

RESPONSABILIDADES DE LOS CONSEJEROS DE LAS EMPRESAS EN EL MÉXICO ACTUAL

C.P.C. MANUEL SÁINZ ORANTES

Integrante de la Comisión Fiscal del IMCP

CON LA PARTICIPACIÓN DE LA LIC. ANA SOFIA RÍOS ARTIGAS

DIRECTORIO

C.P.C. Diamantina Perales Flores
PRESIDENTE

C.P.C. Laura Grajeda Trejo
VICEPRESIDENTE GENERAL

C.P.C. Ludivina Leija Rodríguez
VICEPRESIDENTE DE RELACIONES Y DIFUSIÓN

C.P.C. Héctor Amaya Estrella
VICEPRESIDENTE DE FISCAL

C.P.C. Gerardo Jesús Alvarado Nieto
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN FISCAL

C.P.C. Víctor M. Pérez Ruiz
RESPONSABLE DE ESTE BOLETÍN

**LOS COMENTARIOS PROFESIONALES DE ESTE ARTÍCULO SON
RESPONSABILIDAD DEL AUTOR, SU INTERPRETACIÓN SOBRE LAS
DISPOSICIONES FISCALES PUEDE DIFERIR DE LA EMITIDA POR LA
AUTORIDAD FISCAL.**

INTEGRANTES DE LA COMISIÓN FISCAL (COFI) DEL IMCP

Aguilar Millán, Federico
Alvarado Nieto, Gerardo Jesús
Amezcuza Gutiérrez, Gustavo
Arellano Godínez, Ricardo
Argüello García, Francisco
Cámara Flores, Víctor Manuel
Cavazos Ortiz, Marcial A.
De Anda Turati, José Antonio
De los Santos Valero, Javier
Erreguerena Albaitero, José Miguel
Eseverri Ahuja, José Ángel
Esquivel Boeta, Alfredo
Franco Gallardo, Juan Manuel
Gallegos Barraza, José Luis
Gómez Caro, Enrique
Hernández Cota, José Paul

Juárez Álvarez, Salvador
Lomelín Martínez, Arturo
Mena Rodríguez, Ricardo Javier
Mendoza Soto, Marco Antonio
Moguel Gloria, Francisco Javier
Navarro Becerra, Raúl
Ortiz Molina, Óscar
Pérez Ruiz, Víctor Manuel
Puga Vértiz, Pablo
Ramírez Medellín, José Cosme
Ríos Peñaranda, Mario Jorge
Sáinz Orantes, Manuel
Sánchez Gutiérrez, Luis Ignacio
Uribe Guerrero, Edson
Zavala Aguilar, Gustavo

RESPONSABILIDADES DE LOS CONSEJEROS DE LAS EMPRESAS EN EL MÉXICO ACTUAL

C.P.C. MANUEL SÁINZ ORANTES
Integrante de la Comisión Fiscal del IMCP
CON LA PARTICIPACIÓN DE LA LIC. ANA SOFIA RÍOS ARTIGAS

Las responsabilidades que hoy en día enfrentan los miembros de los consejos y órganos de administración de las empresas en nuestro país, constituyen un tema de prioritaria atención, pues si bien, mediante el Consejo se proponen y adoptan las decisiones corporativas más importantes y se implementan las directrices para cumplir con los objetivos propuestos de las empresas, también es cierto que la actividad de sus miembros se encuentra sujeta a diversas responsabilidades derivadas de los estatutos sociales de la empresa, de los poderes y facultades que detentan y, sobre todo, las que se derivan de la legislación aplicable.

Por tal motivo, la diligencia en el actuar de los miembros de los órganos de administración resulta fundamental y, sobre todo, la concientización respecto de las obligaciones legales que reviste su cargo, así como las posibles implicaciones que estas puedan derivar en ámbitos tan relevantes como el fiscal, el corporativo y el penal.

RESPONSABILIDADES

A. ÁMBITO FISCAL

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Es una realidad que la materia fiscal es un tema que inquieta a todos los gobernados, particularmente en tiempos recientes y derivado de los constantes cambios que sufre, provocando entre los gerentes, administradores y/o directores de las empresas el cuestionamiento natural respecto a las responsabilidades a que se podrían encontrar afectos por sus cargos y, si estas podrían incluir o involucrar el riesgo de tener que responder de modo individual por adeudos de la empresa al fisco, o bien, el papel que les corresponde en la ejecución o cobro de los mismos.

Por regla general, la responsabilidad en el pago de contribuciones recae en los contribuyentes obligados. No obstante, el artículo 26 del Código Fiscal de la Federación (CFF) establece diversos supuestos de responsabilidad solidaria para aquellos casos en que el contribuyente incumple. De particular interés para el caso que se analiza, la fracción III establece aquellos casos en los que la persona o personas, cualquiera que fuera el nombre con que se les designara, que tuvieran conferida la dirección general, la gerencia general o la administración única de las empresas, adquieren el carácter de responsables solidarios.

Ahora bien, con motivo de la reforma fiscal para 2020, la cual entró en vigor el 1 de enero, se implementaron diversos cambios en la legislación tributaria, entre los cuales se incluyeron importantes modificaciones al referido artículo 26 del CFF y, específicamente, al contenido de las fracciones III y X, entre otras, lo cual tuvo como resultado la ampliación del catálogo de supuestos de incumplimiento que fungen como detonantes para que opere la responsabilidad solidaria de los directores, gerentes, y administradores de las empresas para con estas.

Al respecto y, de manera general sin profundizar en cada supuesto, las hipótesis normativas de incumplimiento para las empresas que se encontraban vigentes previamente a la reforma fiscal para 2020, eran únicamente los siguientes:

- No solicitar su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes.
- Cambiar su domicilio sin presentar aviso después de iniciadas las facultades de comprobación de la autoridad fiscal y antes de que se dicte resolución o después de determinado un crédito fiscal y antes de que éste sea cubierto o quede sin efectos.
- No llevar contabilidad, ocultarla o destruirla.
- Desocupar su domicilio fiscal sin presentar el aviso de cambio.

Tras la Reforma Fiscal para 2020 fueron adicionados a los anteriores, los siguientes supuestos de incumplimiento para las empresas:

- No localizarse en el domicilio fiscal registrado ante el Registro Federal de Contribuyentes.
- Omitir enterar a las autoridades fiscales, dentro del plazo legal, las contribuciones que hubieran retenido o recaudado.
- Encontrarse en el listado definitivo de Empresas que Facturan Operaciones Simuladas (EFOS).
- Encontrarse en el listado definitivo de Empresas que Deducen Operaciones Simuladas (EDOS) por un monto superior a \$7'804,230.
- Encontrarse en el listado definitivo de contribuyentes que transmitieron, adquirieron o disminuyeron indebidamente pérdidas fiscales, en ciertos supuestos.

De lo anterior, se puede advertir que los supuestos vigentes representan un riesgo mayor para los posibles sujetos de la responsabilidad solidaria, ya que se podría incurrir en ellos no sólo de forma involuntaria, sino también fortuita, pues dentro de las hipótesis de incumplimiento se encuentran situaciones que no necesariamente se encuentran bajo el completo control de la empresa y menos aún, bajo el control de dichos posibles sujetos de la responsabilidad solidaria.

Por ejemplo, no es difícil imaginar un escenario en donde una empresa con un volumen importante de operaciones para las que requiere una amplia base de proveedores, eventualmente alguno de sus proveedores apareciera en el listado definitivo de EFOS, situación en la cual la empresa receptora de los bienes o servicios poco o nulo control tendría y, aun así, al pretender efectuar la deducción de los gastos correspondientes, se convertirá en EDO y si el monto a deducir fuera superior al límite legal, entonces incluso se actualizará un supuesto de responsabilidad solidaria para sus directores, gerentes, y administradores, ello con independencia de severas consecuencias penales que no son materia de este artículo.

La responsabilidad solidaria anterior será únicamente hasta por aquella parte del adeudo que no alcanzara a ser garantizada con los bienes de la empresa, cuando dichas empresas hubieran incurrido en ciertos supuestos de incumplimiento a la norma fiscal que ahí mismo se prevén, durante la gestión de la persona o las personas responsables.

En esos términos, se hace patente la necesidad de que los posibles sujetos de responsabilidad solidaria atiendan puntualmente y prioricen los aspectos de prevención, monitoreo y de supervisión cercana y permanente del cumplimiento de las obligaciones fiscales de las empresas de las que forman parte, incluyendo una estructura y mecanismos de control de gobierno corporativo robustos que proporcionan elementos de protección para la empresa, sus consejeros y funcionarios.

Es importante mencionar que no obstante que la ley menciona específicamente a los directores, gerentes y administradores únicos, bajo una interpretación amplia, considerando que el texto legal habla de la persona o personas (en plural), cualquiera que sea el nombre con que se les designe, que tengan conferida la administración y, dependiendo del régimen societario que tenga cada empresa, se podría interpretar que la responsabilidad establecida en las disposiciones descritas alcanza también a los miembros del consejo de administración en virtud de que éste tiene a su cargo la administración de la sociedad.

No obstante lo anterior, en última instancia, es pertinente evaluar cada caso en particular, pues de una interpretación literal de la norma, al referirse a tener conferida la “administración única” de una empresa, pudiera sostenerse que necesariamente se dirige la obligación a los casos en los que exista un administrador único y, no así, un consejo de administración, pues bien se pudo haber hecho referencia a administradores en forma genérica pero no es así como lo establece la norma, más aún, si tomamos en consideración que los diversos supuestos de “dirección general” y “gerencia general” hacen alusión a cargos unipersonales.

FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA

Es importante considerar que, en términos del artículo 19-A del Código Fiscal de la Federación, las personas morales para presentar documentos digitales podrán optar por utilizar su firma electrónica avanzada, o bien, hacerlo con la firma electrónica avanzada de su representante legal; sin embargo, se presumirá sin que se admita prueba en contrario, que los documentos digitales que contengan la firma electrónica avanzada de las personas morales, fueron presentados por su administrador único, el presidente del consejo de administración o la persona o personas, cualquiera que sea el nombre con el que se les designe, que tengan conferida la dirección general, la gerencia general o la administración de la persona moral, en el momento en el que se presentaron dichos documentos generales.

La presunción anterior obliga a los directores, administradores y gerentes de las empresas a ser especialmente cautelosos con el uso de la firma electrónica avanzada de la empresa, a efecto de evitar incurrir en actos que les serán imputados presuntamente por ministerio de ley, para lo cual se sugiere explorar la posibilidad de la designación de representantes legales que puedan, dentro del marco de las facultades que se les confieren, actuar en representación de la empresa a través de la utilización de sus firmas electrónicas avanzadas para determinados trámites.

B. ÁMBITO CORPORATIVO

Independientemente de lo anterior, los miembros del consejo de administración de las empresas tienen además otro tipo de responsabilidades inherentes a su cargo y que derivan de las obligaciones impuestas por la ley y contenidas en los estatutos sociales de las empresas.

Al respecto, dichos miembros del consejo de administración tienen una responsabilidad fiduciaria frente a la sociedad y deben conducir sus acciones con la prudencia y cuidado que utilizarían para sus propios negocios, así como indemnizar los daños y perjuicios que ocasionen a dicha sociedad por la falta de cuidado en el ejercicio de su deber de diligencia o por el incumplimiento de las obligaciones que confiere su cargo.

Los consejeros son responsables de comunicar por escrito tanto al comité de auditoría, como al auditor externo, en caso de existir, o en su caso, a los socios y accionistas, todas las situaciones que se puedan detectar o conocer y que correspondan a irregularidades en relación con los actos llevados a cabo por sus predecesores. Igualmente, los administradores están obligados a actuar y tomar decisiones libres de cualquier conflicto de interés, ya que, en caso contrario, estos podrán ser responsables de cualquier daño o perjuicio que causen a la sociedad como resultado de un voto emitido mientras se encuentren en conflicto.

Asimismo, los administradores son responsables solidarios respecto de la sociedad, específicamente, por lo que hace a la realidad de las aportaciones hechas por los socios; al cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas; a la existencia y mantenimiento de los sistemas

de contabilidad, control, registro, archivo o información que prevén las leyes; así como del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas de accionistas.

En este orden de ideas, la Ley General de Sociedades Mercantiles permite que en la asamblea de accionistas o mediante los propios estatutos sociales, se establezca la obligación de que los miembros del consejo de administración presten una garantía para asegurar las responsabilidades contraídas por el desempeño de sus funciones.

El deber fiduciario de los administradores toma especial relevancia en caso de que la empresa se encuentre en situación de insolvencia o concurso mercantil. La Ley de Concursos Mercantiles señala que los miembros del consejo de administración, así como directivos relevantes, serán susceptibles de la responsabilidad consistente en indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la empresa, cuando le hayan causado un daño patrimonial y esta se encuentre en incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones. Lo anterior excepto en caso de que los consejeros o directivos, actuando de buena fe, adopten resoluciones que (i) den cumplimiento a la ley aplicable, los estatutos sociales de la empresa o a los acuerdos tomados por los accionistas o socios de la empresa; (ii) se basen en información proporcionada por funcionarios relevantes, auditores externos o expertos independientes, o (iii) el posible daño patrimonial no haya sido previsible con base en la información disponible en ese momento.

C. ÁMBITO PENAL

Finalmente, los miembros del consejo de administración pueden incurrir en ciertas conductas que podrían actualizar supuestos de responsabilidad penal, pues éstos se pueden llegar a actualizar simultáneamente con algunos supuestos de responsabilidad solidaria en los ámbitos previamente señalados.

Al respecto, el artículo 95 del Código Fiscal de la Federación establece diversos supuestos de responsabilidad penal que pudieran actualizar los administradores de las empresas en el desarrollo de sus funciones, para los casos en los que a través de estas se cometan conductas o hechos tipificados como delitos fiscales.

Particularmente, uno de dichos supuestos señala que serán responsables de delitos fiscales quienes tengan la calidad de garante derivada de una disposición jurídica, de un contrato o de los estatutos sociales, en los delitos de omisión con resultado material por tener la obligación de evitar el resultado típico.

En ese sentido, un administrador estará sometido en su calidad de garante siempre que exista entre este y la empresa contribuyente, alguna obligación que le imponga al primero de ellos actuar para prevenir o evitar un determinado resultado y no lo haga.

Adicionalmente, el Código Fiscal de la Federación establece diversas conductas tipificadas como delitos que se pueden actualizar en relación con las obligaciones de carácter fiscal que

las empresas adquieren frente al fisco, entre las cuales destacan la defraudación fiscal y el contrabando, entre otros, para las cuales existe la posibilidad de que se incurra en responsabilidad para sus consejeros por encubrir y/o participar en esos delitos.

RECOMENDACIONES

En virtud de lo anterior, resulta indispensable que las sociedades establezcan e implementen sistemas de gestión de riesgos y mecanismos de control efectivos para prevenir y mitigar el impacto de las responsabilidades en que puedan incurrir sus consejeros y representantes derivadas de las actividades de las sociedades, particularmente en lo que respecta a cuestiones fiscales, laborales, financieras, de prevención del lavado de dinero y prevención de actos de corrupción, entre otras.

En consecuencia, la implementación por parte de las empresas de un adecuado sistema y estructura de gobierno corporativo eficaz y correcto, además de generar valor agregado a las empresas, permite identificar, prevenir, administrar y controlar los riesgos derivados de la operación de una sociedad, así como el manejo, gestión y definición de sus órganos de administración, directivos y funcionarios, lo cual tiene como resultado, entre otros, que las empresas cuenten con una estructura en la cual las funciones, facultades y responsabilidades estén delimitadas e identificadas.

Dentro de dicha estructura, tienen vital relevancia las políticas de gobierno corporativo que se implementen dentro de las empresas, las cuales deben enfocarse en establecer e implementar precisamente dichos controles y mecanismos, así como para delimitar y crear barreras para la responsabilidad solidaria y penal de directores generales y órganos de administración.

Adicionalmente, un adecuado y completo sistema de gobierno corporativo constituye una herramienta fundamental para poder acreditar ante una autoridad, en caso de ser necesario, que una sociedad y sus socios o accionistas han adoptado la mayor diligencia y prudencia posible, llevando a cabo todos los esfuerzos que están a su alcance para implementar los mecanismos de control adecuados y suficientes para procurar el cumplimiento de la legislación aplicable, así como para prevenir, identificar y remediar las irregularidades que pudieran presentarse en sus operaciones.

En esa línea, consideramos de suma importancia revisar cada caso en particular y realizar un diagnóstico detallado y enfocado a determinar las acciones a llevar a cabo para implementar mejoras y robustecer las estructuras de gobierno corporativo y control de riesgos legales de las empresas. Una vez realizado el diagnóstico correspondiente, estimamos que será necesario desarrollar un plan de acciones periódicas a efecto de implementar las mejoras detectadas de forma orgánica y con el involucramiento de los distintos órganos y niveles directivos.

SEGURO DE RESPONSABILIDAD

En línea con lo anterior, existe también la posibilidad y cada día es más común que tanto los consejeros como los directores de las empresas soliciten a las empresas contar con un seguro de responsabilidad que los proteja de las posibles contingencias que puedan derivar en materias civil, penal, fiscal y administrativa, durante el desarrollo de sus funciones. La existencia de dichos seguros contratados en favor de ciertos directivos, funcionarios y consejeros clave suele ser un punto que considerar incluso en operaciones de inversión o de adquisición de empresas.

CONCLUSIÓN

Como se puede advertir, en el México actual los miembros de los consejos de administración, así como los directores de las empresas, más que nunca, deben estar conscientes de las obligaciones a las que se encuentran afectos por su cargo y las posibles responsabilidades en las que pueden incurrir en diversos ámbitos.

En particular, las condiciones actuales de la legislación mexicana obligan a los gobernados a revisar constantemente las características estructurales de su organización y los alcances de estas en el aseguramiento del debido cumplimiento al cúmulo de obligaciones que se imponen en sus actividades diarias, con el claro propósito de identificar responsabilidades y ubicar los límites en su ejercicio. Lo anterior no debe ser considerado como un desincentivo para participar en consejos de administración u ocupar cargos directivos, sino como una señal respecto de la sofisticación, cada día mayor, de las funciones y responsabilidades derivadas de dichas posiciones e intrínsecas a estas.

De ahí la total importancia de una adecuada asesoría y orientación en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones sustantivas y formales de dichos funcionarios, para lo cual sugerimos llevar a cabo una evaluación exhaustiva para determinar y diagnosticar la necesidad o conveniencia de que las estructuras de gobierno corporativo de las empresas cuenten con una mayor operatividad y controles internos para asegurarse que en la práctica se tengan las medidas o protocolos preventivos necesarios para disminuir las probabilidades de cualquier tipo de responsabilidad para dichos miembros de los consejos de administración de las empresas, no solo en materias fiscal, corporativa y penal, sino en cualquier otro ámbito.