

SISTEMA ECONÓMICO. EL DERECHO TRADICIONAL RÉGIMEN MERCANTIL

Emilio CARRILLO GAMBOA

La evolución de las organizaciones sociales ha requerido que, frente a los derechos de las personas, se establezca un régimen de derecho especial en el que a las relaciones mercantiles, o para mejor decir, las que se animan con espíritu de lucro, sean reguladas, a fin de que puedan desarrollarse dentro de cauces que vigilen su adecuado desempeño.

Algunas de estas organizaciones caen dentro del ámbito del derecho civil, tal como son las sociedades civiles, que han sido cubiertas por otros colaboradores de este libro, por lo que únicamente trataré sobre las que son materia del Código de Comercio y la legislación que de él se deriva, dentro del contexto general de los valores éticos tutelados en el derecho positivo mexicano.

Solamente hago una corta referencia al origen de la legislación mercantil en nuestro país, que se encuentra, según expone en un espléndido ensayo el maestro Barrera Graf, del que tomo únicamente el título de las disposiciones más destacadas, en las estipulaciones de las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao, que estuvieron vigentes en el México colonial y en los primeros años de nuestra vida independiente, y posteriormente en los Consulados y sus Ordenanzas. El 15 de noviembre se dicta el Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles, y en 1854 se expide el primer Código de Comercio Mexicano, conocido como Código Lares (de corta vigencia) por el nombre de su autor. En 1884 se promulgó el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, antecedente de nuestro Código de Comercio actual que data del año de 1887, promulgado por el entonces presidente Porfirio Díaz.

Ésta es quizá la legislación que, en su estructura básica, más larga vida ha tenido en nuestro sistema legal, y a pesar de las reformas que ha sufrido, y los desprendimientos habidos de ella, aún perdura.

Desde siempre se ha hablado de la necesidad de redactar un nuevo Código, del que existe un proyecto que tiene varias décadas en estudio, y

sin embargo, a pesar del interés que en diferentes épocas han puesto sobre el tema las autoridades y los juristas, hasta ahora no se ha encontrado el modelo que permita afirmar que este Código del siglo XIX merece ser sustituido por uno nuevo, que se asome ya al siglo XXI.

La razón de ello puede encontrarse en que, por una parte, los principios fundamentales de este Código continúan vigentes y, por la otra, que al ser el derecho mercantil una materia en continua evolución, por el progreso de los negocios y de la sociedad en general, se han ido incorporando a nuestro sistema legal nuevas formas y figuras, que sin violentar principios fundamentales y básicos, dan estructura a las nuevas ideas.

Baste para ello pensar por un momento en la Ley del Mercado de Valores, que introduce nuevas fórmulas accionarias, y en la Ley de Inversión Extranjera que establece los certificados fiduciarios como forma de tenencia accionaria en empresas prohibidas y las acciones neutras, etcétera.

Dentro de esta evolución, el propósito de este trabajo es tratar de identificar los principios éticos que rigen nuestro sistema legal mercantil, procurando introducir juicios acerca de su validez y su posible perfeccionamiento en nuestro futuro.

Es en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en donde se encuentra el texto positivo más claro en cuanto a una responsabilidad ética se refiere, cuando impone a las instituciones fiduciarias la obligación de "obrar siempre como buen padre de familia". No se requiere más para establecer que el comportamiento de una institución debe estar apegado a los mejores principios de actuación en cuanto al manejo y cuidado de los bienes que le han sido confiados. Claramente ésta es una disposición específica, pero debiese ser un concepto rector de aplicación más general en las relaciones jurídicas, especialmente las comerciales.

La primera pregunta es: ¿quiénes pueden ser comerciantes, a los que se aplica el régimen del derecho mercantil?, y la ley los define como cualquier persona capaz para obligarse y a quienes las leyes no les prohíben expresamente ejercer el comercio, como son los corredores, los quebrados no rehabilitados, los condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

Reflexionemos un instante sobre ello: si a estas disposiciones vigentes desde 1890 se les hubiese dado una sanción más específica, como sería la de no poder admitirlos como socios en una empresa mercantil (lo cual da la calidad de comerciantes a personas que carecen de los atributos

básicos de honestidad), quizá estaríamos en el caso de tener que suprimir de la lista de actores comerciales a un número de personas que no cumplen con dicho requisito.

La obligación de anunciar la apertura de un establecimiento, el nombre del encargado de la administración y el domicilio, no persigue un fin simplemente publicitario, dar a conocer que ya está en el comercio, sino de información al público acerca de los responsables del manejo de dicho comercio.

Igualmente, la obligación de inscribir en el Registro Público actos tan diversos como son las capitulaciones matrimoniales para conocer si los bienes de los cónyuges pueden ser dados en hipoteca conjunta o separadamente, o inscribir los bienes de los hijos sujetos a patria potestad, aunque parezcan arcaicos y de poca o ninguna aplicación práctica, persiguen un propósito de información pública que evita desvíos.

Dentro del concepto de protección de los derechos de terceros —los que no son parte de un acto mercantil determinado— se incluye la necesidad de llevar contabilidad, que en forma acuciosa detalla el Código de Comercio. Este tema por si solo ha ameritado multitud de análisis, ya que si bien el simple registro contable cumple con los requisitos del Código, la influencia de las disposiciones fiscales —que imponen un tratamiento obligatorio a determinadas partidas de ingresos, gastos e inversión— además de la influencia de la inversión extranjera, hacen que el concepto de certeza en la contabilidad y en las cifras que ella arroja sea cada día más difícil de definir a título universal, puesto que para llegar a un resultado determinado —como puede ser la utilidad repartible— es preciso tomar en consideración las convenciones contables y fiscales, nacionales y extranjeras, que fueron aplicadas, aun en el caso de empresas que dictaminan sus balances por contador público.

Considero que sería un tema a examinar la conveniencia de incluir dentro de nuestro derecho positivo alguna obligación específica de dictamen por contador público, al menos para empresas que alcancen volumen mínimo de ingresos, pues con ello se tendría mayor certeza de las cifras para los socios y terceros.

La enumeración de los actos de comercio es larga, y podríamos decir que comprende todos los actos en los que se persigue obtener una ganancia por encima del costo del objeto vendido, por lo que, salvo quien accidentalmente realice estos actos, la calidad de comerciante abarca a casi todos los sectores de la actividad social.

Y lo interesante es que, al referirse el Código a los contratos mercantiles, por una parte se da una gran libertad al decir que, sin necesidad de cumplir con formalismos, las personas se obligan en los términos en los que aparezca que quisieron obligarse, salvo en los casos en donde la ley indique otra cosa, como por ejemplo, elevar a escritura pública un contrato de sociedad.

Ello permite toda la creatividad en la búsqueda de soluciones que convengan las partes, en contra de la formalidad de los actos del derecho civil, con la única limitación de que no contengan convenciones ilícitas, estipulación que el legislador concibió como una limitante para que la creatividad del derecho mercantil no llegase hasta el punto de permitir operaciones o pactos prohibidos por otras leyes.

Igualmente, es conveniente recordar lo que el Código de Comercio establece en cuanto a préstamos mercantiles, que lo son todos los que se otorgan entre comerciantes. Y ahí encontramos una disposición que aunque vigente no debería existir hoy: establecer un interés legal del seis por ciento, cifra que si en su origen tuvo la intención de evitar la usura, en la práctica resulta totalmente anacrónica y solamente sirve a deudores morosos que consideran a éste como el dinero de menor costo. Otra estipulación vigente, establecida también en beneficio de los deudores y que con los problemas económicos que estamos observando es importante, consiste en que los intereses vencidos y no pagados no causarán más intereses, aunque pueden ser capitalizados.

El concepto de las ventas mercantiles tiene principios particulares; por ejemplo, se establece que son mercantiles todas las ventas que se hagan con el propósito de traficar, o sea, obtener una ganancia como motivo principal de la venta. No requieren de formalidad alguna, simplemente el consentimiento mutuo, y en caso de desavenencia sobre los objetos vendidos, serán dos comerciantes los que deben ser llamados a intervenir sobre la inconformidad. Se utiliza el concepto de "arras", como sinónimo de depósito a cuenta del precio. Se someten, al igual que el derecho civil, a la evicción, pero no se podrán rescindir por causa de lesión, dado que se supone que dos comerciantes conocen las materias en venta, pero se podrán exigir daños y perjuicios en el caso de malicia o fraude.

No es el propósito hacer una exposición acerca de los juicios mercantiles que regula el mismo Código, que tienen como principal característica el procurar un procedimiento más expedito que el juicio ordinario civil, especialmente a partir de las reformas que entraron en vigor en agosto

de 1996. Sin embargo, en lo que a ética se refiere, es interesante repasar las causas por las cuales un juez debe excusarse de conocer de ellos, y destacan, por ejemplo, el conflicto de interés, la relación de intimidad surgida de algún acto religioso o civil, sancionado y respetado por la costumbre, asistir a convites que ofreciere alguno de los litigantes, o bien, aceptar dádivas de alguna de las partes.

También debemos hacer destacar, entre los impedimentos para actuar como testigos, a los menores de catorce años, los dementes y los idiotas, los ebrios consuetudinarios, el tahúr de profesión, y el enemigo capital.

Es importante el concepto de “fama pública”, que, para admitirse como prueba, se requiere sea uniforme, constante y aceptada por la generalidad de la población y que no tenga fundamento en “las preocupaciones religiosas o populares, ni en las exageraciones de los partidos políticos”, sino en una tradición racional que la compruebe.

Dejemos ahora el Código de Comercio para analizar uno de los textos que se han desprendido de él, y que es quizá el de mayor aplicación y actualización hoy en día: la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En los ya lejanos tiempos de la Facultad de Jurisprudencia, en el curso de Sociedades Mercantiles se dedicaba más de la mitad del mismo a la sociedad anónima, un poco de tiempo a la sociedad en nombre colectivo, un poco más a la sociedad de responsabilidad limitada y éramos casi omisos respecto a la sociedad en comandita en sus dos variantes.

Esto ha cambiado en la práctica, fundamentalmente por la mayor influencia que el flujo de inversión extranjera tiene en nuestro país, lo que quizá amerita que sea un tema que proceda a abordar desde luego.

Es de todos conocido que una de las características principales de una sociedad mercantil es la de reconocerle personalidad jurídica propia, distinta de la de los socios que la integran. Ello, que puede ser considerado un atributo *sine qua non* para que una persona se involucre en los negocios, tiene a su vez una contrapartida: las utilidades y, sobre todo, las pérdidas de la sociedad no pueden alcanzar directamente a los socios para que los mismos las utilicen a fin de que, a su vez, resten dichas pérdidas de las utilidades que obtengan de otros negocios para darles un efecto fiscal en el extranjero. Esto es importante, sobre todo cuando se trata de inversionistas extranjeros involucrados en proyectos de largo plazo en los que, por razón natural, los primeros años generan pérdidas.

Ello ha producido que se utilice con cada vez mayor frecuencia en nuestro país la figura que puede parecerse a una *partnership* norteameri-

cana, en la que puede romperse el velo corporativo a fin de que las utilidades o las pérdidas puedan fluir hasta el socio y no quedarse en la sociedad. Las figuras jurídicas nuestras que se asemejan a esa *partnership* son la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad en comandita, lo que ha hecho que tengan un mayor uso en nuestra práctica mercantil, aunque es válida la pregunta de si no sería, a la vez, conveniente, en el caso de sociedades que hayan hecho fluir las utilidades o las pérdidas a su matriz, que el acreedor nacional pudiese quedar protegido con una acción que evite la limitación de responsabilidad al capital de la sociedad.

Refiriéndose a la ética mercantil es necesario que pasemos ahora a analizar la manera como se establece el involucramiento personal de los socios —quienes serían los primeros obligados a observarla— en las diversas formas de organización contempladas por la ley, y como esos atributos personales, si bien no dejan de existir, pierden relevancia en la medida en que las sociedades se convierten en grandes corporaciones manejadas por una administración profesional que no necesariamente participa en el capital.

El primer requisito que establece la ley es la licitud del objeto de la sociedad, fundamental para que ella pueda gozar de la personalidad jurídica distinta de la de los socios, tema que es aplicable a todo tipo de organización.

La segunda es el cumplimiento de una formalidad, es decir, la necesidad de elevar a escritura pública el contrato social, con lo que se garantiza el acceso de terceros a dicho contrato por la consulta del mismo en el Registro Público. La sanción de no hacerlo no es la de impedir que la sociedad funcione, dado que ello sería prácticamente imposible de descubrir a menos que se presente un acto concreto de denuncia de un tercero, sino que se le permite operar como sociedad irregular en la que, al no crearse la personalidad jurídica distinta de la de los socios, ellos asumen una responsabilidad ilimitada ante terceros por los actos que realicen.

En cuanto a la importancia de las cualidades personales de los socios, se ubica en un extremo la sociedad en nombre colectivo, en donde la influencia de los asociados es determinante, lo que recoge la ley en varios requisitos que le son exclusivos:

Primero, se prohíbe a un asociado participar en un negocio similar, lo que es absolutamente entendible, dado que se espera que todo su esfuerzo se concentre en una empresa y no en varias de objeto similar.

Segundo, a pesar de que se les reconoce una personalidad jurídica distinta, no opera la limitación de responsabilidad, sino que ella continúa siendo ilimitada para los socios, aunque se permite que el contrato social señale que a algunos de ellos se les limite.

Tercero, el fallecimiento de uno de los socios implica la disolución de la sociedad, salvo que los estatutos permitan que continúe.

Cuarto, la admisión de nuevos socios requiere del consentimiento unánime de todos ellos, así como la modificación del contrato social, aunque se permite se pacte el derecho de la mayoría de aprobarlo, con el consecuente derecho del socio que esté en contra de retirarse de la sociedad.

Quinto, la ley —primero en sus disposiciones generales, pero que aquí expresamente se reiteran— recoge la posibilidad de que se otorgue una participación adecuada a un socio llamado industrial que, careciendo de capital, tenga las características o conocimientos personales que hagan viable la realización del negocio, y por ello, de ser uno solo, le reconoce la misma participación en las decisiones que la que tenga el que representa el mayor capital, además de que le corresponde la mitad de las utilidades, y se le asigna el derecho a percibir alimentos, que se consideran como anticipos de utilidades, en el caso de haberlas, sin que esté obligado a su devolución en caso de no haberlas.

Simplemente para ubicarnos en el otro extremo de este involucramiento personal, debemos considerar que las sociedades que tengan inscritas sus acciones en Bolsa, pueden, de acuerdo con la Ley del Mercado de Valores, emitir acciones denominadas serie "L", o limitadas, en las que el socio se desentiende casi por completo de los aspectos de manejo de la empresa en la que participa, a cambio únicamente de percibir el mismo dividiendo que reciban los accionistas comunes, y solamente acuden a las asambleas cuando los estatutos les conceden ese derecho.

Entre estos dos extremos se encuentran las demás formas de organización que la ley permite.

En la sociedad en comandita se dividen los socios en dos: aquellos sin cuya participación se considera que el negocio no es viable, a los que denomina comanditados, cuyas características de responsabilidad ilimitada y participación en la sociedad son similares a las de los socios de la sociedad en nombre colectivo, y los socios comanditarios, o sea aquellos que consideran que sus recursos pueden ser manejados en forma aceptable por los que sí tienen responsabilidad en la operación diaria y que por ende son los que integran los órganos de administración.

Por ello, a estos últimos la ley no les reconoce el derecho de intervenir en la administración cotidiana de los asuntos sociales, ni aun en calidad de apoderados de los comanditados y, de hacerlo por más de un mes y solamente en el caso de fallecimiento del socio administrador, incurren en responsabilidad ilimitada frente a terceros.

Estas personas, a los que debemos considerar exclusivamente como capitalistas del negocio, solamente intervienen en las reuniones de socios, a fin de aprobar las cuentas sociales, para lo cual pueden incluso designar un interventor, aprobar la inclusión de nuevos socios y en caso de estar en desacuerdo con la decisión mayoritaria les asiste el derecho de retiro, al igual que cuando se designe administrador a una persona ajena a la sociedad.

La protección de los derechos minoritarios, cuyo fundamento es un principio elemental de justicia, se da, en todos estos casos, en forma binaria: o se está de acuerdo con una votación unánime, o bien, se permite el manejo por las mayorías, pero se tiene el derecho de retiro para el disidente.

Hasta aquí puede afirmarse que la actuación de las empresas se identifica, en forma inmediata, con la gestión ética y responsable de sus socios.

Un paso que todavía aleja más el involucramiento personal es la sociedad de responsabilidad limitada.

En este caso, por naturaleza se le concede dicha limitación de responsabilidad, hasta el monto de sus aportaciones, a todos los socios, y de ahí que ya resulte factible para ellas utilizar una denominación social, en la que el nombre de los socios puede no ser incluido, dado que los terceros conocen de antemano que es la sociedad la única que responde con sus haberes de los compromisos asumidos, salvo en los limitados casos en los que es factible ir más allá y fincar responsabilidad personal.

El vínculo personal se conserva al quedar prohibida la emisión de acciones, por lo que los socios adquieren partes sociales, una por cada uno de ellos, que, salvo para efectos de votación en los que se les asigna un voto por cada mil pesos —se entiende que pesos viejos— la parte social puede representar cualquier valor y su transmisión queda sujeta a las mismas reglas, en términos generales, aplicables a la admisión de socios en la sociedad en nombre colectivo. Es decir, sigue contando la característica de la persona más que su capital para admitirlo como asociado.

Es conveniente mencionar al respecto dos peculiaridades que operan en sentido inverso: una es la de que se señala por primera vez en la ley el requisito de un capital mínimo, tres mil pesos nuevos, lo que es congruente con la limitación de la responsabilidad, dado que con ello los ter-

ceros conocen que, al menos, el patrimonio social se integra por esta cantidad. La otra es la que limita a cincuenta el número de socios que pueden formar parte de este tipo de empresa, lo que fundamenta la idea de que, siendo una sociedad de personas, es difícil concebir que un grupo reunido por características personales pueda conservarse homogéneo dentro de un número más grande de asociados.

En este tipo de sociedades los derechos de la minoría se limitan con respecto a los que gozan en las formas de organización antes descritas, pues ya se reconoce a la mayoría el derecho de adoptar acuerdos en las asambleas, y es solamente en el caso de que el nombramiento de administradores recaiga en personas que no sean socios cuando el disidente tiene el derecho de separación, o sea que no le asiste este derecho cuando simplemente pierde una resolución de la asamblea de socios frente a otros que representen un mayor capital.

Se autoriza, por primera vez, la posibilidad de emitir partes sociales de goce en favor del socio que haya obtenido la amortización de su capital, lo que le permitirá continuar obteniendo dividendos e incluso el derecho a recibir una parte del haber social cuando, en la liquidación, las partes sociales que representen numerario hayan obtenido su reembolso plenamente.

Esta figura debe ser analizada con respecto a la posibilidad de incluir al socio industrial dentro de un trato similar, más aún cuando el socio de goce no asume obligación de participación activa en el manejo de los asuntos sociales como sí lo hace el socio industrial.

Cabe también dejar apuntada la inquietud con respecto a la situación de un socio industrial, en el caso de liquidación, cuando las utilidades hayan sido capitalizadas, dado que la ley es omisa en cuanto al trato que al mismo corresponde con respecto al haber social, aunque podría suponerse equivalente al del socio capitalista.

El funcionamiento de la sociedad de responsabilidad limitada en mucho es semejante al de la sociedad anónima, excepción hecha, por una parte, del nombre con el que designa a los administradores, a quienes denomina "gerentes", pero sin ninguna diferencia sustancial con respecto a las responsabilidades que los miembros de un consejo de administración asumen respecto a la sociedad. Solamente es clara la acción que asiste a los socios de fincar responsabilidades a los gerentes, hasta por el monto del haber social.

Sin embargo, llama la atención que la ley no establezca como requisito para formar parte del Consejo de Gerentes el no estar inhabilitado para

ejercer el comercio, como sí lo señala para los consejeros de la sociedad anónima, a pesar de que los gerentes pueden, también, ser personas ajenas a la sociedad.

La mayor diferencia, como ya se comentó, se encuentra en los requisitos para la transmisión, división o venta de partes sociales, en cuyo caso se requiere del consentimiento de la asamblea de socios para que ello sea factible, lo que es congruente con el carácter de sociedad de personas. Igualmente, las convocatorias a asambleas conllevan una nota personal: el uso de correo certificado y no una publicación por periódico, dado que la sociedad conoce, por el libro de registro que no puede ser modificado salvo por acuerdo de asamblea, quiénes son sus socios.

Lo mismo puede decirse del consejo de vigilancia, cuya omisión es permitida, pero que, de establecerse, puede estar integrado por los mismos socios o terceros, dado que es un órgano directo de intervención de los socios no administradores sobre aquellos que sí lo son.

El mayor desarrollo de la doctrina y la práctica se ha dado en el campo de la sociedad anónima, al grado que resulta difícil hacer una aportación sobre el tema ético.

Quizá es también en los derechos de las minorías y en la responsabilidad de los administradores en donde existe un mayor campo al respecto, dado que como se ha afirmado recientemente, estamos observando en forma creciente el fenómeno de que las grandes empresas cada vez se alejan más de una administración en la que participan los accionistas y en las que normalmente son los integrantes de los cuerpos directivos, del consejo o la dirección para abajo, en donde residen las decisiones fundamentales de la sociedad, incluida la observancia de la ética mercantil.

En cuanto a las minorías, si bien la ley permite que existan acciones con derechos diferentes, la única limitación genérica que establece es la de que no pueden excluirse a los socios de las ganancias. A cambio de la limitación de voto, la ley permite la emisión de acciones denominadas "preferentes", que pueden participar en forma limitada en las asambleas extraordinarias de accionistas y que, a cambio de ello, tienen derecho a un dividendo acumulativo y preferente de cinco por ciento, y una preferencia en las cuotas de liquidación.

La actual Comisión Nacional Bancaria y de Valores, desde hace años, ha aplicado en forma consistente la política de no permitir el listado en Bolsa de acciones preferentes que no tengan las características señaladas por la ley, adicionadas con la necesidad de ser participantes, es decir,

que una vez cubierto a todas las acciones el dividendo mínimo garantizado de cinco por ciento, todas las acciones tendrían que recibir el mismo dividendo, con el fin de acabar con la práctica de limitar a las preferentes al dividendo del cinco por ciento. En las acciones Serie "L", si bien se limitan más los derechos de voto y el dividendo no es acumulativo ni preferente, sí se conserva el principio de que todas participen por igual en las utilidades.

Sin dejar de reconocer el efecto práctico que para atraer inversión tiene la posibilidad de emitir acciones "L", no puedo dejar de apuntar mi duda acerca de si estas acciones pueden considerarse absolutamente compatibles con las estipulaciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que acepta limitaciones de voto a cambio de una preferencia en los dividendos, que son además acumulativos cuando no se ha entregado al menos el mínimo pactado, y una preferencia en el caso de liquidación, es decir, su reembolso es anterior al de las acciones comunes.

Uno de los propósitos de la sociedad anónima es dar facilidad a la transmisión de las acciones representativas de su capital, si bien distinguiendo en la práctica, mas no en la legislación —salvo, de nuevo, a las empresas con acciones inscritas en bolsa—, a los socios con interés en la administración, que normalmente integran el Consejo, de los que no lo tienen.

El único símil, si bien lejano, con una sociedad de personas, se encuentra en la posibilidad de que, de autorizarlo así el contrato social, se pueda pactar que las acciones no sean transmisibles salvo con el acuerdo expreso del consejo de administración, no de la asamblea de accionistas, la que debe designar un comprador a precio de mercado, pero no puede impedir el acceso de un nuevo socio.

Al igual que en las acciones "L", la Ley de Sociedades es modificada por la Ley del Mercado de Valores —en cuanto a empresas con valores colocados entre el gran público— cuando la primera prohíbe a la empresa adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial en pago de créditos a la sociedad, pues de hecho se reduce el capital que garantiza los compromisos ante terceros. Sin embargo, la Ley del Mercado de Valores sí permite una adquisición temporal, con fines de regulación de mercado, si bien obliga a la reducción temporal del capital, efectuándose ésta sin ninguna formalidad, lo que es válido, dado que la reserva para compra de acciones solamente puede constituirse por acuerdo de asamblea y con utilidades líquidas.

Existen otros dos tipos de acciones que no tienen las características de transmisión libre. Se trata de las acciones de trabajo, cuya emisión en nuestro medio se ha presentado muy recientemente a pesar de existir desde años atrás la posibilidad de crearlas; y las acciones de goce, de las que al menos en mi experiencia profesional no he conocido caso alguno. En las acciones de trabajo se entiende el propósito que persiguen: estimular a las personas que prestan sus servicios a la sociedad y colaborar a su éxito, mediante la emisión en su beneficio de un título que no diluya las acciones de los capitalistas y se comporte de manera diferente en cuanto a sus reglas de operación. En lo que respecta a las acciones de goce, es difícil encontrar la razón de preservar un título que genere derechos cuando las acciones que le dieron origen fueron amortizadas.

En cuanto a los órganos de administración, se repite el requisito ya señalado en el Código de Comercio, pero que no es explícito en ninguna otra de las formas sociales, de que para ser administrador o gerente se requiere no estar inhabilitado para ejercer el comercio.

Como esta es la típica sociedad de capitales, la separación entre los socios y los administradores es evidente, porque los primeros solamente actúan por medio de las asambleas, ordinarias o extraordinarias. En cambio, recae en los administradores —consejo y gerentes— la responsabilidad del manejo diario.

Por ello, si bien se establecen los derechos de las minorías, nombrar un consejero por una minoría de 25% del capital —o del 10% para las sociedades inscritas en Bolsa, único caso en el que hay referencia expresa a ellas en la Ley de Sociedades— la participación de las minorías en el manejo de los asuntos sociales es incomparablemente menor a la intervención que tienen en las sociedades de personas.

Tanto los accionistas como los administradores y comisarios tienen la obligación de abstenerse de una resolución cuando tengan un interés opuesto al de la sociedad, bajo la sanción de resarcir los daños y perjuicios que causen, en el caso de los administradores, y de la nulidad de las resoluciones —si su voto fue determinante— en el caso de los socios.

Los administradores asumen una responsabilidad solidaria con la sociedad respecto a la realidad de las aportaciones, el cumplimiento de los requisitos para el pago de dividendos, el mantenimiento de la contabilidad y del cumplimiento de los acuerdos de las asambleas. Ello confirma que para efectos de los accionistas y terceros, son los administradores en

quienes recae la representación y gestión social, más que en los dueños de la misma.

El exigirles responsabilidades requiere de un acuerdo de asamblea, con el fin de evitar la multiplicidad de instancias individuales, y de prosperar, su remoción implica la inhabilitación para ejercer de nuevo el cargo, salvo que por sentencia judicial se declare infundada la acción en su contra. Esta acción también puede intentarse por accionistas que representen el 33% del capital, siempre que no hayan aprobado la resolución combatida.

En lo que toca a la vigilancia, debe hacerse destacar que no pueden ser comisarios los inhabilitados, los empleados de la sociedad ni de sociedades relacionadas, ni los parientes de los administradores, requisitos que persiguen mantener la imparcialidad del comisario, quien a su vez tiene la obligación de abstenerse cuando tenga un interés contrario a la sociedad.

Una característica particular de nuestro sistema jurídico que no tiene referencia en el derecho anglosajón es la prohibición de celebrar convenios que restrinjan la libertad de voto de los accionistas. En este tema en particular me parece que, así como paulatinamente se está creando un sistema especial de regulación para las sociedades públicas, sería conveniente analizar si para determinados tipos de sociedades están permitidos convenios de accionistas que le brinden mayor estabilidad a la gestión social.

Existe también la prohibición a los administradores y comisarios para actuar como representantes de accionistas en las asambleas, así como la de abstenerse de votar sus propias acciones en la aprobación de las cuentas sociales, bajo pena de nulidad si el voto del administrador fue determinante en la aprobación.

El derecho de separación de un socio —tan importante en otras estructuras— es sumamente limitado en la sociedad anónima, ya que el principio fundamental es que ella se rige por la mayoría, por lo que solamente se le concede en el caso de cambio de objeto, nacionalidad, transformación o fusión.

Tomando en cuenta que la administración de la sociedad recae en el consejo y en los gerentes, estando el accionista lejos de las resoluciones, considero que debería perfeccionarse paulatinamente el régimen que vincule en mayor medida la responsabilidad, sobre todo de los gerentes, a la honestidad e imparcialidad del manejo de la sociedad —dado que puede considerarse que de hecho ejercen una función fiduciaria— en beneficio de los accionistas, que al menos limite lo que está sucediendo en los Esta-

dos Unidos, en donde se está creando, como una fuerza distinta a la de los accionistas, la de los administradores profesionales, que, sin una mayor inversión de capital, dominan las decisiones de la empresa en el sentido que a ellos les parece más conveniente, lo cual es plausible si de verdad ocurre con decisiones bien fundamentadas, pero que, de prestarse a lucro indebido, desvía de la sociedad y sus dueños rendimientos que solamente a ellos pertenecen.

Al respecto es conveniente recordar que, dentro del régimen especial de las empresas en Bolsa, existe la prohibición para las personas que dispongan de información privilegiada —entendiéndose como tal el conocimiento de actos, hechos o acontecimientos capaces de influir en los precios de los valores hasta en tanto dicha información sea pública— de utilizarla por sí o por interpósita persona. Esta prohibición es aplicable a los miembros del consejo, directivos, auditores externos, comisarios y secretarios de órganos colegiados, a los accionistas que detenten más del 10% del capital, a los asesores y otros.

Si bien el fundamento de la disposición es pretender alterar las cotizaciones en el mercado de valores, considero que una disposición similar que otorgue el derecho al socio no administrador de intentar una acción contra el administrador que se beneficie indebidamente de su posición debiera analizarse.

Pasemos ahora al tema de las empresas que, por su operación no exitosa, caen dentro del ámbito de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

En cuanto a nuestro tema, la ley establece que el síndico no podrá designar como delegados o apoderados a los parientes hasta el cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad del quebrado, a los que tengan el mismo grado de parentesco con los miembros de consejos de administración o gerentes en las sociedades de capitales o de los socios con responsabilidad ilimitada, los parientes del juez, y los amigos íntimos o enemigo manifiesto, el apoderado, el abogado o los socios o personas que tengan comunidad de intereses con el quebrado o miembros de su consejo. Además, si bien la quiebra no limita los derechos civiles del quebrado, éste no podrá desempeñar cargos que requieran la plena posesión de ellos.

En las quiebras, se establece que la fortuita es la que se presenta a un comerciante a quien vinieren infortunios que, debiendo estimarse causados en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil —único caso en que la legislación introduce el concepto de prudencia—,

reduzcan su capital al extremo de tener que cesar en sus pagos. Por otra parte, en las quiebras culpables, se consideran como causales de ellas los gastos excesivos y desproporcionados, y el haber perdido sumas desproporcionadas en juegos y apuestas. En cuanto a la quiebra fraudulenta, los comerciantes no podrán ejercer el comercio ni desempeñar cargos en la administración de sociedades, por el tiempo que dure la condena.

Hasta aquí este breve trabajo sobre la ética en el derecho positivo en cuanto al régimen mercantil tradicional se refiere. Seguramente otros capítulos versarán sobre los temas especializados de aplicación a sociedades con objetos específicos.

Solamente una observación final: dada la gran creatividad que existe, alentada por la ley, en el derecho mercantil, quizá sea en los propios códigos y si no, en los estatutos de las empresas, en donde los conceptos éticos de una buena administración deben tener una expresión más acabada. Un esfuerzo adicional en ese sentido sería muy recomendable.