

sociedad anónima: por subscripción pública ó por la comparecencia de dos ó más personas que subscriban la escritura social.

En el primer caso exige: la publicación del programa; segundo, la subscripción del capital; tercero, la celebración de la Asamblea General que apruebe y ratifique la constitución de la sociedad; y cuarto, protocolización del acta de la Asamblea General Constitutiva y de los Estatutos. (Art. 167.)

El programa debe contener (Art. 168) íntegros el proyecto de los Estatutos con todas las explicaciones necesarias; la exhibición que se exija del capital social: la comprobación del valor que se atribuya á los títulos, efectos, bienes muebles é inmuebles con que uno ó más socios contribuyeren á la sociedad. Los Estatutos deberán contener todos los requisitos que exige el art. 95 y además la manera de convocar y llevar á cabo la primera Asamblea General.

Como sanción de estas exigencias la ley pronuncia la nulidad de la sociedad que se establezca contraviniéndolas, la que se declarará á petición de cualquiera de los socios según el art. 96.

¿Es bastante esta sanción? ¿Quedan resguardados y satisfechos con ella los intereses de los accionistas y de los acreedores de la sociedad?

El buen sentido responde que ningún efecto práctico se consigue con que cualquier accionista pida la nulidad de la sociedad, si esa nulidad no trae consigo la responsabilidad de los fundadores, quienes, por no haberle dado la publicidad necesaria la han presentado con un defecto radical que puede traer gravísimas consecuencias, sobre todo si se descubre después que la sociedad ha practicado un cierto número de operaciones. Si, pues, la impericia, negligencia ó mala fe de los fundadores ha ocasionado la nulidad de la sociedad, nada más justo que dando cuenta de sus propios actos reparen los da-

ños que causen é indemnicen los perjuicios por esos mismos actos producidos.

Siendo esto así, conviene definir qué personas deben ser consideradas como fundadoras. "Una sociedad, sobre todo una sociedad numerosa, dice Duvergier, en la Exposición de motivos del proyecto de ley de 1863, no se forma por el consentimiento espontáneo de todos sus miembros; la idea primera pertenece siempre á una ó á algunas personas, que, después de haberla madurado, tratan de propagarla. Solicitan y obtienen adhesiones, fundan verdaderamente la sociedad. El voto de la ley es que los fundadores sean asociados. El primer título no puede convenir más que á aquellos que tienen derecho al segundo. Un individuo que por sugerencias llegara á determinar á cierto número de capitalistas, de comerciantes ó de industriales, á formar una sociedad á la cual él permaneciera extraño, no sería más que un agente, un intermediario; no se podría darle el título de fundador y considerar digna de alguna confianza su declaración sobre que el capital hubiera sido subscripto íntegro y que la cuarta parte ha sido invertida."

Así, pues, tiene que dejarse un poder de apreciación muy amplio á los Tribunales para que califiquen si los actos de un socio, no calificado como fundador en los Estatutos ó en el acta constitutiva de la Sociedad, pueden sin embargo las circunstancias demostrar lo contrario, y hacer ver la parte que él ha tomado en la constitución de la Sociedad. Viceversa alguna persona puede haber concurrido á la primera Asamblea General, presenciado la subscripción y las inversiones, y sin embargo otras circunstancias demostrar que en efecto no tiene tal carácter de fundador.

Así lo ha declarado la sentencia de la Corte de París de 28 de Mayo de 1869, en el negocio de los créditos generales de Saint Nazaire. Un Síndico, en nombre de los acreedores, demandó la responsabilidad á tres personas por la nu-



lidad de la sociedad, quienes jamás habían sido denominadas fundadoras, pero, fundándose en que asociadas en la primera Asamblea General habían concurrido á la ratificación de las subscripciones, de las inversiones, etc., la Corte rechaza esta pretensión diciendo: "Considerando que no han sido fundadores de la sociedad de los créditos de Saint Nazaire, que no se debe considerar como tales más que á aquellos que crían la empresa, dirijen los Estatutos, reúnen las primeras Asambleas de accionistas, y hacen llamamiento á los capitales; que no han formado parte jamás, ni los unos ni los otros, del Consejo de Administración....."

Además de los fundadores deben ser responsables de esa nulidad los administradores que, teniendo la obligación de aprobar y ratificar la constitución de la sociedad, han dejado de hacerlo.

La responsabilidad de estas personas debe considerarse bajo dos puntos de vista, con relación á los terceros y con relación á los accionistas.

¿Quiénes son los terceros? Los intérpretes, después de discutir sobre el particular, declaran que por terceros deben entenderse, no los interesados en la sociedad, sino los acreedores sociales. Si los intérpretes están de acuerdo sobre esta responsabilidad como consecuencia de la nulidad de la sociedad, no lo están en cambio; sobre la extensión del derecho de los acreedores. ¿Pueden reclamar á los fundadores y á los primeros administradores el monto íntegro de sus créditos contra la sociedad ó tienen razón para pretender el monto del perjuicio que les causa la nulidad de la sociedad? No los seguiremos en esa discusión porque radica sobre textos especiales de la ley francesa de los que nosotros carecemos y pierden por completo su interés. (Véase Larue de la Resp. des fond. des adminis. et des Commis. desurveillance de la Soc. Anon. págs. 63 á 90.)

Respecto de los accionistas la responsabilidad puede ser

vestir dos formas: puede considerárseles en masa como representando la sociedad ó individualmente.

El primer caso se refiere á los subscriptores originarios, quienes podrán recoger el monto íntegro de sus subscripciones según que hayan cubierto la totalidad ó parte de su acción.

El segundo caso es el de un adquirente que en el curso del funcionamiento de la sociedad ha comprado acciones á un precio superior al de emisión.

En ambos casos la jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo en que se conceda á los accionistas una reparación de acuerdo con las reglas del derecho común.

En ningún precepto de nuestro Código se encuentran disposiciones encaminadas á este fin y es notorio que las necesidades sociales reclaman la existencia de esta clase de preceptos.

La subscripción del capital no tiene otra sanción que la del art. 169 y basta su lectura para comprender que este punto también queda enteramente abandonado á la buena fe de los fundadores y primeros administradores. Además, los términos del artículo dejan en duda algunos casos ya resueltos por la jurisprudencia. "El pago del cuarto sobre las acciones subscriptas, dice la sentencia de casación de 19 de Marzo de 1894, de la Corte francesa, sin el cual la sociedad no puede ser válidamente constituida, según la ley de 24 de Julio de 1867, debe de ser efectivo, y no puede resultar de un juego de escrituras ó de operaciones sobre los libros de la sociedad; pero este pago puede efectuarse á nombre de cada uno de los subscriptores de acciones por banqueros deudores de estos subscriptores. El banquero que recibe así los fondos y que se hace depositario de ellos para con la sociedad, puede conservarlos hasta la constitución definitiva de la misma. Si el mismo banquero, deudor del subscriptor, es el encargado de recoger la subscripción, y este banquero se acepta como solven-



te, basta el abono de éste á la sociedad para que se considere hecho el pago." — (Sirey Colec. tom. de 1896 I. — 260). Esta sentencia sirve para fijar la responsabilidad y dá al legislador una pauta que debe tenerse en cuenta para los casos á que ella se refiere.

La fracción III del art. 167 también carece de sanción y ya hemos visto las razones que hay para considerar responsables á los primeros administradores de los vicios de constitución, pudiendo considerarse las mismas respecto de los que concurren á la primera Asamblea General, puesto que teniendo la obligación de examinar los actos de los fundadores, los aprueban, no debiendo aprobarlos. Además muchas veces sucede que esta Asamblea está formada por los mismos fundadores, y en vano invocarían que sus actos habían sido aprobados por ella; pues sería absurdo que los que incurrían en responsabilidad pudieran por sí mismos libertarse de ella.

De la fracción IV del art. 167, ya hemos hablado al tratar de la nulidad y son aplicables á ella las observaciones que dejamos apuntadas.

Respecto de la constitución de la sociedad por el segundo medio que establece el art. 166, tenemos que manifestar que puede faltarse á cualquiera de los requisitos que establece en su segunda parte el art. 175, con entera impunidad y sin que esto dé motivo para que siquiera se declare nula la sociedad. Una sentencia de nuestros tribunales así lo declara terminantemente "Considerando..... en el supuesto de que no se dé cumplimiento al segundo inciso de ese artículo (el 175) no incurrirá la sociedad en la pena señalada por el 96, pues éste solamente declara nulo el pacto social, cuando se omite alguno de los requisitos prescritos en el art. 95 del propio Código, no siendo de aceptarse el razonamiento que hace el Juez en su sentencia sobre que, estando mandado observar el art. 95, por el art. 175: siendo éste complementario

de aquel, es inconcuso que la omisión de alguno de los requisitos referentes á la escritura, establecidos por tales disposiciones, trae consigo la nulidad del pacto social, pues la ley solo ha querido conminar con esa nulidad la omisión de los requisitos que enumera el art. 95 y la que se alega de no haberse agregado á la escritura la comprobación del valor de los bienes que aportaron los socios, podrá hacer defectuosa la escritura, pero nunca traerá como consecuencia la nulidad del pacto social, supuesto que siendo un principio general de derecho que las nulidades son de estricta interpretación, no deben declararse sino cuando la ley lo previene expresamente "(Sent. de 6 de Enero de 1896. Trib. 1º de Circ. D. F.) Vemos, pues, que este precepto contiene prescripciones convenientes, pero ilusorias; militando las mismas razones para que los accionistas posteriores á la constitución de la sociedad y los acreedores sociales exijan la responsabilidad á las personas que hayan suscripto la escritura del mismo modo que pueden exigirla á los fundadores y primeros administradores en las sociedades que se constituyen por subscripción pública.

Entre nosotros no son simples teorías las que dejamos consignadas: la estadística demuestra que los vicios de constitución son harto frecuentes en nuestras sociedades anónimas. Hasta fines del año pasado estaban registradas doscientas ochenta y siete escrituras de sociedad: de éstas ochenta y nueve extranjeras y ciento noventa y ocho sociedades anónimas mexicanas. De las primeras sesenta y tres cumplieron con el requisito establecido por el art. 24 del Cód. de Comercio por lo que se refiere al certificado de estar constituidas con arreglo á las leyes del país respectivo expedido por el Ministro que allí tenga acreditado la República ó en su defecto por el Cónsul mexicano y veintiseis no cumplieron con este requisito y están constituidas con infracción del precepto



citado y del que establece la frac. I del art. 265 del Código citado.

Respecto de las sociedades anónimas mexicanas, sesenta y nueve han cumplido con los requisitos del Cód. de Comercio y ciento veintinueve no han cumplido con esos requisitos. Estos datos arrojan las siguientes alarmantes proporciones:

	Cumplieron.		No cumplieron.	
Socs. Exs.	89	63 ó sea $\frac{2}{3}$ aprox <sup>te</sup> .	26 ó sea $\frac{1}{3}$ aprox <sup>te</sup> .	
Socs. Ans. Mexs.	198	49 „ $\frac{1}{3}$ „	129 „ $\frac{2}{3}$ „	

En estas últimas se observan los siguientes vicios: escrituras sin estar subscripto todo el capital, sin estar exhibido el diez por ciento, sin valúo de los bienes introducidos en la sociedad, sin registrar en el lugar de la ubicación de los bienes raíces, sin capital determinado, con obligación los accionistas de pagar exhibiciones una vez pagado el importe de las acciones, sociedades civiles con el carácter de anónimas, sociedades anónimas en que hay socios industriales, constituidas en escritura pública con solo la protocolización del acta de la primera Asamblea, sin obligación de pagar los accionistas más que el diez por ciento primitivo y el resto con las utilidades, la mayor parte de las mineras sin estar registradas en el lugar de la ubicación de la mina. Todo esto en contravención de los principios que regulan las sociedades anónimas y de los artículos 170, inciso primero, 95, fr. IV., 23, 167 y 163 del Cód. de Comercio.

Pasemos ahora al funcionamiento de la sociedad. El Código está dominado por la idea de que la administración es temporal y revocable y que los socios que la desempeñan se consideran como mandatarios, concediendo al Consejo de Administración las más amplias facultades, á no ser que ha-

ya disposición contraria en los Estatutos. (Arts. 187 y 189. Cód. Com.)

La responsabilidad del Consejo de Administración se fija por el art. 195, en los siguientes términos: «Los administradores son responsables para con la sociedad conforme al derecho común en la ejecución del mandato que han recibido y de las faltas cometidas en su gestión.»

Es imposible señalar todos los casos de responsabilidad en que puede incurrir el Consejo de Administración: los autores señalan la distribución de dividendos ficticios de que nos ocuparemos en su oportunidad y la violación de los Estatutos. «Infringirlos, dice Larue, es con respecto á los accionistas, traspasar el mandato conferido y aceptado, con respecto á los terceros, cambiar las condiciones de un contrato puesto que el examen de los Estatutos se debe suponer que ha debido preceder en estos últimos para dar el consentimiento á la convención intervenida entre ellos y la sociedad. Tal es el principio.» (op. cit. pág. 116.)

Además son responsables: por su negligencia (Artículo 2,360. Cód. Civ.), por la atribución de facultades (Artículo 2,362 id.) tienen obligación de rendir cuentas (Artículo 2,363 id.) y de entregar los objetos recibidos al tiempo de comenzar la administración y durante ella (Art. 2,364 id.) así como deben pagar intereses por las sumas que pertenezcan á la sociedad y que hayan distraído de su objeto é invertido en provecho propio, así como por las cantidades en que resulten alcanzados desde la fecha en que se constituyen en mora (Art. 2,366 id.); el Consejo de Administración no es responsable solidariamente (Arts. 2,367 y 2,368 id.) Esta última disposición no está de acuerdo con la jurisprudencia (Lyon—Caen etc. L. Renault) dice: «Los administradores son responsables hacia la sociedad y hacia los acreedores sociales. La responsabilidad de los administradores es solidaria ó individual? Esto depende: es solidaria cuando la fal-



ta es común, es individual en el caso contrario. Pero aun cuando se trate de faltas individuales, las acciones depositadas en la caja social por los administradores sirven de garantía á todos los actos de su gestión hay así en este caso una especie de solidaridad cuyo efecto está restringido á estas acciones. Se sobreentiende que los administradores á los cuales no hay falta que reprochar, tienen un recurso contra los otros sobre los cuales debe pesar, en definitiva, exclusivamente la responsabilidad» (op. cit.) Ya se vé que el precepto del derecho común no puede aplicarse jurídicamente en sus términos restrictivos, pues la solidaridad de los miembros del Consejo puede resultar del acto mismo de que se trate.

Se ve igualmente que el Código dá las más amplias facultades á los administradores sin cuidar de que las responsabilidades estén á la altura de las facultades.

No solo son responsables los administradores sino también los que les ayuden en la ejecución de los actos que producen responsabilidad, así lo dice la sentencia de la Corte de París de 14 de Abril de 1892: «Una casa de Banco que ha prestado su concurso á la emisión de obligaciones de una sociedad industrial, es con buen derecho declarada responsable para con los tenedores de obligaciones, que las han suscripto bajo la fé de prospectos mentirosos, cuando dicha casa ha tomado una parte directa en la redacción de estos prospectos, cuyas inexactitudes no podía ignorar; la casa bancaria no puede ser considerada como un simple intermediario entre la sociedad que solicitaba el préstamo y el subscriptor de las obligaciones, abriendo sus despachos para recibir las subscripciones sin ser responsable de los medios empleados.»

En la sentencia arriba citada (19 de Marzo de 1894) se establece también la división de la responsabilidad según las funciones de cada uno: «La responsabilidad puede ser

dividida entre los miembros del Consejo de vigilancia en proporción á la extensión y gravedad de las faltas cometidas y se puede tomar en consideración: 1º que uno de ellos era el presidente del Consejo: 2º que con este título era el especialmente encargado de las memorias dirigidas á la Asamblea: 3º que conocía personalmente á los deudores de la sociedad y 4º que en la época en que la sociedad se constituyó, había prometido el concurso de su experiencia y de sus aptitudes especiales.»

Hemos visto que la acción para exigir la responsabilidad se concede á los socios y á los acreedores, así lo dice Lyon-Caen, loc. cit. Larue op. cit. pág. 127 y el art. 44 de la ley francesa á que nos hemos referido. Los socios ejercitan la acción *mandati* y los terceros la nacida *ex-delicto* ó *quasi ex-delicto* por los perjuicios que la gestión de los administradores haya podido causarles. A este respecto nuestro Código dispone: «La responsabilidad sólo podrá ser exigida por la Junta General de accionistas ó por la persona autorizada por ésta.»

Esta disposición no es justa, ni está de acuerdo con los principios que dominan la materia. No se nos ocultan, sin embargo, los fundamentos en que se la hace descansar y que han sido expresados por el primer Abogado general Dupre-Lasalle en el negocio del Crédito Mobiliario. «Es, dice, la consecuencia del principio constitucional de las sociedades, como de todos los seres morales, que la voluntad de la mayoría se imponga á la minoría: si pues la mayoría domina en todos los negocios sociales, cómo no ha de dominar en aquel que los reasume á todos, en la depuración y el reglamento de las cuentas?» A pesar de esto creemos que con esa disposición se desconocen los principios del mandato; la cuestión es bien sencilla: si una persona recibe de varias un mandato y en el desempeño de éste se apropia las sumas que se le dieron para su gestión, abandona el negocio, ó se rehusa á dar cuen-



tas: ¿habrá alguien que en buen derecho sostenga que porque la mayoría de los mandantes esté conforme con esos actos, priva éste hecho á los demás de la facultad de exigir á su mandatario la devolución de las sumas percibidas, la rendición de cuentas y la indemnización por su negligencia?

Esta especie de fuero que se otorga al Consejo de Administración es, á no dudarlo, la fuente más fecunda de los abusos que se cometen. De allí deriva que los Consejos se consideren omnipotentes y que miren con el más profundo desden las justas peticiones de los accionistas.

Comprendemos que la tendencia de la ley ha sido colocar al Consejo en una independencia completa: se ha querido impedir que los accionistas descontentos, arrastren á los Tribunales á los administradores, produciendo así el desprestigio de la sociedad: todas estas tendencias son muy loables; pero no justifican la iniquidad de que se pueda perjudicar á los accionistas, y porque estos no forman mayoría, negarles una justa reparación: allí donde los administradores violen el mandato que se les confirió, debe nacer la acción en favor de todo aquel que se sienta perjudicado.

A fin de obviar los inconvenientes que se dejan indicados, debe concederse la acción á un número de accionistas que representen una parte alícuota del capital que puede ser la cuarta, ó á cualquiera de ellos que caucione debidamente el importe de los perjuicios que, en caso de sucumbir deba satisfacer á la sociedad. Esos perjuicios podían calificarse por peritos nombrados en los términos que fija nuestra ley de procedimientos.

Estas decisiones han sido consagradas por la jurisprudencia.

El art. 17 de la ley francesa que hemos citado repetidas veces, dice: "Los accionistas, representando la vigésima parte al menos del capital social, pueden, en interés común, encargar á sus expensas á uno ó varios mandatarios que sos-

tengan, tanto demandando como defendiéndose, una acción contra los Gerentes ó los miembros del Consejo de vigilancia, representándolos, en este caso, en justicia sin perjuicio de la acción que cada accionista pueda intentar individualmente en su nombre personal. "Bedarride, comentando este artículo dice: "El derecho de los accionistas de hacerse representar por Comisarios está expresamente consagrado, pero su ejercicio es puramente facultativo. Por numerosos que sean los accionistas, si lo juzgan útil, podrán ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos personal é individualmente.—Ninguno pondrá en duda la ventaja que hay en simplificar los procesos, utilizar el tiempo, disminuir los gastos; pero esta ventaja no podría autorizar á violentar las voluntades y á imponer un acto tan grave como la institución de un mandatario: también no puede menos que aplaudirse al legislador de 1867 de haberse abstenido de ello y en el párrafo siguiente: "Pero lo que nos parece menos digno de aprobación es la condición á la cual ha creído deber subordinar el ejercicio de la facultad. No lo permite más que si los accionistas representan la vigésima parte al menos del capital social. Así, si este capital es de veinte millones, los accionistas deberán representar un millon al menos; si no representan más que novecientos noventa y nueve mil francos, su pretensión de litigar por Comisarios no sería ni admisible ni fundada. Tanto como el legislador de 1856 había querido alcanzar este resultado, otro tanto parece que el legislador de 1867 quiso separarse de él" en seguida cita las palabras del relator: "Litigar por mandatarios es una excepción al Derecho común, que importa restringir en lugar de extender. Beneficiar á las minorías sin preocuparse de la parte que representen en el capital social, es exponer á la sociedad á ataques indiscretos, estimular el espíritu litigioso, abatiendo el obstáculo que debe detenerlo, la carga de los gastos que ocasiona el litigio." (Bedarride op. cit. §§ 301 y siguientes).



La sentencia de casación francesa de 6 de Febrero de 1896 dice: "Un accionista de una sociedad anónima ó en comandita por acciones puede ejercer contra los miembros del Consejo de Administración ó del Consejo de Vigilancia de esta sociedad, una acción individual por responsabilidad, á pesar de la aprobación ó del finiquito—quitus—que les haya sido dado por la Asamblea General de accionistas, si los hechos sobre los que se funda la acción de responsabilidad consisten en la violación de los Estatutos ó de la ley, y por consecuencia del mandato que la sociedad y cada uno de sus miembros habían conferido al Consejo de Administración ó de Vigilancia." (Cól. cit. tomo de 1897. I 132.)

Y no podía ser menos, porque es un principio de justicia que no puede conciliarse el que asienta Lord Macauley: "Ningún hombre debe ganar jamás contraviniendo á las leyes." (Véase además Larue, pág. 153 y siguientes.)

Los arts. 188 y 197 dicen: "La administración de las sociedades anónimas será confiada á un Consejo de Administración y á uno ó más directores. La gestión de los negocios de la sociedad, así como su representación en lo que á ella concierna, serán encomendadas, como lo indica el artículo 188, á uno ó más directores generales, cuyo nombramiento, revocación y atribuciones se determinarán en los Estatutos.

"La responsabilidad de estos agentes se rige por las reglas del derecho común." Los términos de este último artículo han hecho surgir la duda sobre si se debe considerar al director dentro de la regla del derecho común relativa al gestor de negocios ó al apoderado. La duda sin embargo se disipa fácilmente. Lyon Caen, etc., L. Renaul dicen: "Al lado del Consejo de Administración se encuentra á menudo un empleado superior de la sociedad designado frecuentemente bajo el nombre de Director. Es, según los Estatutos, elegido por el Consejo de Administración ó por la Asamblea Ge-

neral de accionistas; puede suceder, como lo supone la ley, que se le elija entre los miembros del Consejo de Administración. Nada impide por lo demás tomarlo de fuera de la sociedad; á menudo el Consejo de Administración no contiene personas que tengan aptitudes especiales para ser Director y por lo demás hay ventajas en no tomar al Director de los administradores, á fin de que les sea más sumiso", (op. cit. § 281) infiérese de aquí que para ser director se requiere una elección ó un nombramiento, de manera que debe ser considerado como mandatario.<sup>1</sup>

Los Comisarios son también considerados como mandatarios. Deben ser siempre nombrados por la Asamblea general, salvo el primer nombramiento que puede hacerse en la escritura, siendo siempre reelegibles y su cargo revocable, sin que valga estipulación en contrario y tienen á su cuidado la vigilancia de la Sociedad, caucionando su manejo con el depósito de acciones que marquen los Estatutos (Art. 198); tienen derecho ilimitado de inspeccionar y vigilar operaciones, libros, documentos y en especial tienen el deber de comprobar el balance, respecto del cual presentarán proposiciones razonadas á la Asamblea (Art. 199); y su responsabilidad se rige por la de los miembros del Consejo.

Aunque la responsabilidad se rija por las mismas reglas, las funciones son enteramente distintas. Los Comisarios vigilan, comprueban, advierten, pero no ordenan. La extensión del mandato no es la misma que la de los administradores, y Bedaride sostiene que no son responsables para con los terceros; pero sus fundamentos los deriva de los términos

<sup>1</sup> Además de los casos que hemos señalado, tenemos que añadir el de los arts. 184 y 185 sobre compra de sus propias acciones á las sociedades anónimas, cuyos preceptos están, y nos complacemos en reconocerlo, enteramente de acuerdo con las teorías que dejamos expuestas.

No sucede lo mismo con el caso que rige el art. 186 referente á la prohibición de