de la riqueza nacional que desempeñan los directores de las grandes sociedades que hacen un llamamiento al ahorro público". Y después de acertadas reflexiones, terminaba con esta pregunta: "¿En consecuencia, puede uno preguntarse si habría imposibilidad jurídica o inconveniente mayor, en asimilar a los administradores de las sociedades que atraen el ahorro público, a los depositarios o funcionarios públicos, que dan una mala inversión a los fondos a su cargo, como lo previenen los artículos 169 a 173 del Código Penal y castigan con trabajos públicos?".

Y demostraba su conclusión con este penetrante raciocinio que debiera ser el fundamento de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas: "Es un medio eficaz para servir las finanzas públicas, el poner la riqueza pública que suministra la materia de los impuestos, al abrigo de *razzias* que la sacrifican periódica e impunemente. Proteger la fuente de los dineros públicos es tan necesario, si no es que más, que proteger el contenido de las cajas públicas".

El derecho inglés en la novísima Ley Companies Act. de 1929, sanciona la responsabilidad con las acciones de orden público que establece enumeradas minuciosamente por violación del trust confiado a los administradores. Para tal fin dispone que a demanda de accionistas que puedan invocar motivo justo, y que representen un décimo de las acciones emitidas —un tercio si se trata de sociedades bancarias —el Ministerio de Comercio puede designar uno o varios inspectores competentes, para investigar los negocios de una sociedad y rendir un informe. Si de éste resulta que los administradores o algún delegado de la sociedad han cometido una infracción de que sean penalmente responsables, el Ministerio de Comercio remite el expediente al Director de Procedimientos Públicos (al Ministerio Público o Procurador de Justicia, como diríamos nosotros).

La legislación italiana dentro de la concepción fascista, fundada en la necesidad de considerar todos los fenómenos económicos bajo el punto de vista nacional, en sus leyes de diciembre de mil novecientos treinta y junio mil novecientos treinta y uno, aumenta las penas en que incurren los administradores de sociedades anónimas, y en el informe rendido al Rey para fundar esas leyes se dice: "Las sociedades por acciones absorben el ahorro nacional, y los que dirigen esas sociedades no administran tales capitales pertenecientes a tales o cuales individuos, en números más o menos reducidos, sino un capital nacional. La mala versación y la disipación de los capitales de la sociedad son disipación de la riqueza nacional y perjudican directamente la fuerza económica de la nación y, por tanto, su poder".

Estas reflexiones pueden tener aplicación aun en las leyes de países que no admiten el régimen fascista, por estar fundadas plenamente en el buen juicio y la razón.

Es, pues, notorio que dentro del régimen corporativo de las sociedades anónimas modernas, la responsabilidad de los administradores no debe estar regida por la ley del mandato, sino por la ley de orden público a que están sometidas. En la acción contractual, la responsabilidad de los administradores se reduce al cumplimiento del contrato y a la indemnización de perjuicios, fácilmente eludible. Sería en todo caso acción concedida a la sociedad en la que afecta la vida externa de ésta. La acción de orden público es más amplia, no se limita a exigir el cumplimiento de un deber, de una obligación, sino que protege la confianza puesta en el administrador. Ella tiende a conservar el régimen interno de la sociedad. Si bien protege a terceros en sus relaciones con ésta, cuando el régimen interno se altera, principalmente protege a los miembros de la colectividad constituidos en sujeto de derecho de esa colectividad anónima, compuesta de número indefinido de individuos del público de los negocios que adquiere y revende las acciones que representan el capital de la sociedad anónima. Por medio de la acción de orden público establecida por la ley para conservar el régimen jurídico que informa la organización colectiva, infringido por los administradores, se pone también en función la acción individual del accionista, no para proteger su interés personal, sino el interés común corporativo. Pone también en relación directa a los órganos principales, consejos de administración y

comisarios de vigilancia, con el accionista, que —si bien forma parte orgánica de la asamblea general—, es órgano de la colectividad, con derecho para obtener por medio de su custodia y vigilancia, el funcionamiento del régimen interior de la institución.

Es así como se evita efectivamente, la formación de minorías que representen la parte débil del cuerpo organizado, víctimas de mayorías que apoyan las irregularidades de la administración.

Mas para esta acción de orden público sea eficaz, es preciso que la ley determine y fije los casos en que puede ser ejercida, y evitar el abuso, porque así como no hay nulidad sin ley, tampoco existe responsabilidad sin ley que la imponga y que la sancione.

En el proyecto de ley votado por el Senado Francés en junio de 1934; en las leyes inglesas, la Companies Act. de 1929 y la Larency Act.; en la alemana de 1931, en la belga de 1913, cada una, según las características de cada país, se enumeran los numerosos actos que imprimen responsabilidad en los administradores de las sociedades, al apartarse del propósito de interés común del sujeto de derecho, y en provecho propio, personal o de un grupo adicto, o por actos delictuosos, y se concede acción individual o colectiva a los accionistas a fin de resguardar los derechos violados por tales actos, que se castigan con penas pecuniarias de un millar a veinte millares de la unidad nacional monetaria y con penas de prisión y aunque de trabajos forzados.

Esto, pues, significa que la ley, y no el contrato de mandato, es el fundamento de las responsabilidades que pesan sobre los administradores.

La nueva Ley de Sociedades carece de disposiciones para ese efecto, y únicamente impone responsabilidad solidaria a los administradores en el art. 158, por omisión de hechos prescritos por la ley, sin expresar sanción alguna, y deja un gran vacío en la determinación de hechos que importan responsabilidad y que la ley debe reprimir.

En suma, la acción para exigir la responsabilidad en que incurren los administradores no es la contractual, por falta de cumplimiento de las obligaciones que impone el mandato.

Esa acción es de orden público, por desviar en provecho propio, la función orgánica administrativa de interés común, de la colectividad, faltando así a la confianza depositada en el administrador.

Esa acción, por estar fundada en motivos de orden público, debe ser individual. Aparte de las medidas represivas que proporciona la acción de responsabilidad, según acaba de verse, existen medios preventivos de suma importancia para mantener incólume el régimen jurídico de la institución. Para ese efecto establece la ley, el órgano de vigilancia por medio de uno o varios comisarios.

En este particular, la nueva ley es no sólo más explícita que el Código de 1889, sino también muy acertada en las disposiciones que contiene.

En el artículo 166 enumera las facultades y obligaciones de los comisarios, constituyéndolos interventores en todas las operaciones administrativas, ya sea por medio de su concurrencia a las sesiones del Consejo de Administración, ya por medio de su facultad de inspeccionar los libros y

papeles de la sociedad y la existencia en caja, y de exigir de los administradores la balanza mensual de comprobación de las operaciones efectuadas; ya por medio de su intervención en la formación del balance anual que debe contener una especificación del capital exhibido y por exhibir, de la existencia en caja, de las cuentas de activo y pasivo, de la de pérdidas y ganancias y los datos necesarios para mostrar claramente el estado económico de la sociedad, con un informe general de la marcha de los negocios durante el ejercicio económico, como lo exigen los arts. 172 y 173. Los comisarios deben de formular un dictamen del balance, con las observaciones y propuestas que consideren oportunas y con expresión de las quejas u observaciones que hayan podido formular los accionistas sobre irregularidades de la administración.

En el ejercicio de estas facultades deben proceder los comisarios con honradez y diligencia, para no incurrir en responsabilidad.

Este régimen de vigilancia, como se ve, está fundado en las mismas consideraciones de orden público que las que organizan el régimen de administración, y, por tanto, le es aplicable todo lo expuesto sobre esa materia. Excusado es decir que la responsabilidad de los comisarios no es contractual, sino orgánica. Para mejor definir las facultades de los comisarios hubiera sido conveniente establecer la práctica de exigir la revisión de la contabilidad por medio de auditores, lo cual daría gran valor a las observaciones de los comisarios en su dictamen sobre el balance anual. También habría sido útil expresar que los accionistas tienen el derecho de ser ayudados por los comisarios en el examen del balance anual durante el plazo concedido para ese fin antes de la asamblea general de accionistas.

La función orgánica de vigilancia está, pues, debidamente reglamentada en la nueva Ley de Sociedades.

En relación con esta materia, es conveniente llamar la atención sobre el derecho concedido a los accionistas en los artículos 175 y 186, para examinar el balance anual durante los quince días anteriores a la celebración de la asamblea general. Este derecho no debe limitarse a título de guardar el secreto de la negociación. Es un derecho otorgado a un órgano del régimen jurídico del sujeto de derecho y corresponde al propósito expresado en la exposición de motivos de hacer intervenir individualmente a todos los accionistas en la aprobación del balance anual y no sólo por medio del órgano de vigilancia. Sin esa intervención del accionista individualmente considerado, no puede concebirse el funcionamiento del órgano soberano de la institución, de la asamblea de accionistas.

Como conclusión de todo lo expuesto, hay que decir que la sociedad anónima, según la reglamenta la Ley General de Sociedades Mercantiles, es un acto jurídico solemne por virtud del cual se instituye un sujeto colectivo de derecho, con nombre propio impersonal, bajo un régimen corporativo legal, de orden público, con el propósito de realizar una finalidad concreta comercial, por medio de elementos económicos de que está dotada, representados por títulos negociables, de igual valor nominativos o al portador.