COLECCIÓN TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS

# Sociedades mercantiles

Manuel García Rendón
INSTITUTO TECNOLÓGICO DE MONTERREY

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Antonio Caso 142, San Rafael,
Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06470, México, D.F.
Tel.: 5592 4277, Fax: 5705 3738, e-mail: oxford@oupmex.com.mx

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford.
Promueve el objetivo de la Universidad de la excelencia en la investigación, erudición
y educación mediante publicaciones en todo el mundo en

Oxford México

Atenas Auckland Bangkok Buenos Aires Calcuta
Caracas Chennai Ciudad del Cabo Dar-es-Salaam Delhi Estambul Florencia Hong Kong
Karachi Kuala Lumpur Madrid Melbourne Mumbai
Nairobi Nueva York París Santafé de Bogotá Santiago de Chile São Paulo
Singapur Taipei Tokio Toronto Varsovia

Con compañías afiliadas en Berlín Ibadan

Área de Derecho y Ciencias Sociales
Colección Textos Jurídicos Universitarios
*Dirección académica:* Leonel Pereznieto Castro
*Producción:* Antonio Figueredo Hurtado

**SOCIEDADES MERCANTILES**

Todos los derechos reservados © 1993, respecto a la segunda edición por
Manuel García Rendón
Ninguna parte de esta publicación puede reproducirse, almacenarse en un sistema de recuperación
o transmitirse, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la autorización previa y por escrito de
Oxford University Press México, S.A. de C.V.
Las consultas relativas a la reproducción deben enviarse al Departamento de Permisos y
Derechos de Oxford University Press México, S.A. de C.V., al
domicilio que se señala en la parte superior de esta página.
Miembro de la Cámara Nacional de la Industria
Editorial Mexicana, número de registro 723

**ISBN 970-613-167-1**
(ISBN 970-613-027-6 primera edición)

Impreso en México Printed in Mexico
Tercera reimpresión de la segunda edición-junio de 1999

Esta obra se terminó de imprimir
en el mes de junio de 1999 en
Impresora Castillo Hnos., S.A. de C.V.
Fresno No. 7
Col. Del Manto,
09830, México, D.F.
La edición consta de 2 000 ejemplares.

*A la memoria de los maestros*
*Jorge Barrera Graf y*
*Mario Bauche Garciadiego*

# ÍNDICE CAPITULAR


CAPÍTULO 1 Diversas clases de sociedades 1

CAPÍTULO 2 Contrato de sociedad 15

CAPÍTULO 3 Elementos de existencia y requisitos de validez del contrato de sociedad 27

CAPÍTULO 4 Efectos externos del contrato de sociedad. Personalidad Jurídica 61

CAPÍTULO 5 Efectos internos del contrato de sociedad 91

CAPÍTULO 6 Contrato social, estatutos y escritura constitutiva 111

CAPÍTULO 7 Sociedades inexistentes, irregulares, nulas y anómalas 125

CAPÍTULO 8 Diversas especies de sociedades mercantiles 149

CAPÍTULO 9 Sociedad en nombre colectivo 175

CAPÍTULO 10 Sociedad en comandita simple 199

CAPÍTULO 11 Sociedad de responsabilidad limitada 211

CAPÍTULO 12 Sociedad anónima. Conceptos generales 253

CAPÍTULO 13 Sociedad anónima. Capital social 285

CAPÍTULO 14 Sociedad anónima. La acción 321

CAPÍTULO 15 Organos de la sociedad anónima. Asambleas 353

CAPÍTULO 16 Organos de la sociedad anónima. Administradores 405

CAPÍTULO 17 Organos de la sociedad anónima. Los comisarios 453

CAPÍTULO 18 Sociedad en comandita por acciones 473
CAPÍTULO 19 Sociedades de capital variable 485
CAPÍTULO 20 Fusión, Transformación y escisión de sociedades 511
CAPÍTULO 21 Disolución y liquidación de sociedades 553
CAPÍTULO 22 Sociedades cooperativas 575
CAPÍTULO 23 Asociación en participación 603

# ÍNDICE GENERAL

Introducción ..... li

CAPÍTULO 1 **DIVERSAS CLASES DE SOCIEDADES** 1

1.1 Sociedad. Su concepto y sus clases ..... 3
1.1.1 Plurales y unipersonales ..... 3
1.1.2 Permanentes y transitorias ..... 3
1.1.3 Voluntarias y obligatorias ..... 4
1.1.4 De aportación de bienes y de aportación de servicios ..... 4
1.1.5 Con y sin personalidad jurídica ..... 4
1.2 Criterio objetivo de clasificación de las sociedades por sus fines ..... 4
1.3 Criterio formal de clasificación de las sociedades ..... 5
1.4 Criterio de distinción por la actividad ..... 6
1.5 Criterio negativo de distinción por la actividad ..... 7
1.6 Criterios de distinción de las sociedades mercantiles en particular ..... 7
1.7 Adquisición de la calidad de comerciante por las sociedades mercantiles ..... 9
1.8 Otras personas morales comerciantes ..... 9
1.8.1 Organismos públicos descentralizados ..... 9
1.8.2 Sociedades Nacionales de Crédito ..... 10
1.8.3 Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público ..... 10
1.9 Legislación aplicable a las sociedades mercantiles ..... 10

1.10 La costumbre y los usos mercantiles ..... 12
1.10.1 Envío ..... 14

CAPÍTULO 2 **CONTRATO DE SOCIEDAD** ..... 15

**Introducción** ..... 17
2.1 Naturaleza jurídica del negocio social ..... 17
2.1.1 Teoría del acto constitutivo ..... 18
2.1.2 Teoría del acto complejo ..... 18
2.1.3 Teoría del contrato de organización ..... 19
2.1.4 Nuestra opinión ..... 22
2.2 Legislación mexicana ..... 23
2.3 Consecuencias de la naturaleza contractual de las sociedades 23
2.4 Efectos del contrato de sociedad ..... 24
2.5 La autonomía de la voluntad ..... 25

CAPÍTULO 3 **ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE SOCIEDAD** ..... 27

**Introducción** ..... 30
3.1 El consentimiento ..... 31
3.1.1 Requisitos de validez del consentimiento ..... 31
3.1.1.1 Capacidad ..... 31
3.1.1.2 Capacidad general ..... 31
3.1.1.3 Menores de edad ..... 32
3.1.1.4 Limitaciones a la capacidad de los casados ..... 34
3.1.1.5 Consecuencias de la incapacidad y de la falta de autorización judicial 35
3.1.1.6 Inhabilitados para ejercer el comercio 36
3.1.2 Vicios del consentimiento ..... 36
3.1.2.1 Error, dolo, mala fe y violencia ..... 36
3.1.2.1.1 El error ..... 37
3.1.2.1.2 El dolo y la mala fe ..... 37
3.1.2.1.3 La violencia ..... 38
3.1.3 Nulidad que producen los vicios de consentimiento ..... 38

3.2 La causa, el motivo o fin determinante, el fin común, la vocación a las ganancias y a las pérdidas y la *affectio societatis* ... 38
3.2.1 La causa ... 39
3.2.1.1 Teoría clásica de la causa ... 39
3.2.1.2 Teoría anticausalista. Tesis de Planiol 40
3.2.1.3 Tesis de Bonnecase ... 41
3.2.1.4 Tesis de Rodríguez ... 42
3.2.2 El motivo y el fin determinante de la voluntad 42
3.2.2.1 Tesis de Duguit ... 42
3.2.2.2 Tesis de Tena ... 43
3.2.3 El fin común ... 44
3.2.4 La vocación a las ganancias y a las pérdidas . 44
3.2.5 La *affectio societatis* ... 44
3.2.6 Nuestra opinión ... 45
3.2.6.1 En cuanto a la causa, al motivo y al fin determinante de la voluntad ... 45
3.2.7 El consentimiento, el motivo y el fin en el contrato de sociedad ... 46
3.2.7.1 En cuanto al fin común ... 47
3.2.7.2 En cuanto a la vocación a las ganancias y a las pérdidas ... 48
3.2.7.3 En cuanto a la *affetio societatis* ... 48
3.3 Las aportaciones (objeto) ... 48
3.3.1 Diversos significados ... 48
3.3.2 Terminología legal mexicana ... 49
3.3.3 Las aportaciones. Sus características ... 50
3.3.4 Lo que se puede aportar y su contenido ... 50
3.3.4.1 Aportaciones de bienes ... 51
3.3.4.1.1 Aportaciones de numerario ... 51
3.3.4.1.2 Aportaciones de no-numerario o de especie ... 52
3.3.4.2 Aportaciones de trabajo ... 53
3.3.4.3 Otras aportaciones ... 53
3.3.4.3.1 Cosa futura ... 53
3.3.4.3.2 Cosa ajena ... 54
3.3.4.3.3 Cosas cuya propiedad esté sometida a condición suspensiva o resolutiva ... 54
3.3.4.3.4 Cosas determinables ... 55
3.3.5 Riesgo de la cosa aportada ... 55
3.3.6 Evicción y vicios ocultos ... 56
3.3.7 Efectos de la aportación ... 56
3.4 El fin (objeto) social ... 57

3 4.1 El fin social como medio ..... 57
3.4.2 El fin social como prestación de la sociedad .. 58
3.4.3 El fin social como medida de la capacidad jurídica de la sociedad ..... 59
3.5 La forma ..... 59

CAPÍTULO 4 **EFECTOS EXTERNOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD. PERSONALIDAD JURÍDICA** ..... 61

4.1 Concepto de personalidad jurídica ..... 63
4.2 Naturaleza de las personas morales ..... 64
4.2.1 Teoría de la ficción ..... 65
4.2.2 Teoría orgánica o realista ..... 66
4.2.3 Teorías patrimoniales ..... 66
4.2.4 Teoría de las instituciones o de la realidad ideal 68
4.2.5 Tesis de Kelsen ..... 68
4.2.6 Teoría del reconocimiento ..... 69
4.2.7 Nuestra legislación ..... 71
4.3 Atributos de las personas morales ..... 71
4.3.1 Nombre ..... 72
4.3.1.1 Razón social ..... 72
4.3.1.2 Denominación social ..... 72
4.3.2 Nombre comercial ..... 72
4.3.3 Domicilio social ..... 73
4.3.4 Domicilio irreal ..... 73
4.3.5 Nacionalidad ..... 74
4.3.6 Capacidad ..... 75
4.3.7 Patrimonio ..... 75
4.4 Consecuencias de la personalidad jurídica ..... 75
4.5 Representación ..... 76
4.5.1 Límites a la capacidad ..... 77
4.5.2 Límites a la representación. Los actos *ultra vires* 77
4.6 Responsabilidad de la sociedad y de los socios ..... 80
4.6.1 De la sociedad ..... 80
4.6.2 De los socios ..... 80
4.7 El abuso de la personalidad jurídica ..... 80
4.7.1 Doctrinas extranjeras ..... 81
4.7.1.1 Francia ..... 81
4.7.1.2 España e Italia ..... 82
4.7.1.3 Alemania ..... 82

4.7.1.4 Estados Unidos de América ..... 83
4.7.2 La desestimación en México. Legislación, jurisprudencia y doctrina ..... 84
4.7.2.1 Legislación y jurisprudencia ..... 84
4.7.2.2 Doctrina mexicana. Tesis de Cervantes Ahumada y Ledesma Uribe ..... 87
4.7.2.3 Nuestra opinión ..... 88

CAPÍTULO 5 **EFECTOS INTERNOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD** ..... **91**

**Introducción** ..... 93
5.1 Derechos de los socios ..... 93
5.2 Derechos patrimoniales ..... 94
5.2.1 Derecho de realizar aportaciones ..... 94
5.2.2 Derecho de trasmitir la calidad de socio ..... 94
5.2.3 Derecho de participar en los beneficios ..... 95
5.2.4 Derecho de obtener el reembolso de las aportaciones ..... 97
5.2.4.1 Primera hipótesis. Reducción del capital mediante reembolso ..... 98
5.2.4.2 Segunda hipótesis. Amortización de partes sociales o acciones ..... 99
5.2.4.3 Tercera hipótesis. Ejercicio del derecho de separación ..... 100
5.2.4.4 Cuarta hipótesis. Ejercicio del derecho de retirar las aportaciones ..... 101
5.2.5 Derecho de participar en el haber social ..... 102
5.2.6 Derecho de participar en la cuota de liquidación 103
5.3 Derechos corporativos o de consecución ..... 103
5.3.1 Derecho de voto ..... 103
5.3.1.1 Principios generales ..... 104
5.3.1.2 Limitaciones al derecho de voto ..... 104
5.3.1.3 Voto plural ..... 105
5.3.1.4 Voto acumulativo ..... 105
5.3.2 Derecho de pedir cuentas a los administradores 105
5.4 Obligaciones de los socios ..... 105
5.4.1 Obligación de aportar ..... 106
5.4.2 Obligación de lealtad ..... 106
5.4.3 Obligación de subordinar la voluntad o "Ley de las mayorías" ..... 107
5.4.4 Obligación de soportar las pérdidas ..... 109

CAPÍTULO 6 **CONTRATO SOCIAL, ESTATUTOS Y ESCRITURA CONSTITUTIVA** ..... 111

**Introducción** ..... 113
6.1 El contrato social ..... 114
6.2 Contenido del contrato social ..... 114
6.2.1 Nombre, nacionalidad y domicilio de los socios 114
6.2.2 La razón o la denominación social ..... 115
6.2.3 El objeto social ..... 115
6.2.4 Duración ..... 116
6.2.5 El domicilio social ..... 116
6.2.6 Capital social ..... 117
6.2.6.1 Principios que rigen al capital social 118
6.2.6.2 Las aportaciones ..... 118
6.3 Los estatutos ..... 119
6.3.1 Reglas de organización ..... 120
6.3.2 Reglas de funcionamiento ..... 120
6.3.3 Reglas de disolución ..... 120
6.3.4 Reglas de liquidación ..... 121
6.4 La escritura constitutiva ..... 121
6.4.1 Protocolo ..... 121
6.4.2 Escritura pública ..... 122
6.4.3 Testimonio ..... 122
6.4.4 Copias certificadas ..... 122
6.4.5 Acta notarial ..... 122
6.4.5.1 Valor de los instrumentos notariales 123
6.4.5.2 Nulidad de los instrumentos notariales ..... 123
6.4.5.3 Efectos de la nulidad de los instrumentos públicos ..... 123
6.5 Recapitulación ..... 123

CAPÍTULO 7 **SOCIEDADES INEXISTENTES, IRREGULARES, NULAS Y ANÓMALAS** ..... 125

7.1 Inexistentes ..... 127
7.2 Irregulares ..... 127
7.3 Nulas ..... 129
7.3.1 Sociedades nulas en general ..... 130
7.3.1.1 Conceptos ..... 130

7.3.1.2 Principios generales ..... 131
7.4 Regulares válidas, nulas y viciadas no anulables ..... 132
7.4.1 Regulares válidas ..... 132
7.4.2 Regulares nulas ..... 132
7.4.2.1 Casos especiales de estipulaciones ilícitas de las sociedades regulares que no producen la nulidad del negocio social ..... 135
7.4.2.1.1 Sociedades regulares con pacto de exclusión de las ganancias ... 135
7.4.2.1.2 Sociedades regulares con pacto de exclusión de pérdidas ..... 135
7.4.3 Regulares viciadas no anulables ..... 136

7.5 Irregulares válidas y nulas ..... 137
7.5.1 Irregulares válidas ..... 137
7.5.2 Irregulares nulas ..... 137
7.5.2.1 En razón de estar constituida la sociedad con un objeto ilícito o por realizar actos ilícitos ..... 137
7.5.2.2 Por falta de forma ..... 138
7.5.2.3 Por falta de capacidad ..... 139
7.5.2.4 Por vicios del consentimiento ..... 139
7.5.2.5 Derivada de la ilicitud del motivo o fin determinante ..... 140
7.5.2.5.1 Pacto de exclusión de las ganancias ..... 141
7.5.2.5.2 Pacto de no reportar las pérdidas 142

7.6 Anómalas ..... 143
7.6.1 Aparentes ..... 143
7.6.1.1 Aparentes en las que falta el consentimiento ..... 143
7.6.1.2 Aparentes en las que faltan las aportaciones ..... 144
7.6.1.3 Aparentes en las que falta el fin (objeto) social ..... 144
7.6.2 Incompletas ..... 144
7.6.3 Otras anómalas ..... 146
7.6.3.1 Parcialmente nulas ..... 146
7.6.3.2 Ocultas ..... 146
7.6.3.3 Durmientes ..... 147

7.7 Responsabilidad civil y penal por la comisión de actos ilícitos ..... 148
7.7.1 Civil ..... 148
7.7.2 Penal ..... 148
7.8 Juez competente ..... 148

CAPÍTULO 8 **DIVERSAS ESPECIES DE SOCIEDADES MERCANTILES** .... 149

8.1 Especies reglamentadas en la *Ley General de Sociedades Mercantiles* ..... 151
8.2 Sociedades típicas y atípicas ..... 152
8.2.1 Nuestra opinión ..... 153
8.3 Sociedades especiales y *anómalas* ..... 154
8.3.1 Sociedades especiales ..... 154
8.3.1.1 Sociedades de capital variable ..... 154
8.3.2 Sociedades *anómalas* ..... 155
8.4 Otras especies de sociedades mercantiles ..... 155
**Apéndice 8.1** Sociedades de solidaridad social ..... 157
**Apéndice 8.2** Sociedades de producción rural ..... 168

CAPÍTULO 9 **SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO** ..... 175

**Introducción** *Breve referencia histórica* ..... 178
9.1 Concepto ..... 179
9.1.1 Elementos de la definición legal ..... 179
9.1.1.1 Sociedad ..... 180
9.1.1.2 Razón social ..... 180
9.1.1.2.1 Principio de veracidad de la razón social ..... 180
9.1.1.2.2 Principio de mutabilidad de la razón social ..... 181
9.1.1.3 Responsabilidad de los socios ..... 181
9.1.1.3.1 Concepto de responsabilidad subsidiaria ..... 181
9.1.1.3.2 Concepto de responsabilidad ilimitada ..... 182

9.1.1.3.3 Concepto de responsabilidad solidaria ..... 182
9.1.1.3.4 Supresión y limitación de la responsabilidad ..... 183
9.2 Obligaciones de los socios ..... 184
9.2.1 Obligación de aportar ..... 184
9.2.2 Obligación de lealtad ..... 184
9.2.3 Obligación de subordinar la voluntad (*Ley de la mayoría*) ..... 185
9.2.4 Obligación de soportar las pérdidas ..... 186
9.2.5 Obligación de responder por las deudas sociales existentes ..... 186
9.3 Derechos de los socios ..... 186
9.3.1 Derechos patrimoniales ..... 186
9.3.1.1 El de participar en las utilidades ... 186
9.3.1.2 El de participar proporcionalmente en el haber social ..... 187
9.3.1.3 El de ceder sus derechos en la sociedad ..... 187
9.3.1.4 El de ser resarcido de los gastos, daños y perjuicios ..... 187
9.3.2 Derechos de consecución ..... 187
9.3.2.1 Derecho de voto ..... 187
9.3.2.2 Derecho de administración ..... 188
9.3.2.3 Derecho de información ..... 188
9.3.2.4 Derecho de vigilancia y denuncia ... 188
9.4 Órganos de la sociedad en nombre colectivo ..... 189
9.4.1 Juntas de socios ..... 189
9.4.2 Administradores ..... 190
9.4.2.1 Carácter ..... 190
9.4.2.2 Nombramiento ..... 190
9.4.2.3 Número de administradores ..... 191
9.4.2.4 Uso de la firma social (representación de la sociedad) ..... 191
9.4.2.5 Facultades ..... 191
9.4.2.6 Delegación de facultades ..... 191
9.4.2.7 Abuso de las facultades ..... 192
9.4.2.8 Duración del cargo ..... 192
9.4.2.9 Revocabilidad del nombramiento ... 192
9.4.2.10 Responsabilidad de los administradores ..... 192
9.4.2.11 Dimisión ..... 193
9.4.2.12 Remuneración ..... 193
9.4.3 Órgano de vigilancia ..... 194

9.5 Socios industriales ... 194
9.6 Exclusión o separación de uno o varios socios ... 195
9.7 Constitución, disolución y liquidación de la sociedad ... 195
9.7.1 Constitución ... 195
9.7.1.1 Tramites administrativos y judiciales 196
9.7.2 Disolución ... 196
9.7.3 Liquidación ... 197
9.8 Quiebra ... 197
9.8.1 De los socios ... 197
9.8.2 De la sociedad ... 197

CAPÍTULO 10 **SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE** ... 199

**Introducción** *Breve referencia histórica* ... 201
10.1 Especies de sociedades en comandita ... 203
10.1.1 Concepto ... 203
10.1.1.1 Elementos de la definición legal ... 203
10.1.1.1.1 Sociedad ... 203
10.1.1.1.2 Razón social ... 204
10.1.1.1.3 Responsabilidad desigual de los socios ... 204
10.2 Derechos y obligaciones de los socios ... 205
10.2.1 Derechos de los socios ... 205
10.2.2 Obligaciones ... 205
10.3 Órganos de la sociedad en comandita ... 205
10.3.1 Junta de socios ... 205
10.3.2 Administradores ... 205
10.3.2.1 Prohibición legal de inmixtión ... 206
10.3.2.2 Casos de excepción a la prohibición de no inmixtión ... 206
10.3.3 Órgano de vigilancia ... 207
10.4 Socios industriales ... 207
10.5 Exclusión y separación de uno o varios socios ... 208
10.6 Constitución, disolución y liquidación de la sociedad ... 208
10.6.1 Constitución ... 208
10.6.2 Disolución ... 208
10.6.3 Liquidación ... 208
10.7 Quiebra ... 209
10.7.1 De los socios ... 209
10.7.2 De la sociedad ... 209

CAPÍTULO 11 **SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** ..... 211

**Introducción** *Breve referencia histórica* ..... 215
11.1 Concepto y elementos de la definición legal ..... 216
11.1.1 Elementos de la definición legal ..... 217
11.1.1.1 Sociedad ..... 217
11.1.1.1.1 Socios ..... 217
11.1.1.1.2 Nuevos socios ..... 218
11.1.1.1.3 Libro de socios ..... 218
11.1.1.2 Denominación o razón social ..... 218
11.1.1.2.1 Razón social ..... 218
11.1.1.2.2 Denominación social ..... 219
11.1.1.2.3 Uso de las palabras sociedad de responsabilidad limitada o de su abreviatura S. de R.L. .... 219
11.1.1.3 Responsabilidad de los socios ..... 219
11.2 Obligaciones y derechos de los socios ..... 220
11.2.1 Obligaciones ..... 220
11.2.1.1 De aportar ..... 220
11.2.1.1.2 Aportaciones principales ..... 220
11.2.1.1.2 Aportaciones suplementarias ... 221
11.2.1.1.3 prestaciones accesorias ..... 221
11.2.1.2 De lealtad ..... 221
11.2.1.3 De subordinar la voluntad a la de las mayorías ..... 222
11.2.1.4 De soportar las pérdidas ..... 222
11.2.2 Derechos de los socios ..... 222
11.2.2.1 Patrimoniales ..... 222
11.2.2.1.1 Derecho a las utilidades ..... 222
11.2.2.1.2 Derecho al haber social ..... 222
11.2.2.1.3 Derecho a ceder las partes sociales ..... 223
11.2.2.1.4 Derecho a percibir intereses constructivos ..... 224
11.2.2.1.5 Derecho a percibir beneficios preferentes ..... 225
11.2.2.2 De consecución ..... 225
11.2.2.2.1 Derecho de voto ..... 225
11.2.2.2.2 Derecho de administrar los negocios sociales ..... 226
11.2.2.2.3 Derecho de información ..... 226
11.2.2.2.4 Derecho de vigilancia y denuncia 226

11.3 Capital fundacional, capital social y patrimonio social ... 227
11.3.1 Capital fundacional ... 227
11.3.2 Capital social ... 227
11.3.3 Patrimonio social ... 228
11.4 Partes sociales y certificados de goce ... 228
11.4.1 Partes sociales ... 228
11.4.1.1 Ley de circulación de las partes sociales ... 231
11.4.1.2 Reglas y principios que gobiernan a las partes sociales ... 232
11.4.2 Certificados de goce ... 233
11.5 Aumentos y disminuciones de capital social ... 234
11.5.1 Aumentos de capital social ... 234
11.5.2 Reducciones de capital social ... 235
11.5.2.1 Derecho de oposición de los acreedores ... 235
11.5.2.2 Inscripción en el Registro Público de Comercio ... 236
11.6 Órganos de la sociedad ... 237
11.6.1 Asambleas de socios ... 237
11.6.1.1 Clases de asambleas ... 237
11.6.1.1.1 Asamblea anual ... 237
11.6.1.1.2 Lugar de reunión ... 238
11.6.1.1.3 Competencia ... 238
11.6.1.1.4 Convocatoria ... 238
11.6.1.1.5 Quórumes de votación ... 238
11.6.1.1.5.1 Quórumes ordinarios ... 239
11.6.1.1.5.2 Quórumes plenarios ... 239
11.6.1.1.5.3 Quórumes extraordinarios ... 240
11.6.1.1.6 Aprobación de los estados financieros y reparto de utilidades 240
11.6.1.1.6.1 Aprobación de balances (estados financieros) ... 240
11.6.1.1.6.2 Reparto de utilidades ... 241
11.6.1.1.7 Actas de las asambleas ... 241
11.6.1.1.8 Acuerdos de los socios tomados sin celebrar asamblea ... 242
11.7 Administradores (gerentes) ... 243
11.7.1 Carácter ... 243
11.7.2 Nombramiento ... 243
11.7.3 Número de gerentes ... 244
11.7.4 Facultades de los gerentes ... 244
11.7.5 Uso de la firma social ... 245
11.7.6 Delegación ... 245

11.7.7 Abuso de las facultades ..... 245
11.7.8 Duración y revocabilidad del cargo de gerente ..... 245
11.7.9 Responsabilidad ..... 246
11.7.10 Dimisión ..... 246
11.7.11 Remuneración ..... 247
11.7.12 Gerentes extranjeros ..... 247
11.8 Consejo de vigilancia ..... 247
11.9 Constitución, disolución y liquidación de la sociedad ..... 247
11.9.1 Constitución ..... 247
11.9.1.1 Trámites administrativos ..... 248
11.9.2 Disolución ..... 248
11.9.3 Liquidación ..... 248
11.10 Quiebra ..... 248

**Apéndice 11.1** Sociedad de responsabilidad limitada de interés público ..... 249

CAPÍTULO 12 **SOCIEDAD ANÓNIMA. CONCEPTOS GENERALES** ..... **253**

**Introducción** *Breve referencia histórica* ..... 256
12.1 Concepto ..... 257
12.1.1 Definición Legal ..... 257
12.1.1.1 Sociedad ..... 258
12.1.1.2.1 Socios ..... 258
12.1.1.2.2 Nuevos socios ..... 259
12.1.1.2.2.1 Adquisición de acciones (adquisición derivada) ..... 259
12.1.1.2.2.2 Suscripción de nuevas acciones ..... 261
12.1.1.3 Denominación social ..... 262
12.1.1.3.1 Diferenciación de la denominación social ..... 263
12.1.1.3.2 Uso de las palabras Sociedad Anónima o de la abreviatura S.A. 264
12.1.1.4 Capital fundacional y acciones ..... 265
12.2 Derechos de los accionistas ..... 266
12.2.1 Patrimoniales ..... 266
12.2.1.1 Derecho a los beneficios ..... 266
12.2.1.2 Derecho al dividendo ..... 266

12.2.1.2.1 Distribución de dividendos preferentes ..... 268
12.2.1.3 Derecho al haber social ..... 268
12.2.1.3.1 Participación en el haber social de las acciones de voto limitado 268

12.2.2 De consecusión ..... 269
12.2.2.1 Derecho de voto ..... 269
12.2.2.1.1 Principios que rigen al derecho de voto ..... 270
12.2.2.1.1.1 Principio de igualdad de voto 270
12.2.2.1.1.2 Principio de limitación excepcional del derecho de voto ..... 270
12.2.2.1.1.3 Principio de conflicto de intereses ..... 270
12.2.2.1.1.4 Principio democrático ..... 272
12.2.2.1.1.5 Principio de atribución del derecho de voto ..... 273
12.2.2.1.1.5.1 Actos traslativos de dominio ..... 273
Fideicomiso ..... 273
Reporto ..... 274
Préstamo mercantil y mutuo ..... 274
Depósito irregular .... 274
Requisito común a los actos traslativos de dominio ..... 274
12.2.2.1.1.5.2 Actos no traslativos de dominio ..... 274
Prenda ..... 274
Depósito regular ..... 275
Embargo ..... 275
12.2.2.1.1.5.3 Actos jurídicos especiales 275
Depósito fiduciario de titulosvalor ..... 275
Secuestro convencional 276
Contratos bursátiles .. 276
Usufructo ..... 276
Acciones *sub judice* ... 277
Cesión o transmisión legitimadora ..... 277

12.2.2.1.1.6 Principio de la representación 278
Forma de conferir la representación ..... 279
Prohibición legal ..... 280
12.2.2.1.1.7 Principio de la unidad de voto 280
12.2.2.1.1.8 Principio de la subordinación de la voluntad o Ley de la mayoría ..... 280
12.2.2.1.1.9 Principio del ejercicio potestativo del derecho de voto ..... 280
12.2.2.1.1.9.1 Derecho de impugnación . 281
12.2.2.1.1.9.1.1 Acción de nulidad ..... 282
12.2.2.1.1.9.1.2 Acción de oposición ... 282
12.3 Obligaciones y responsabilidades de los accionistas ..... 283
12.3.1 Obligaciones ..... 283
12.3.2 Responsabilidades ..... 283
12.4 Otras características de la sociedad anónima ..... 284

CAPÍTULO 13 **SOCIEDAD ANÓNIMA. CAPITAL SOCIAL** ..... **285**

13.1 Concepto de capital social ..... 289
13.2 Principios que rigen al capital social ..... 290
13.2.1 Principio de la garantía del capital social .... 290
13.2.1.1 Subprincipio de la unidad del capital 290
13.2.1.2 Subprincipio de determinación del capital ..... 291
13.2.1.3 Subprincipio de la estabilidad del capital ..... 291
13.2.1.4 Subprincipio del capital mínimo ... 292
13.2.2 Principio de la realidad del capital social ..... 292
13.2.2.1 Subprincipio de suscripción del capital ..... 292
13.2.2.2 Subprincipio de exhibición del capital ..... 293
13.2.3 Principio de la restricción de los derechos de los fundadores ..... 294
13.2.4 Principio de la intervención privada ..... 295
13.2.5 Principio de la intervención pública ..... 295
13.3 Modificaciones del capital social. Aumentos ..... 296

13.3.1 Aumentos del capital social ..... 296
13.3.1.1 Aumentos reales del capital social . 297
13.3.1.2 Aumentos nominales del capital social ..... 297
13.3.1.3 Protección de los derechos de los socios y de los acreedores .. 298
13.3.1.3.1 Protección de los derechos de los socios ..... 298
13.3.1.3.1.1 Derecho de preferencia ..... 299
13.3.1.3.1.1.1 Titulares del derecho de preferencia ..... 299
13.3.1.3.1.1.2 Transmisión del derecho de preferencia ..... 299
13.3.1.3.1.1.3 Plazo de ejercicio del derecho de preferencia 300
13.3.1.3.1.1.4 Renuncia del derecho de preferencia ..... 301
13.3.1.3.1.1.5 Modificación y supresión del derecho de preferencia 301
13.3.1.3.1.1.6 Excepciones legales al derecho de preferencia . 301
Emisión de obligaciones convertibles en acciones 301
Emisión de acciones de tesorería ..... 301
Conversión de pasivos . 302
Fusión ..... 302
Capitalización de utilidades y reservas 302
13.3.1.3.1.1.7 Infracción al derecho de preferencia ..... 302
13.3.1.3.1.2 Derecho de acrecer ..... 303
13.3.1.3.1.3 Acción de nulidad por disminución de la cuota social 304
13.3.1.3.1.4 Protección de los derechos de los acreedores por capitalización de superavits . 305
13.4 Procedimientos para aumentar el capital social ..... 305
13.4.1 Emisión de nuevas acciones ..... 306
13.4.2 Aumento del valor nominal de las acciones ... 306
13.5 Modificaciones del capital social. Reducciones ..... 307
13.5.1 Reducciones reales del capital social ..... 307
13.5.1.1 Reducciones por exceso del capital social ..... 307

13.5.1.2 Reducciones por separación de los socios ..... 307
13.5.1.3 Adquisición por la sociedad de sus propias acciones ..... 308
13.5.1.4 Reducciones por retiro parcial o total de las aportaciones ..... 308
13.5.2 Reducciones nominales del capital social ..... 308
13.5.2.1 Reducciones por liberación concedida a los accionistas ..... 309
13.5.2.2 Reducciones por pérdidas ..... 309
13.5.2.3 Protección de los derechos de los socios y de los acreedores .. 309
13.5.2.3.1 Protección de los derechos de los socios ..... 309
13.5.2.3.2 Protección de los acreedores por reducciones reales del capital social ..... 311
13.5.2.3.2.1 Requisitos de publicidad .... 312
13.5.2.3.2.2 Ejercicio de la acción de oposición ..... 312
13.5.2.3.2.3 Conservación del capital fundacional ..... 313
13.5.2.3.2.4 Autorización notarial ..... 313
13.5.2.3.3 Protección a los acreedores por reducciones nominales del capital social ..... 313

13.6 Procedimientos para reducir el capital social ..... 314
13.6.1 Cancelación o nulificación de las acciones .... 315
13.6.2 Extinción de las acciones ..... 315
13.6.3 Reducción del valor nominal de las acciones .. 315
13.6.4 Fusión de acciones ..... 315

13.7 Casos especiales de incremento del patrimonio social .... 316

13.8 Casos de disminución del patrimonio social ..... 317
13.8.1 Decreto de dividendos ..... 317
13.8.2 Amortización de acciones con utilidades repartibles ..... 317
13.8.2.1 Teoría del dividendo extraordinario 318
13.8.2.2 Teoría del reembolso ..... 318

13.9 Nuestra opinión ..... 319

CAPÍTULO 14 **SOCIEDAD ANÓNIMA. ACCIÓN** ..... 321

14.1 Sus orígenes y su clasificación general ..... 324
14.1.1 Orígen histórico ..... 324
14.1.2 Clasificación general ..... 324
14.2 La acción. Su concepto y clasificación como parte alícuota del capital social ..... 325
14.2.1 La acción como parte alícuota del capital social 325
14.2.1.1 Características de las acciones .... 326
14.2.1.1.1 Igualdad de valor ..... 326
14.2.1.1.1.1 Valor nominal igual ..... 326
14.2.1.1.1.2 Valor nominal mínimo ..... 326
14.2.1.1.2 Indivisibilidad de las acciones .. 326
14.2.1.1.2.1 Copropiedad ..... 326
14.2.1.1.2.2 Indivisión forzosa de los títulos ..... 327
14.3 Clasificación de la acción como título-valor ..... 328
14.3.1 Clasificación de los títulos-valor ..... 328
14.3.2 Clasificación de las acciones en cuanto títulos-valor corporativos ..... 328
14.3.3 Clasificación de las acciones en cuanto a su *ley de circulación* ..... 329
14.3.3.1 Tesis doctrinales ..... 329
14.3.3.2 Legislación mexicana ..... 330
14.3.3.2.1 Clasificación de los títulos por su titular ..... 330
14.3.3.2.1.1 Títulos nominativos ..... 330
14.3.3.2.1.2 Títulos al portador ..... 330
14.3.3.2.2 Clasificación de los títulos por su forma de circulación ..... 331
14.3.3.2.2.1 Transmisión cambiaria (endoso) ..... 331
14.3.3.2.2.2 Transmisión no cambiaria (cesión ordinaria) ..... 331
14.3.3.2.2.2.1 Títulos negociables ..... 332
14.3.3.2.2.2.2 Títulos no negociables ... 332
14.3.3.2.2.2.3 Títulos registrables ..... 333
14.3.3.2.2.3 Tradición de los títulos ..... 333
14.3.4 Caracterización de las acciones ..... 333

14.4 La acción como expresión de la calidad de socio ..... 335
14.5 Otras clasificaciones de las acciones ..... 335

14.5.1 Clasificación de las acciones por los derechos que atribuyen ... 336
14.5.1.1 Acciones comunes ... 336
14.5.1.2 Acciones preferentes ... 336
14.5.1.2.1 Acciones preferentes de voto pleno (también llamadas preferibles) ... 336
14.5.1.2.1.1 Acciones preferentes de voto limitado ... 336
14.5.1.2.1.2 Acciones preferentes de voto limitado no participantes ... 337
14.5.1.3 Acciones privilegiadas ... 338
14.5.2 Clasificación de las acciones por su característica de ser partes del capital social ... 338
14.5.2.1 Por la expresión de su valor ... 338
14.5.2.1.1 Acciones con expresión de valor nominal ... 339
14.5.2.1.2 Acciones sin expresión de valor nominal ... 339
14.5.2.2 Por la clase de aportación que representan ... 340
14.5.2.2.1 Acciones de numerario liberadas 340
14.5.2.2.2 Acciones de no numerario liberadas ... 340
14.5.2.2.3 Acciones de numerario pagadoras 340
14.5.2.2.4 Acciones de especie pagadoras . 341
14.5.2.3 Por su valor de emisión ... 342
14.5.2.3.1 Acciones a la par ... 342
14.5.2.3.2 Acciones sobre la par ... 342
14.5.2.3.3 Acciones bajo la par ... 342
14.6 Acciones impropias ... 342
14.6.1 Acciones de goce ... 343
14.6.2 Acciones de trabajo ... 343
14.6.3 Acciones de tesorería ... 344
14.7 Creación y emisión de las acciones ... 344
14.7.1 Creación de las acciones ... 344
14.7.2 Emisión de las acciones ... 344
14.7.2.1 Plazo para la expedición de los títulos ... 345
14.7.3 Certificados provisionales ... 345
14.7.4 Cupones ... 346
14.7.5 Títulos múltiples ... 346
14.7.6 Contenido de los títulos ... 347
14.7.6.1 Requisitos personales ... 347

14.7.6.2 Requisitos reales ..... 347
14.7.6.3 Requisitos funcionales ..... 347
14.7.6.3.1 Omisión de alguno o algunos de los requisitos ..... 347
14.7.6.3.2 Modificación de las menciones .. 347
14.7.7 Condiciones de emisión ..... 348
14.7.7.1 Prohibición de nuevas emisiones .. 348
14.7.7.2 Emisiones *pari passu* ..... 348
14.8 Reposición y reivindicación de las acciones ..... 348
14.8.1 Procedimiento de reposición de las acciones no cotizadas en bolsa ..... 350
14.8.2 Reposición de acciones cotizadas en bolsa .... 350
14.8.3 Reivindicación de las acciones ..... 351

CAPÍTULO 15 **ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. ASAMBLEAS** ..... **353**

15.1 Asambleas de accionistas ..... 357
15.1.1 Concepto ..... 357
15.1.2 Naturaleza. Órgano transitorio ..... 358
15.1.3 Definición ..... 358
15.2 Clases de asambleas ..... 358
15.2.1 Asambleas constitutivas ..... 359
15.2.2 Asambleas generales ..... 360
15.2.3 Asambleas especiales ..... 360
15.3 Reglas comúnes a la constitución de las asambleas ..... 360
15.3.1 Domicilio ..... 360
15.3.2 Convocatoria ..... 361
15.3.2.1 Convocatoria potestativa ..... 361
15.3.2.2 Convocatoria obligada ..... 361
15.3.2.3 Publicidad de la convocatoria ..... 363
15.3.2.4 Plazo para publicar la convocatoria 363
15.3.2.5 Contenido de la convocatoria ..... 364
15.3.2.6 Defectos u omisión de la convocatoria ..... 365
15.3.2.7 Segunda convocatoria ..... 365
15.3.2.8 Ulteriores convocatorias ..... 366
15.3.3 Exhibición y depósito de las acciones ..... 366
15.3.4 Presidencia de las asambleas ..... 367
15.3.5 Escrutinio ..... 367
15.3.5.1 Listas de asistencia ..... 368

15.3.6 *Quórumes* legales y estatutarios ..... 369
15.3.6.1 Clases de *quórumes* ..... 369
15.3.6.2 Modificación de los *quórumes* ..... 369
15.3.6.3 Cómputo de las acciones ..... 370
15.3.6.3.1 Acciones suscritas y no suscritas (pagadoras y de tesorería) ..... 370
15.3.6.3.2 Acciones en poder de la sociedad 371
15.3.6.3.3 Acciones de voto limitado ..... 371
15.3.6.3.4 Acciones ausentes y abstenidas . 373
15.3.6.3.5 Acciones morosas ..... 373
15.3.6.3.6 Acciones de goce ..... 374
15.3.6.3.7 Acciones de trabajo y bonos de fundador ..... 374
15.3.6.4 Subsistencia de los *quórumes*. Abandono y expulsión de las asambleas ..... 374
15.3.7 Instalación de la asamblea ..... 375
15.3.8 Aplazamiento de las asambleas ..... 375
15.3.9 Delegación de funciones ..... 375
15.4 Asambleas generales ordinarias de accionistas ..... 376
15.4.1 Asamblea ordinaria anual ..... 377
15.4.1.1 Competencia de la asamblea ordinaria anual ..... 377
15.4.1.2 Discusión, aprobación y modificación de informes ..... 377
15.4.1.2.1 Falsedad de la información .... 378
15.4.1.2.2 Modificación de la información . 379
15.4.1.2.3 Oportunidad de la información . 379
15.4.1.2.4 Publicidad de la información ... 379
15.4.1.2.4 Derecho de información de los acreedores ..... 380
15.4.1.3 Designación de administradores y comisarios ..... 380
15.4.1.4 Aplicación de resultados ..... 381
15.4.2 Otras asambleas ordinarias ..... 383
15.4.2.1 Competencia ..... 382
15.4.2.2 *Quórumes* de deliberación y votación en las asambleas ordinarias ..... 382
15.4.2.3 Restricciones legales al derecho de voto ..... 382
15.4.2.4 Prohibición de representación ..... 383
15.5 Asambleas generales extraordinarias de accionistas ..... 383
15.5.1 Competencia ..... 383

15.5.1.1 Límites a la competencia de las asambleas extraordinarias .. 384
15.5.2 Atribuciones legales de la asamblea extraordinaria de accionistas ..... 385
15.5.2.1 Prórroga de la duración de la sociedad ..... 385
15.5.2.2 Disolución anticipada de la sociedad 385
15.5.2.3 Aumento o reducción del capital social ..... 385
15.5.2.4 Cambio de objeto de la sociedad .. 386
15.5.2.5 Cambio de nacionalidad de la sociedad ..... 386
15.5.2.6 Transformación de la sociedad .... 386
15.5.2.7 Fusión con otra sociedad ..... 386
15.5.2.8 Emisión de acciones privilegiadas . 387
15.5.2.9 Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce ..... 387
15.5.2.10 Emisión de bonos ..... 387
15.5.2.11 Cualquiera otra modificación al contrato social ..... 388
15.5.2.12 Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exijan un *quórum* especial ..... 388
15.5.2.13 *Quórumes* de deliberación y votación de la asamblea extraordinaria ..... 389
15.5.2.14 Restricciones legales al derecho de voto ..... 389
15.5.2.15 Prohibición legal de representación 389
15.6 Asambleas especiales de accionistas ..... 389
15.6.1 Competencia ..... 389
15.6.2 Presidencia de la asamblea ..... 390
15.6.3 *Quórumes* de deliberación y votación ..... 390
15.6.4 Otros requisitos de constitución de las asambleas especiales ..... 390
15.7 Asambleas mixtas ..... 391
15.8 Actas de asamblea ..... 391
15.8.1 Contenido de las actas ..... 392
15.8.2 Errores en el acta ..... 393
15.8.3 Valor probatorio de las actas. Libros de actas 393
15.8.4 Documentos accesorios de las actas ..... 393
15.9 Validez e invalidez del voto; de las asambleas y de sus resoluciones ..... 394

15.9.1 Nulidad del voto ... 394
15.9.2 Nulidad de las asambleas ... 395
15.9.3 Nulidad de las resoluciones de la asamblea ... 396
15.9.3.1 Nulidad absoluta de los acuerdos de asamblea ... 397
15.9.3.2 Nulidad relativa de los acuerdos de asamblea ... 398
15.10 Impugnación de los *actos sociales*. Suspensión de acuerdos. Oposición de los acreedores. Efectos de las acciones judiciales. Sujetos pasivos ... 399
15.10.1 Acciones de anulabilidad y de nulidad ... 399
15.10.1.1 Acción de anulabilidad ... 399
15.10.1.2 Acción de nulidad ... 399
15.10.2 Acción de oposición ... 400
15.10.3 Suspensión de ejecutar las resoluciones impugnadas ... 401
15.10.4 Oposición de los acreedores ... 401
15.10.5 Efectos de las acciones de anulabilidad, nulidad y oposición ... 402
15.10.6 Sujeto pasivo de los juicios de nulidad y de oposición ... 402
15.11 **Acuerdos tomados fuera de asamblea** ... 402
15.12 **Recapitulación** ... 403

CAPÍTULO 16 **ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. ADMINISTRADORES** ... 405

16.1 Conceptos doctrinales ... 409
16.1.1 Función de gestión de los negocios sociales ... 409
16.1.2 Función de representación ... 410
16.1.3 Caracterización de los administradores ... 411
16.2 Concepto legal ... 411
16.2.1 Número de administradores ... 411
16.2.2 Carácter jurídico de los administradores ... 412
16.2.2.1 Administración ... 413
16.2.2.2 Representación social ... 414
16.2.3 Temporalidad del cargo ... 416
16.2.4 Revocabilidad del nombramiento ... 416
16.2.5 Socios o personas extrañas a la sociedad ... 417
16.3 Requisitos para desempeñar el cargo de administrador ... 417
16.3.1 Tener capacidad para ejercer el comercio ... 417
16.3.2 Ser personas físicas ... 418

16.3.3 Prestar la garantía ... 420
16.4 Nombramiento de los administradores ... 420
16.4.1 Sistema de cooptación ... 420
16.4.1.1 Nombramiento inicial ... 421
16.4.1.2 Nombramiento por la asamblea ... 421
16.4.1.3 Nombramiento de consejeros suplentes ... 422
16.4.1.4 Nombramiento por las minorías ... 422
16.4.2 Excepción al sistema de cooptación. Nombramiento provisional ... 423
16.5 Conclusión del encargo ... 424
16.5.1 Revocación del nombramiento ... 424
16.5.2 Inhabilitación para ejercer el comercio ... 424
16.5.3 Muerte ... 425
16.5.4 Renuncia ... 425
16.5.5 Responsabilidad ... 426
16.5.6 Transcurso del plazo ... 426
16.5.7 Disolución de la sociedad ... 426
16.5.8 Quiebra y suspensión de pagos de la sociedad 426
16.5.9 Fusión ... 427
16.5.10 Otras causas de conclusión del cargo ... 427
16.5.10.1 Inasistencia reiterada a las juntas de consejo ... 427
16.5.10.2 Conflicto de intereses ... 427
16.6 Atribuciones de los administradores. Limitaciones ... 428
16.6.1 Atribuciones concretas de los administradores 429
16.6.2 Límites a las atribuciones de los administradores 430
16.6.2.1 Límites legales ... 430
16.6.2.2 Límites estatutarios ... 430
16.7 Deberes y obligaciones de los administradores Prohibiciones ... 431
16.7.1 De buena gestión de los negocios sociales ... 431
16.7.2 De buena representación ... 432
16.7.3 Obligaciones concretas de los administradores 432
16.7.4 Prohibiciones ... 433
16.8 Constitución y funcionamiento del consejo de administración ... 433
16.8.1 Constitución del consejo ... 434
16.8.1.1 Convocatoria ... 434
16.8.1.2 Tiempo de reunión ... 434
16.8.1.3 Lugar de reunión ... 434
16.8.2 Funcionamiento del consejo ... 435
16.8.2.1 *Quórum* de asistencia ... 435
16.8.2.2 Presidencia y Secretaría ... 435

16.8.2.3 *Quórum* de votación ..... 436
16.8.2.4 Voto de calidad ..... 437
16.8.2.5 Prohibición de votar ..... 437
16.8.2.6 Reunión necesaria. Voto oral *pro cápite* ..... 438
16.8.2.7 Actas de consejo ..... 438
16.8.2.8 Ejecución de los acuerdos del consejo 438
16.8.2.9 Consejero delegado ejecutivo ..... 439
16.8.2.10 Comités ..... 439
16.9 Órganos secundarios de la administración ..... 439
16.9.1 Gerentes generales y especiales ..... 440
16.9.1.1 Nombramiento de los gerentes ..... 440
16.9.1.2 Número y clases de gerentes ..... 441
16.9.1.3 Requisitos para desempeñar el cargo de gerente ..... 441
16.9.1.4 Temporalidad, indelegabilidad y revocabilidad del cargo ..... 441
16.9.1.5 Atribuciones de los gerentes ..... 441
16.9.1.6 Carácter jurídico de los gerentes .. 442
16.9.1.7 Deberes y obligaciones de los gerentes ..... 443
16.9.1.8 Remuneración ..... 443
16.9.1.9 Conclusión del encargo de gerente . 443
16.9.2 Apoderados ..... 443
16.9.3 Reglas comunes a los consejeros delegados, a los gerentes y a los apoderados ..... 444
16.10 Responsabilidad de los administradores. Concepto ..... 445
16.10.1 Por actos dolosos ..... 445
16.10.2 Por actos ilícitos ..... 445
16.10.3 Por actos culposos ..... 446
16.10.4 Clases de responsabilidad ..... 446
16.10.4.1 Responsabilidad individual ..... 446
16.10.4.2 Responsabilidad solidaria ..... 447
16.10.4.3 Responsabilidad interna y externa de los administradores ..... 447
16.10.4.3.1 Responsabilidad solidaria frente a la sociedad ..... 448
16.10.4.3.2 Responsabilidad solidaria frente a los acreedores de la sociedad . 448
16.10.4.3.3 Responsabilidad mancomunada frente a la sociedad ..... 449
16.10.4.3.4 Responsabilidad solidaria o mancomunada frente a los socios 449
16.10.5 Responsabilidad penal de los administradores 450

16.11 Acciones de responsabilidad. Exclusión de responsabilidad 450
16.11.1 Acción de la sociedad ..... 450
16.11.2 Acción directa de los socios ..... 451
16.11.3 Acción de los acreedores ..... 451
16.11.4 Exclusión de responsabilidad ..... 451

CAPÍTULO 17 **ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. LOS COMISARIOS** ..... 456

17.1 Concepto ..... 456
17.1.1 Notas características del órgano de vigilancia. constituido por los comisarios ..... 457
17.1.1.1 Órgano de vigilancia necesario .... 457
17.1.1.2 Socios o personas extrañas a la sociedad ..... 457
17.1.1.3 Permanencia del encargo ..... 458
17.1.1.4 Temporalidad del encargo ..... 458
17.1.1.5 Revocabilidad del nombramiento .. 458
17.1.1.6 Independencia del cargo ..... 458
17.1.1.7 Órgano individual ..... 459
17.2 Requisitos para desempeñar el cargo de comisario ..... 459
17.2.1 Capacidad para ejercer el comercio ..... 459
17.2.2 Persona física ..... 460
17.2.3 No ser empleado de la sociedad, ni de su controladora o subsidiarias ..... 461
17.2.4 No tener relación de parentesco con los administradores ..... 461
17.2.5 Prestar la garantía ..... 462
17.3 Nombramiento de los comisarios ..... 462
17.3.1 Sistema de cooptación ..... 463
17.3.1.1 Nombramiento inicial ..... 463
17.3.1.2 Nombramiento de suplentes ..... 463
17.3.1.3 Nombramiento por la asamblea ... 463
17.3.1.4 Nombramiento por las minorías ... 464
17.3.2 Excepción al sistema de cooptación. Nombramiento por el juez ..... 464
17.4 Conclusión del encargo del comisario ..... 465
17.4.1 Revocación del nombramiento ..... 465
17.4.2 Muerte ..... 465
17.4.3 Renuncia ..... 466
17.4.4 Cesación de las funciones por causa de responsabilidad ..... 466

17.4.5 Conclusión del encargo por transcurso del plazo ... 466
17.4.6 Conclusión del encargo por incompatibilidad para desempeñarlo ... 466
17.4.7 Fusión de la sociedad ... 467
17.4.8 Otras causas de conclusión del encargo ... 467
17.5 Atribuciones de los comisarios ... 467
17.6 Prohibiciones a los comisarios ... 469
17.7 Responsabilidades de los comisarios ... 469
17.7.1 Individual ... 470
17.7.2 Solidaria ... 470
17.7.3 Interna ... 470
17.7.4 Externa ... 470
17.8 Acciones de responsabilidad. Exclusión de responsabilidad 471
17.8.1 De la sociedad ... 472
17.8.2 Directa de los socios ... 472
17.8.3 Exclusión de responsabilidad ... 472

CAPÍTULO 18 **SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES** ... 473

**Introducción** *Breve referencia histórica* ... 475
18.1 Concepto ... 475
18.1.1 Elementos de la definición ... 476
18.1.1.1 Sociedad mercantil ... 476
18.1.1.2 Capital fundacional ... 476
18.1.1.3 Razón o denominación social ... 477
18.1.1.4 Responsabilidad desigual de los socios ... 477
18.1.1.5 Capital social dividido en acciones . 478
18.2 Derechos y obligaciones de los socios. Prohibiciones ... 479
18.2.1 Derechos y obligaciones ... 479
18.2.2 Prohibiciones ... 480
18.3 Órganos de la sociedad en comandita por acciones ... 480
18.3.1 Asamblea de accionistas ... 481
18.3.2 Administradores ... 481
18.3.3 Órganos de vigilancia ... 482
18.4 Constitución, disolución y liquidación de la sociedad ... 482
18.4.1 Constitución ... 482
18.4.2 Disolución ... 482
18.4.3 Liquidación ... 483

18.5 Quiebra de los socios y de la sociedad ..... 483
18.5.1 De los socios ..... 483
18.5.2 De la sociedad ..... 483

CAPÍTULO 19 **SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE** ..... 485

**Introducción** *Breve referencia histórica* ..... 487
19.1 Nociones generales ..... 487
19.1.1 Concepto ..... 488
19.1.2 El régimen de capital variable ..... 488
19.1.3 Capital social mínimo y máximo. Capital autorizado ..... 490
19.1.3.1 Capital social mínimo ..... 490
19.1.3.2 Capital social máximo ..... 490
19.1.3.3 Capital autorizado ..... 491
19.1.4 Formalidades y publicidad ..... 493
19.1.4.1 Formalidades ..... 494
19.1.4.2 Publicidad ..... 494
19.1.4.3 Homologación judicial ..... 495
19.2 Aumentos del capital variable ..... 496
19.2.1 Modos o formas de aumento ..... 496
19.2.1.1 Derechos y bienes aportables ..... 497
19.2.1.1.1 Derechos de los socios ..... 497
19.2.1.1.2 Derechos de crédito ..... 498
19.2.1.1.3 Obligaciones convertibles en acciones ..... 498
19.2.1.1.4 Bienes ..... 498
19.2.1.1.5 Derechos reales ..... 499
19.2.1.2 Bienes y derechos no susceptibles de aportación ..... 499
19.2.2 Formalidades para aumentar el capital variable 499
19.2.2.1 Formalidades en las sociedades sin acciones ..... 499
19.2.2.2 Formalidades en las sociedades por acciones ..... 500
19.2.2.2.1 Creación, emisión y expedición de acciones de tesorería ..... 501
19.2.2.2.2 Formas de emisión ..... 502
19.2.2.2.3 Términos de emisión ..... 502

19.2.2.2.4 Emisión de obligaciones convertibles en acciones ..... 502
19.3 Disminuciones del capital variable ..... 504
19.3.1 Modo y formalidades ..... 504
19.3.2 Otras formas o modos de reducción del capital variable adoptadas en la práctica ..... 506
19.3.2.1 Valor del reembolso ..... 507
19.3.2.2 Libre derecho de retiro. Momento de la separación ..... 508
19.4 Responsabilidad de los socios separatistas ..... 508
19.5 Garantías de los acreedores ..... 509

CAPÍTULO 20 **FUSIÓN, TRANSFORMACIÓN Y ESCISIÓN DE SOCIEDADES** ..... 511

20.1 Integración y concentración de empresas ..... 514
20.1.1 Integración interna de empresas ..... 514
20.1.2 Concentración de sociedades ..... 515
20.1.2.1 Consorcio ..... 515
20.1.2.2 *Konzern* ..... 516
20.1.2.3 *Holding* ..... 516
20.1.2.4 *Cártel* ..... 516
20.1.3 Integración externa de empresas ..... 517
20.2 Fusión de sociedades. Clases ..... 518
20.2.1 Por integración ..... 518
20.2.2 Por incorporación ..... 520
20.3 Sociedades susceptibles de fusión ..... 520
20.3.1 Heterogéneas ..... 520
20.3.2 Irregulares ..... 521
20.3.3 En liquidación ..... 521
20.3.4 En suspensión de pagos o en quiebra ..... 521
20.3.5 De capital variable ..... 522
20.3.6 Sociedades controladoras y controlados ..... 522
20.4 Proceso y época en que surte efectos la fusión ..... 523
20.4.1 Proceso de fusión ..... 523
20.4.2 Época en que surte efectos la fusión ..... 524
20.5 Efectos de la fusión ..... 526
20.5.1 En cuanto a los acreedores ..... 526
20.5.1.1 Balance de fusión ..... 526
20.5.1.2 Sistema para la extinción de los pasivos de las fusionadas ... 527

20.5.2 En cuanto a los socios ... 528
20.5.3 En cuanto a las sociedades ... 529
20.5.3.1 Efectos en cuanto a la fusionante ... 530
20.5.3.2 Efectos en cuanto a las fusionadas 531
20.6 Naturaleza jurídica de la fusión. Concepto ... 532
20.7 Nulidad y revocación de los acuerdos. Resolución del contrato, Eficacia ... 533
20.7.1 Nulidad de los acuerdos ... 533
20.7.2 Revocación de los acuerdos de fusión ... 533
20.7.3 Resolución y modificación del contrato de fusión 534
20.8 Transformación de sociedades ... 534
20.8.1 Concepto ... 534
20.8.2 Formalidades y requisitos de eficacia ... 535
20.8.3 Efectos. ¿Subsistencia o extinción de la transformada? ... 536
20.8.3.1 Nuestra opinión ... 537
20.8.4 *Transformación* por adopción de la modalidad de capital variable ... 538
20.8.5 Efectos de la transformación en cuanto a la sociedad, los socios y los acreedores ... 539
20.8.5.1 En cuanto a la sociedad ... 539
20.8.5.2 En cuanto a los socios ... 539
20.8.5.3 En cuanto a los acreedores ... 539
20.9 La escisión conforme a la legislación y la doctrina extranjeras ... 540
20.9.1 Concepto ... 540
20.9.2 Clases ... 540
20.9.2.1 Escisión total ... 540
20.9.2.2 Escisión parcial ... 540
20.9.2.3 Escisión por integración ... 541
20.9.2.4 Escisión por incorporación o por absorción ... 541
20.9.3 Efectos de la escisión respecto a la escindida y las beneficiarias ... 541
20.9.4 Efectos de la escisión respecto a los socios de la escindida ... 542
20.10 La escisión en la práctica mexicana antes de las adiciones a la ley ... 543
20.11 La escisión conforme al derecho fiscal mexicano ... 544
20.12 La escisión en la legislación mercantil mexicana ... 545
20.12.1 Clases de escisión contemplados por la *LGSM* 546
20.12.2 Formalidades de la escisión ... 546
20.12.3 Contenido de los acuerdos de escisión ... 547

20.12.4 Requisitos de fondo y de publicidad de la escisión ..... 548
20.12.4.1 Requisitos de fondo ..... 548
20.12.4.2 Requisitos de forma y publicidad . 548
20.12.5 Protección de los derechos de socio y de los acreedores ..... 549
20.12.6 Época en que surte efectos la escisión ..... 549
20.12.7 Constitución de las sociedades *escindidas* .... 549
20.12.8 Efectos de la escisión respecto de la *escindente* 550
20.12.9 Efectos de la escisión respecto de las *escindidas* 550
20.12.10 Efectos de la escisión respecto de los socios de la *escindente* y las *escindidas* ..... 551
20.13 Escisión de sociedades en liquidación ..... 551

CAPÍTULO 21 **DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES** ..... 553

21.1 Concepto. Clases ..... 556
21.1.1 Concepto ..... 556
21.1.2 Disolución parcial y total del contrato de sociedad ..... 556
21.1.2.1 Disolución parcial. Separación, exclusión y muerte de lo socios ... 556
21.1.2.2 Disolución total. Disolución obligatoria y no obligatoria ..... 558
21.1.2.2.1 Disolución obligatoria ..... 559
21.1.2.2.2 Disolución no obligatoria ..... 560
21.1.2.3 Disolución convencional ..... 562
21.1.2.4 Otras causas de disolución ..... 562
21.2 Órganos competentes para declarar o comprobar la disolución ..... 562
21.3 Efectos de la disolución. Prohibición de realizar nuevas operaciones ..... 564
21.3.1 Efectos ..... 564
21.3.1.1 Nuevas operaciones ..... 564
21.3.1.2 Cambio de los órganos sociales .... 565
21.4 Liquidación ..... 565
21.4.1 Concepto ..... 565
21.4.2 Clases ..... 565
21.4.3 Protección de los acreedores ..... 566
21.5 Revocación e insubsistencia de la disolución y liquidación 566

21.5.1 Revocación de la liquidación ..... 567
21.5.1.1 Disolución y liquidación por expiración del término ..... 567
21.5.1.2 Disolución y liquidación por objeto ilícito o por realización habitual de actos ilícitos ..... 568
21.5.1.3 Disolución y liquidación por consumación del objeto social o por imposibilidad de seguir realizándolo ..... 568
21.5.1.4 Disolación y liquidación por acuerdo de los socios ..... 568
21.5.1.5 Disolución y liquidación porque el número de accionistas llegue a ser menor a cinco ..... 568
21.5.1.6 Disolución y liquidación por reunirse en una sola persona las partes de interés ..... 568
21.5.1.7 Disolución y liquidación por pérdida de las dos terceras partes del capital social ..... 568
21.5.1.8 Disolución y liquidación por causas convencionales ..... 569
21.5.2 Insubsistencia de la disolución y liquidación .. 569
21.6 Los liquidadores ..... 569
21.6.1 Concepto. Número. Calidades ..... 569
21.6.2 Nombramiento y revocación del encargo ..... 570
21.6.3 Toma de posesión del cargo ..... 571
21.6.4 Atribuciones y obligaciones ..... 571
21.7 Operaciones de liquidación ..... 571
21.8 Operaciones de división y distribución del haber social .. 572
21.9 Liquidación de sociedades irregulares y nulas ..... 574

CAPÍTULO 22 **SOCIEDADES COOPERATIVAS** ..... 575

**Introducción** *Breve antecedente histórico* ..... 578
22.1 Naturaleza y concepto legal ..... 579
22.1.1 Naturaleza. Sociedad mercantil ..... 579
22.1.2 Concepto legal ..... 580
22.1.2.1 Elementos del concepto legal ..... 580
22.1.2.1.1 Sociedad ..... 580
22.1.2.1.2 Denominación social ..... 580

22.1.2.1.3 Capital fundacional variable .... 581
22.1.2.1.4 Certificados de aportación ..... 582
22.1.2.1.5 Actividad social en beneficio de los socios ..... 582
22.1.2.1.6 Actividad social limitadamente lucrativa ..... 583
22.1.2.1.7 Responsabilidad limitada ..... 585
22.1.2.1.8 Responsabilidad suplementada . 585
22.2 Diversas especies de sociedades cooperativas. Federaciones y Confederación Nacional Cooperativa ..... 585
22.2.1 Especies ..... 585
22.2.2 Federaciones de cooperativas ..... 586
22.2.3 Confederación Nacional de Cooperativas ..... 586
22.3 Constitución de la sociedad. Ingreso y salida de socios. Efectos ..... 587
22.3.1 Constitución ..... 587
22.3.1.1 Formalidades ..... 587
22.3.1.2 Autorización y Registro ..... 588
22.3.2 Ingreso y salida de socios ..... 588
22.3.2.1 Admisión de nuevos socios ..... 588
22.3.2.2 Exclusión de socios ..... 589
22.3.2.3 Renuncia ..... 589
22.3.2.4 Muerte del socio ..... 589
22.3.3 Efectos de la separación del socio ..... 589
22.4 Derechos y obligaciones de los socios ..... 589
22.5 Órganos de la sociedad. Vigilancia estatal ..... 590
22.5.1 Asambleas generales ..... 590
22.5.1.1 Atribuciones de la asamblea general 590
22.5.1.2 Convocatoria ..... 591
22.5.1.3 *Quórumes* ..... 592
22.5.1.4 Delegados y representantes ..... 592
22.5.1.5 Presidencia de la asamblea ..... 592
22.5.1.6 Actos de asamblea ..... 593
22.5.2 Consejo de administración ..... 593
22.5.2.1 Número de consejeros ..... 593
22.5.2.2 Nombramiento del consejo ..... 593
22.5.2.3 Duración del cargo ..... 593
22.5.2.4 Revocación del cargo ..... 593
22.5.2.5 Calidades de los consejeros ..... 594
22.5.2.6 Funcionamiento del consejo de administración ..... 594
22.5.2.7 Remuneración ..... 594
22.5.2.8 Responsabilidad de los consejeros . 594

22.5.2.9 Designación de gerentes y comisionados ... 594
22.5.3 Consejo de vigilancia ... 595
22.5.3.1 Número ... 595
22.5.3.2 Nombramiento y revocación del cargo ... 595
22.5.3.3 Duración del cargo. Remuneración ... 595
22.5.3.4 Funcionamiento del consejo de vigilancia. Responsabilidad ... 596
22.5.4 Comisión de Control Técnico ... 596
22.6 Libros sociales y de contabilidad. Vigilancia estatal ... 596
22.6.1 Libros ... 596
22.6.2 Vigilancia estatal ... 597
22.7 Disolución de las cooperativas ... 597
22.8 Liquidación de las cooperativas. Comisión liquidadora. Proyecto de liquidación. Operaciones de liquidación y distribución del haber social ... 598
22.8.1 Comisión liquidadora ... 598
22.8.2 Proyecto de liquidación ... 599
22.8.3 Operaciones de liquidación ... 599
22.8.4 Operación de distribución del haber social ... 600
22.9 Consideración final ... 601

CAPÍTULO 23 **ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN** ... **603**

23.1 Antecedentes. Concepto. Naturaleza. Disposiciones supletorias ... 605
23.1.1 Antecedentes ... 605
23.1.2 Concepto ... 605
23.1.3 Naturaleza jurídica ... 606
23.1.4 Disposiciones supletorias ... 606
23.2 Partes. Aportaciones. Objeto Social ... 607
23.2.1 Partes ... 607
23.2.1.1 Asociante ... 607
23.2.1.2 Asociados ... 608
23.2.2 Aportaciones ... 609
23.2.3 Objeto social ... 610
23.3 Requisitos de validez del contrato de asociación en participación ... 610

23.4 Otras disposiciones legales aplicables a la asociación en participación ... 611
23.4.1 Cesión de los derechos de socio. Admisión de nuevos socios ... 611
23.4.2 Deber de lealtad ... 611
23.4.3 Derechos de consecución ... 612
23.4.4 Socios industriales ... 612
23.4.5 Remuneración del asociante ... 612
23.4.6 Exclusión de los socios ... 612
23.5 Quiebra del asociante. Disolución y liquidación de la asociación ... 613
23.5.1 Quiebra del asociante ... 613
23.5.2 Disolución de la asociación en participación ... 613
23.5.3 Liquidación de la asociación en participación ... 613

Bibliografía ... 615
Índice onomástico ... 621
Índice de materias ... 625

# INTRODUCCIÓN

Esta obra fue concebida y escrita para estudiantes de la carrera de derecho, si bien pienso que algunos abogados y otros profesionales pueden sacar provecho de ella, toda vez que contiene diversos temas que, por motivo de los calendarios escolares, por lo general, no se tratan con la profundida deseada en la asignatura de sociedades mercantiles que imparten las diversas universidades del país.

Quizá a algunos lectores pudiera parecerles poco común que en un texto dedicado al estudio de las sociedades mercantiles se destaquen de manera particular algunas cuestiones que atañen a la "teoría general de las obligaciones" o "teoría general del contrato", como ciertos tratadistas prefieren llamarla. Las razones por las que hago tal énfasis son dos: primera, porque la *Ley General de Sociedades Mercantiles* atribuye a éstas naturaleza contractual, lo que obliga a estudiarlas dentro del contexto del derecho de las obligaciones y, segunda, muy especialmente porque durante mi breve experiencia como profesor de la asignatura en cuestión en la Escuela de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Monterrey, encontré que era ventajoso para mis alumnos reforzar algunos de los conocimientos que ya tenían adquiridos en esa materia.

En efecto, en mi calidad de docente encontré que mis alumnos comprendían mejor ciertas instituciones que ya habían estudiado, entre ellas, las de existencia, validez, nulidad e ineficacia de los actos jurídicos, cuando las referían al estudio de las sociedades mercantiles, al parecer porque la teoría de las obligaciones les parecía *más práctica o menos abstracta*, como algunos de ellos llegaron a expresármelo.

Por razones de metodología, la presente obra está dividida en veintitrés capítulos, de los cuales los primeros ocho se dedican a hacer una exposición general de las diversas clases de sociedades reguladas por nuestra legislación,

así como al estudio de la naturaleza; elementos de existencia y validez; efectos y formalidades del contrato de sociedad; en tanto que los restantes capítulos se dedican al estudio particular de cada uno de los diversos tipos sociales instituidos en la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, sin faltar las cooperativas y la asociación en participación.

En este mismo orden de ideas, el lector encontrará que, siguiendo el método del distinguido maestro y tratadista doctor Joaquín **Rodríguez Rodríguez**, he estimado conveniente dividir el estudio de la sociedad anónima en seis capítulos, habida cuenta que por su importancia y extensa regulación legal, no es posible ni conveniente reducirlo a unas cuantas páginas.

Evidentemente, los conceptos vertidos en este texto en torno a las sociedades mercantiles no constituyen un estudio exhaustivo de ellas, sino un intento de llegar a explicarlas dentro del contexto de nuestro orden jurídico del cual forman parte importante.

Por último, deseo manifestar que esta obra ha sido enriquecida con las ideas, inquietudes y, ¿por qué no decirlo?, con las dudas expresadas en clase por mis exalumnos a quienes desde aquí envío mi reconocimiento y gratitud.

EL AUTOR
Monterrey, verano de 1993

# Sociedades mercantiles

CAPÍTULO
1

# DIVERSAS CLASES DE SOCIEDADES

## SUMARIO


**1.1 SOCIEDAD. SU CONCEPTO Y SUS CLASES**
- 1.1.1 Plurales y unipersonales
- 1.1.2 Permanentes y transitorias
- 1.1.3 Voluntarias y obligatorias
- 1.1.4 De aportación de bienes y de aportación de servicios
- 1.1.5 Con y sin personalidad jurídica

**1.2 CRITERIO OBJETIVO DE CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES POR SUS FINES**

**1.3 CRITERIO FORMAL DE CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES**

**1.4 CRITERIO DE DISTINCIÓN POR LA ACTIVIDAD**

**1.5 CRITERIO NEGATIVO DE DISTINCIÓN POR LA ACTIVIDAD**

**1.6 CRITERIOS DE DISTINCIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN PARTICULAR**

**1.7 ADQUISICIÓN DE LA CALIDAD DE COMERCIANTE POR LAS SOCIEDADES MERCANTILES**

**1.8 OTRAS PERSONAS MORALES COMERCIANTES**
- 1.8.1 Organismos públicos descentralizados
- 1.8.2 Sociedades Nacionales de Crédito
- 1.8.3 Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público

**1.9 LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES MERCANTILES**

**1.10 LA COSTUMBRE Y LOS USOS MERCANTILES**
- 1.10.1 Envío

## 1.1 SOCIEDAD. SU CONCEPTO Y SUS CLASES

En términos muy generales, la sociedad puede ser definida como una agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria u obligatoria, la cual se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho atribuye o niega personalidad jurídica.

En atención a los elementos específicos que integran la definición anterior, las sociedades suelen ser clasificadas en los grandes grupos siguientes.

### 1.1.1 Plurales y unipersonales

El concepto de agrupación es inherente al de sociedad. Ni lógica ni jurídicamente se concibe a las sociedades unipersonales, porque, desde un punto de vista lógico, éstas encierran una contradicción y, desde un punto de vista jurídico contravienen a la naturaleza, ya sea bilateral o plurilateral del negocio que les da origen. Sin embargo, algunas legislaciones extranjeras admiten la existencia de sociedades mercantiles unipersonales como sustituto de la figura jurídica llamada *fundo comercial*.[1]

### 1.1.2 Permanentes y transitorias

Lo que determina la permanencia o la transitoriedad de una sociedad es, por regla general, el fin para el cual fue constituida. Así, podrá haber, por ejemplo, sociedades constituidas para dedicarse a la explotación minera de diversos fundos en el largo plazo y podrá haber otras organizadas para explotar un solo yacimiento minero cuya *vida* determinará la de la sociedad.

[1] Sobre este interesante tema conviene consultar la importante obra de BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, pp 187 y ss. También consúltese, "La sociedad heterapénica", de MANTILLA MOLINA, Roberto, en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Porrúa, 1983, y *Derecho mercantil* de CERVANTES AHUMADA, Raúl, Herrero, 1984, p 47.

### 1.1.3 Voluntarias y obligatorias

No todas las sociedades se constituyen por voluntad de las partes. Hay casos en que el legislador, por razones políticas, económicas o de simple policía, impone a los gobernados la obligación de asociarse. Tales son los casos, en nuestro medio, de las cámaras de comercio y de industria y, en otros países, de los colegios profesionales.

### 1.1.4 De aportación de bienes y de aportación de servicios

La aportación de bienes a un fondo social no es una característica esencial de todas las sociedades. Las hay cuyos fines consisten en prestar a la comunidad servicios humanitarios, culturales, de defensa de los intereses de sus asociados o de cualquier otra naturaleza análoga, que no requieren necesariamente de las aportaciones de bienes, si bien algunas de ellas recurren circunstancialmente a las aportaciones materiales de sus socios para la consecución de sus fines.

### 1.1.5 Con y sin personalidad jurídica

La personalidad jurídica, es decir, la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones no es un atributo propio y *natural* de las agrupaciones humanas, sino, como se verá más adelante, una imputación del derecho. En consecuencia, la legislación puede investir de personalidad jurídica a unas y negarles tal atributo a otras.

## 1.2 CRITERIO OBJETIVO DE CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES POR SUS FINES

Por sus fines, pueden existir tantas clases de sociedades como sean diversos los propósitos que constituyan el objeto de su institución. Conforme a este criterio, las sociedades generalmente se clasifican en

*a)* ***De beneficencia*** Cuyo fin, como su nombre lo indica, es prestar servicios humanitarios, culturales, etc, a la comunidad

*b)* ***Con fines no lucrativos*** Como las asociaciones civiles; las sociedades mutualistas y cooperativas, etc, cuyo fin, en principio, no tenga un carácter preponderantemente económico, ni constituya una especulación mercantil[2]

[2] La *Ley General de Sociedades Mercantiles* considera a las cooperativas como mercantiles (art 1o, frac VI). Sin embargo, en el art 1o, frac VI, de la *Ley General de Sociedades Cooperativas* se dispone que esta clase de sociedades no deben perseguir fines de lucro. Por tal razón RODRÍGUEZ

*c) Con fines* ***preponderantemente económicos que no constituyen una especulación comercial*** Entre las que se cuentan las sociedades civiles y de usuarios

*ch) Con fines preponderantemente económicos* ***que constituyen una especulación comercial*** Como es el caso de las sociedades mercantiles en general.

## 1.3 CRITERIO FORMAL DE CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES

Al criterio anterior seguido por algunos autores para clasificar a las sociedades por sus fines, y que se le ha llamado *criterio objetivo,* se contrapone el que otros tratadistas denominan *criterio formal.* Conforme este último criterio, o sea, el *formal,* lo que cuenta para distinguir a las sociedades mercantiles no son los fines que persiguen, sino la forma que ellas revisten. A este respecto, **Rodríguez,** con base en los arts 2688 *CCDF,* que define a la sociedad civil por sus fines; 2695 *CCDF,* el cual dispone que las sociedades civiles que adopten la forma mercantil se regirán por la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* y 4o *LGSM* que declara que las sociedades que se constituyan según alguna de las formas en ella reconocidas se reputarán mercantiles, afirma que

> el sistema mexicano actual es un sistema formal sin excepciones ni atenuaciones, en cuanto a la ley mercantil, y mixto, en lo que se refiere al derecho civil.[3]

Asimismo, **Mantilla Molina** sostiene que la ley mexicana

> hace caso omiso de los fines perseguidos, para atender tan sólo a la estructura de la sociedad, considerándola mercantil si adopta un tipo social regulado por las leyes mercantiles, cualesquiera que sean sus finalidades,[4]

razón por la que define a la sociedad mercantil como

> el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para algunos de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil.

A nuestro juicio, los criterios formal y objetivo considerados aisladamente, son insuficientes para caracterizar como comerciante a una persona moral.

RODRÍGUEZ, Joaquín, afirma que "Las cooperativas son sociedades mercantiles por su forma" y agrega que "están sometidas a la legislación mercantil en todo lo que no está previsto expresamente por las disposiciones especiales de las cooperativas" (*Tratado de sociedades mercantiles,* t II, Porrúa, 1965, p 421). También consideran mercantiles a las cooperativas: BARRERA GRAF, *op cit,* p 138; MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil,* Porrúa, México, 1986, p 307; MACEDO HERNÁNDEZ, *Ley General de Sociedades Mercantiles,* Cárdenas, 1984, p 8, y DE PINA VARA, Rafael, *Derecho mercantil mexicano,* Porrúa, México, 1985, p 138.

[3] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles,* t I, Porrúa, 1965, pp 7-8.

[4] MANTILLA MOLINA, Roberto L., *op cit,* núm 231, pp 188-189.

En efecto, únicamente en el contexto de una concepción ideal del *Código Civil (C Civ)* y de la *Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM)* puede afirmarse que se reputará comerciante a una persona moral sin fines de lucro que se constituya en cualquiera de las formas reconocidas por la legislación mercantil, de la misma manera que solo en un contexto ideal puede aseverarse que toda persona moral lucrativa es mercantil, atendiendo a que el fin de lucro es inherente al ejercicio de la profesión de comerciante como señala **Bolaffio.**[5]

Quizá por tales razones **Rodríguez** considera que la participación en las pérdidas y ganancias es uno de los elementos de existencia del contrato de sociedad mercantil, y, a su vez, **Mantilla** estima que la vocación a las pérdidas y ganancias es un elemento esencial de la misma, con lo que contradicen el criterio formal que sustentan, pues involuntariamente admiten que para determinar si una sociedad es o no mercantil debe estarse tanto a la forma que reviste como a los fines que persigue. Para comprobar esto, piénsese en una sociedad anónima con fines de beneficencia. Desde un punto de vista formal, será una sociedad mercantil; pero, desde un punto de vista objetivo, no lo será, puesto que no tendría fines de lucro. O bien, piénsese en un organismo descentralizado lucrativo, como Petróleos Mexicanos, que no reviste la forma de una sociedad mercantil y que, sin embargo, por sus fines sí es una empresa comercial.

Las observaciones anteriores nos llevan a concluir que las declaraciones contenidas en los arts 3o, frac II, *C Com* y 4o, *LGSM* en el sentido de que las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles se reputan en derecho comerciantes, en realidad, constituyen presunciones *iuris tantum*. En otras palabras, estimamos que para determinar si una sociedad es mercantil o no (si es comerciante o no) debe atenderse tanto a su forma como a sus fines; esto es, debe aplicarse un *criterio mixto*.

## 1.4 CRITERIO DE DISTINCIÓN POR LA ACTIVIDAD

La doctrina y la legislación también utilizan otro criterio para determinar la calidad de comerciante de las personas físicas y morales, en el que se atiende fundamentalmente a la actividad que realizan. De manera que se reputa comerciantes a quienes, por sí o por conducto de representantes, habitualmente se dedican al ejercicio de una actividad de intermediación en el cambio, lo que, en última instancia, constituye la esencia del comercio.

Este criterio se aplica de manera especial a las personas físicas para quienes la adquisición de la calidad de comerciante implica de modo necesario hacer del comercio su ocupación ordinaria (art 3o, frac I, *C Com*). Sin embargo, también puede aplicarse el criterio en cuestión a otras personas morales que sin ser sociedades mercantiles ejecutan habitualmente actos de comercio, como es el caso citado de Petróleos Mexicanos.

[5] BOLAFFIO, León, *Derecho mercantil*, Reus, 1935, pp 62-63.

## 1.5 CRITERIO NEGATIVO DE DISTINCIÓN POR LA ACTIVIDAD

El criterio negativo que ahora nos ocupa es diametralmente opuesto al anterior y se enuncia de la manera siguiente: no es comerciante quien no hace del comercio su ocupación ordinaria. Suele utilizarse este criterio para negar la calidad de comerciantes a otras personas morales de carácter público, como la Federación, los estados y los municipios, aunque con frecuencia ejecuten actos comerciales de gran envergadura y trascendencia económica por conducto de sus órganos centralizados.

## 1.6 CRITERIOS DE DISTINCIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN PARTICULAR

En el campo particular de las sociedades mercantiles, éstas suelen clasificarse en: sociedades de personas *(intuitu personae);* sociedades de capitales *(intuitu pecunie);* sociedades mixtas y sociedades elásticas o flexibles.[6] Sin embargo, también se les distingue siguiendo una gran variedad de criterios, algunos de los cuales expondremos a continuación

*a)* ***De personas*** Se caracterizan porque se constituyen atendiendo a la calidad de las personas que las integran, cuyos nombres forman el nombre de la sociedad (razón social) y quienes, en cierta medida, son responsables de las operaciones que aquella celebra. El tipo clásico de esta clase de sociedades es la *colectiva*

*b)* ***De capitales*** Su principal característica consiste en que su constitución atiende no tanto a la calidad de sus integrantes, sino al monto de las aportaciones que éstos realizan. Existen al amparo de un nombre (denominación social) que no se forma con el nombre de los socios quienes, en principio, solamente están obligados al pago de sus aportaciones. La *anónima* es el tipo clásico de esta especie de sociedades

*c)* ***Mixtas*** Son aquellas que participan de las características tanto de las sociedades de personas como de las de capitales, por cuanto su nombre (razón social) se forma con el de los socios, de los cuales unos responden de las obligaciones sociales con su patrimonio y otros únicamante están obligados al pago de sus aportaciones. La sociedad *en comandita* es el tipo clásico de estas sociedades

*ch)* ***Elásticas o flexibles*** En atención a las circunstancias especiales que determinen a los socios a constituir esta clase de sociedades, éstos pueden destacar las características de las denominadas *intuitu personae*, o bien de las *intuitu pecuniae.* Por consiguiente, pueden existir con arreglo a una

[6] *Cfr* CERVANTES AHUMADA, *op cit*, p 18.

razón social o a una denominación social. El prototipo de estas sociedades es la de *responsabilidad limitada*

*d)* ***Cerradas*** Reciben este nombre las anónimas cuyas acciones son propiedad de un grupo pequeño de socios, generalmente constituido por una familia

*e)* ***Abiertas*** Se les llama así a las anónimas cuyas acciones se cotizan en *bolsa* y, en consecuencia, son controladas por un gran número de personas

*f)* ***Regulares*** Son aquellas cuya constitución ha sido formalizada en escritura pública y están inscritas en el Registro Público de Comercio

*g)* ***Irregulares*** La *LGSM* considera como irregulares a las sociedades que no están inscritas en el Registro Público de Comercio, consten o no en escritura pública

*h)* ***De hecho*** La jurisprudencia mexicana y una parte de la doctrina da el nombre de sociedades de hecho a las irregulares. Sin embargo, otra parte de la doctrina llama sociedades de hecho a las verbales o a las que consten por escrito, pero no en escritura pública[7]

*i)* ***Incompletas*** Se les denomina así a las sociedades regulares o irregulares a las que les falta uno o varios de los requisitos legales de constitución

*j)* ***Aparentes*** También se les conoce como sociedades de papel o de comodidad. Son las constituidas por un solo socio y en las que figuran uno o varios testaferros, sin verdadero interés económico y jurídico en la sociedad, para cumplir el requisito del número de socios mínimo establecido por la ley

*k)* ***Durmientes*** Este nombre es aplicado a las sociedades formalmente constituidas e inscritas en el Registro Público de Comercio que no llegan a funcionar, pero cuya creación y mantenimiento se hace con el propósito de proteger ciertas denominaciones o nombres comerciales o ciertas marcas

*l)* ***Ocultas*** Son aquellas que no se exteriorizan como tales frente a terceros. La figura típica de esta especie de sociedades es la *asociación en participación*

*ll)* ***Paraestatales o de participación estatal*** Como su nombre lo indica, son aquellas en las que participa el Estado como socio, ya sea directamente o por conducto de un organismo público descentralizado. La ley las clasifica en empresas de participación estatal mayoritaria, si el Estado directa o indirectamente controla más de 50% del capital social, y minoritaria, si controla menos de 25% del capital social

*m)* ***Controladoras*** Son las que controlan el capital social, generalmente representado por acciones de otra u otras sociedades mercantiles que en

[7] BARRERA GRAF, *op cit*, p 38.

conjunto constituyen un grupo. A esta clase de sociedades, también se les denomina sociedades madre, sociedades tenedoras o *holdings.*

*n)* ***Controladas*** También se les conoce como sociedades filiales, subsidiarias o consolidadas, porque su capital social es controlado por otra sociedad mercantil.

## 1.7 ADQUISICIÓN DE LA CALIDAD DE COMERCIANTE POR LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Las sociedades mercantiles adquieren la calidad de comerciantes por el solo hecho de su constitución, por cuanto, como antes se indicó, la ley establece una presunción *iuris tantum* de que lo son si se constituyen con arreglo a las leyes mercantiles.

Dicho de otro modo: las sociedades mercantiles, ***en principio,*** son reputadas como comerciantes por la ley sin necesidad de ejercer efectivamente la profesión propia de éstos. Sobre esta peculiaridad de las sociedades mercantiles, dimanada de los *criterios formal y objetivo* de la ley, **Rocco**[8] hace el siguiente comentario

> El motivo de distinción (para atribuir la calidad de comerciante a las sociedades mercantiles) es manifiesto, porque mientras el hombre halla en la vida multitud de fines que puede realizar de distintos modos y en todas las formas posibles de actividad, la persona jurídica (la sociedad mercantil) nace para realizar uno determinado, y su actividad la marca y limita éste, que es, en otros términos, la ley fundamental e inmutable de la persona jurídica (los paréntesis son nuestros).

## 1.8 OTRAS PERSONAS MORALES COMERCIANTES

Nuestro derecho administrativo tipifica otras personas morales, como los organismos públicos descentralizados y las sociedades nacionales de crédito, que sin ser sociedades formalmente mercantiles, ejercen de manera habitual la profesión de comerciantes, habida cuenta de que los fines que persiguen son de lucro.

### 1.8.1 Organismos públicos descentralizados[9]

Los organismos públicos descentralizados se caracterizan por carecer de socios y por estar investidos de capacidad jurídica autónoma y dotados de patrimonio propio. Entre ellos se cuentan el ya mencionado Petróleos Mexicanos,

[8] Rocco, Alfredo, *Principios de derecho mercantil,* pp 230 y ss.

[9] La legislación mercantil mexicana no atribuye expresamente a estos organismos el carácter de comerciantes; pero es indudable que realizan ordinariamente actos mercantiles. En el contexto de la legislación italiana, refiriéndose a este tipo de organismos, Rocco comenta: "Realmente hubie-

cuyos fines consisten en la exploración, extracción, refinación y comercialización de hidrocarburos y sus derivados; la Compañía Nacional de Subsistencias Populares, constituida con el objeto de regular la distribución y venta de productos de primera necesidad y otros muchos organismos públicos descentralizados cuya enumeración resultaría demasiado prolija.

Asimismo, nuestro derecho administrativo tipifica otras *sociedades* dedicadas a realizar actos de comercio. Entre ellas se encuentran las siguientes.

### 1.8.2 Sociedades Nacionales de Crédito

Son personas morales las cuales, sin estar constituidas en cualquiera de las formas reconocidas por la *LGSM,* realizan los fines de lucro por excelencia: los de intermediación en el mercado del dinero.

### 1.8.3 Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público

Son verdaderos *cárteles* organizados por comerciantes, cuyo funcionamiento es estrechamente vigilado por el Estado, razón por la que la doctrina las considera de derecho administrativo-mercantil, pues están reguladas por una ley especial que participa tanto de las características del derecho administrativo como de las notas del derecho comercial.

## 1.9 LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES MERCANTILES

La constitución, organización y funcionamiento de las sociedades de derecho privado tienen su fundamento en el art 9o constitucional que consagra el derecho de libertad de asociación.

Por otra parte, la principal consecuencia de que se atribuya legalmente el carácter de comerciantes a las sociedades mercantiles es la de regularlas mediante un complejo de derechos y obligaciones que solo afectan a los comerciantes; es decir, la de someterlas a la legislación mercantil.

ra debido excluirse del ámbito de aplicación del derecho comercial a las personas jurídicas de carácter público, por la antinomia que hay entre ese público interés, que es el que tiende a satisfacer esas entidades, y la idea de especulación o lucro inherentes al concepto de comercio" (*op cit,* p 225), observación que motiva que les niegue el carácter de comerciantes "por la razón sencilla de que para ellas el ejercicio de esta actividad es *medio, no fin;* lo ejercen con un objeto único que no es el de especulación o lucro, sino la utilidad pública". Tal vez esta opinión del ilustre tratadista italiano es válida para los organismos públicos descentralizados de su país; pero lo cierto es que en México tiene muy dudosa validez, vista la forma de operar de dichos entes. En lo que toca a la naturaleza y funciones de los organismos descentralizados. *Cfr* GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política,* Porrúa, 1980, pp 355 y ss.

Entre las numerosas leyes especiales a que están sometidas las sociedades mercantiles se cuentan los siguientes ordenamientos de carácter federal; esto es, aplicables en toda la República

*a)* ***Ley General de Sociedades Mercantiles*** Es un ordenamiento especial, que regula la constitución, organización, funcionamiento, disolución y liquidación de las siguientes sociedades mercantiles: en *nombre colectivo, en comandita simple; de responsabilidad limitada; anónima* y *en comandita por acciones* (art 1o)

*b)* ***Código de Comercio*** Aplicable en lo conducente a los actos y contratos mercantiles y a los juicios entre comerciantes

*c)* ***Código Civil para el Distrito Federal*** Es de aplicación supletoria tanto a las sociedades mercantiles como a los actos, convenios y contratos de naturaleza comercial[10]

*ch)* ***Ley de Inversión Extranjera*** Como su nombre lo indica, establece reglas para la estructuración del capital de las sociedades en las que participe inversión extranjera. En este ordenamiento también se establecen los requisitos para la constitución y modificación de ***todas*** las sociedades mercantiles[11]

*d)* ***Ley Agraria*** Establece los términos y condiciones en que pueden constituírse sociedades mercantiles dedicadas a la producción agropecuaria

*e)* ***Ley del Mercado de Valores*** Sus disposiciones son aplicables a las sociedades cuyas acciones o valores se cotizan en bolsa

*f)* ***Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*** Regula exclusivamente los juicios concursales de los comerciantes

*g)* ***Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*** Sus disposiciones se aplican a los títulos representativos de las participaciones de los socios en el capital social (acciones y partes sociales), así como a ciertas operaciones de crédito reservadas exclusivamente a las sociedades anónimas, de la manera que sucede con la emisión de obligaciones

*h)* ***Ley Federal de Competencia Económica*** Sanciona las actividades monopolísticas y oligopolísticas y, en general, las que constituyen prácticas desleales de comercio

[10] Aunque la doctrina mexicana ha llegado a cuestionar la aplicación supletoria del *Código Civil para el Distrito Federal* a la materia mercantil, a nosotros no nos cabe duda al respecto, por las siguientes razones: *(i)* por disposición constitucional la materia mercantil es de orden federal y la legislación federal prevalece sobre la local, y *(ii)* el código en cuestión es aplicable en toda la República en asuntos del orden federal, según se estatuye en su art 1o. Asimismo, es indudable la aplicación supletoria de la legislación local en materia procesal en lo no previsto expresamente por el enjuiciamiento mercantil (art 1051, *C Com*). *Cfr* DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, Harla, México, 1982, pp 5 y ss.

[11] El art 17 de esta Ley impone la inconstitucional obligación de obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la "constitución de sociedades y sus reformas".

*i)* ***Ley de la Comisión Reguladora de Energía*** Reglamenta la forma, términos y condiciones en que los particulares pueden dedicarse a la generación, conducción, transformación y venta de energía eléctrica y al transporte y distribución de gas natural y de gas licuado de petróleo

*j)* ***Ley Reglamentaria del Artículo 131 Constitucional, o sea de Comercio Exterior*** Regula las operaciones de importación y exportación de bienes y servicios y las prácticas desleales de comercio internacional

*k)* ***Ley de Vías Generales de Comunicación*** Aplicable en lo conducente a las sociedades concesionarias o permisionarias de servicios de transportación aérea, terrestre y marítima, así como a las dedicadas a la explotación de medios masivos de comunicación

*l)* ***Ley de Navegación y Comercio Marítimo*** Aplicable a los comerciantes dedicados a esta clase de negocios

*ll)* ***Ley Minera*** Sus disposiciones se aplican a las empresas dedicadas a la exploración, explotación y beneficio de sustancias minerales
ción, explotación y beneficio de sustancias minerales

*m)* ***Reglamento de la Industria Petroquímica Secundaria*** Es de observancia obligatoria para las sociedades concesionarias en ese ramo de la actividad económica

*n)* ***Ley Forestal*** Regula las operaciones de los comerciantes dedicados a la explotación de bosques.

Así como otras leyes y reglamentos especializados como lo son la *Ley Aduanera,* la *Ley del Seguro Social,* la *Ley de Contaminación Ambiental,* la *Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial,* la *Ley de Protección al Consumidor,* la *Ley Sobre el Contrato de Seguro* y otros ordenamientos más que ponen en evidencia el excesivo reglamentismo y control del Estado a que están sometidas las actividades comerciales.[12]

## 1.10 LA COSTUMBRE Y LOS USOS MERCANTILES

Con arreglo a nuestro sistema jurídico las sociedades mercantiles tienen carácter contractual y, por consiguiente, a ellas se les aplican supletoriamente las disposiciones del derecho común que regulan a los contratos.

Entre los preceptos del *Código Civil para el Distrito Federal* aplicables al contrato de sociedad se encuentra el art 1796 que impone a los contratantes la *obligación legal* de estar no solo al cumplimiento de lo expresamente pacta-

[12] Sobre el excesivo reglamentismo del Estado y sobre la importancia de la *Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, véase:* SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo,* Porrúa, 1974, p 301; CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano,* Siglo XXI, México, 1978, pp 135-137; BARRERA GRAF, Jorge, *op cit,* pp 297 y ss, y FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo,* Porrúa, México, 1975.

do, sino también a las consecuencias que, según la naturaleza del contrato, sean conforme a la buena fe, al uso o a la ley, lo cual nos obliga a tratar el controvertido tema de la obligatoriedad de las costumbres y de los usos comerciales.

En los países de derecho escrito se ha suscitado una enconada polémica en torno a la cuestión de si los usos y costumbres son una fuente inmediata o mediata del derecho; es decir, respecto a si tienen fuerza obligatoria *per se* o en virtud de que la ley expresamente se las atribuye.[13]

Tradicionalmente se ha dicho que la costumbre es una conducta constante y generalizada que de antiguo se practica en país determinado y que, los usos son comportamientos constantes que se han observado durante poco tiempo o en una región específicamente localizada.

Sin embargo, algunos tratadistas sostienen que las notas de temporalidad y regionalidad no son útiles para distinguir entre uso y costumbre y proponen que ésta sea definida como un conducta constante y generalizada que se practica con la convicción de que es jurídicamente obligatoria. Es decir, sostienen que la noción de costumbre se funda en dos elementos: uno objetivo, o sea la conducta constante y generalizada *(inveterata consuetudo)* y el otro subjetivo, es decir la convicción de que tal conducta es jurídicamente obligatoria *(in opinio iuris atque necessitatis)*, de manera que si un comportamiento determinado reúne ambos elementos será costumbre y si solo se integra con el primero, será uso.

La doctrina en cuestión atribuye una gran importancia a la distinción propuesta entre usos y costumbres, por cuanto afirma que si existe la convicción de que cierta conducta es jurídicamente obligatoria debe considerarse *per se* como una fuente formal y autónoma del derecho, en tanto que si no existe tal convencimiento su fuerza obligatoria devendrá una ley que expresamente se la atribuya.

Sin analizar otras sutiles distinciones doctrinales que se han propuesto entre usos y costumbres, ni en las clasificaciones que de estas últimas se han elaborado, afirmamos que en nuestro país tales distinciones y clasificaciones carecen de sentido por dos razones

***Primera*** Porque nuestro legislador utiliza ambos conceptos como sinónimos, y

[13] *Cfr* entre otros: ROCCO, Alfredo, *op cit*, pp 116 y ss; BOLAFFIO, León, *op cit*, pp 22 y ss, GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1982, pp 121 y ss; VÁZQUEZ ARMINIO, Fernando, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1977, pp 73 y ss; BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, t I, pp 72 y ss; ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano. Introducción y personas*, t 1, Porrúa, México, 1982, pp 247 y ss; RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1983, pp 20 y ss; DAVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, *Títulos y contratos de crédito. Quiebras*, Harla, 1983, pp 28 y ss, y VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Contratos mercantiles*, Porrúa, México, 1982, p 47.

***Segunda*** Porque del último párr del art 14 constitucional se deduce que los usos y costumbres solo tienen fuerza obligatoria cuando exista una ley expresamente que se las atribuya.

En efecto, de la lectura de las numerosas disposiciones legales que se refieren a los usos y costumbres no es posible inferir que nuestro legislador haya establecido una distinción específica entre ambas nociones, toda vez que en ninguna parte afirma que la fuerza obligatoria de aquellos y de éstas deviene de la convicción de que jurídicamente vinculan a los contratantes. Pero, además, el último párr del art 14 constitucional estatuye que en los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra de la ley, de modo que si ésta prevé expresamente la aplicación de los usos o de las costumbres, el juez al atribuir el derecho está obligado a tomar en cuenta unos y otras.

## 1.10.1 Envío

En los próximos capítulos nos aplicaremos exclusivamente al estudio de las sociedades mercantiles desde tres puntos de vista generalmente aceptados por la doctrina

*i)* Como negocio jurídico
*ii)* Como persona jurídica, y
*iii)* Como conjunto de vínculos jurídicos de los socios entre sí, de éstos con la sociedad y de la sociedad con terceros, sin olvidar remitirnos constantemente a las numerosas disposiciones del derecho común y del derecho administrativo que antes hemos mencionado.

CAPÍTULO
2

# CONTRATO DE SOCIEDAD

## SUMARIO


**2.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL NEGOCIO SOCIAL**
- 2.1.1 Teoría del acto constitutivo
- 2.1.2 Teoría del acto complejo
- 2.1.3 Teoría del contrato de organización
- 2.1.4 Nuestra opinión

**2.2 LEGISLACIÓN MEXICANA**

**2.3 CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES**

**2.4 EFECTOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD**

**2.5 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

## INTRODUCCIÓN

El estudio de las *personas morales*, sean éstas de derecho público o privado, plantea dos cuestiones que a través de los años han suscitado enconadas polémicas entre los juristas. Las tesis en disputa son: la que versa sobre la naturaleza jurídica del acto que le da nacimiento a la *persona moral* y la que trata de explicar por qué la *persona moral* está investida de capacidad jurídica.

Aunque a primera vista pudiera parecer que la solución que se le dé a ambas cuestiones es de carácter puramente académico, en realidad reviste gran trascendencia el que la legislación positiva acoja una u otra tesis. Así, si la ley se adhiere a la tesis de que el negocio jurídico sociedad mercantil es un contrato, se le aplicarán a ésta las reglas propias de los contratos y, por el contrario, si la legislación no admite tal tesis, se le aplicarán a las sociedades mercantiles las normas especiales que la propia ley determine.

De la misma manera, también es trascendente que la ley considere a las corporaciones como personas jurídicas o no, toda vez que en una u otra circunstancia se aplicarán regímenes diferentes.

Dado el alcance de este curso, omitiremos las tesis que tratan de explicar la naturaleza y personalidad jurídicas de las personas morales de derecho público y expondremos sucintamente en este capítulo

*i)* Las principales teorías que se han elaborado en torno a la naturaleza de las corporaciones de derecho privado, en especial a las sociedades mercantiles, y,

*ii)* En un capítulo posterior, las que se han elaborado en torno a su personalidad jurídica.

## 2.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL NEGOCIO SOCIAL

Básicamente, existen dos puntos de vista diferentes en lo que concierne a explicar la naturaleza jurídica de las corporaciones de derecho privado: las que niegan su carácter contractual y las que se lo atribuyen.

Las principales tesis que impugnan la naturaleza contractual del negocio social son las siguientes.

### 2.1.1 Teoría del acto constitutivo

El principal impulsor de la teoría del acto social constitutivo es Otto **von Gierke**[1] quien, en esencia, postula que el negocio social no puede emanar de un contrato porque éste siempre es bilateral y solamente produce efectos entre las partes (*res inter alios acta*) y que, en cuanto simple acuerdo de dos voluntades, aunque sean plurales, éste no es capaz de crear una persona jurídica, un sujeto de derechos.

Para **Gierke**, las personas morales son realidades orgánicas[2] que nacen de un acto social constitutivo, en el que la voluntad de las partes se proyecta *unilateralmente* y crea un complejo de derechos y deberes de las partes entre sí y de éstas con la corporación y, sobre todo, crea la norma jurídica objetiva (los estatutos) que constituye la *ley de la sociedad.*

**Crítica** La objeción más obvia que se hace a esta teoría es la de que no explica por qué, siendo unilateral el acto social constitutivo, se establecen en virtud del mismo una serie de vínculos jurídicos de la sociedad con los socios, de los socios entre sí y de la sociedad con terceros.

### 2.1.2 Teoría del acto complejo

En nuestra opinión, el más lúcido expositor de esta tesis es Alfredo **Rocco**,[3] cuyos argumentos pueden reducirse a las siguientes premisas

1 Los contratos siempre son bilaterales, independientemente de que una u otra parte sean múltiples; en la sociedad no hay bilateralidad sino pluralidad de partes, de manera que se establece un conjunto de vínculos jurídicos complejos de los socios entre sí; de éstos con la sociedad que constituyen, y de la sociedad con terceros

2 En los contratos, las declaraciones de voluntad de las partes son opuestas, como también lo son sus intereses; en la sociedad, las manifestaciones de voluntad de las partes son paralelas y coincidentes sus intereses, en cuanto que persiguen un mismo fin, sin que esto signifique que las voluntades individuales de los participantes estén unificadas en una sola voluntad.

3 Los contratos solamente producen efectos entre las partes; en tanto que el acto complejo, el negocio social, incide en la esfera jurídica de terceros (*surte efectos erga omnes si se cumplen ciertos requisitos de eficacia*)

[1] Citado por RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t I, Porrúa, 1965, pp 15 y 16.

[2] Curiosamente BONNECASE, Julien, afirma que la sociedad es un "organismo derivado de un contrato", *Elementos de.derecho civil*, núm 654, Cárdenas, 1985, p 515.

[3] ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, quien enmarca esta tesis dentro de su interesante teoría del negocio jurídico mercantil, Editora Nacional, 1981, pp 318 y ss.

4 Por tanto, es inexacto atribuirle carácter contractual a las corporaciones, *cuya verdadera naturaleza jurídica* es la de un *acto plurilateral complejo*, no solo por los efectos que produce entre las partes, sino también por los que produce frente a terceros.

**Crítica** Tulio **Ascarelli**[4] y, especialmente, **Rodríguez**[5] han criticado artificiosamente la teoría del acto complejo aduciendo que en la sociedad, aunque haya comunidad de fin, no hay coincidencia de intereses puesto que cada uno de los socios

*a)* En el momento de contraer la sociedad "pretende aportar lo menos posible y obtener en cambio el *maximum* de derechos";
*b)* Durante el funcionamiento de la sociedad, pretende dominar ésta y tener mayor participación en los beneficios y,
*c)* En el momento de liquidar la sociedad, "pretenderá obtener el reconocimiento de una cuota de liquidación máxima, aun en detrimento de los demás".

En cuanto al argumento de que los contratos son siempre bilaterales, **Rodríguez** opone las insuficientes razones de que

> el llamado contrato de sociedad no es un contrato ordinario,

y de que

> la posición de los socios, la modificabilidad del contrato, la posibilidad de adhesión de nuevos socios y de sustitución de los actuales, entre otros motivos, son suficientes para que tengamos que admitir la necesidad de configurar el contrato de sociedad como una categoría distinta de los contratos ordinarios de cambio.[6]

## 2.1.3 Teoría del contrato de organización

Basta con leer cualquier libro de historia del derecho para demostrar que desde tiempos inmemoriales se ha atribuido cáracter contractual a las sociedades.[7] Sin embargo, hasta hace pocos años, la teoría general del contrato fue incapaz de explicar la naturaleza contractual de las corporaciones de derecho privado debido a que la cuestión se enfocaba desde la óptica de los contratos de cambio.

[4] ASCARELLI, Tulio, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1940, pp 91 y ss.

[5] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 18.

[6] *Ibídem*

[7] A nuestros jóvenes lectores les recomendamos, sin reservas, la lectura o relectura de este tema en la obra clásica de PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, Época, 1979, pp 405 y ss. También les recomendamos la lectura del opúsculo titulado *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*, de LE GOFF, Jacques, en especial, la sección dedicada a los "contratos y asociaciones", en la que se transcribe un contrato de *commenda*, antecedente directo de nuestro actual contrato de sociedad en comandita.

En opinión de **Rodríguez** y de otros no menos distinguidos mercantilistas, debemos especialmente a Tulio **Ascarelli** la noción de que las sociedades no nacen de un contrato ordinario de cambio, sino de un contrato de organización cuyas características lo hacen diferir radicalmente de las concepciones clásicas en que se sustenta aquel.

El contrato de organización, según **Ascarelli**,[8] constituye por sí mismo una categoría especial de contrato, cuyas tres principales características son las siguientes

1 Es un contrato plurilateral, en contraposición a bilateral, debido a que cada una de las partes no tiene una sino varias contrapartes
2 En el contrato de cambio las prestaciones son típicas, puesto que su contenido es determinado (por ejemplo, cosa y precio en la compraventa); en tanto que en el contrato de organización las prestaciones son atípicas, dado que las partes pueden aportar a la sociedad bienes o derechos de diversa naturaleza
3 En el contrato de cambio cada parte está obligada a realizar su prestación, pero no tiene derecho a hacerlo; en el contrato de organización las partes no solo tienen la obligación de realizar su prestación, sino que además tienen el derecho de hacerlo.

La teoría del contrato de organización ha sido acogida y ampliada por **Rodríguez**[9] quien, mediante un extraordinario ejercicio intelectual, ha querido desvirtuar las objeciones que se le oponen.

A la objeción de que los contratos son siempre bilaterales, **Rodríguez** responde

> Sería totalmente arbitrario admitir esta limitación, puesto que en la esencia del contrato no figura la bilateralidad. En el propio *Código Civil del Distrito Federal*, en el art 1792, se encuentra la base para la construcción de los contratos plurilaterales.[10, 11]

[8] ASCARELLI, Tulio, *op cit*, pp 91 y ss.

[9] También se adscriben a la teoría contractualista: SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, Porrúa, 1972, pp 289 y ss; FRISCH PHILIPP, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, Porrúa, pp 87 y 88, y otros tratadistas mexicanos.

[10] Aunque el art 1792, *CCDF, no* declara que el convenio es el acuerdo entre dos o más *partes*, es posible inferir que existen contratos plurilaterales, como lo son, por definición legal, el de asociación y el de sociedad, según disponen los arts 2671 y 2688 de dicho ordenamiento.

[11] A pesar de que algunos autores atribuyen al fideicomiso ya un carácter unilateral o ya bilateral, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que es un contrato plurilateral cuando en él las figuras del fideicomitente y del fideicomisario no se reúnen en una misma persona. *Cfr* BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso*, Porrúa, 1980, p 133; BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *Operaciones bancarias*, Porrúa, 1985, p 347; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El fideicomiso ante la teoría del acto jurídico*, Porrúa, 1982, p 35; y CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, Herrero, 1982, p 290.

Del carácter plurilateral que **Ascarelli** y **Rodríguez** le atribuyen al contrato de organización, este último autor deriva dos premisas que considera trascendentes: la de que los contratos plurilaterales son abiertos, en el sentido de que pueden admitir nuevos contratantes y la de que "el consentimiento (de una de las partes) obtenido con dolo no puede ser motivo de anulación del contrato, sino cuando el dolo provenga de todos los demás socios", esto último por aplicación analógica del art 1816, *CCDF*.[12]

Por último, **Rodríguez**[13] sostiene que, visto que en el contrato de organización las prestaciones no son necesariamente equivalentes, la relación sinalagmática no se establece entre las partes, sino entre cada una de ellas y el nuevo sujeto jurídico; es decir, entre los socios y la sociedad. Lo anterior, en opinión del autor, no significa que con ello se niegue el carácter sinalagmático del contrato de sociedad, sino únicamente que no se le reconoce "tal carácter al vínculo que une la prestación de los socios entre sí".

De estas consideraciones **Rodríguez** deduce otra premisa no menos importante: la de que la inexistencia o nulidad de *una* prestación no extingue necesariamente el contrato de sociedad.

En resumen **Rodríguez** esquematiza las diferencias entre los contratos de cambio y organización en el cuadro núm 2.1.[14]

**CUADRO 2.1**

| Contrato de Cambio | Contrato de Organización |
|---|---|
| 1o La realización de las prestaciones concluye el contrato | 1o La realización de las prestaciones crea las sociedad |
| 2o Las prestaciones se intercambian | 2o Las prestaciones constituyen un fondo común* |
| 3o Los intereses de los contratantes son opuestos y su satisfacción contradictoria | 3o Los intereses de los contratantes son opuestos, perso su satisfacción es ordinaria |
| 4o Solo puede haber dos partes | 4o Puede haber varias partes, cada una de las demás |
| 5o Son contratos cerrados | 5o Son contratros abiertos |
| 6o La relación sinalagmática se establece de parte a parte | 6o La relación sinalagmática se establece entre cada parte y el nuevo sujeto jurídico |

*** Inexplicablemente, Rodríguez omitió señalar que, conforme a su tesis, en el contrato de cambio las prestaciones son típicas y en el de organización atípicas.**

[12] En la hipótesis planteada por el autor, tampoco serían causa de nulidad del contrato el error, la violencia, la lesión y la incapacidad de alguna de las partes.

[13] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 19.

[14] Tomado de *Tratado de sociedades mercantiles*, Porrúa, 1965, p 23.

### 2.1.4 Nuestra opinión

Son tantas y tan notables las diferencias que proponen **Ascarelli** y **Rodríguez** entre los contratos ordinarios (de cambio) y el llamado *contrato de organización*, cuyas características lo hacen parecer tan especial, que no podemos evitar el abrigar cierto escepticismo académico respecto a la naturaleza contractual que ambos autores atribuyen al negocio social.

En efecto, el argumento esgrimido por **Rodríguez**, en el sentido de que en el contrato de sociedad los intereses de las partes también son opuestos, no nos convencen porque solo desde un punto de vista meramente ideal puede considerarse que cada socio pretenda para sí la satisfacción de intereses mayores que los que la ley, la equidad, o el contrato social le confieren; argumento éste que cae por su propio peso cuando el autor, cuyas ideas comentamos, reconoce que la satisfacción de los intereses de los socios es ordinaria y no contradictoria, porque ¿cómo se explica que un socio pueda sustentar intereses opuestos a los de otro y que, a pesar de esto, los satisfaga de forma ordinaria y no contradictoria? **Rodríguez** no nos da respuesta a esta contradicción lógica. En otras palabras, **Rodríguez** no nos explica cómo es que habiendo contraposición de intereses pueda haber comunidad de fin, cuando es precisamente la comunidad de intereses lo que determina a esta última.[15]

Además, no es exacto afirmar que en los contratos de cambio las prestaciones siempre son típicas. Piénsese, por ejemplo, en el contrato de compraventa que permite que el precio se pueda pagar parte en dinero y parte con el valor de otra cosa (art 2250, *CCDF*) o en el contrato de arrendamiento que admite que la renta o precio pueda consistir en una suma de dinero o en cualquier otra cosa equivalente, inclusive frutos (arts 2399 y 2430, *CCDF*) o en la prenda y la donación, que pueden recaer sobre toda clase de bienes o derechos (arts 2856 y 2332, *CCDF*) o en el préstamo mercantil que puede tener por objeto sumas de dinero u otros efectos de comercio, etcétera.

De forma igual, debemos señalar que **Rodríguez** no refuta de manera convincente el argumento esgrimido por los seguidores de la teoría del acto complejo que sostiene que el contrato solo produce efectos *inter alia*, en tanto que el negocio social sí afecta a la esfera jurídica de terceros.

Por todas estas razones nos inclinamos a considerar, *desde una óptica puramente académica*, que la naturaleza jurídica de las corporaciones de derecho privado es la de un acto *sui generis* que por sus modalidades se aproxima más a la caracterización que propone la teoría del acto complejo que la propalada por la teoría del contrato de organización.

[15] Abundando en este orden de ideas podemos decir, aunque parezca algo tautológico, que en las sociedades existe comunidad de fin porque existe comunidad de intereses.

## 2.2 LEGISLACIÓN MEXICANA

Como es bien sabido, conforme a nuestro sistema jurídico, *las tesis doctrinales únicamente tienen fuerza legal en la medida en que la legislación positiva las adopta.*[16]

Ahora bien, según lo establecido por la *Ley General de Sociedades Mercantiles* y el *Código Civil para el Distrito Federal* la naturaleza de las sociedades civiles y mercantiles *es contractual.* Así lo definen o disponen, entre otros, los arts 7o, 26, 32, 46, 50, 65, 69, 70, 71, 75, 77, 78, fracs VIII y XII; 82, 83, 84, 85, 112, 113, 114, 124, 130, 137, 144, 182, fracs XI y XII; 190, 195, 201, frac III; 216, 229, frac I; 236, 240, 252, 254 y 255, *LGSM* que hablan del contrato social y los arts 2671, 2688, 2690, 2691, 2693, 2694, 2698, 2703 y 2720, frac II, *CCDF*, que se refieren a los contratos de asociación y sociedad civil.

Por consiguiente, no cabe duda de que en nuestro país las sociedades se constituyen por contrato y que se les aplican, en lo conducente, las disposiciones propias del régimen contractual.

## 2.3 CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES

Joaquín **Rodríguez Rodríguez,**[17] basado evidentemente en las premisas de que el contrato de sociedad es abierto y de que la sinalagma se establece no entre las partes, sino entre cada una de ellas y la sociedad, afirma que las consecuencias de la naturaleza contractual de las corporaciones de derecho privado son las siguientes

1 El vínculo social no se extingue por la nulidad ni anulación de una adhesión aislada, siempre que la falta de aportación de la misma no haga imposible la consecución del fin común
2 Durante la vida de la sociedad, si una prestación se hiciere imposible se extinguen los derechos y las obligaciones del socio que debía prestarla quedando vigentes los vínculos existentes entre los socios
3 Es inadmisible la aplicación de la *exceptio inadimpleti contractus* ya que ningún socio podrá prevalerse, para no hacer su aportación, del incumplimiento de esta obligación por parte de otro socio.

[16] PALLARES, Eduardo, apunta que "no es jurídico ni conveniente aplicar las doctrinas como si tuvieran vigencia, porque al hacerlo se corre el riesgo de violar la ley, aunque con ello se tenga el placer de exhibirse como conocedor de autores y jurisconsultos extranjeros" (*Tratado de las acciones civiles,* Botas, 1962, p 149).

[17] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 23. Acerca de la teoría de la sinalagma funcional y la sinalagma genética y sus efectos en la resolución de los contratos, *véase* SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, José Ramón, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Porrúa, 1984, p 98.

## 2.4 EFECTOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

La doctrina tradicional sostiene que hay que distinguir entre el contenido del contrato y sus efectos. El contenido del contrato, se afirma, lo fijan las partes; los efectos los establece la ley. Pero tal concepción tradicional ha sido refutada por la doctrina moderna que postula que en cada contrato singular siempre hay un contenido legislativo, de manera que sus efectos no solo están determinados por la ley, sino también por las convenciones de las partes, puesto que, en virtud de su fuerza obligatoria, las partes contratantes adquieren derechos y asumen obligaciones que no tenían con anterioridad a la celebración del contrato; argumentos éstos a los que nos adherimos a la luz de lo previsto por el art 1839, *CCDF* que, en lo conducente, prescribe

> *Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen*

de donde se infiere que

> "todo acto constituye, en principio, tanto una creación como una aplicación del derecho".[18]

Admitida, pues, la tesis moderna de que todo contrato singular supone tanto la aplicación como la creación del derecho, podemos afirmar que el contrato de sociedad, como cualquier otro, no solo produce efectos vinculatorios entre las partes por disposición legal, sino que también tiene un valor normativo que constituye la *ley de la corporación*, idea que se expresa en el art 28, *CCDF* como sigue: "*Las personas morales se regirán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos*".

La idea moderna de la función legislativa del contrato, en especial la del contrato de sociedad, ha sido expuesta magistralmente por **Rodríguez**[19] con las siguientes palabras

> La voluntad de los socios en el contrato tiene valor de ley en un doble aspecto, como aplicación de derecho objetivo, en la medida en que dichos pactos sean simple aplicación de disposiciones imperativas de la Ley, y como creador de normas jurídicas, en la proporción en que la voluntad de los socios se aparte lícitamente de las disposiciones legales y cree nuevos supuestos, nuevas relaciones jurídicas y nue-

[18] *Cfr* MUÑOZ, Luis, *Derecho comercial*, t I: contratos, Tipográfica Editorial Argentina, 1960, p 327, y KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado*, Editora Nacional, 1974, p 5. KELSEN, cuyas palabras aparecen entrecomilladas agrega: "la teoría tradicional trata de determinar la naturaleza de la convención sin tomar en cuenta su papel creador de derecho, función reservada, de acuerdo con esa teoría, a la legislación".

[19] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t I, Porrúa 1965, pp 73 y 74. *Cfr* además, CARNELUTTI, Francesco, *Metodología del derecho*, UTHEA, 1962, pp 23 y 24.

vos tipos en la esfera dejada a la voluntad de los contratantes por disposición expresa de la ley o de acuerdo con el espíritu de la misma.

En resumen, traídas todas estas opiniones e ideas al tema que nos ocupa, concluímos que el contrato de sociedad produce

*a)* Efectos legales, esenciales e inderogables, que devienen la aplicación del derecho objetivo
*b)* Efectos convencionales, accidentales y derogables, que derivan, como su nombre lo indica, de las convenciones de los socios
*c)* Efectos internos, que afectan la esfera jurídica de los socios
*ch)* Efectos externos, que inciden en la esfera jurídica de terceros.[20]

Enumerar y vincular entre sí, en una especie de catálogo, todos y cada uno de estos efectos y los derechos y obligaciones, internos y externos, que de ellos dimanan, sería una tarea que desvirtuaría el orden sistemático que en principio se debe observar en todo estudio jurídico. En consecuencia, nos iremos refiriendo a ellos de manera gradual en el curso de esta obra, ya sea agrupándolos en secciones o capítulos específicos, por su contenido, o ya sea tratándolos individualmente por tema.

## 2.5 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Todo negocio jurídico voluntario supone un poder de las partes que en él intervienen para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; es decir, para generar efectos jurídicos. A este poder se le conoce doctrinalmente como autonomía de la voluntad.

Sobre el alcance de dicho poder se han elaborado numerosas y contradictorias tesis que van desde las que atribuyen solo a la voluntad de las partes la capacidad de generar y determinar el alcance de los efectos jurídicos (teorías liberales)[21] hasta las que sostienen que la única causa eficiente de tales efectos y de su alcance es la ley (teorías socialistas).

Sin entrar en detalles sobre las tesis que versan sobre la autonomía de la voluntad,[22] nos concretaremos a decir que nuestra legislación adopta una postura ecléctica, a la luz de la cual la voluntad de las partes no tiene un poder absoluto para producir efectos jurídicos, sino que está limitada a "crear las consecuencias de derecho que expresa o tácitamente, reconozca la norma".[23]

[20] *Véase supra*, la *Teoría del acto complejo* y la crítica que hacemos a la *Teoría del contrato de organización*.

[21, 22] *Cfr* ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, Porrúa, 1969; BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, 1962, p 142; ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t I: obligaciones, p 432; MUÑOZ, Luis, *Teoría general del contrato*, Cárdenas, 1973, p 22, SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, Porrúa, 1984, p 5; DE BUEN LOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*, Textos Universitarios, 1965, pp 215 y ss.

[23] ROJINA VILLEGAS, *op cit*, p 432.

De manera que, si la ley permite crear ciertos efectos no previstos por ella o permite suprimirlos, modificarlos o sustituirlos, éstos serán válidos y, viceversa, si prohíbe crearlos, suprimirlos, modificarlos o sustituirlos serán nulos.

En otras palabras, aplicados los conceptos de la autonomía de la voluntad al contrato de sociedad, esto significa que las partes no tienen una libertad absoluta para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y, que todo lo convenido tiene fuerza de ley entre ellas en la medida en que no puede ser revocado más que por su común consentimiento o por las causas que la ley autoriza.

Así pues, en términos generales, podemos decir que, conforme a nuestra legislación, la voluntad de las partes cuenta con cierto grado de autonomía cuyos límites están determinados por las leyes de orden público (imperativas o prohibitivas) y por las buenas costumbres, según estipulan los arts 6o, 7o, 8o, 1796, 1839, 1843 y otros del *CCDF*.

Por consiguiente, en el estudio de las sociedades mercantiles importa determinar en qué casos pueden derogarse o modificarse las disposiciones de la *LGSM* y en qué casos pueden crearse efectos jurídicos no previstos por ella; tarea de la cual nos ocuparemos conforme vayamos desarrollando esta obra, toda vez que no es conveniente tratarlos de manera apriorística, fuera de su propio contexto.

CAPÍTULO
3

# ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

## SUMARIO


**3.1 EL CONSENTIMIENTO**

3.1.1 Requisitos de validez del consentimiento
- 3.1.1.1 Capacidad
- 3.1.1.2 Capacidad general
- 3.1.1.3 Menores de edad
- 3.1.1.4 Limitaciones a la capacidad de los casados
- 3.1.1.5 Consecuencias de la incapacidad y de la falta de autorización judicial
- 3.1.1.6 Inhabilitados para ejercer el comercio

3.1.2 Vicios del consentimiento
- 3.1.2.1 Error, dolo, mala fe y violencia
  - 3.1.2.1.1 El error
  - 3.1.2.1.2 El dolo y la mala fe
  - 3.1.2.1.3 La violencia

3.1.3 Nulidad que producen los vicios de consentimiento

**3.2 LA CAUSA, EL MOTIVO O FIN DETERMINANTE, EL FIN COMÚN, LA VOCACIÓN A LAS GANANCIAS Y A LAS PÉRDIDAS Y LA *AFFECTIO SOCIETATIS***

3.2.1 La causa
- 3.2.1.1 Teoría clásica de la causa
- 3.2.1.2 Teoría anticausalista. Tesis de Planiol
- 3.2.1.3 Tesis de Bonnecase
- 3.2.1.4 Tesis de Rodríguez

3.2.2 El motivo y el fin determinante de la voluntad
- 3.2.2.1 Tesis de Duguit
- 3.2.2.2 Tesis de Tena

3.2.3 El fin común

3.2.4 La vocación a las ganancias y a las pérdidas

3.2.5 La *affectio societatis*

3.2.6 Nuestra opinión
- 3.2.6.1 En cuanto a la causa, al motivo y al fin determinante de la voluntad

3.2.7 El consentimiento, el motivo y el fin en el contrato de sociedad
- 3.2.7.1 En cuanto al fin común

3.2.7.2 En cuanto a la vocación a las ganancias y a las pérdidas
3.2.7.3 En cuanto a la *affetio societatis*

**3.3 LAS APORTACIONES (OBJETO)**

3.3.1 Diversos significados
3.3.2 Terminología legal mexicana
3.3.3 Las aportaciones. Sus características
3.3.4 Lo que se puede aportar y su contenido
3.3.4.1 Aportaciones de bienes
3.3.4.1.1 Aportaciones de numerario
3.3.4.1.2 Aportaciones de no-numerario o de especie
3.3.4.2 Aportaciones de trabajo
3.3.4.3 Otras aportaciones
3.3.4.3.1 Cosa futura
3.3.4.3.2 Cosa ajena
3.3.4.3.3 Cosas cuya propiedad esté sometida a condición suspensiva o resolutiva
3.3.4.3.4 Cosas determinables
3.3.5 Riesgo de la cosa aportada
3.3.6 Evicción y vicios ocultos
3.3.7 Efectos de la aportación

**3.4 EL FIN (OBJETO) SOCIAL**

3.4.1 El fin social como medio
3.4.2 El fin social como prestación de la sociedad
3.4.3 El fin social como medida de la capacidad jurídica de la sociedad

**3.5 LA FORMA**

## INTRODUCCIÓN

El estudio de los elementos que intervienen en la formación del contrato social plantea el problema de determinar cuáles de ellos son esenciales y cuáles no lo son. A este respecto, el *Código Civil para el Distrito Federal*, en su art 1797 enuncia que *"Para la existencia del contrato se requiere: I Consentimiento y II Objeto (cosas o servicios) que puedan ser materia del contrato."* Sin embargo, esos dos elementos no son suficientes para explicar la existencia del negocio social.

La doctrina es prácticamente unánime en atribuir al consentimiento y a las aportaciones, o sea, al objeto, el carácter de elementos esenciales del contrato social. Sin embargo, los tratadistas difieren de manera sensible en cuanto al carácter de otros elementos que también participan en el negocio social, como el fin social, la causa, el motivo, el fin determinante, la vocación a las ganancias y a las pérdidas y la *affectio societatis*.

A nuestro juicio, los elementos de existencia del contrato de sociedad son tres

*i)* El consentimiento
*ii)* El objeto, es decir, las aportaciones de los socios, y
*iii)* El fin social, también llamado *objeto social* por la *LGSM*.

En tanto que la causa, el motivo, el fin determinante, la vocación a las ganancias y a las pérdidas y la *affectio societatis* son elementos que inciden en la formación de la voluntad y, por consiguiente, en la validez, pero no en la existencia, del negocio social.

En efecto, nos parece que el contrato social no puede existir sin consentimiento, porque se trataría de un acto unilateral; sin aportaciones, porque no se crearía obligación alguna a cargo de los socios y sin fin social, porque no se alcanzarían los propósitos perseguidos por éstos; es decir, porque la sociedad estará condenada a la inacción y no se conseguiría lo que los socios se han propuesto.

Expuestas así las cosas, procederemos a analizar los tres elementos que consideramos esenciales del negocio social, así como sus requisitos de validez, si bien, al concluir el análisis del primero de ellos, o sea, el consentimiento, en

la sección 3.2 nos detendremos a explicar nuestro punto de vista de por qué la llamada causa, el motivo, el fin determinante, la vocación a las ganancias y a las pérdidas y la *affectio societatis* son elementos de validez y no de existencia del contrato de sociedad.

También, al final, trataremos de la forma legal que debe revestir el negocio social y dejaremos para un capítulo posterior los efectos que produce su falta.

## 3.1 EL CONSENTIMIENTO

Como antes dejamos apuntado, el consentimiento es uno de los elementos de existencia del contrato de sociedad, según estatuye el art 1794, *CCDF*.

Ahora bien, de lo dispuesto por los arts 1792 y 1793, *CCDF* se infiere que el consentimiento es el acuerdo de voluntades que tiene como propósito la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones;[1] acuerdo que, en palabras de **Rodríguez**[2],

> supone la conformidad de cada socio para poner en común los bienes o actividades convenidos, así como las bases generales establecidas para la constitución y funcionamiento de la sociedad.

Es conveniente destacar que para la validez del contrato social no basta con que se exprese el consentimiento, sino que, además, se requiere que éste sea dado por persona capaz y que no esté viciado, si bien conviene advertir que la incapacidad y los vicios en cuestión no invalidan a las sociedades regulares, pues éstas sólo podrán ser declaradas nulas cuando se constituyan con un fin (objeto social) ilícito o las que realizan habitualmente actos ilícitos.

### 3.1.1 Requisitos de validez del consentimiento

#### 3.1.1.1 CAPACIDAD

Tradicionalmente se considera que la capacidad se desdobla en dos manifestaciones bien diferenciadas: como *aptitud* del sujeto *para adquirir* y *gozar derechos* y *como aptitud para ejercitar esos derechos*. Por esta razón se habla de *capacidad de goce* y de *capacidad de ejercicio*.[3]

[1] Siempre que proponemos una definición tenemos en mente la vieja máxima latina *in iuris civilis omnis definitio periculosa*. Sin embargo, dado el carácter de este curso nos parece que no podemos prescindir de puntualizar algunos conceptos, aun a riesgo de que las definiciones propuestas no sean omnicomprensivas, como exige BALMES, Jaime.

[2] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t I, Porrúa, 1965, p 24.

[3] BONNECASE, Julien (*Elementos de derecho civil*, t I, Cárdenas, 1985, pp 377 y 378), define las capacidades de goce y de ejercicio con las siguientes palabras: "La capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica *por sí misma o por medio de su representante*,

La capacidad de goce es común a todas las personas, físicas o morales, por el mero hecho de serlo; la de ejercicio solo les es atribuida por la ley a ciertas personas físicas, en razón de su edad y discernimiento para disponer de sus derechos y asumir obligaciones (arts 22 y 23, *CCDF*).[4]

### 3.1.1.2 CAPACIDAD GENERAL

En principio, son hábiles para ser partes en el contrato de sociedad mercantil todas las personas no exceptuadas por la ley, las cuales pueden contratar por sí mismas o por medio de representantes (arts 1798 y 1800, *CCDF*).

Por consiguiente, tienen *incapacidad* de ejercicio para ser partes en el negocio social

1 Los menores de edad y quienes estén en estado de interdicción; esto es, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no saben leer y escribir; los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes (arts 23 y 450, *CCDF*)
2 Los inhabilitados para ejercer el comercio, en las sociedades *intuitu personae* (arts 50, 57 y 211, *LGSM*, en relación con el art 12, *C Com*)
3 Las personas físicas o morales de nacionalidad extranjera a quienes la ley les prohíbe ser socios de ciertas sociedades mexicanas (art 4o, *LIE*)
4 Las personas morales mexicanas a las que la ley les prohíbe participar en ciertas sociedades mercantiles (por ejemplo, los *holdings* no pueden ser socios de empresas autotransportistas).

### 3.1.1.3 MENORES DE EDAD

Para determinar si los menores de edad pueden ser partes en el negocio social, hay que atender a su *estatus jurídico*, a la *forma de acceder* al *contrato* y a la *clase de responsabilidad que contraen en virtud del mismo.*

figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación" . . . "La capacidad de ejercicio es la aptitud de una persona para participar *por sí misma* en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, *siempre por sí misma*" (*las cursivas son nuestras*); *Cfr.* además, MUÑOZ, Luis y CASTRO, Salvador, *Comentarios al Código Civil*, Porrúa, 1974, p 190.

[4] Si aceptamos la noción de capacidad de ejercicio propuesta por BONNECASE (nota anterior), llegaremos a la conclusión de que las personas morales carecen de ella, puesto que no pueden ejercitar sus derechos *por sí mismas*, toda vez que actúan por conducto de sus representantes (art 27, *CCDF*). Por consiguiente, la declaración contenida en el art 26 del *Código Civil para el Distrito Federal* de que "Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución", debe entenderse en el sentido de que participan en la vida jurídica por medio de representantes; es decir, que tienen capacidad de goce, tal como la define BONNECASE; pero no tienen capacidad de ejercicio por sí mismas.

Los menores emancipados, por matrimonio o por otorgamiento, y los habilitados (es decir, los menores que han adquirido bienes por su trabajo) tienen la libre administración y pleno usufructo de sus bienes muebles e inmuebles; pero solo pueden disponer de los inmuebles o gravarlos o hipotecarlos mediante autorización judicial (arts 428, frac I, 429, 435 y 634, frac II, *CCDF*). Por consiguiente, pueden aportar bienes muebles, dinero o industria a cualquier clase de sociedad mercantil; pero, si quisieren hacer aportaciones translativas de dominio de inmuebles o si en virtud del contrato social contraen responsabilidad solidaria e ilimitada que recaiga sobre inmuebles de su propiedad, requerirán de autorización judicial para otorgar el contrato de sociedad.[5]

Por otra parte, en el supuesto de que los emancipados por matrimonio o por otorgamiento adquieran por donación o herencia una participación en una sociedad mercantil, tendrán la libre propiedad, usufructo y administración de ella. Pero, si en virtud del contrato social al que accedan por donación o herencia contraen responsabilidad solidaria e ilimitada que comprenda inmuebles de su propiedad, requerirán autorización judicial para formar parte de la sociedad.

En los casos de los menores habilitados, y de los no habilitados se observará lo siguiente, respecto a la participación social que adquieran por donación o herencia: tendrán la propiedad y la mitad del usufructo de la misma; pero la administración de ella recaerá en quienes ejerzan la patria potestad, quienes tendrán la otra mitad del usufructo, salvo que lo renuncien o que el donante o el testador hayan dispuesto que el usufructo pertenezca al menor, o que se destine a un fin determinado (art 430, *CCDF*).

Como en el caso de los emancipados, si a consecuencia de la donación o herencia los menores habilitados o no habilitados adquieren responsabilidad ilimitada, requerirán de autorización judicial.

La disposición de la participación social recae sobre las personas que ejerzan la patria potestad, las cuales podrán enajenarla libremente al valor en que se cotice en la plaza el día de la enajenación.

Por último, cabe preguntarse si quienes ejercen la patria potestad pueden aportar a una sociedad mercantil los bienes propiedad de los menores. Esta cuestión es resuelta por la ley únicamente en lo concerniente a los inmuebles y a los muebles preciosos, cuya aportación no está permitida, puesto que el producto de la enajenación de tales bienes debe invertirse en algo que produzca al menor un *evidente beneficio* (art 436, párr primero) y el resto, si lo hubiere, en la adquisición de un inmueble o en la imposición de segura hipoteca en favor del menor (art 437, párr primero, *in fine*).

Por lo que se refiere a los otros bienes muebles del menor, nada nos dice la ley, pero es evidente que sus representantes legales no podrán aportarlos

[5] MUÑOZ, Luis y CASTRO, Salvador, *Comentarios al Código Civil*, Porrúa, 1974, p 351.

a una sociedad mercantil, puesto que ni en la letra ni en el espíritu de la ley hay indicios de que estén facultados para destinar dichos bienes a fines especulativos.

### 3.1.1.4 LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE LOS CASADOS

Conforme a nuestros textos legales, la mujer goza de iguales derechos que el hombre (art 4o *constitucional*); tiene igual capacidad jurídica que el hombre y, en consecuencia, por razón de su sexo no queda sometida a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles (art 2o, *CCDF*); es libre de contratar y tiene la libre disposición y administración de sus propios bienes y, además, está facultada para ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto, si es mujer casada, necesite de la autorización del esposo (art 172, *CCDF*). Pues bien, a pesar de tan *igualitarias* declaraciones, resulta que, conforme a los arts 174, 175 y 176 del *Código Civil para el Distrito Federal* (y sus correspondientes de la mayoría de los códigos civiles de las demás entidades federativas), los cónyuges requieren de autorización judicial para contratar entre sí; para ser fiador uno del otro o para obligarse solidariamente en asuntos que sean del interés exclusivo de uno de ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración, y cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga la libertad.

Dichos arts, los numerales 174, 175 y 176, han dado lugar a muy extensas disquisiciones en el ámbito de la doctrina mexicana. En efecto, por un lado, se les considera inconstitucionales porque coartan la libertad de contratar de los cónyuges y, por otro, porque introducen un elemento de discriminación de la mujer cuyos derechos se pretende proteger.

Al margen de estas cuestiones doctrinales, cabe preguntar ¿requieren el hombre y la mujer de autorización judicial para ser socios de una misma sociedad, tanto en el momento de su constitución como en cualquier otro momento posterior?

A esta cuestión algunos autores responden afirmativamente,[6] mientras que otros sostienen que no es necesaria tal autorización por cuanto, opinan, la mujer no contrata con el esposo, sino con la sociedad, o porque consideran que la sociedad no es un contrato sino un acto colectivo, de lo que "resulta que la prohibición de contratar entre marido y mujer no es literalmente aplicable a la constitución de una sociedad".[7]

En nuestra opinión, hasta en tanto no se deroguen los arts 174, 175 y 176, *CCDF* y sus correspondientes de las otras entidades federativas o no se decla-

[6] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, p 28, y AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, "Régimen jurídico de las aportaciones", *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, 1984, p 63.

[7] MANTILLA MOLINA, *op cit*, núm 289, p 235.

re judicialmente su inconstitucionalidad, sí se requiere la autorización judicial para que los cónyuges sean socios de una misma sociedad al momento de su constitución o en cualquier tiempo ulterior, por las siguientes razones

**Primera** Porque, como indicamos en el capítulo anterior, *el negocio social es de naturaleza contractual por mandato de la ley,* y
**Segunda** Porque ni el *Código Civil,* ni ningún otro ordenamiento, exceptúan al contrato de sociedad de tal requisito.

Lo cual no significa que estemos de acuerdo con la *ratio legis* en que descansan tales disposiciones, habida cuenta que resulta absurdo que la ley permita que el prometido y la prometida mayores de edad otorguen estipulaciones matrimoniales sin necesidad de autorización judicial y que, una vez que han contraído el *estatus* de esposos, les limite la capacidad para celebrar entre sí otros contratos fuera de los antes mencionados.

### 3.1.1.5 CONSECUENCIAS DE LA INCAPACIDAD Y DE LA FALTA DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La ignorancia de la ley y la incongruencia de las disposiciones que hemos venido comentando, con mucha frecuencia motivan que los menores de edad o, en su caso, sus representantes legales, o los cónyuges no soliciten ni obtengan la autorización judicial exigida para ser partes en el contrato social. Ante esta situación cabe preguntarse, ¿cuáles son las consecuencias de tal omisión?

El art 1795, *CCDF,* nos dice que el contrato puede ser invalidado por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, lo cual, correlacionado con otras disposiciones del *Código Civil,* significa que el contrato de sociedad puede ser invalidado, al menos parcialmente, por estar viciado de nulidad relativa, puesto que así lo estatuye el art 2228 de dicho ordenamiento. Ahora bien, en este caso, ¿a quién corresponde demandar la invalidez del contrato? Al incapaz, responde el art 2230; pero no a sus coasociados, porque no pueden invocarla en provecho propio, según estipula el art 1799 también del *Código Civil.* Lo anterior nos permite inferir

*i)* Que los menores o sus representantes y los cónyuges, en cualquier momento pueden convalidar su falta de capacidad solicitando la correspondiente autorización judicial (art 2233)
*ii)* Que el contrato social produce provisionalmente sus efectos entre todas las partes mientras el incapaz no demande su anulación y ésta no sea declarada judicialmente (art 2227)
*iii)* Que para que proceda la anulación se requiere que el incapaz la invoque (art 1799)
*iv)* Que la nulidad puede desaparecer por prescripción a los cinco años (art 1045, frac I, *C Com*

*v)* Que si es declarada la invalidez del contrato de sociedad, ésta se produce únicamente para la parte que la reclamó y no para el resto de los socios inocentes (art 2238)

*vi)* Que como consecuencia de la anulación se produce la separación del incapaz; es decir, una rescisión parcial del contrato de sociedad respecto a éste; rescisión que, eventualmente, puede dar lugar a la disolución de la sociedad si el número de socios llega a ser menor al prescrito por la Ley

*vii)* Que en virtud de todo lo anterior el incapaz queda obligado a restituir a la sociedad lo que ha percibido por consecuencia del acto anulado y que, a su vez, la sociedad queda obligada a restituir al incapaz las aportaciones que hubiere hecho (art 2239), y

*viii)* Que mientras uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla con su parte (art 2241).

#### 3.1.1.6 INHABILITADOS PARA EJERCER EL COMERCIO

En las sociedades *intuitu personae* es causa de exclusión de los socios la inhabilidad para ejercer el comercio, lo cual nos permite afirmar que los corredores, los quebrados no rehabilitados y los condenados por delitos contra la propiedad tienen limitada su capacidad para formar parte de dicha clase de sociedades (art 12, *C Com*).

### 3.1.2 Vicios del consentimiento

Nos hemos ocupado de la capacidad con cierta extensión, por cuanto la doctrina civilista pocas veces la trata en relación con el contrato de sociedad. En este apartado exponemos los vicios del consentimiento sucintamente y remitimos al lector a las grandes obras de los civilistas mexicanos y extranjeros.[8]

#### 3.1.2.1 ERROR, DOLO, MALA FE Y VIOLENCIA

Para que todo contrato sea válido, es requisito indispensable que el consentimiento se manifieste sin vicios tales como el error, el dolo, la mala fe y la violencia (arts 1795, frac II, 1812 y 1815, *CCDF*).

[8] En particular, consúltense las obras de ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*; BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*; MUÑOZ y CASTRO, *Comentarios al Código Civil*; DE BUEN LOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*; BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil*; PLANIOL y RIPERT, *Tratado elemental de derecho civil*; GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, etcétera.

#### 3.1.2.1.1 El error

Ha sido definido por **Rojina Villegas** como

> una creencia contraria a la realidad; es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico, o sea, la falsa creencia que se tiene de las cosas.

En cuanto a este vicio del consentimiento, la doctrina ha elaborado una prolija clasificación de sus grados y tipos, de manera que se habla de *error **obstáculo*** (aquel que destruye la voluntad porque no produce acuerdo entre las partes respecto a la naturaleza del contrato o a la identidad del objeto y que, en consecuencia, genera la inexistencia del contrato); *error **vicio*** (aquel que recae sobre la sustancia de la cosa o la identidad de la persona con quien se contrata y que produce la nulidad del acto) y *error **indiferente*** (aquel que no reúne las características de los otros dos y que, por ende, no anula el contrato); así como de errores de hecho, de derecho, aritmético, etcétera.

El *Código Civil para el Distrito Federal*, por su parte, clasifica el error en dos grados: el *error vicio*, que anula el contrato, y el *error indiferente*, que sólo da lugar a que se le corrija; y en tres tipos: el de *hecho*, el de *derecho* y el de *cálculo* (arts 1812, 1813 y 1814) y, a la vez, establece que para que sean causal de anulación del contrato se requiere que recaigan sobre el motivo determinante de la voluntad.

Por consiguiente, procederá la nulidad parcial del contrato de sociedad solo cuando uno o varios socios incurran en error, respecto a la naturaleza del contrato o a la sustancia de la cosa o a la identidad de los demás socios, siempre que el error recaiga sobre el motivo determinante de su voluntad.[9]

#### 3.1.2.1.2 El dolo y la mala fe

> *Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido* (art 1815, *CCDF*).

Respecto a estos vicios del consentimiento nos concretaremos a comentar que la doctrina distingue entre el *dolo **malo*** (*dolus malus*) y el *dolo **bueno*** (*dolus bonus*). El primero implica que una de las partes tenga el propósito de engañar (*animus decipiendi*) y, en consecuencia, produce la nulidad del contrato. En el segundo, o sea el dolo bueno, también llamado *solercia*, no hay intención

[9] Por supuesto, el error sobre la identidad de las personas solo puede invocarse en el caso de los contratos de sociedad *intuitu personae*, pues en las sociedades capitalistas la calidad de los socios es indiferente.

de provocar error, sino solo despertar interés en el cocontratante y, por tanto, no produce la nulidad del acto.[10]

#### 3.1.2.1.3 La violencia

> *Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado,*

y en consecuencia,

> *Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato* (arts 1818 y 1819, *CCDF*).

Tampoco amerita hacer mayores comentarios sobre este vicio del consentimiento, aunque sí debe destacarse que, conforme a lo dispuesto por el art 1823, *CCDF*, no se puede reclamar el dolo y la violencia cuando habiéndose conocido el engaño o cesado ésta, se ratifica el contrato.

### 3.1.3 Nulidad que producen los vicios del consentimiento

Conforme a lo dispuesto por el art 2228, *CCDF*, el error, el dolo, la mala fe y la violencia, lo mismo que la incapacidad y la lesión, dan lugar a la nulidad relativa del contrato. Por consiguiente, tratándose del contrato de sociedad, se producen las mismas consecuencias antes apuntadas en el caso de la incapacidad; es decir, la resolución parcial del negocio social y, eventualmente, la disolución de la sociedad si, en virtud de la resolución parcial el número de socios llega a ser menor que el mínimo legal.[11]

## 3.2 LA CAUSA, EL MOTIVO O FIN DETERMINANTE, EL FIN COMÚN, LA VOCACIÓN A LAS GANANCIAS Y A LAS PÉRDIDAS Y LA *AFFECTIO SOCIETATIS*

Concluido el análisis del consentimiento y de los requisitos de su validez, nos ocuparemos de otros elementos que inciden en la formación del negocio social; pero que, por sí mismos, no son determinantes de su existencia, aunque sí pue-

[10] La doctrina es unánime en admitir el dolo bueno en las operaciones comerciales. Acerca de este particular ROJINA comenta: "El dolo bueno es aquel que emplean los comerciantes para ponderar las cualidades de la mercancía, para provocar un interés excesivo en el cliente, exagerando en ocasiones esas cualidades, o afirmando circunstancias determinadas respecto a las ventajas de la operación, etc," (*Derecho civil mexicano*, t I: introducción y personas, p 386). Bien, estamos de acuerdo con ROJINA, pero únicamente si el dolo bueno se utiliza entre comerciantes, habida cuenta de que la ley los presume peritos en la materia.

[11] *Véase supra, Consecuencias de la falta de autorización judicial.*

den afectar su validez. Nos referimos a la llamada *causa*, al motivo o fin determinante de la voluntad, al fin común, a la vocación a las ganancias y a las pérdidas y a la *affectio societatis*, elementos éstos a los que **Rodríguez,**[12] **Ihering**[13] y **Mantilla Molina**[14] les atribuyen el carácter de esenciales del contrato de sociedad.

A continuación nos proponemos dilucidar si el derecho mexicano acepta la causa, el motivo o fin determinante, el fin común, la vocación a las ganancias y a las pérdidas y la *affectio societatis* como elementos de existencia del contrato de sociedad, o bien, si los considera requisitos de validez, a cuyos efectos expondremos, aunque sea de forma sucinta, las principales teorías y tesis que se han elaborado acerca de estos temas.

## 3.2.1 La causa

Algunos autores sostienen que la causa es un elemento esencial del negocio social. Así, **Rodríguez**[15] afirma que "la noción de causa no es ajena a la legislación mexicana, pese a la aparente desaparición del concepto de los textos legales". Pero, por otra parte, **Borja Soriano y Rojina**[16] sostienen que el *CCDF* es anticausalista, porque "adopta la teoría del motivo o fin determinante de la voluntad".

### 3.2.1.1 TEORÍA CLÁSICA DE LA CAUSA

Esta teoría parte del texto de los arts 1131 y 1133 del *Código de Napoleón*, cuyo tenor es el siguiente: "La obligación sin causa, o la que se funda sobre una falsa o ilícita, no puede tener efecto alguno.". . . "Es ilícita la causa cuando está prohibida por la ley y cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres".

El principal expositor de la teoría de la causa es **Demolombe**[17] quien afirma que en todo acto jurídico intervienen dos causas: la final y la impulsiva. La *causa final* es el fin inmediato, *abstracto*, que se proponen alcanzar las partes en virtud de las obligaciones que contraen. En los contratos sinalagmáticos la obligación de cada parte tiene por causa final la obligación de la otra. Es *cur promisit*, el porqué de la obligación. De manera que, referida esta idea al contrato de sociedad, la causa de la obligación de un socio sería la aportación de otro socio. En los contratos unilaterales, en cambio, la causa final de la obligación contraída por una de las partes, sería el hecho o la promesa de

[12] RODRÍGUEZ, *op cit*, pp 48 y 49.
[13] *El fin en el derecho*, Cajica, 1961, p 163.
[14] MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 185.
[15] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 45.
[16] BORJA SORIANO, *op cit*, p 197; ROJINA VILLEGAS, *op cit*, p 336.
[17] Citado por BONNECASE, *op cit*, pp 247 y ss.

la otra, razón por la que en este tipo de contratos no debe confundirse el objeto con la causa. El objeto es *quid debetur* (lo que debo), la causa es *cur debeatur* (por qué debo). En los contratos gratuitos, la causa final consiste en la intención de hacer una liberalidad o de prestar un servicio.

La *causa impulsiva* es el motivo que impulsa a cada una de las partes, en lo particular, *a contratar*. Es *cur contraxit* y no el motivo de la obligación, *cur debeatur*. No es un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación, sino extrínseco y exterior, *un fin concreto*. Por ello la causa impulsiva es relativa y personal a cada uno de los contratantes en particular, en tanto que la causa final siempre es la misma en todos los contratos idénticos, *es un fin abstracto*.

Por consiguiente, afirma **Demolombe**, lo que determina la validez del acto jurídico es la causa final, pues es indiferente que la causa impulsiva sea frívola o seria, como tampoco importa que sea lícita o ilícita.

A estas dos nociones de causa, **Beudant** agregó la de *causa eficiente*, que no es otra cosa que la fuente de la que nacen las obligaciones: el contrato, el delito, el hecho ilícito, etc, o sea, la *causa civilis* del derecho romano.

### 3.2.1.2 TEORÍA ANTICAUSALISTA.TESIS DE PLANIOL

**Planiol**[18] opone a la teoría de la causa numerosas objeciones, de las que solo mencionaremos las siguientes

a) Si en los contratos gratuitos la causa (*cur promisit*) es la intención de hacer una liberalidad, considerada en sí misma; entonces, una liberalidad derivada de los móviles más inmorales nunca sería anulada

*b)* En los actos jurídicos reales, la causa eficiente (el contrato) y la llamada causa final (la prestación) se confunden. En efecto, se dice que la obligación del mutuatario, del depositario, del acreedor prendario, tiene por causa la prestación que han recibido; pero no se advierte que la llamada causa de la obligación no es la prestación, sino el contrato de mutuo, de depósito o de prenda

*c)* La teoría de la causa implica una imposibilidad lógica, porque derivándose las dos obligaciones de un mismo contrato, nacen a un mismo tiempo y es imposible que cada una de ellas sea causa de la otra, pues el efecto y su causa no pueden ser exactamente contemporáneos.

**Planiol** sostiene que la teoría de la causa es inútil para explicar la nulidad de las obligaciones convencionales, ya sea por ausencia de causa o por ilicitud de ella, porque puede llegarse a la misma conclusión prescindiendo del concepto de causa y recurriendo a los conceptos de reciprocidad en los contratos y de ilicitud de los actos. Según este autor, la ausencia de causa no puede aducirse respecto a los actos unilaterales, ni a los contratos reales o las donaciones. Tra-

[18] PLANIOL, *op cit*, t V, pp 41 y ss.

tándose de los contratos reales de depósito o de préstamo, por ejemplo, es indudable que no hay depositario ni deudor mientras no se haya entregado la cosa; la ausencia de causa se confunde en este caso con la ausencia de contrato. Por otra parte, en materia de donaciones, la ausencia de causa sería la ausencia de motivo; por tanto, la donación sin causa sería acto de un loco.

Por ende, explica **Planiol**, los causalistas únicamente aplican su idea de nulidad por ausencia de causa a los contratos sinalagmáticos: si la cosa vendida no existe, la obligación del vendedor es nula por falta de causa, porque la obligación del vendedor que debía sostenerla no ha nacido.

Asimismo, el autor observa que, tratándose de actos inmorales, la idea de causa es completamente inútil como en los demás casos. La moralidad del acto se aprecia según la intención del agente: un acto es nulo cuando es contrario a las leyes o a las buenas costumbres.

### 3.2.1.3 TESIS DE **BONNECASE**

**Bonnecase** advierte que la tesis de **Planiol** es negativa porque no ofrece una solución a la cuestión de la causa. También, sostiene que la teoría clásica de la causa no es sino una construcción meramente doctrinal y que en forma alguna es impuesta por los términos literales del Código Civil francés. A estos efectos, en apoyo de sus argumentos, invoca varias tesis de jurisprudencia relativas a la falsa causa, a la ausencia de causa y a la causa ilícita.

Señala este doctrinista que carecen de utilidad las distinciones que se hacen respecto a la falsa causa y a la ausencia de la misma, ya que la jurisprudencia francesa reduce la falsa causa a los móviles del autor del acto jurídico y funde en una sola las dos nociones. Si el autor del acto se inspira en un móvil erróneo, la situación es exactamente la misma, como si no existiera causa: se destruirá la operación.

En lo que toca a la causa ilícita, **Bonnecase** observa que la jurisprudencia francesa también ha tenido en cuenta los motivos para declarar la nulidad de actos contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, de donde concluye que "el concepto de la jurisprudencia sobre la causa está de acuerdo a la vez con la naturaleza psicológica de la voluntad y el fin específico del derecho". En otras palabras, para este autor, lo que determina la validez de los actos jurídicos es el motivo, o causa impulsiva como lo nombra la doctrina clásica, y no la llamada *causa final.*

En efecto, para **Bonnecase** la causa

> es el fin concreto de interés general o privado, que más allá de un acto jurídico determinado y por medio de este acto, tratan de alcanzar sus autores; este fin no se halla necesariamente ligado a la estructura técnica de un acto jurídico y es, por el contrario, susceptible de variar en los actos jurídicos pertenecientes a la misma categoría;

definición ésta de la que se infiere que el autor entiende que la noción de causa no es otra que la del motivo del acto jurídico (*cur contraxit*) postulada por la teoría clásica. Dicho de otra manera, para **Bonnecase** la llamada *causa* es el *objetivo concreto, mediato y mutable* que tratan de alcanzar los autores del acto jurídico y no el *fin abstracto, inmediato e inmutable* de la obligación, postulado por los causalistas.

#### 3.2.1.4 TESIS DE RODRÍGUEZ

**Rodríguez** considera a **Bonnecase** como causalista, habida cuenta de que estima que para el tratadista francés "la noción de causa no es más que la del motivo de la tesis clásica", lo que lo lleva a concluir que el *CCDF* recoge la tesis psicológica de la causa atribuida a **Bonnecase**, aunque reconoce que "la terminología que se emplea tiene un tanto de **Duguit**". A la pregunta de ¿qué se entiende por causa del contrato de sociedad?, **Rodríguez**, fundado en lo dispuesto por el art 2688, *CCDF*, afirma

*a)* Que la noción de *causa final* de la teoría clásica es inadmisible, porque no hay relación de causa a efecto entre las prestaciones de los socios,"ni el incumplimiento de uno es causa para el incumplimiento del otro"

*b)* Que el fin común, propio de todas las sociedades, en la mercantil es el de obtener un lucro y que, por ello, la participación en los beneficios y en las pérdidas constituye "el motivo o fin de la sociedad, en la terminología del *Código Civil*, o la causa, según las antiguas denominaciones"

*c)* Que habiendo ausencia de *causa*, es decir, que si se excluye a uno o varios de los socios de las ganancias y de las pérdidas, no habrá contrato de sociedad por falta de uno de sus elementos de existencia.

**Crítica a la tesis de Rodríguez.**[19] A nuestro juicio, como más adelante se verá, la noción de *causa* propuesta por **Rodríguez** está compuesta por una *confusión* de las nociones *motivo y fin determinante de la voluntad del Código Civil*, los cuales, como su enunciado lo indica, son elementos de la voluntad que pueden viciar de nulidad el acto, pero que no producen su inexistencia.

### 3.2.2 El motivo y el fin determinante de la voluntad

#### 3.2.2.1 TESIS DE DUGUIT[20]

León **Duguit** observa que la palabra *causa* suscita muchas confusiones y propone que se desechen las tesis de la teoría clásica. Este autor considera que el acto jurídico, como todo acto de voluntad, está determinado por un motivo

[19] RODRÍGUEZ. *op cit*, pp 47 y ss.
[20] Citado por BORJA SORIANO, *op cit*, p 203.

y que ese motivo determinante debe tener forzosamente consecuencias sobre el valor y sobre los efectos de la declaración de voluntad que supone; de manera que en lugar de causa debe hablarse *del motivo o fin determinante, no de la obligación sino de la voluntad*, la cual es soporte del acto jurídico.

En otras palabras, **Duguit** considera que son los motivos, lícitos o ilícitos, del autor del acto los que determinan la validez o nulidad del mismo, puesto que "en todo acto de voluntad hay un motivo determinante y éste es precisamente el fin del acto jurídico".

De estas ideas de **Duguit** se deduce que él también **confunde**, es decir, reúne en una sola, las nociones *motivo* y *fin determinante* de la voluntad.

### 3.2.2.2 TESIS DE TENA[21]

Felipe de J. **Tena** sostiene que las nociones *motivo* y *fin determinante* utilizadas por nuestro legislador aunque etimológicamente son sinónimas, conceptualmente son distintas y que ambas son *causas* del negocio jurídico.

**Tena** observa que todos los negocios jurídicos deben cumplir con una función específica que está determinada por la ley, si son típicos, o por las partes, si son atípicos, y que, consecuentemente, el fin determinante "consiste en la obtención del resultado económico a que responde *inmediatamente* el negocio, según la función que está llamado a desempeñar, siendo que esta función esté determinada por la ley en forma típica, constante y abstracta o por las partes de modo atípico, contingente y concreto". De modo que si el negocio no cumple con su función será nulo por ilicitud en su fin determinante, o sea en su causa inmediata.

El motivo, en cambio, dice **Tena**, es la causa mediata del negocio, el *fin final*, que las partes se han propuesto al celebrarlo y cuyo conocimiento precisa de una declaración de la voluntad o de circunstancias que en cada caso concreto demuestren su existencia. Para que el motivo tenga relevancia jurídica "es preciso que constituya un elemento esencial en la formación del negocio, es decir, que sea una causa de aquel, de tal suerte, que solo en virtud de esa influencia el negocio pudo celebrarse".

León **Bolaffio**[22] afirma que el fin que determina el nacimiento de las sociedades mercantiles consiste en obtener ganancias, con lo que coincide con **Tena** en considerar a la función económica del negocio social como el fin inmediato del mismo.

[21] *Derecho mercantil mexicano*, Porrúa, 1964, pp 330 a 332. En cuanto a las diferencias entre motivo y fin, *cfr* VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, t I, Cajica, 1961, pp 28 y ss.
[22] *Op cit*, p 63.

### 3.2.3 El fin común

Para **Ihering** y otros autores, el fin común consiste en obtener ganancias. "En la sociedad el movimiento para las personas y cosas que en ella participan es de naturaleza convergente, todas tienden al mismo objetivo; el objetivo y el camino es el mismo, la ganancia final es común",[23] de donde se infiere que para estos pensadores el concepto *fin común* significa lo mismo que *fin determinante de la voluntad.*

Por otra parte, el fin común también ha sido confundido con el objeto social, puesto que se afirma que éste "consiste en la realización de negocios lucrativos"; es decir, en la actividad de la sociedad.[24]

### 3.2.4 La vocación a las ganancias y a las pérdidas

**Thaller**[25] señala como elemento esencial del negocio de sociedad la vocación a las ganancias y a las pérdidas. Pero otros autores, entre ellos **Mantilla Molina**, advierten con razón que esa nota "es una mera consecuencia de que exista un fin común y del carácter que *por regla general* tiene éste".

### 3.2.5 La *affectio societatis*

La *affectio societatis* ha sido entendida de muy diversas maneras por los tratadistas de derecho. Para unos consiste en el deseo o la intención declarada de una persona de vincularse jurídicamente con otra u otras para la consecución de un fin común lucrativo y, en este sentido, se la entiende como el *animus contrahendae societatis*;[26] para otros, este elemento "ha de entenderse como la existencia de una igualdad tal entre las partes, que las constituya en verdaderos socios"[27] y, por último, hay para quienes es "un puro aspecto del consentimiento en el contrato de sociedad", o sea, "el elemento subjetivo de la causa, que estimamos esencial y que se encuentra en la comunidad de fin, es decir, en la realización de un fin común de carácter lucrativo" de donde "se deduce que el motivo o fin del contrato de sociedad no es otro que *la participación en los beneficios y en las pérdidas*".[28]

[23] VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, Cajica, 1961, p 163.

[24] MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 186.

[25] Citado por MANTILLA MOLINA.

[26] Quienes así opinan distinguen dos elementos de la *affectio societatis*, el subjetivo, o sea, la intención de asociación o de someterse al contrato de sociedad; y el objetivo, o sea, el elemento económico de cooperación activa. DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, t II: teoría general del contrato, Madrid, Tecnos, 1977, citados en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, t I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, p 109.

[27] MANTILLA MOLINA, Roberto, *op cit*, núm 226, p 185. Para BOLAFFIO, *op cit*, p 64, es indiferente que la "finalidad (económica) represente la conciliación de intereses antagónicos o bien la realización de un interés común e *igual* para todos los contratantes".

[28] RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit*, pp 48 y 49, y nota 51.

## 3.2.6 Nuestra opinión

### 3.2.6.1 EN CUANTO A LA CAUSA, AL MOTIVO Y AL FIN DETERMINANTE DE LA VOLUNTAD

**Borja Soriano** y **Rojina Villegas** tienen razón cuando afirman que el *Código Civil para el Distrito Federal* es anticausalista, en el sentido de que no acoge el concepto de causa sustentado por la teoría clásica. Sin embargo, nos parece que nuestro legislador no ha prescindido de los conceptos de causa si bien utiliza una diferente terminología para designarlos. Las nociones de fin determinante y motivo equivalen a las de *causa final* y *causa impulsiva* de la teoría clásica , si bien debe observarse respecto a la primera que su contenido es diverso.

Por consiguiente, en principio, estamos de acuerdo con **Tena** en que el *motivo* y el *fin determinante* son las causas mediata e inmediata del negocio jurídico. Pero opinamos que en algunos negocios típicos, como el de sociedad mercantil, la función, además de típica y abstracta, puede ser contingente puesto que nada garantiza que se ha de obtener un resultado económico constante; es decir, nada garantiza que la función del contrato de sociedad sea siempre la de obtener ganancias.

En el contrato de sociedad mercantil la causa final, o sea el fin determinante, inmediato y abstracto, previsto por la *LGSM,* es siempre la misma, es decir, la de participar en las pérdidas y ganancias, de manera que si se excluye a una de las partes de la *obligación legal* o *convencional* de soportar las pérdidas o de su *derecho* de participar en los beneficios, el acto será nulo o no producirá ningún efecto legal, según determine la ley, toda vez que ésta considera ilícitos los pactos no permitidos que supriman la función típica del contrato, por cuanto contradicen las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la propia ley (art 1796, *CCDF*).

Por lo que toca a la causa impulsiva, o motivo, parece indudable que se trata de un elemento extrínseco al negocio y que no constituye un fin final, como lo denomina **Tena**, sino precisamente un fin mediato, concreto y mutable, para decirlo con palabras de **Bonnecase**. El motivo, considerado como *fin mediato* del negocio, es atípico y variable por lo que requiere de una declaración de la voluntad para conocerlo. Para que el motivo adquiera relevancia jurídica, es preciso que sus consecuencias afecten a la formación del negocio; de modo que, si las partes contraen el contrato de sociedad para limitar su responsabilidad, el acto será lícito; pero si lo hicieren para defraudar a sus acreedores, será ilícito.

Por otra parte, debe advertirse que, en contra de la opinión de **Rodríguez**, ningún otro tratadista atribuye a la **causa** el carácter de elemento de existencia de los negocios jurídicos,[29] habida cuenta de que unánimamente se le con-

[29] *Ibidem*, p 45.

sidera como elemento de validez de los mismos; tesis ésta que acoge nuestro *Código Civil para el Distrito Federal* en cuyo art 1795, frac III, que declara expresamente que los contratos pueden ser *invalidados* porque su motivo o fin sean ilícitos, lo cual presupone la existencia de éstos en virtud de que solo pueden ser invalidados los actos existentes.

Abundando sobre estas ideas, las cuestiones de existencia y validez de los actos jurídicos, consideradas desde la óptica de la voluntad, deben estudiarse en el ámbito de cada uno de los elementos que integran a ésta.

En efecto, si nos apoyamos en las premisas de que todo contrato presupone un acto de voluntad y de que ésta se integra de tres elementos, que son

*i)* El consentimiento de las partes
*ii)* El motivo que las induce a contratar y
*iii)* Los fines que persiguen, se advertirá que de ellos el primero es el único esencial en la formación del contrato, puesto que sin el acuerdo de voluntades el negocio jurídico vendría a ser una simple declaración unilateral de voluntad. Por esta razón, los arts 1794, frac I, y 1807, *CCDF*, declaran que para que el contrato exista o se forme se requiere del consentimiento.

Por otra parte, dado que el hombre actúa por motivo y fines, el legislador presupone que, existiendo el consentimiento existen aquellos, y por ello no considera que esos dos elementos de la voluntad (el motivo y el fin) sean esenciales del contrato,[30] aunque sí les atribuye relevancia jurídica, según sean lícitos o ilícitos.

### 3.2.7 El consentimiento, el motivo y el fin en el contrato de sociedad

Aplicadas las anteriores ideas al contrato de sociedad, podemos afirmar

1 Que el *consentimiento* es el único elemento de la voluntad al que la ley le atribuye el carácter de esencial, puesto que sin él no existirá el contrato de sociedad, sino una o varias declaraciones unilaterales de la voluntad
2 Que el *motivo*, entendido como causa impulsiva, o sea como el fin mediato, atípico y variable que induce a los socios a contraer el contrato de sociedad, es un elemento de validez, pero no de existencia del negocio social, toda vez que su licitud o ilicitud producen la validez o la nulidad del acto
3 Que el *fin determinante*, entendido como causa final, o sea, como el fin inmediato y típico que persiguen los socios y que consiste en participar en las ganancias y en las pérdidas, también es un elemento de validez del

[30] Se dice que el *acto del loco* es jurídicamente inexistente porque carece de fines y de motivo, pero esto no es rigurosamente cierto. El llamado *acto del loco* es un hecho que produce efectos jurídicos que pueden ser anulados precisamente porque existen.

pacto que lo establece por cuanto la ley considera ilícitas la exclusión de participar en las utilidades y la de soportar las pérdidas

4 Que, *en consecuencia*, la exclusión del derecho de participar en las ganancias o de la obligación legal[31] de soportar las pérdidas produce la ilicitud, pero *no* la inexistencia del acto, tal y como postula **Rodríguez.**[32]

Para concluir, debe observarse que la supresión de la obligación legal de soportar las pérdidas puede producir bien sea la nulidad del contrato, si se trata de sociedades irregulares (art 2696, *CCDF*), o bien sea la nulidad de la estipulación, si se trata de sociedades regulares, habida cuenta de que la nulidad de estas últimas solo procede cuando tengan un objeto ilícito o realicen habitualmente actos ilícitos (arts 2o y 3o, *LGSM*, en relación con el 2238, *CCDF*).

Asimismo, también se debe advertir que la estipulación que excluya a uno o varios socios de participar en las ganancias no invalida el contrato de sociedad, sino que simplemente "*no producirá ningún efecto legal*" (art 17, *LGSM*); es decir, que será ineficaz frente al socio que reclame su participación en las utilidades. En este caso, decimos que el pacto leonino es ineficaz y no nulo porque es bien sabido que los actos viciados de nulidad absoluta o relativa producen provisionalmente sus efectos, circunstancia que no está prevista en el referido art 17, *LGSM*.

### 3.2.7.1 EN CUANTO AL FIN COMÚN

El concepto de fin común, según es expuesto por diferentes autores, equivale al concepto de *fin determinante* de nuestra legislación; es decir, es entendido como derecho a participar en las ganancias y en las pérdidas. Por tanto, es válido aplicar al concepto de fin común lo que expusimos sobre el cáracter del fin determinante.

Pero, por otra parte, no estamos de acuerdo con los autores que consideran el fin (objeto) social como fin común ya que, como se verá más adelante, aquel en realidad consiste en una serie de actividades que debe realizar la sociedad, pero no los socios.

[31] En nuestra opinión los arts 17, *LGSM* y 2696, *CCDF*, consagran el derecho de los socios a participar de las utilidades y la obligación *legal* de soportar las pérdidas, toda vez que los contratos no solo *obligan* a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, *según su naturaleza*, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

[32] Tal vez RODRÍGUEZ consideró que la exclusión de las ganancias produce la inexistencia del contrato social porque tuvo en mente la declaración del art 17, *LGSM*, que dice: "No *producirán ningún efecto legal* las *estipulaciones* que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias". Sin embargo, debe advertirse que este artículo en realidad establece una ineficacia de la *estipulación* excluyente de las ganancias.

#### 3.2.7.2 EN CUANTO A LA VOCACIÓN A LAS GANANCIAS Y A LAS PÉRDIDAS

En lo que hace a la vocación a las ganancias y a las pérdidas estamos de acuerdo con **Mantilla Molina** de que tal vocación no es un elemento esencial del contrato, sino una consecuencia del derecho que tienen los socios a participar en las utilidades y de la obligación que la ley y el contrato social les imponen de soportar las pérdidas.

#### 3.2.7.3 EN CUANTO A LA *AFFECTIO SOCIETATIS*

La *affectio societatis*, considerada como el *animus contahendae societatis es*, como opina **Rodríguez**, un mero elemento subjetivo del motivo, y no un elemento esencial del contrato de sociedad.

Por último, la *affectio societatis*, entendida como una situación de igualdad entre los socios, tampoco puede ser considerada como un elemento esencial del negocio social, toda vez que la ley permite la desigualdad entre ellos, tanto en lo que toca a sus derechos patrimoniales como a los de consecución. (arts 16, 26, 62, 85, 112, párr segundo y 113, *LGSM*). En otras palabras, para la ley "es indiferente la realización de un interés común e igual para todos los contratantes", como expone **Bolaffio** en su obra antes mencionada.

Estudiados el consentimiento, como elemento de existencia del contrato de sociedad, y el motivo y fin determinante como elementos de validez del mismo, pasaremos a analizar el segundo de sus elementos de existencia: el objeto, o sea, las aportaciones.

## 3.3 LAS APORTACIONES (OBJETO)

### 3.3.1 Diversos significados

En la terminología legal la palabra *objeto* se utiliza para expresar nociones muy distintas entre sí; de manera que lo mismo significa

1 ***Objeto de la obligación*** es decir, la prestación, la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer
2 ***Objeto del contrato*** esto es, la función del contrato que consiste en crear o transmitir derechos y obligaciones, y
3 ***Objeto social*** o sea, el conjunto de negocios y operaciones que constituyen la actividad especializada de las personas morales.

Por esta razón la generalidad de la doctrina critica el lenguaje del legislador y propone que, como mínimo, deben distinguirse los conceptos *objeto de la obligación* y *objeto del contrato*.[33]

A este respecto **Rojina Villegas** dice que

> el objeto del contrato no es la cosa o el hecho. Éstos son objetos indirectos de la obligación, pero como el contrato la crea y ésta tiene por objeto la cosa o el hecho, la terminología jurídica, por razones prácticas y de economía en el lenguaje, ha confundido, principalmente en los códigos, el objeto de la obligación con el objeto del contrato.

El objeto *directo del contrato* es crear o transmitir derechos y obligaciones. El objeto *indirecto* es la cosa, el hecho o la abstención que, asimismo, son *objeto de la obligación* que engendra el contrato.

En cuanto al concepto *objeto* en su acepción *objeto social*, algunos autores a veces lo confunden con la noción de fin determinante de la voluntad, lo cual contribuye a la falta de claridad existente en la doctrina.

### 3.3.2 Terminología legal mexicana

El art 1824, *CCDF* declara que "*Son objeto de los contratos: I La cosa que el obligado debe dar; y II El hecho que el obligado debe hacer o no hacer*". Esto significa que para nuestro legislador civil el concepto *objeto* es idéntico a la noción de *prestación*, o sea, a lo que la doctrina llama objeto indirecto del contrato o, con mayor propiedad, objeto de la obligación.

Por otra parte, para la legislación mercantil (arts 3o, 6o, frac II, 182, frac IV y 229, frac II, *LGSM*) y también para legislación civil (arts 2685, frac II, 2686, 2692, 2693, frac III, 2712, 2720, frac III, *CCDF*) el concepto *objeto social* significa *fin social*, entendido éste como el "conjunto de operaciones y negocios que constituyen la actividad especializada de las personas morales", todo lo cual nos lleva a concluir

1 Que la noción de ***objeto***, contenida en el art 1824, *CCDF*, aplicada al contrato de sociedad, equivale a *prestación*, es decir, a las cosas o hechos que los socios están obligados a aportar a la sociedad, de allí que también sea idéntica a *aportación*, en el sentido utilizado por los arts 6o, frac VI, 11, 12, 16, frac II, 51, 58, 95, 213, y 252, *LGSM*, y 2689, 2693, frac IV, 2697, 2702, 2703, *CCDF*

[33] *Cfr* ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t I: obligaciones, Porrúa, 1981, p 287; BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, pp 28, 29, 45 y 52; MUÑOZ, Luis, *Teoría general del contrato*, Cárdenas, p 180, 1973; BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, t I, Porrúa, 1962, p 161; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado elemental de derecho Civil*, t V, Cárdenas, 1983, etcétera.

2 Que el concepto ***fin social***, referido a las sociedades mercantiles, significa conjunto de negocios y operaciones a que se dedican las personas morales comerciantes; esto es, lo que la *Ley General de Sociedades Mercantiles* llama *objeto social*, y
3 Que, para evitar confusiones, será conveniente que, en materia de sociedades mercantiles, en vez de los conceptos *objeto* y *objeto social*, se utilicen los de *aportación*[34] y *fin social*.

### 3.3.3 Las aportaciones. Sus características

En derecho mexicano el concepto *cosas* comprende no solo los bienes materiales, sino también los bienes inmateriales e incorpóreos, como son toda clase de derechos reales y personales y el concepto *hechos* comprende toda conducta, positiva o negativa, susceptible de ser ejecutada por el hombre.

Para que una cosa o un hecho sean objeto-prestación del contrato de sociedad, es decir, para que sean aportables, se requiere que sean física y jurídicamente posibles.

Las cosas son físicamente posibles cuando existen o pueden existir en la naturaleza; y son jurídicamente posibles cuando son determinadas o determinables en cuanto a su especie y están en el comercio (art 1825, *CCDF*).

Los hechos son físicamente posibles cuando existen o pueden existir porque son compatibles con una ley de la naturaleza; y son jurídicamente posibles cuando son compatibles con una norma jurídica que deba regirlos necesariamente y que no constituya un obstáculo insuperable para su realización (art 1828, *CCDF*, a *contrario sensu*).

Por consiguiente; siendo las aportaciones uno de los elementos de existencia del contrato de sociedad, si se celebra éste y

*i)* Tiene por objeto-prestación cosas o hechos física o jurídicamente imposibles o
*ii)* No impone a los socios la obligación de realizar aportaciones, será inexistente.

### 3.3.4 Lo que se puede aportar y su contenido

El art 2688, *CCDF* indirectamente nos señala que pueden aportarse a las sociedades recursos y esfuerzos, entendiéndose por los primeros *una cantidad de dinero u otros bienes* y por los otros la *industria humana* (art 2689, *CCDF*); lo que nos induce a reafirmar que si los socios no realizan aportaciones, no exis-

[34] MANTILLA MOLINA, Roberto, prefiere llamarlo *objeto aportado*. *Derecho mercantil*. Porrúa, p 1986, 221.

tirá el contrato de sociedad y a inferir que los hechos negativos, las abstenciones, no son susceptibles de aportación, toda vez que la expresión *industria* lleva implícita la idea de actividad.

De estos mismos dispositivos inferimos, por una parte, que el contenido de las aportaciones de cosas es irrelevante (puesto que pueden comprender toda clase de bienes); pero que tienen que ser valorables en dinero y, por otra parte, que el contenido de los esfuerzos también es irrelevante (dado que pueden comprender toda clase de servicios o trabajos); pero que no son valorables en dinero, razón por la cual no se le computa en el capital social, aunque sí pueden ser estimados para efectos de la liquidación de la sociedad (art 2732, *CCDF*).

### 3.3.4.1 APORTACIONES DE BIENES

Las aportaciones de cosas o bienes doctrinalmente suelen ser diferenciadas en dos clases: de numerario o dinero y de no numerario, también llamadas de especie, independientemente de que el contenido de estas últimas comprenda bienes o derechos.

#### 3.3.4.1.1 Aportaciones de numerario

Las aportaciones de numerario son las más comunes en las sociedades mercantiles y se caracterizan en que necesariamente son traslativas de dominio, toda vez que si no lo fueran constituirían un usufructo; es decir, una aportación de especie.

La obligación de cumplir con las aportaciones de numerario, de entregar el dinero a la sociedad, se realiza conforme a lo estipulado en el contrato social, por cuanto la *LGSM* permite que esta obligación se cumpla en un solo acto o gradualmente (arts 89, frac III y 91, frac III, *LGSM*).

Para el caso de que el contrato social no estipulara los términos en que deban realizarse las aportaciones de numerario, habría que distinguir dos hipótesis

*i)* Si las aportaciones no se hicieren al momento de celebrar el contrato de sociedad, se estará a lo dispuesto por el art 83, *C Com* que establece que las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por la ley para su cumplimiento serán exigibles a los diez días después de contraídas si solo producen acción ordinaria, o, al día siguiente si llevan aparejada ejecución[35] y

[35] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 36, estima que "Dada la índole del contrato de sociedad, y la orientación general de la *LGSM*, debe entenderse que la aportación debe ser satisfecha inmediatamente que el contrato se celebra, salvo que exista un pacto expreso de aplazamiento". Estamos de acuerdo con este autor, máxime si se considera que el contrato de sociedad debe formalizarse en instrumento público, el cual, según dispone el art 1391, frac II, *C Com*, lleva aparejada ejecución.

*ii)* Si las aportaciones no se realizaran al momento en que *la asamblea extraordinaria de accionistas de la sociedad anónima* decrete un aumento de capital, se estará a lo dispuesto por los arts 132 y 119, *LGSM*, los cuales establecen, respectivamente, un plazo para la suscripción de las acciones que se emitan con motivo del aumento y para pagar el dividendo pasivo.

Pero, ¿a qué órgano de la sociedad corresponde el ejercicio de la acción en contra del socio moroso? En las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones (en cuanto a los socios comanditados), esta facultad aparentemente corresponde a los socios, por cuanto tienen el derecho de excluir al socio que no cumpla con las disposiciones convencionales o legales que rijan al pacto social (art 50, fracs II y III, *LGSM*) y en la sociedad anónima y en comandita por acciones (en lo que toca a los socios comanditarios), al parecer dicha facultad corresponde al consejo de administración (arts 158, frac I y 208, *LGSM*).

#### 3.3.4.1.2 Aportaciones de no numerario o de especie

Como hemos apuntado antes, esta clase de aportaciones comprende una variada gama de bienes y derechos enmarcados dentro de la clasificación general de *objetos física y jurídicamente posibles*. Por tal circunstancia, nos referiremos aquí únicamente a aquellos bienes que son más comúnmente aportados a las sociedades.

A diferencia de las aportaciones en numerario, las de esta clase no son necesariamente translativas de dominio, aunque se entenderá que sí lo serán si no se pacta en contrario (arts 11, *LGSM* y 2689, *CCDF*)

*a)* ***Bienes inmuebles*** Son bienes inmuebles, por su naturaleza o por determinación de la ley, todos los enumerados por el art 750, *CCDF*. Su aportación está sujeta a las disposiciones fiscales y a las formalidades que la ley exige para la transmisión de los mismos; formalidades que se cumplen al celebrar el contrato de sociedad o al aumentar el capital social por aportación de inmuebles, por cuanto en ambos casos tales actos deben constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio[36]

*b)* ***Bienes muebles*** En principio, pertenecen a esta clase, por su naturaleza o por disposición de la ley, todos aquellos bienes que no sean inmuebles (arts 752 a 763, *CCDF*). Por regla general, la aportación de estos bienes no está sujeta a formalidad alguna; sin embargo, para el caso de que la

[36] En algunas entidades federativas de la República, los registradores de la propiedad y del comercio entienden que la aportación de inmuebles no solo debe constar en la escritura constitutiva de la sociedad o en la escritura que contenga sus reformas, sino que, además, debe constar en una *escritura complementaria*, requisito sin el cual niegan el registro de la transmisión de dominio.

hubiera, en todas las circunstancias se cumpliría con el requisito legal por las mismas razones expresadas para los inmuebles.

Los bienes muebles que con mayor frecuencia se aportan a las sociedades son títulos valores (acciones, títulos de crédito y de participación, etc), maquinaria y equipos, vehículos, etcétera

c) *Derechos* Dentro de esta clasificación caben toda clase de derechos de crédito cuya cesibilidad no esté prohibida por la ley y otra clase de derechos, tales como los de propiedad intelectual o industrial (patentes, certificados de invención, marcas, nombres comerciales, etc), y los derivados de concesiones administrativas.[37]

Las transmisiones de derechos de propiedad intelectual o industrial y la de derechos derivados de concesiones están sujetas a ciertos requisitos y formalidades contenidas en sus leyes especiales (*Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, Ley Minera, Ley de Vías Generales de Comunicación,* etcétera).

### 3.3.4.2 APORTACIONES DE TRABAJO

También se les llama aportaciones de industria o de esfuerzos (arts 2688 y 2689, *CCDF*, 16, fracs II y III, y 49, *LGSM*), pero en la práctica son más conocidas como aportaciones de servicios.

El contenido de esta clase de aportaciones es muy variable y puede comprender la ejecución de trabajos materiales o intelectuales. Como anteriormente se hizo notar, la característica de estas aportaciones es la de que no son valorables en dinero, razón por la cual no se computan en el capital social.

### 3.3.4.3 OTRAS APORTACIONES

Doctrinalmente se discute si pueden ser aportadas cosas futuras o ajenas o si se pueden realizar aportaciones condicionales.

#### 3.3.4.3.1 Cosa futura

Joaquín **Rodríguez Rodríguez**,[38] fundamentado en lo dispuesto por el art 1826, *CCDF*, estima que "las cosas futuras pueden ser aportadas a la sociedad, en cuanto pueden ser objeto de contrato" y que "nunca puede ser objeto de aportación la herencia, mientras no se haya causado". Sin lugar a duda, la opinión del maestro **Rodríguez** tiene validez para las sociedades de personas, pero no

[37] RODRIGUEZ, *op cit*, pp 38 y 39, clasifica a los derechos de propiedad intelectual y a los derivados de concesiones administrativas como bienes muebles. Sin embargo, ni el *Código Civil* ni la *Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial* los clasifican como tales. Por otra parte, la Ley *Minera* y otras disposiciones de derecho administrativo, entre ellas la *Ley de Bienes Nacionales*, no consideran como bienes muebles a las concesiones.

[38] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 39.

para el caso de la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada, ni para las sociedades anónimas y en comandita por acciones.

En efecto, para constituir la sociedad de responsabilidad limitada se requiere que el capital social esté íntegramente suscrito y exhibido, por lo menos en el cincuenta por ciento del valor de cada parte social (art 64, *LGSM*), condición ésta que no se cumple si se aportan cosas futuras. Lo mismo ocurre con la sociedad anónima y con la sociedad en comandita por acciones, en lo que corresponde a los comanditarios, por cuanto debe exhibirse íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario (arts 89, frac IV, 207 y 208, *LGSM*).

#### 3.3.4.3.2 Cosa ajena

**Rodríguez** también considera que es posible la aportación de cosa ajena: es *lícita* (las itálicas son nuestras) "por aplicación analógica de lo dispuesto en los arts 2270 y 2271, *CCDF*, sobre la compraventa de cosa ajena" y agrega que

> sin embargo, este tipo de aportaciones no cabe cuando se trata de sociedades de capital, salvo en el caso de fundación sucesiva de la sociedad anónima, de modo que, el aportante adquiera la propiedad de la cosa ajena aportada, antes de la celebración de la asamblea constitutiva.[39]

Desafortunadamente, **Rodríguez** no nos explica por qué la aportación de cosa ajena sí tiene cabida en las sociedades de personas, pero no en las de capitales, excepto cuando se trata de la constitución sucesiva de la anónima.

Desde nuestra óptica, la aportación de cosa ajena en ningún caso es lícita, porque es contraria a las leyes de orden público y a las buenas costumbres (arts 1830 y 2269, *CCDF*); no es posible, porque las cosas ajenas no están en el comercio, en el sentido de que nadie que no sea su dueño puede disponer de ellas (arts 1825 y 2269, *CCDF*) y, en última instancia, porque conforme a nuestro orden jurídico no cabe la aplicación analógica de la ley (arts 16 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y 19, *CCDF*).

#### 3.3.4.3.3 Cosas cuya propiedad esté sometida a condición suspensiva o resolutoria

**Rodríguez** opina que también "es posible y tiene el mismo trato que la aportación de cosa futura".[40] A esta opinión, oponemos los argumentos esgrimidos para el caso de aportaciones de cosa futura.

[39] *Ibídem*, p 40.
[40] *Loc cit.*

#### 3.3.4.3.4 Cosas determinables

Lo normal es que las aportaciones recaigan sobre cosa determinada, entendiéndose por tal aquella que se caracteriza por sus atributos propios que la distinguen de cualquier otra.[41] Empero, la ley permite que también puedan realizarse aportaciones de bienes determinables (art 1825, *CCDF*).

Doctrinalmente se considera que las cosas son determinables cuando son susceptibles de ser determinadas por su especie, cantidad y calidad, de modo que, faltando cualquiera de estos elementos, la cosa será indeterminada y no apta para ser objeto de la obligación. Sin embargo, la ley no ha atendido a la doctrina; en efecto, el art 2259, *CCDF*, permite la *venta* de cosa indeterminada por su cantidad y, el art 2016 del mismo ordenamiento permite la *enajenación* de cosa indeterminada por su calidad, de donde resulta que, por una combinación de ambos dispositivos legales, también permite la *venta* cosas indeterminadas por su cantidad y calidad.

Ahora bien, toda vez que las aportaciones no son una *venta* sino una *enajenación sui generis*, es válido inferir que no se le aplican las reglas especiales de aquella, esto es, que no pueden recaer sobre cosa indeterminada en cuanto a su cantidad y especie, pero sí se le aplica la regla general de las obligaciones de dar, contenida en el art 2016, *CCDF*, o sea que las aportaciones sí pueden recaer sobre cosas indeterminadas por su calidad, a condición de que estén determinadas por su cantidad y especie. Por ejemplo, será válida una aportación de cien toneladas de trigo porque es determinable por su cantidad y especie, aunque no esté determinada por su calidad; pero no será válida si recae sobre cien toneladas de cereal o sobre una cantidad indeterminada de trigo, pues en el primer caso el socio cumplirá entregando cualquier cereal (trigo, cebada, centeno) y en el segundo entregando un solo grano de trigo.

### 3.3.5 Riesgo de la cosa aportada[42]

La cuestión del riesgo de la cosa se plantea en los siguientes términos: celebrado el contrato y no entregada la cosa, ¿para quién perece?

La doctrina y la legislación han dado diversas respuestas a esta cuestión atendiendo ya a la naturaleza del contrato, ya a la conducta de las partes o ya a factores externos.

[41] *Cfr* ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, t I: obligaciones, Porrúa, p 288; BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, t I, Porrúa, 1962, pp 159 y ss; PLANIOL y RIPERT, *Tratado elemental de derecho civil*, t IV, pp 33 y 34; BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *La empresa*, Porrúa 1979, p 310, etcétera.

[42] *Cfr* BORJA SORIANO, *op cit*, pp 135 y ss; ROJINA VILLEGAS, *op cit*, p 289; BAUCHE GARCIADIEGO, *op cit*, p 310, etcétera.

Tratándose de contratos *consensuales*, la cosa, en principio, perece para su dueño (*res perit domino, res perit creditori*); pero si en la entrega o guarda de ella el deudor incurre en mora o en culpa o negligencia, éste reportará la pérdida (*res perit debitori*), a menos que la cosa perezca por caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo caso la obligación queda sin efecto y el dueño o acreedor sufre la pérdida.

En los contratos *reales*, la cosa perece para quien la tenga en su poder (*res perit possessori*), toda vez que los mismos se perfeccionan precisamente con la entrega, real o virtual, de los bienes objeto de la obligación. La entrega es real cuando hay tradición material de la cosa o del título, si se trata de un derecho, y es virtual o jurídica cuando, aun sin estar materialmente entregada la cosa, la ley *o las partes* la consideran recibida por el acreedor; de modo que, en este caso, lo que importa determinar es quién tiene la posesión material o virtual de la cosa para atribuirle el riesgo, motivo por el cual tampoco tiene trascendencia precisar si se trata de un bien determinado o determinable por su cantidad.

Ahora bien, el art 11, *LGSM*, dispone en lo conducente que "*El riesgo de la cosa no será a cargo de la sociedad, sino hasta que se le haga la entrega respectiva*", lo que, en nuestra opinión, significa que el legislador adoptó para el contrato de sociedad el principio *res perit possessori* que es propio de los contratos reales y que, en consecuencia, la atribución del riesgo se hará a quien se encuentre en posesión real o virtual de la cosa.

### 3.3.6 Evicción y vicios ocultos

Si las aportaciones son translativas de dominio, el socio responderá del saneamiento para el caso de evicción y de los vicios ocultos de las cosas aportadas, según disponen los arts 2120, 2142 y, muy especialmente, el 2702, *CCDF*.

Para el caso de que las aportaciones no fueran traslativas de dominio, responderá por el uso o aprovechamiento de los bienes aportados, "*según los principios que rigen las obligaciones entre el arrendador o arrendatario*" (art 2702, *CCDF, in fine*).

En materia de sociedades mercantiles no parece que se pueda eximir al socio de su obligación de prestar la evicción, habida cuenta de que tal estipulación sería contraria al principio de realidad del capital social a que nos referiremos más adelante.

### 3.3.7 Efectos de la aportación

En otra parte hemos indicado que, en principio, las aportaciones de numerario son necesariamente translativas de dominio y que las de especie pueden serlo o no, según disponen los arts 11 y 2689, *LGSM* que admiten pacto en contrario.

La aportación de bienes no translativa de dominio significa que lo que en realidad se aporta es el uso o goce de la cosa, esto es, derechos reales de uso o usufructo. Sin embargo, si el socio aporta el usufructo constituido a su favor sobre un inmueble, se entenderá que, salvo pacto en contrario, tal aportación es translativa de dominio, toda vez que los derechos reales sobre inmuebles, por determinación de la ley, son considerados como inmuebles (art 750, frac XII, *CCDF*); pero no podría afirmarse lo mismo del usufructo constituido sobre muebles, porque la ley no lo considera como un bien mueble, aun cuando la doctrina trate de demostrar lo contrario.

De esto se deriva que en las aportaciones no translativas de dominio, la sociedad no puede disponer de la cosa, puesto que a la conclusión del contrato social debe reintegrarla al propietario, y que, viceversa, en las translativas de dominio sí puede ejercer el derecho de disposición sobre los bienes que hayan aportado los socios.

## 3.4 EL FIN (OBJETO) SOCIAL

El fin (objeto) social puede considerarse desde un triple punto de vista

*i)* Como medio para la consecución del fin inmediato que persiguen los socios
*ii)* Como prestación, esto es, como el conjunto de actividades que debe realizar la persona moral que es creada en virtud del negocio social, y
*iii)* Como medida de la capacidad jurídica de la sociedad.

### 3.4.1 El fin social como medio

El fin social ha sido definido como "el conjunto de operaciones y negocios que constituyen la actividad especializada de las personas morales" y en tal sentido, aunque pueda parecer paradójico, se le puede considerar como un medio, toda vez que es el *vehículo* que permite alcanzar el fin determinante del negocio social. En otras palabras, el fin social es la prestación que debe realizar la sociedad mercantil, por conducto de sus representantes, para que el negocio social cumpla su función económica.

Quizá esto se entienda con mayor claridad si se tiene en mente que los negocios y operaciones que realizan los comerciantes individuales no constituyen un fin por sí mismos, sino un medio del que se valen para lucrar. Pues bien, de la misma manera, en apariencia no tiene sentido decir que los negocios y operaciones que realiza la sociedad constituyen el *fin social*, cuando éste en realidad constituye el conjunto de hechos que la sociedad debe realizar para que, *por medio de ellos*, los socios obtengan los fines que se propusieron al celebrar el contrato.

### 3.4.2 El fin social como prestación de la sociedad

La teoría de la naturaleza contractual del negocio social acogida por nuestra legislación es insuficiente para explicarlo omnímodamente. En efecto, según determina la ley, para que exista el contrato de sociedad se requiere que haya consentimiento y aportaciones de los socios. Pero, es indiscutible que el negocio social no puede existir sin otro elemento, a saber: el *fin (objeto) social*; es decir, el hecho o conjunto de hechos (negocios y operaciones) que debe realizar la sociedad, *no los socios*, para que éstos alcancen los fines que se proponen.

Dicho de otra manera, si bien es cierto que el denominado *contrato de cambio* no puede existir sin lo que **Rojina** llama el *objeto indirecto* de la obligación (las prestaciones *de las partes*), también es cierto que en el *contrato de organización* se requiere la presencia de otra prestación: el fin (objeto) social, o sea, el hecho o hechos que por conducto de sus representantes debe realizar *la persona jurídica* creada en virtud del negocio social.[43]

Planteadas las cosas de esta manera, entonces resulta explicable que la ley considere como causa de disolución o extinción de las sociedades: "*el haber* conseguido totalmente el objeto de su fundación" (art 2685, frac II); "*el haberse vuelto incapaces de realizar el fin* (objeto social)[44] *para el que fueron creadas*" (art 2685, fracs II y III, *CCDF*); "*la realización completa del fin* (objeto) *social*" (art 2720, frac III, *CCDF*); "*la imposibilidad de lograr la consecución del objeto* (fin) *de la sociedad*" (art 2720, frac III, *CCDF*) y "*la imposibilidad de seguir realizando el objeto* (fin) *principal de la sociedad*, o *por quedar éste consumado*" (art 229, frac II, *LGSM*).

Por supuesto, el objeto social, lo mismo que el *objeto indirecto* de los contratos de cambio, debe ser posible y lícito; de manera que, por una parte, la imposibilidad física o legal de realizarlo trae como consecuencia ya sea la inexistencia o la extinción de la persona moral (art 2224, *CCDF*) y, por otra parte, su ilicitud produce la nulidad del acto que le da nacimiento, según disponen los arts 2692, *CCDF* y 3o, párr primero, *LGSM*; preceptos éstos que resultan del todo congruentes con los arts 8o, 1830 y 2225, *CCDF*, que declaran la nulidad de los actos ejecutados contra las leyes de orden público y las buenas costumbres.

[43] En una tesis aislada, la Suprema Corte de Justicia ha establecido que la determinación del objeto social es un *requisito indispensable* del contrato de sociedad (quinta época, t CXXXVIII, p 485, *AD 4927/5)*.

[44] En el contexto de los arts 2685 y 2720, *CCDF*, los conceptos *fin* y *fin social* son utilizados como sinónimos de *objeto social*.

### 3.4.3 El fin social como medida de la capacidad jurídica de la sociedad

El fin social cumple, además, con la función de determinar la medida de la capacidad de las personas morales, pues éstas "*pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución*" conforme a lo previsto en el art 26, *CCDF*.

## 3.5 LA FORMA

Hasta aquí hemos considerado al consentimiento, a las aportaciones y al objeto social como elementos de existencia del contrato de sociedad y a la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento y la licitud en el objeto, el motivo y el fin determinante, como elementos o requisitos de validez del mismo.

Ahora, nos corresponde tratar el último elemento que la ley señala como requisito de validez del negocio social: la forma, o sea, "el medio señalado por la ley para que se manifieste la voluntad en determinados casos".[45]

El art 5o, *LGSM*, ordena que "*Las sociedades se constituirán ante notario*" y que "*en la misma forma se harán constar sus modificaciones*", lo cual nos dice poco, puesto que ante notario se pueden otorgar diversos documentos que, en virtud de la fe de que están investidos estos funcionarios, adquieren el carácter de públicos. Sin embargo, en los arts 2o, 6o, 7o y otros más de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, se nos informa que el contrato social y sus reformas deben constar en escritura pública.

Conforme a lo dispuesto por los arts 1833 y 2228, *CCDF*, los actos que no revistan la forma prescrita por la ley no son válidos y, en consecuencia, están afectados de nulidad relativa.

Ahora bien, frente a la cuestión de falta de forma pueden presentarse dos opciones

*i)* Que *cualquier interesado* (socio, acreedor, etc), reclame la nulidad del acto, o

*ii)* Que cualquiera de las partes (socios) exija judicialmente que se dé al contrato social la forma legal (arts 2229 y 1833, *CCDF*, y 7o, *LGSM*).

En el primer caso, la declaratoria judicial de nulidad destruye retroactivamente los efectos que haya surtido el contrato social y, en consecuencia, coloca a la sociedad en estado de disolución y liquidación. En el segundo caso, por el contrario, al dársele la forma legal al contrato social, quedará purgada la nulidad y el contrato surtirá plenamente sus efectos como si no hubiera existido su invalidez; bien entendido de que, si alguna o varias de las partes se rehúsan a elevar el contrato a escritura pública, el juez podrá hacerlo en su rebeldía.

[45] Rocco, *op cit*, p 260.

Pero, además de la invalidez del contrato de sociedad, la falta de forma trae como consecuencia que no pueda ser inscrito en el Registro Público de Comercio lo cual motiva la irregularidad de la sociedad, cuestión a la que nos referiremos posteriormente.

CAPÍTULO
4

# EFECTOS EXTERNOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD. PERSONALIDAD JURÍDICA

## SUMARIO


**4.1 CONCEPTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA**
**4.2 NATURALEZA DE LAS PERSONAS MORALES**
- 4.2.1 Teoría de la ficción
- 4.2.2 Teoría orgánica o realista
- 4.2.3 Teorías patrimoniales
- 4.2.4 Teoría de las instituciones o de la realidad ideal
- 4.2.5 Tesis de Kelsen
- 4.2.6 Teoría del reconocimiento
- 4.2.7 Nuestra legislación

**4.3 ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS MORALES**
- 4.3.1 Nombre
  - 4.3.1.1 Razón social
  - 4.3.1.2 Denominación social
- 4.3.2 Nombre comercial
- 4.3.3 Domicilio social
- 4.3.4 Domicilio irreal
- 4.3.5 Nacionalidad
- 4.3.6 Capacidad
- 4.3.7 Patrimonio

**4.4 CONSECUENCIAS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**
**4.5 REPRESENTACIÓN**
- 4.5.1 Límites a la capacidad
- 4.5.2 Límites a la representación. Los actos *ultra vires*

**4.6 RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD Y DE LOS SOCIOS**
- 4.6.1 De la sociedad
- 4.6.2 De los socios

**4.7 EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**
- 4.7.1 Doctrinas extranjeras
  - 4.7.1.1 Francia
  - 4.7.1.2 España e Italia
  - 4.7.1.3 Alemania
  - 4.7.1.4 Estados Unidos de América
- 4.7.2 La desestimación en México. Legislación, jurisprudencia y doctrina
  - 4.7.2.1 Legislación y jurisprudencia
  - 4.7.2.2 Doctrina mexicana. Tesis de Cervantes Ahumada y Ledesma Uribe
  - 4.7.2.3 Nuestra opinión

## 4.1 CONCEPTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA

El efecto externo más controvertido y espectacular, para calificarlo de alguna manera, que produce el contrato de sociedad es el de crear una persona jurídica dotada de un patrimonio y de una responsabilidad distintos del patrimonio y de la responsabilidad individual de los socios.

El derecho positivo mexicano y la doctrina nacional y extranjera consideran que los conceptos *sujeto jurídico, capacidad jurídica* y *personalidad jurídica* tienen el mismo contenido, de manera que, en términos llanos, siguiendo a **Rodríguez**, podemos definir la personalidad jurídica como "la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones".[1,2]

Pero la simple definición del concepto no basta para responder a dos interrogantes obligadas: ¿quién o quiénes son sujetos jurídicos? y ¿por qué tienen capacidad jurídica? Nuestro derecho positivo contesta la primera interrogante diciéndonos indirectamente que son sujetos de derecho las *personas físicas* y las *personas morales* (arts 22 y 25, *CCDF*).[3] En cuanto a la segunda interrogante, los arts 6o y 130 constitucionales, 22 y 25, frac VI, *CCDF* y 1o, *LGSM* nos dan a entender, directamente o a *contrario sensu,* que las personas físicas y morales tienen capacidad jurídica porque así lo *reconoce* la ley.[4]

[1] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles,* t I, Porrúa, 1965, p 106.

[2] BARRERA GRAF, Jorge, define a la persona como "un sujeto a quien el ordenamiento positivo atribuye un patrimonio, y otorga capacidad y facultades de contenido variable, para adquirir derechos y asumir obligaciones, el cumplimiento de los cuales puede exigir de los terceros y serle exigida por éstos", *Las sociedades en derecho mexicano,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, p 106; y, por su parte, KELSEN, Hans, afirma que "Ser persona o tener personalidad jurídica es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos", *Teoría general del derecho y del Estado,* Textos Universitarios, UNAM, 1979, pp 109 y ss.

[3] GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, considera más adecuados los términos *persona jurídica individual* y *persona jurídica colectiva* para subrayar que se trata más de conceptos jurídicos que éticos. (*Diálogos jurídicos,* Porrúa, 1978, p 253.)

[4] La doctrina discute si la enumeración que hace el art 25, *CCDF,* corresponde a un *numerus clausus* o no. La discusión carece de sentido porque, como apunta BARRERA GRAF en la enunciación de dicho art "ni están, pues, todas las que son, ni son todas las que están" (*op cit,* p 103).

Consideradas dichas interrogantes a la luz del derecho mexicano, parecería que la respuesta a ellas es muy simple. Sin embargo, en el fondo de ambas respuestas subyacen cuestiones de índole doctrinal y filosófica asaz debatidas. Así, los *iusnaturalistas* postulan que la personalidad jurídica es un atributo natural del hombre, por cuanto éste, desde que nace, y aun desde el momento de la concepción, está investido de un cúmulo de derechos que el Estado está obligado a *respetar* y *proteger*, más que a reconocer, mediante el derecho positivo. Y, por otro lado, los positivistas replican que la personalidad jurídica no es un atributo natural del hombre, sino un atributo artificial, una creación del derecho positivo, el cual, en algunos casos imputa capacidad jurídica a ciertos hombres y la niega a otros; de donde resulta que, desde la óptica del derecho positivo, quienes tienen capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones son personas y quienes carecen de ellas no lo son, son cosas, como ocurría con los esclavos en las antiguas instituciones jurídicas.[5]

Analizadas ambas tesis, la *iusnaturalista* y la *positivista*, en nuestra opinión, cada una de ellas contiene algo de verdad. Es cierto, como afirman los primeros, que el hombre nace investido de derechos que el Estado tiene obligación de respetar y proteger; pero no es menos cierto que esta tesis no explica por qué ciertas asociaciones o sociedades tienen personalidad jurídica y otras no, como ocurre con la Asociación en Participación.

De manera que, planteadas así las cosas, parece indudable, por una parte, que el hombre es titular de derechos, es persona en sentido jurídico, independientemente de que la legislación positiva le atribuya tal calidad o se la niegue y que las asociaciones y sociedades serán personas si la ley les imputa capacidad jurídica; es decir, si las reconoce como tales.

Por consiguiente, aplicados estos últimos conceptos a las asociaciones y sociedades mercantiles de derecho mexicano, podemos afirmar

*a)* Que en algunos casos la ley les desconoce personalidad jurídica, como ocurre, entre otras, con la asociación en participación (art 253, *LGSM*, en relación con el art 25, frac VI, *in fine*, *CCDF*), y

*b)* Que, en otros casos, les reconoce personalidad jurídica como ocurre, por ejemplo, con la sociedad anónima (arts 25, frac III y 2o, *LGSM*).

## 4.2 NATURALEZA DE LAS PERSONAS MORALES

Inextricablemente mezclada con la cuestión referente a la capacidad jurídica de las personas morales está la que concierne a su *naturaleza*. Para explicar ésta, o sea, la llamada *naturaleza* de las personas morales, se han elaborado

[5] Para un estudio más profundo de estas tesis, consúltense las obras *Introducción crítica al derecho natural*, de HERVADA, Javier, Editora de Revistas, 1985; *Filosofía del derecho*, de RENARD, Georges, Desclée de Brower, 1947; *Teoría general del derecho y del Estado*, antes citada; *La idea del derecho natural*, de KELSEN, Hans, Editora Nacional, 1979; *La teoría pura del derecho*, de EBENSTEIN, William, Fondo de Cultura Económica, 1947, etcétera.

múltiples y complicadas teorías, de las cuales expondremos únicamente las más significativas.

### 4.2.1 Teoría de la ficción

Entre los tratadistas e historiadores del derecho hay unanimidad de opinión en afirmar que esta teoría es la más antigua y que su más conspicuo defensor ha sido Friedrich Karl **von Savigny**.[6, 7]

A partir de la noción kantiana de que la libre voluntad y la razón son las fuerzas que caracterizan al hombre, **Savigny** reedificó la teoría de la ficción en las siguientes proposiciones que aquí, por razones de economía, presentamos de manera sucinta

*i)* La capacidad jurídica es un conjunto de deberes y derechos
*ii)* Los requisitos esenciales para que existan los deberes y derechos son la voluntad y la libertad
*iii)* La voluntad y la libertad son atributos exclusivos de la persona humana, y
*iv)* Por consiguiente, imputar tales atributos a seres colectivos, metafísicos, trae como consecuencia la creación de seres artificiales, ficticios, puesto que carecen de voluntad y de libre albedrío.

Para expresarlo en otras palabras: solo el hombre es capaz de derecho porque únicamente él tiene voluntad propia y, por ende, las llamadas personas morales son ficciones, creaciones artificiales del derecho, puesto que carecen de voluntad y libre albedrío.

**Crítica** La crítica más común que se ha esgrimido contra la teoría de la ficción es la que consiste en observar que existen seres humanos sin facultades volitivas (recién nacidos, imbéciles y enajenados privados de voluntad e inteligencia), las cuales para el derecho son personas jurídicas, no tanto por lo que tienen de seres humanos, sino por lo que tienen de capacidad para ser sujetos de derecho.[8]

[6] Las tesis de SAVIGNY son citadas en, y han sido recogidas, de las siguientes obras: *Derecho civil mexicano*, t I: introducción y personas, Porrúa, 1982, pp 120 y 121, de ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Tratado de sociedades mercantiles*, t I, Porrúa, 1965, p 112, de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín; *Diálogos jurídicos*, Porrúa, 1978, pp 253 y ss, de GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; y de *Tratado elemental de derecho civil*, t III, Cárdenas, 1983, pp 565 y 566, de PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges.

[7] Según algunos historiadores, el Papa Inocencio IV fue un gran impulsor de la teoría de la personalidad ficticia de las corporaciones con el evidente propósito de justificar la titularidad de los bienes de la Iglesia. En efecto, solo mediante la aceptación de esta teoría era posible justificar que los bienes que la Iglesia adquiría por donación dejaban de pertenecer al donante y que, además, tampoco pertenecían al dignatario eclesiástico que los recibía a nombre de ésta.

[8] ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op cit*, p 121.

### 4.2.2 Teoría orgánica o realista

El iniciador de la teoría orgánica fue Otto **von Gierke**[9] quien niega que las personas morales sean seres ficticios carentes de voluntad. Para **Gierke** las colectividades humanas son realidades orgánicas, nacidas de un proceso histórico (como las naciones y los Estados), o de una agrupación voluntaria (como las corporaciones de derecho privado), que tienen vida propia y una voluntad propia que no es la simple suma de varias voluntades autónomas, sino una voluntad plural única.

**Crítica** Se ha replicado a esta teoría aduciendo que atribuir vida orgánica a las personas morales es solo una brillante metáfora y que no es cierto que exista una voluntad colectiva única, porque la suma de las voluntades individuales no es voluntad de un ser único, diferente a la de los hombres que lo integran. Esto es, porque la voluntad es un atributo exclusivo del hombre, solo concebible en el hombre y no en los seres *artificiales,* como los llamaba **Savigny.**

### 4.2.3 Teorías patrimoniales

Las teorías patrimoniales de la personalidad jurídica se dividen en dos grandes grupos: la de la *propiedad colectiva,* debida a Marcel **Planiol** y Georges **Ripert**[10] y la del *patrimonio de afectación,* cuyo principal expositor es **Brinz.**[11]

***Teoría de la propiedad colectiva*** **Planiol** y **Ripert** sostienen que existen dos clases de propiedad: la individual y la colectiva. Ésta no debe confundirse con la propiedad indivisa (copropiedad): en aquella, la propiedad colectiva, se suprimen las porciones autónomas, individuales, de la propiedad; en la indivisa subsisten y, por tanto, sigue siendo propiedad individual. La supresión de las porciones autónomas, que es característica de la propiedad colectiva, induce al error de atribuirla a personas ficticias que la ocultan, por cuanto la ley, desde antiguo, estatuye que, para que una agrupación de individuos tenga personalidad jurídica, es requisito esencial que tenga bienes colectivos.

Esto no significa, dice **Planiol,** que con ello se admita la existencia de patrimonios de afectación, como afirma **Brinz,** sino que la propiedad colectiva es una "propiedad sometida a un régimen diferente del de la privada (individual); pero no propiedad sin dueño" porque, "la personalidad ficticia *no es una adición a la clase de personas,* sino una manera de poseer los bienes en común, esto es, *una forma de propiedad*" (*las itálicas son de* **Planiol**).

[9] Las tesis de Von GIERKE, Otto, son citadas en, y han sido básicamente recogidas de las obras que se citan en el pie de página 6 y del *Tratado de derecho comercial,* de SATANOVSKY, Marcos.

[10] *Tratado elemental de derecho civil,* t III, Cárdenas, 1983, pp 555 y ss.

[11] Citado por FERRARA, Francesco (*Teoría de las personas jurídicas,* Reus, 1929) y por ROJINA VILLEGAS, Rafael (*Derecho civil mexicano,* t I: Introducción y personas, Porrúa, 1982).

En breve, para **Planiol** y **Ripert** los bienes que constituyen el *patrimonio colectivo* de cualquier agrupación humana (incluso el Estado), en principio, no pertenecen a ella, sino a todos y cada uno de los miembros que la componen y, por ello, están sometidos a un régimen especial de propiedad que la ley, erróneamente, atribuye a las llamadas *personas morales.*

*Teoría del patrimonio de afectación* Como ya dejamos apuntado, el principal expositor de esta teoría es **Brinz** quien parte también de la idea de que existen dos clases de patrimonios: los individuales, constituidos por bienes cuyos titulares son personas determinadas, y los destinados a la realización de un fin común, constituidos por bienes que carecen de titular. Estos últimos, es decir, los patrimonios de afectación, conforman una universalidad de bienes que el derecho organiza y protege como si fueran una entidad que, sin ser sujeto de derechos y obligaciones, es soporte de los mismos.

Como se puede apreciar, **Brinz** difiere de **Planiol** y **Ripert** en que estos autores atribuyen a los miembros de las agrupaciones humanas la *propiedad colectiva* de los bienes afectados a la realización de los fines de las propias agrupaciones, en tanto que **Brinz** afirma que tales bienes carecen de titular.

**Crítica** La *teoría de la propiedad colectiva* confunde al sujeto de derecho, la persona ficticia como la llama **Planiol**, con cierta forma de ejercitar el derecho de propiedad, es decir, con la propiedad colectiva, y con ello olvida que la persona moral está dotada de un patrimonio propio, distinto de los patrimonios individuales de cada uno de sus integrantes y el hecho de que el patrimonio podrá ser necesario para la realización de ciertos fines, pero no para la realización de *todos* los fines.

En cuanto a la *teoría del patrimonio de afectación* puede replicarse que, al menos en nuestro sistema jurídico, no tiene cabida la posibilidad de que existan permanentemente patrimonios sin titular.[12] Asimismo, se ha objetado esta teoría aduciendo que el concepto de patrimonio de afectación, objetivado por su fin y unificado por su destino, no es aplicable al concepto de patrimonio social ya que no puede existir la autonomía de éste mientras no exista la separación de responsabilidad.[13]

[12] Refiriéndose a las fundaciones, ROJINA VILLEGAS parece admitir que en derecho mexicano pueden existir patrimonios sin titular, toda vez que afirma que los bienes de aquellas "están destinados o afectados a la realización de un fin" y que, a diferencia de los socios, quienes tienen un derecho determinado sobre el patrimonio de la sociedad, los beneficiarios y los administradores de las fundaciones no tienen ese derecho. Sin embargo, esta opinión resulta irrelevante a la luz de las diversas leyes de beneficencia privada vigentes en México, las cuales atribuyen a las fundaciones tanto personalidad jurídica propia como capacidad para adquirir y administrar los bienes que se destinen al objeto de su institución.

[13] *Cfr* SATANOVSKY, Marcos, *Derecho comercial,* t 1, Tipográfica Argentina, 1957, p 443.

### 4.2.4 Teoría de las instituciones o de la realidad ideal

Se debe esta teoría especialmente a la pluma de Maurice **Hauriou,**[14] quien sostiene que las personas morales (instituciones) son realidades ideales o jurídicas que existen por sí mismas, independientemente de que el Estado las reconozca o no. Para este pensador, las instituciones (familia, iglesia, círculos de productores o consumidores, etc) son realidades que tienen existencia propia aunque no las reconozca el Estado, pues su vida interior es independiente de su reconocimiento externo.

**Crítica** Aun algunos seguidores de **Hauriou** no están de acuerdo con su maestro a quien refutan diciendo que, si bien es cierto que las instituciones-grupo son realidades ideales con existencia propia, también es cierto que no tienen existencia *jurídica* hasta en tanto las reconozca el Estado.

### 4.2.5 Tesis de Kelsen[15]

Simplificando al máximo la tesis de Hans **Kelsen** sobre la personalidad jurídica, podemos decir que este jurista postula que los conceptos *persona natural* y *persona moral*[16] no tienen el mismo contenido que el concepto *personalidad jurídica.* Ésta, la personalidad jurídica, afirma **Kelsen,** es un conjunto de deberes jurídicos y de derechos subjetivos que la legislación positiva imputa tanto a las llamadas *personas naturales,* como a las llamadas *personas morales,* las cuales no son otra cosa que simples construcciones jurídicas, conceptos auxiliares de la ciencia del derecho.

Para decirlo de otra manera, **Kelsen** afirma que las *personas físicas* y las *personas morales* son personificaciones de proposiciones jurídicas, con lo que "reduce las dos especies de sujetos de derecho, a simples conjuntos de normas",[17] a construcciones jurídicas que son "el punto final de una imputación de deberes y derechos".

[14] Las tesis de HAURIOU y de otros de sus seguidores, son citadas en las obras mencionadas en el pie de página 6 y muy especialmente en la obra *Derecho mercantil,* t I, de SATANOVSKY, Marcos, antes citada.

[15] KELSEN ha explicado su tesis de la personalidad jurídica, con algunas variantes, en varias de sus obras. Los conceptos del jurista vienés aquí expuestos han sido tomados de sus siguientes libros: *La idea del derecho natural,* Editora Nacional, 1979; *El contrato y el tratado,* Editora Nacional, 1974 ; *Teoría general del derecho y del Estado,* Textos Universitarios, UNAM, 1979 y, muy especialmente, *La teoría pura del derecho,* Editora Nacional, 1979. Asimismo, para reducir las ideas de KELSEN a una exposición coherente, se recurrió a las referencias que se hacen de sus tesis en las siguientes obras: *Diálogos jurídicos,* de GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Porrúa, 1978, y *Derecho civil mexicano,* t I: introducción y personas, de ROJINA VILLEGAS, Rafael, Porrúa, 1982.

[16] Como el resto de la doctrina alemana y austriaca, KELSEN prefiere utilizar la expresión *personas jurídicas* en vez de *personas morales.* Sin embargo, en el contexto de esta exposición, se respetó esta última expresión por ser la que utiliza la legislación mexicana.

[17] GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *op cit,* p 260.

**Crítica** Las críticas que se han enderezado contra la tesis de **Kelsen** son numerosísimas. Sin embargo, por su brevedad y contundencia, nos concretaremos a exponer la que un kelseniano, Eduardo **García Máynez**, opone a su maestro. Dice el tratadista mexicano que la principal falla de **Kelsen** consiste en confundir la función con el *funcionario*; es decir, que **Kelsen** confunde el conjunto de deberes y derechos que la ley imputa a las personas con las personas mismas, a las que reduce a la condición de *sujetos-norma*.

### 4.2.6 Teoría del reconocimiento

Con excepción de las tesis patrimoniales y de la tesis de **Kelsen**, las restantes teorías, de una o de otra manera, admiten que las personas morales existen (ya sea como seres ficticios, ya como seres orgánicos o como realidades ideales) y que su capacidad jurídica depende del reconocimiento que les otorga la ley o el Estado; reconocimiento que para **Savigny** tiene un valor certificativo; para **Gierke**, declarativo y para los discípulos de **Hauriou**, confirmativo.

Ahora bien, la tesis de la cual nos ocuparemos enseguida, es, la llamada teoría del reconocimiento, cuyo más destacado exponente es Francisco **Ferrara**[18] discrepa o coincide con las teorías anteriores en los siguientes puntos

1 Difiere de **Savigny** y de **Gierke**, afirmando que las personas morales no son seres ficticios, ni orgánicos, sino realidades ideales, traducciones jurídicas de un fenómeno empírico, con lo cual, en cierto sentido, coincide con la teoría de las instituciones
2 Niega que el reconocimiento tenga un valor certificativo, declarativo o confirmativo y, en cambio, asevera que tiene un valor constitutivo.

Por ser ésta la teoría más difundida y aceptada por la doctrina nacional y extranjera, a continuación expondremos algunas de las principales proposiciones de **Ferrara** en forma esquemática

*a)* En sentido vulgar, los conceptos *hombre* y *persona* son sinónimos; en sentido técnico-jurídico, el concepto *persona* equivale a *sujeto de derecho*
*b)* Es *persona*, por tanto, quien está investido de derechos y obligaciones; es decir, quien es punto de referencia de derechos y deberes por el ordenamiento jurídico
*c)* El ordenamiento jurídico atribuye el carácter de *persona* así al hombre como a ciertos entes colectivos ideales *reconocidos* por el derecho

[18] FERRARA, Francisco (h), *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, 1929. Asimismo, para la exposición sintética de las tesis de FERRARA nos hemos apoyado en las siguientes obras: *Tratado de sociedades mercantiles*, de RODRÍGUEZ; *Diálogos jurídicos*, de GARCÍA MÁYNEZ; *Derecho civil mexicano*, "Introducción y personas", de ROJINA VILLEGAS y *Derecho comercial*, de SATANOVSKY, Marcos, títulos éstos ya mencionados en otros pies de página del presente capítulo.

*ch)* La personalidad, en consecuencia, es una condición jurídica, un *status,* que no implica condición alguna de corporalidad o espiritualidad del ente investido de ella

*d)* Los entes colectivos ideales son, pues, asociaciones "formadas para la consecución de un fin y reconocidos por el orden jurídico como sujetos de derecho".

De estas proposiciones **Ferrara** concluye que para que existan los entes colectivos ideales (personas morales) se requiere la conjunción de los siguientes elementos

*i)* Una asociación de personas de número determinado o indeterminado
*ii)* Un fin determinado, posible y lícito, y
*iii)* El reconocimiento del ente por el orden jurídico, gracias al cual se convierte en sujeto de derecho.

Atendiendo al primer elemento, **Ferrara** estima que las asociaciones de personas no siempre derivan de la voluntad de quienes las constituyen, ya que existen asociaciones involuntarias que nacen de un mandato legal (cámaras de comercio e industria, en México, por ejemplo).

En cuanto al segundo elemento, los fines, el autor señala que no deben ser indeterminados o vagos porque esto "no sería compatible con el surgir de una institución que en su fin encuentra su individualidad" y que tampoco deben ser imposibles, porque en este caso la asociación, desde el origen, vería interdicta su actividad; ni deben ser contrarios a la ley, la moral y el orden público.

Por último, **Ferrara** apunta que, si se dan los dos primeros elementos, las asociaciones, en principio, tendrán la aptitud necesaria para convertirse en sujetos de derecho; pero que, para que lleguen a adquirir ese carácter, es necesario que sean reconocidas como tales por el derecho positivo; lo que significa que la personalidad emana de la ley y no de la voluntad privada, la cual no tiene el poder para producir sujetos de derecho, toda vez que el Estado, a través del reconocimiento, es el único que puede producirlos, atribuyéndoles capacidad jurídica de forma más o menos amplia.

**Crítica** **Rodríguez** apunta que la única crítica que tiene que formular contra las tesis de **Ferrara** consiste en negar que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas morales debe ser *a posteriori.* Es decir, **Rodríguez** afirma que **Ferrara** sostiene que el reconocimiento debe ser caso por caso (sistema de la concesión), siendo así que, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico mexicano, el reconocimiento se da en términos generales (sistema normativo) o por la aprobación de los actos realizados.[19]

[19] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit,* p 116.

En honor a la verdad, no hemos encontrado en la obra de **Ferrara** ninguna indicación explícita que nos lleve a afirmar que este autor propone que el reconocimiento debe ser *a posteriori* y que no puede ser *a priori.*

Y es quizá por esta razón por lo que **García Máynez**[20] conjetura que lo que afirma **Ferrara** es que el reconocimiento no incumbe al caprichoso arbitrio de determinados órganos del Estado, sino a la observancia estricta de las formas legales que objetivamente establecen en qué casos ciertos funcionarios están obligados a declarar que las personas han quedado válidamente constituidas. En otras palabras, según **García Máynez, Ferrara** no acepta el *sistema de concesiones* (de autorización *a posteriori*), sino el *sistema normativo* (de reconocimiento *a priori*) específicamente determinado por la ley.

### 4.2.7 Nuestra legislación

Como ya señalamos al principio de este capítulo, nuestra legislación acoge, consciente o inconscientemente, la tesis del reconocimiento según se desprende de las disposiciones que también apuntamos.[21]

Por otra parte, estimamos que el hecho de que las sociedades mexicanas tengan la obligación legal de solicitar permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores para su constitución o reformas[22] no significa que se haya adoptado el *sistema de concesión,* por cuanto, si la constitución o reformas se apegan a los lineamientos legales, dicha Secretaría no puede negar el permiso y, si lo negare, conculcaría la garantía de legalidad contenida en la *Constitución.* En este mismo orden de ideas, la autorización notarial (art 5o LGSM) tampoco podría negarse por idénticas razones, además de que, en cierto sentido, constituye una declaración de autoridad de que la sociedad ha quedado legalmente constituida.

## 4.3 ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS MORALES

Con excepción del atributo de estado civil, claro está, las personas morales gozan de los mismos atributos legales que las personas físicas, a saber: nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad y patrimonio.

[20] GARCIA MÁYNEZ, *op cit,* p 271.

[21] *Véase supra* Sección 4.1, Concepto de personalidad jurídica.

[22] Arts 15 y 16 de la *Ley de Inversión Extranjera.*

## 4.3.1 Nombre

El nombre de las sociedades mercantiles se expresa mediante su razón o denominación social (arts 6o, frac III, 25, 27, 51, 59, 87 y 210, *LGSM*).

### 4.3.1.1 RAZÓN SOCIAL

Se forma con los nombres completos o con los apellidos de uno o varios socios y, cuando en ella no figuren los de todos, se añaden las palabras *y compañía* u otras equivalentes. El uso de la razón social es obligatorio para la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita simple y optativo para la sociedad de responsabilidad limitada y para la sociedad en comandita por acciones.

### 4.3.1.2 DENOMINACIÓN SOCIAL

Se forma con palabras que denotan su objeto social o con expresiones de la fantasía. El uso de la denominación social es obligatorio para la sociedad anónima y optativo para la sociedad de responsabilidad limitada y para la sociedad en comandita por acciones.

La razón social y la denominación social, son pues, un dato necesario de indentificación de las personas morales, de la misma manera que el nombre de pila y los apellidos son un dato necesario de identificación de las personas físicas.

## 4.3.2 Nombre comercial

Aunque un segmento muy importante de la doctrina mexicana[23] se inclina por considerar que la razón o la denominación social constituyen el nombre comercial de las sociedades mercantiles, a nosotros nos parece que se trata de dos cosas diferentes, si bien, en la mayoría de los casos coinciden. La razón o la denominación social constituyen el nombre de la persona moral; el nombre comercial, en cambio, es el signo distintivo de el o los establecimientos que explota la persona moral[24] (por ejemplo, la persona moral denominada Restaurantes Franceses, S.A., puede ser propietaria del Restaurante París, del Restaurante Marsella, etcétera).

Desafortunadamente, en nuestro país la protección legal del nombre comercial es muy débil, por no decir que nula. En efecto, conforme a los arts 105 y 106 de la *Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial:*

[23] Acerca de estas discrepancias de la doctrina mexicana, consúltense: BARRERA GRAF, Jorge, *Tratado de derecho mercantil*, Porrúa, 1957, p 249; BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *La empresa*, Porrúa, 1985, p 106; MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1986, p 115; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t II, Porrúa, 1965, p 83; y ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, *La regulación de las invenciones y marcas y de la transferencia de tecnología*, Porrúa, 1979, pp 71 y ss.

[24] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho mercantil*, t I, Porrúa, 1976, p 420.

*i)* *"El nombre comercial y el derecho a su uso exclusivo estará protegido, sin necesidad de depósito o registro, dentro de una zona geográfica que abarque la clientela efectiva de la empresa o establecimiento industrial o comercial a que se aplique"*, y se extenderá a toda la República si existe difusión masiva y constante a nivel nacional

*ii)* La publicación del nombre en la *Gaceta de Invenciones y Marcas* solo establece la buena fe en la adopción y uso del nombre, etc, lo cual, en sí mismo, tiene poca relevancia jurídica, por cuanto, como puede fácilmente apreciarse, la tutela legal del nombre comercial es muy limitada. Esto, no obstante, la ley indirectamente, le atribuye un valor económico al nombre comercial, puesto que prevé que puede licenciarse (art 106, LIM de la *Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial*).[25]

### 4.3.3 Domicilio social

Es el lugar que los socios eligen para que la sociedad ejercite sus derechos y cumpla sus obligaciones. No deben confundirse los conceptos *domicilio social* y *oficinas sociales.* El primero se refiere al municipio en que tiene su asiento legal la sociedad; el segundo, al local o locales en que se encuentran las instalaciones de ella.

A falta de determinación del domicilio social, la ley reputa como domicilio de las personas morales el lugar en donde se halle establecida su administración (art 33, *CCDF*). Sin embargo, las personas morales, al igual que las físicas, pueden señalar domicilios convencionales para el cumplimiento de determinadas obligaciones (art 34, *CCDF*). Asimismo, en cuanto al domicilio de las sucursales o agencias que establezca la sociedad, a falta de designación expresa, la ley considera que su domicilio será el del lugar en que operen, cuando éstas se encuentren establecidas en lugares distintos de donde radica la casa matriz (art 33, párr final, *CCDF*).

### 4.3.4 Domicilio irreal

La facultad que tienen los socios para elegir el domicilio social puede dar lugar a que se le fije a la sociedad un domicilio irreal. Este problema es contemplado y resuelto por el art 13 de la *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos* que previene que, en caso de irrealidad del domicilio del quebrado, se tendrá como tal el lugar en donde tenga el principal asiento de sus negocios.[26]

[25] Tan escasa es la protección del nombre comercial en México que prácticamente nos es desconocida la usucapión del mismo. Acerca de este interesante tema puede consultarse CARNELUTTI, Francesco, *La usucapión de la propiedad industrial,* Porrúa, 1945.

[26] *Cfr* RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit,* t II, p 307.

### 4.3.5 Nacionalidad

Conforme a lo dispuesto por el art 5o de la *Ley de Nacionalidad y Naturalización* "*son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio social*". Por consiguiente, a *contrario sensu*, será extranjera toda sociedad que se constituya conforme a la *Ley General de Sociedades Mercantiles* y que tenga su domicilio social en el extranjero y, viceversa, también será extranjera cualquier sociedad que se constituya conforme a las leyes extranjeras y que tenga su domicilio social en la República o tenga en ella alguna agencia o sucursal (art 251, frac III, *LGSM*).

La atribución de personalidad jurídica a las sociedades extranjeras es puramente circunstancial, habida cuenta de que, como señala **Savigny**[27] los Estados independientes pueden "aplicar arbitrariamente a su relación mutua lo que cada uno tiene como derecho en cuanto sea adecuado a ello y les parezca conveniente". Por esta razón, cada legislación nacional puede atribuir o negar personalidad jurídica a las sociedades extranjeras.

En el caso de nuestro país, la *LGSM* atribuye personalidad jurídica a las sociedades extranjeras (art 250), bien entendido que, para que puedan ejercer el comercio se requiere

*i)* Que previa autorización de las autoridades mexicanas, se inscriban en el Registro Público de Comercio
*ii)* Que comprueben que están constituidas de acuerdo con las leyes del Estado del que sean nacionales
*iii)* Que su contrato social y demás documentos constitutivos no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos por las leyes mexicanas, y
*iv)* Que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal (arts 251, *LGSM* y 30, frac III, *C Com*).

Lo anterior no significa que las sociedades extranjeras carezcan de capacidad para realizar actos aislados de comercio si no se cumplen los requisitos señalados, sino que para ejercer *habitualmente* el comercio deben observar lo preceptuado en las disposiciones legales apuntadas.[28]

[27] SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Los fundamentos de la ciencia jurídica*, Textos Clásicos, UNAM, 1981, p 34. A mayor abundamiento, el *CCDF* no les reconoce *expresamente* personalidad jurídica a las asociaciones y sociedades civiles extranjeras. Acerca de la nacionalidad de las personas morales, consúltese PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho internacional privado*, Harla, pp 76 y ss, 1987, y además, GÓMEZ-PALACIO, Ignacio y GUTIÉRREZ ZAMORA, *Análisis de la inversión extranjera en México*, 1974, e *Inversión extranjera directa*, Porrúa, 1985, p 20.

[28] Pretender que las sociedades extranjeras cumplieran con los requisitos legales señalados por la *LGSM* para ejecutar actos aislados de comercio traería como consecuencia la semiparalización del comercio internacional de nuestro país. *Cfr* MACEDO HERNÁNDEZ, José Héctor, *op cit*, p 261 y MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, núm 644, Porrúa, 1986, p 467; quienes admiten que la observancia de tales requisitos no es necesaria para realizar actos aislados de comercio.

Por otra parte, debe tenerse presente que las sociedades extranjeras encuentran ciertas limitaciones, en cuanto a sus operaciones e inversiones, en la *Ley de Inversión Extranjera.*

### 4.3.6 Capacidad

Como ya indicamos en el capítulo anterior, la capacidad es el principal atributo de la personalidad jurídica y consiste, básicamente, en la facultad que tienen las personas físicas y morales de ser sujetos de derechos y obligaciones.

Nos parece pertinente recordar aquí que las personas morales solo tienen capacidad de goce, en el sentido de que no pueden ejercer por sí mismas sus derechos; pero no en el sentido de que no puedan ejercitarlos por conducto de sus representantes.

### 4.3.7 Patrimonio

De la lectura de varios dispositivos legales parece colegirse que el legislador, en algunos casos, considera que el patrimonio está formado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen a una persona.[29] Sin embargo, es evidente que las obligaciones, aunque tengan contenido patrimonial, no pueden ser consideradas propiamente como patrimonio. Por tal motivo, parece ser más correcto hablar de patrimonio neto, entendiéndose por tal el conjunto de bienes y derechos que pertenecen a una persona, de cuya suma se ha deducido el importe total de sus obligaciones.

El concepto de patrimonio tampoco debe ser confundido con el de capital social. Éste se integra con la suma de las aportaciones de los socios; aquel con la suma de la totalidad de los bienes y derechos que pertenecen a la sociedad, incluido el capital social.

## 4.4 CONSECUENCIAS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

**Vivante**[30] y **Rodríguez**[31] han señalado que la atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles produce, entre otros, los siguientes efectos

*a)* El patrimonio social lo es del ente colectivo y no es copropiedad de los socios

*b)* Los socios deben considerar el patrimonio social como cosa ajena

[29] *Cfr* VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Contratos mercantiles,* Porrúa, 1982, p 51.

[30] Citado por IBARROLA, Antonio de, *Cosas y sucesiones,* Porrúa, 1972, p 978.

[31] RODRÍGUEZ, *op cit,* t I, pp 119 y ss.

*c)* Si la sociedad hace valer un crédito contra un tercero, éste no puede oponerle la compensación del crédito que tenga contra un socio
*ch)* Los acreedores de los socios no pueden embargar a la sociedad
*d)* Si un tercero invoca un crédito contra la sociedad, ésta no podrá oponer la compensación resultante de un crédito de un socio
*e)* Si un tercero exige un crédito contra un socio, éste no podrá oponer en compensación el crédito de otro socio
*f)* Mientras la sociedad no sea disuelta, los acreedores de un socio han de limitarse a embargar la participación de éste y a percibir los beneficios que le correspondan en las utilidades, según el balance
*g)* Las aportaciones de los socios pierden individualidad y quedan integradas al patrimonio colectivo, definitivamente afectadas por el cumplimiento del fin social
*h)* Las aportaciones de los socios están sujetas a las formalidades y disposiciones fiscales correspondientes
*i)* La sociedad tiene plena capacidad para ser socio de otras sociedades
*j)* La identidad de los socios en diversas sociedades hace a éstas, empero, completa y radicalmente distintas y no empresas filiales o sucursales
*k)* La quiebra de los socios no produce la quiebra de la sociedad; pero la quiebra de ésta puede producir la de los socios ilimitados, si así lo establece la ley
*l)* Al separarse el socio, en último término, no puede exigir bienes en especie, sino una suma de dinero
*ll)* Las acciones sociales son muebles aunque la sociedad sea propietaria de inmuebles.

En síntesis, en virtud del contrato de sociedad se crea una persona jurídica con capacidad, responsabilidad y patrimonio propios distintos de la capacidad, responsabilidad y patrimonio de los socios, lo cual, a su vez, determina

*i)* El modo de relacionarse la sociedad con terceros, o sea, la representación
*ii)* Los límites a la capacidad de la sociedad
*iii)* Los límites a la representación, y
*iv)* La responsabilidad de la sociedad y de los socios frente a terceros.

## 4.5 REPRESENTACIÓN

El hecho de que las personas morales carezcan de voluntad propia y de que, por consiguiente, no puedan obligarse ni ejercitar por sí mismas los derechos que les corresponden[32] determina que, necesariamente, han de obrar por medio de representantes.

[32] *Supra* Sección 1.1.

La representación de las sociedades mercantiles recae en sus administradores (art 27, *CCDF*) quienes pueden realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley o el contrato social (art 10, *LGSM*).

La administración de las sociedades mercantiles puede recaer en los socios o en personas extrañas a la sociedad; sin embargo, debe tenerse en cuenta que en las sociedades *intuitu personae* la administración debe confiarse, en principio, a los socios y por excepción a los no socios, como se verá al tratar esta clase de sociedades.

### 4.5.1 Límites a la capacidad

A diferencia de las personas físicas, quienes tienen capacidad *plena* o *general* para ejecutar todo tipo de negocios jurídicos no prohibidos o excluidos de su esfera jurídica por la ley (art 5o constitucional), las personas morales no solo no pueden realizar los actos prohibidos o excluidos por la ley, sino que, además, necesariamente deben *limitar* su capacidad a la realización de *ciertas* operaciones específicamente establecidas en el objeto de su institución (art 26, *CCDF*).

La limitación a la capacidad de las personas morales de derecho privado es necesaria tanto porque así lo establece la ley (arts 6o, frac II, *LGSM* y 2693, frac II, *CCDF*) como porque ofrece un principio de seguridad a los socios. En efecto, pocas, si es que algunas personas se resolverían a formar parte de una sociedad que tuviera por objeto, digamos "el realizar todo tipo de operaciones comerciales no prohibidas o excluidas por la ley", toda vez que tal vaguedad de fines capacitaría a la sociedad a operar en ramas muy diversas de la actividad mercantil, lo cual, en la generalidad de los casos, no es acorde con los motivos que impulsan a los socios a contraer el contrato de sociedad.

Y es precisamente por ese requerimiento legal de limitación y por ese principio de seguridad, que la ley dispone, a *contrario sensu,* que los órganos de administración no podrán realizar operaciones que no sean necesarias o inherentes al objeto social, ni operaciones que la ley o el contrato social reserven a otros órganos sociales.

Esta doble limitación, la de la capacidad jurídica de las personas morales y la de las facultades de sus administradores, establece el marco jurídico en el que debe desarrollarse tanto la actividad de las sociedades como las facultades de representación de sus órganos, de manera que si ese marco es trascendido, se produce una situación anómala, la de los llamados actos *ultra vires,* cuyos efectos han sido discutidos en forma muy contradictoria por la doctrina.

### 4.5.2 Límites a la representación. Los actos *ultra vires*

La regla común para todos los representantes voluntarios (mandatarios, comisionistas y administradores) es la de que deben actuar dentro de los límites

de sus facultades, de modo que si se exceden en el ejercicio de ellas los actos que llegaren a ejecutar estarán viciados de nulidad, a menos que la ley permita su convalidación.

Ahora bien, tratándose de personas físicas parece claro que los actos ejecutados en exceso del encargo están afectados de nulidad relativa, por cuanto el representado puede convalidar el acto (arts 1802, 2226, 2227, 2230, 2233, 2568, y 2583, *CCDF,* 289, *C Com,* etc). Pero, tratándose de personas morales, la cuestión resulta menos clara porque, si bien es cierto que la sociedad, mediante las juntas o asambleas de socios, puede convalidar los actos realizados por los administradores en exceso de su encargo (arts 2716, *CCDF* y 45, 76 y 178, *LGSM*) también es cierto que interviene otro factor: el de la limitación necesaria de su capacidad jurídica.

Si la cuestión de los actos *ultra vires* se redujera a un simple obrar de los administradores en exceso de su encargo, estaríamos de acuerdo con la doctrina que los considera afectados de nulidad relativa.[33] Sin embargo, el problema que plantean también incide en la *capacidad limitada, no plena,* de las personas morales.

Por lo que se refiere a la limitación de la capacidad de las sociedades, **Frisch Philipp**[34] propone que los actos *ultra vires* se consideren afectados de nulidad absoluta por ser contrarios a lo dispuesto por los arts 10, *LGSM* y 26 y 27, *CCDF,* habida cuenta de que estima que estas disposiciones, interpretadas a *contrario sensu,* son prohibitivas. Sin embargo, es válida la crítica que endereza **Barrera Graf** contra esta postura porque, por una parte, dichas disposiciones "no contienen una prohibición cuya violación acarree esta nulidad absoluta" y, por otra parte, el art 26, *CCDF,* es permisivo, lo que no se compadece con su interpretación a *contrario sensu.*

A nuestro juicio, la cuestión de los actos *ultra vires* debe tratarse tomando en consideración tanto la capacidad de la sociedad como las facultades de los administradores, a la luz de tres hipótesis diferentes

***Primera*** Si los actos en cuestión están previstos en el objeto social; pero no pueden ser ejecutados por los administradores, por prevenirlo así el contrato social.

***Segunda*** Si no están previstos en el objeto social.

[33] *Cfr* BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, pp 112, 116 y 240 y ss; MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil,* Porrúa 1986, pp 209 y ss. En el mismo sentido la Suprema Corte de Justicia ha declarado que los actos *ultra vires* están afectados de nulidad relativa y que no puede ser invocada por terceros (quinta época, t CXVIII).

[34] FRISCH PHILLIPS, Walter, *La sociedad anónima mexicana,* Porrúa, 1979, pp 41 y ss, y "La relación entre las esferas corporativa y externa de la sociedad anónima", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado,* Porrúa, 1982, p 646.

*Tercera* Si son contrarios a disposiciones de orden público o a las buenas costumbres.

En la primera hipótesis, visto lo dispuesto por los arts 2583 y 2716, *CCDF*, y 45, 76 y 178, *LGSM*, parece indudable que se trata de un caso de inoponibilidad, más que de nulidad relativa, puesto que los actos realizados por los administradores en exceso de su encargo, pueden ser abandonados o convalidados por la sociedad.[35]

Por lo que toca a la segunda hipótesis estamos de acuerdo con **Barrera Graf** en que, en todo caso, los actos ultra vires estarán afectados de nulidad relativa por tres razones: primera, porque en efecto los artículos 26 y 27 CCDF y 10 LGSM no son prohibitivos; segunda, porque con arreglo a lo previsto en el artículo 178 LGSM, la asamblea, como órgano supremo de la sociedad, puede ratificar todos los actos y operaciones de ésta con lo que desaparecería la causa de nulidad y tercera, porque en última instancia la asamblea de accionistas puede modificar el objeto social de manera que, al ampliar los límites de su capacidad, puede hacer desaparecer la causa de nulidad.[36]

Por último, es evidente que si los actos que nos ocupan son contrarios a disposiciones de orden público o a las buenas costumbres, también estarán viciados de nulidad absoluta (arts 8o, 1830 y 2226, *CCDF*).

Desde luego, la declaratoria de nulidad absoluta de los actos *ultra vires* "podría dañar, no sólo a la sociedad misma, sino a terceros", como señala **Barrera Graf**,[37] pero esto no es argumento suficiente para sanarlos de su vicio, por cuanto, en primer lugar, la sociedad misma no puede convalidar actos ilícitos y, en segundo lugar, porque la ley no se conforma con la negligencia de los terceros que debiendo conocer la ilicitud de los actos ejecutados contra leyes de orden público y las buenas costumbres, o teniendo la oportunidad de conocer los límites de la capacidad legal de la sociedad, ignoran ambas circunstancias.

[35] En cuanto a la inoponibilidad y no nulidad de los actos *ultra vires*, *véase* ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op cit.*

[36] FRISCH PHILLIP, *op cit*, p 646 afirma que no es posible la reforma estatutaria retroactiva pues, como antes se apuntó, considera viciados de nulidad absoluta a los actos *ultra vires*. Como dato histórico cabe apuntar que el 16 de mayo de 1989 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Reglamento de la *Ley de Inversiones Extranjeras*, en cuyo artículo 16 se estableció que no se requería de permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para modificar el objeto social. Esta circunstancia originó la curiosa situación de que un precepto reglamentario derogó inconstitucionalmente una disposición legal inconstitucional.

[37] BARRERA GRAF, *op cit*, p 241.

## 4.6 RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD Y DE LOS SOCIOS

### 4.6.1 De la sociedad

Las sociedades mercantiles, por estar dotadas de personalidad y patrimonio propios, como cualquier otro sujeto de derecho, responden "*del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables*" (art 2964, *CCDF*); esto es, las sociedades, en cuanto personas jurídicas distintas a los socios, tienen, frente a terceros y aun frente a los socios, una responsabilidad ilimitada por sus obligaciones.

### 4.6.2 De los socios

A medida que vayamos tratando las diversas clases de sociedades, nos referiremos a la responsabilidad de los socios frente a terceros. No obstante, podemos anticipar que para determinar su responsabilidad debe atenderse tanto a la clase de sociedad de que se trate como a su *status* dentro de la sociedad; de modo que los socios colectivos y los comanditados responden no solo del pago de sus aportaciones, sino también del pago de las deudas sociales de forma solidaria, subsidiaria e ilimitada; en tanto que los comanditarios y los socios de las sociedades de responsabilidad limitada y anónima, en principio solo responden del pago de sus aportaciones, aunque en algunos casos, como veremos a continuación, también se les puede exigir mayor responsabilidad.

## 4.7 EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La creación de una persona moral, investida de responsabilidad jurídica propia y dotada de patrimonio autónomo, distintos de la responsabilidad y el patrimonio de los socios, en algunos casos produce el efecto de limitar la responsabilidad de éstos al pago de las aportaciones a que se hubieren obligado (arts 51 y 107, para los socios comanditarios y 58 y 87 para los socios de la S. de R. L. y la S. A.), circunstancia que puede dar lugar a que el o los socios capitalistas *dominantes* o *controladores* abusen de la inmunidad de responsabilidad que les concede la ley para cometer actos ilícitos por medio de la sociedad que controlan o abusen de la autonomía patrimonial de la persona moral para burlar a los acreedores.[38]

[38] Entre otros, los abusos pueden consistir, además de burlar a los acreedores, en realizar actividades ilícitas e inmorales contra competidores; contra el crédito público y contra la economía nacional y en invadir campos ajenos a los que su finalidad los debe limitar (BARRERA GRAF, Jorge, *op cit*, p 92).

La legislación, la jurisprudencia y la doctrina extranjera se han ocupado con cierto detalle del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades, tipificando ciertos casos en los que se puede comunicar a los socios controladores la responsabilidad derivada de los actos ilícitos cometidos por la sociedad, o bien, en los que se les puede considerar como los verdaderos dueños de los bienes aportados a la persona moral en fraude a la ley o a terceros.

### 4.7.1 Doctrinas extranjeras

El abuso de la persona moral como instrumento de comisión de actos ilícitos es un fenómeno hacia el cual el derecho positivo ha manifestado un inexplicable desinterés no solo en nuestro país, sino también en otros países capitalistas, pues o no se ocupa de él o si se ocupa, lo hace de forma por demás imperfecta.

Pero, ante la indiferencia del legislador, los estudiosos del derecho, por una parte, y la jurisprudencia, por la otra, han realizado un notable esfuerzo para colmar las lagunas de la ley mediante la construcción de un cuerpo no unificado de doctrina que recibe los más variados nombres y que es comúnmente conocido en nuestro medio como *teoría de la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad,* cuyo fin último consiste, como ya hemos dejado establecido, en responsabilizar a los socios limitados por los actos ilícitos cometidos por la persona moral de la cual forman parte, o bien, en negar que el ente legal sea el verdadero propietario de los bienes que le hayan sido aportados en fraude a la ley o a terceros.

El fundamento jurídico en que descansan las distintas maneras de considerar a la doctrina de la desestimación difiere de país a país, pues en algunos casos se invoca como sustento de ella la buena fe o la equidad y, en otros, las normas generales del derecho común que sancionan el fraude a la ley o el abuso de los derechos o los actos simulados. No obstante esto, los diferentes enfoques doctrinales coinciden en dos conceptos básicos: uno, que consiste en negar que los socios puedan prevalerse de la institución de la persona moral cuando la constituyen o utilizan para cometer actos ilícitos y, el otro, que es consecuencia de la anterior, que radica en considerar a los socios como las verdaderas partes de interés en los actos ilícitos realizados por el ente social, si bien en algunos casos, por ejemplo, en la doctrina estadounidense, la desestimación también se hace gravitar en reputar a los socios como los verdaderos propietarios de ciertos bienes que formalmente pertenecen a la persona moral.

Para dar una idea, aunque somera del estado que guarda la doctrina de la desestimación en el extranjero, consideramos conveniente hacer una breve exposición de las diferentes teorías que se han elaborado en torno a ella tanto en las principales naciones europeas, como en Estados Unidos de América.

#### 4.7.1.1 FRANCIA

En Francia, la doctrina de la desestimación es llamada *teoría de la penetración,* dando a entender con este nombre que lo que se pretende es *horadar* la forma

externa del negocio social y penetrar en la verdadera sustancia de los negocios que se ocultan tras la personalidad jurídica de la sociedad.

La teoría francesa de la penetración tiene su antecedente en varias sentencias de los tribunales revolucionarios, que declararon que los socios limitados eran responsables por los actos ilícitos de acaparamiento de víveres realizados por las sociedades de que eran miembros. La doctrina que nos ocupa encuentra su apoyo en las normas que sancionan el abuso de los derechos plasmadas en la legislación civil, pues sostiene que debe denegarse a los socios limitados el beneficio de la inmunidad que les brinda la diversa personalidad de la sociedad cuando ésta se utiliza para otros fines distintos a los previstos por la ley, es decir, cuando se abusa de la persona moral.

### 4.7.1.2 ESPAÑA E ITALIA

En España e Italia, la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad tampoco está contemplada explícitamente en la ley.

En la madre patria la doctrina de la desestimación se funda en el principio general de la buena fe y es conocida como *teoría de los terceros* porque postula que los socios no pueden ser reputados como terceros de buena fe cuando utilizan la sociedad con fines ilícitos.[39]

Por lo que se refiere a la doctrina italiana, se ha considerado que cuando una sociedad se constituye o se utiliza para alcanzar fines ilícitos, es procedente imputarles a los socios limitados la responsabilidad inherente a los actos realizados por aquella, con base en las normas que prohíben la simulación de los actos jurídicos, o bien, con base en la institución del negocio jurídico indirecto reconocida por la legislación civil.

### 4.7.1.3 ALEMANIA

En Alemania, la doctrina de la desestimación de la personalidad de la sociedad ha sido ampliamente soportada por la doctrina y por la jurisprudencia y ha encontrado su fundamento en los principios de la buena fe y de la equidad[40] acogidos por el derecho común.

A este respecto, los jurisconsultos y los tribunales alemanes consideran que es procedente desestimar la personalidad jurídica, tanto de las sociedades de responsabilidad limitada como de las sociedades por acciones

1 Cuando la sociedad se constituye para defraudar a la ley
2 Cuando la sociedad se constituye para burlar una obligación contractual, o
3 En general, cuando la sociedad se constituye o se utiliza para realizar actos ilícitos.

[39] CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil*, Herrero, 1984, p 202.

[40] FRISCH PHILIPP, *op cit*, p 39, y LEDESMA URIBE, Bernardo, "El abuso de la persona jurídica", *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, 1984, pp 483 y ss.

### 4.7.1.4 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En Estados Unidos de América, la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad es llamada *doctrina del desconocimiento de la entidad legal,* aunque en ciertas circunstancias también se le aplica el elegante nombre de *doctrina del alter ego corporativo,* o bien, el de *regla de la instrumentalidad.*

En nuestra opinión, la doctrina de la desestimación ha encontrado su más amplio y refinado desarrollo en la jurisprudencia estadounidense, la cual, con el sentido pragmático y casuístico que la caracteriza, ha establecido que las cortes, actuando en el ámbito de la jurisdicción de equidad, pueden *rasgar el velo corporativo,* es decir, pueden ignorar la forma externa del negocio social y atender a la sustancia del caso planteado, no solo para reputar a los socios como las verdaderas partes de interés en un negocio jurídico dado, sino también para considerarlos los verdaderos dueños de los bienes sociales, cuando se produzcan numerosos supuestos, de los cuales hemos estimado pertinente escoger como más significativos los siguientes[41]

*a)* Cuando se trate de impedir o remediar un fraude potencial o efectivo a la ley, como podría ocurrir en el caso del enemigo extranjero que adquiriera la propiedad de bienes reservados a los nacionales a través de una corporación estadounidense constituida al efecto. En este supuesto, la desestimación se hace consistir en considerar a los socios como los verdaderos propietarios de los bienes que formalmente pertenecen a la sociedad

*b)* Cuando se trate de impedir o remediar un fraude al interés público, como podría suceder en el supuesto de que varias empresas competidoras constituyeran una corporación con el fin de eludir las leyes antimonopólicas

*c)* Cuando se trate de impedir o remediar un fraude potencial o actual a terceros, como podría ser el caso de una corporación que anunciara un capital social superior al efectivamente pagado

*ch)* Cuando se trate de reparar un ilícito derivado del incumplimiento de una obligación contractual o de un deber legal. Como sucedería si una persona estipulara contractualmente una obligación de no hacer y la incumple por medio de una sociedad constituida para tal propósito

*d)* Cuando se trate de reparar un daño causado por una sociedad controlada que sea un mero instrumento de una sociedad controladora; como sería el caso de una corporación que materialmente fuera un simple departamento o división de otra

[41] *Cfr* URSÚA-COCKE, Eugenio, *Elementos del sistema jurídico anglosajón,* Porrúa, 1984, p 180; LEDESMA URIBE, Bernardo, *op cit,* pp 483 y ss; OBSON, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado),* Depalma, 1985, pp 139 y ss; ANDERSON, Ronald A., *Bussines law,* South-Western Publishing; HOWELL, ALLISON y HENLEY, *Bussiness law,* The Dreyden Press, pp 745 y ss.

*e)* En general, cuando se trate de remediar una situación injusta que prevalecería si no se aplicara la doctrina del desconocimiento de la personalidad jurídica del ente legal.

## 4.7.2 La desestimación en México. Legislación, jurisprudencia y doctrina

Expuestas las principales teorías que se han elaborado en el extranjero, en torno a la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad, pasemos ahora a considerar el tema a la luz del derecho positivo, de la jurisprudencia y de la doctrina nacionales.

### 4.7.2.1 LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Por principio de cuentas, debe advertirse que la *Ley General de Sociedades Mercantiles* no contempla la desestimación de la personalidad jurídica de ninguna de las sociedades que reglamenta. En efecto, si bien es cierto que la *LGSM* estatuye en su art 3o la nulidad y la consiguiente disolución y liquidación de las sociedades que tengan un objeto ilícito o que realicen habitualmente actos ilícitos, no por ello es menos cierto que no contempla la hipótesis de que los intereses de terceros se vean afectados por la insolvencia de la sociedad, como tampoco contempla la hipótesis de que las sociedades se utilicen para sustraer bienes a la acción de los acreedores.

Asimismo, debe notarse que nuestro legislador se ha ocupado del fenómeno del abuso de la persona moral de forma titubeante e incompleta, pues solo la ha enfocado respecto al abuso de la incomunicación de responsabilidad de los accionistas de la anónima, por lo que hace falta desarrollar una doctrina autóctona de la desestimación de la personalidad jurídica, aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada en lo que atañe a la inmunidad de responsabilidad de los socios, y aplicable a todas las sociedades en lo que corresponde al abuso de la autonomía patrimonial de ellas, cuestiones de las que habremos de ocuparnos más adelante.

El único sustento legal explícito de la desestimación de la personalidad jurídica que consagra nuestro derecho positivo se encuentra en los arts 13 y 14 de la *Ley que Establece Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas,* publicada en el *Diario Oficial de la Federación,* 30 dic 1939, y en vigor, 11 feb 1940, cuyo descriptivo nombre nos indica que sus preceptos no son aplicables a todas las sociedades, sino únicamente a las anónimas.

Ahora bien, la aplicación de tales preceptos plantea dos interrogantes

***Primera*** Si se encuentran vigentes; toda vez que el decreto-ley que creó la Comisión Nacional de Valores, publicado en el *Diario Oficial de la Federación,* 11 feb 1946, declara en su art primero transitorio que: "*Se deroga*

*en cuanto se oponga a esta ley o a sus reglamentos el decreto del 30 de dic de 1939 que establece requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas*", y

***Segunda*** Si son aplicables a todas las sociedades anónimas, inclusive las que no coticen sus acciones en bolsa.

Acerca de este particular, la Suprema Corte de Justicia, aunque por lo general se ha mostrado renuente a admitir la desestimación de la personalidad jurídica, ha establecido en una ejecutoria aislada[42]

*i)* Que los arts 13 y 14 de la *Ley que Establece Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas,* están vigentes, ya que en ningún momento ha existido disposición alguna que sea contraria a su contenido

*ii)* Que el art 13 constituye una excepción a la regla de limitación a la responsabilidad de los accionistas contenida en el art 87, *LGSM*

*iii)* Que dichos preceptos son aplicables a todas las sociedades anónimas, aunque sus acciones no se ofrezcan a la venta al público, y

*iv)* Que, en consecuencia, el o los accionistas que controlan la sociedad son responsables de los actos ilícitos imputables a ésta.

Este criterio también ha sido sustentado en parecidos términos, aunque no en forma tan explícita, en otra Ejecutoria de la Corte en la que se declara que el art 13 de la *Ley que Establece Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas* contiene un "principio del cual se desprende la nota de la responsabilidad de las personas que controlan o poseen la mayoría de las acciones de una sociedad anónima".[43]

De suerte que, una vez dilucidado que los arts 13 y 14 de la *Ley que Establece Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas* están vigentes, y que son aplicables aun a aquellas sociedades cuyas acciones no cotizan en Bolsa, pasemos ahora a analizar su contenido.

El art 13 estatuye que

*Las personas que controlan el funcionamiento de una sociedad anónima, ya sea que posean o no la mayoría de las acciones, tendrán obligación solidaria ilimitada frente a terceros por los actos ilícitos imputables a la compañía*

y, por su parte, el art 14 preceptúa, que

*La responsabilidad que establece el artículo anterior, se hará efectiva en los términos del párr primero del art 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.*

[42] *AD 892/82.* Citado por LEDESMA URIBE, Bernardo, en el art mencionado.

[43] *SJF,* t CVII, p 708.

De la lectura de los preceptos citados se infiere

*i)* Que la desestimación de la personalidad jurídica de la anónima y la consecuente imputación de responsabilidad a los accionistas solo es procedente cuando la sociedad realice actos ilícitos, pero no cuando se le aporten bienes en fraude de la ley o de los acreedores
*ii)* Que la responsabilidad no alcanza a todos los socios, sino únicamente al accionista o al grupo mayoritario o minoritario de accionistas que controlan el funcionamiento de la sociedad
*iii)* Que, en consecuencia, debe haber una relación de causalidad entre los actos ilícitos de la sociedad y el poder de decisión que tengan el socio o el grupo minoritario o mayoritario de accionistas que la controlan
*iv)* Que la responsabilidad en que incurren los accionistas controladores de la sociedad además de solidaria e ilimitada es subsidiaria, puesto que la sentencia que los condene al cumplimiento de las obligaciones provenientes de los ilícitos cometidos por la sociedad debe ejecutarse primero en los bienes de ésta y, solamente a falta o insuficiencia de ellos, en los bienes de los socios demandados, según previene el art 24, *LGSM*
*v)* Que, por consiguiente, el daño causado por el ilícito cometido por la sociedad no pueda ser reparado por ella por encontrarse en estado de insolvencia.

Por supuesto, este último requisito, o sea, el que se refiere al ejercicio de la acción de daños en contra de los accionistas que hayan abusado de la incomunicación de responsabilidad esté de subordinado a la condición de que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia, plantea a su vez una cuestión no resuelta por la ley, y que consiste en dilucidar si los terceros defraudados están obligados a demandar la quiebra de la sociedad para probar el estado de insolvencia, o bien, si la insolvencia queda acreditada por el hecho de que en el acto de ejecución de la sentencia no se encuentren bienes suficientes para garantizar la responsabilidad de la sociedad. Si la respuesta a esta cuestión fuera en el sentido de que debe demandarse la quiebra de la sociedad para probar su insolvencia, la institución de la desestimación de la personalidad jurídica de la anónima para todos los fines prácticos sería nugatoria, por la sencilla razón de que los terceros defraudados quedarían obligados a someterse al complicado y no menos dilatado juicio concursal a fin de ejercitar la acción correspondiente en contra de los accionistas controladores de la sociedad, quienes tendrían tiempo y oportunidades sobradas para sustraer sus bienes a la acción de los acreedores. Por el contrario, si la respuesta fuera en el sentido de que basta con no encontrar bienes suficientes de la sociedad para tener por probada su insolvencia, el ejercicio de la acción de responsabilidad se expeditaría,

aumentando las probabilidades de obtener éxito en el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por los actos ilícitos imputables a la persona moral.[44]

Por otra parte, en este mismo orden de ideas, parece pertinente retomar nuestra observación de que, conforme al derecho positivo mexicano, la desestimación se reduce a reputar a los accionistas de la anónima como las verdaderas partes de interés en los actos ilícitos realizados por la sociedad; pero no a considerar a éstos ni a los socios de las restantes sociedades mercantiles como los verdaderos dueños de los bienes que conforman el patrimonio social, lo cual es de suyo lamentable porque en el caso de que se aporten bienes a una sociedad para sustraerlos a la acción de terceros, éstos, de hecho, no podrían recurrir a la acción de nulidad del acto ejecutado en fraude de acreedores, pues si se reclamara la nulidad de la aportación sería prácticamente imposible probar la mala fe de la adquirente, o sea de la sociedad, o si recurre al remedio previsto en el art 3o, *LGSM*, de reclamar la nulidad de la sociedad no tendría sentido pedir su disolución y liquidación, pues al no ser acreedores de ella no obtendrían ningún provecho al hacerlo, independientemente de que es dudosa la procedencia del ejercicio de la acción.[45]

Así pues, como se puede apreciar, es inevitable llegar a la conclusión de que mientras no se incorporen en la *Ley General de Sociedades Mercantiles* las adecuadas reformas y adiciones que instituyan una reglamentación más acabada y precisa de la *desestimación*, es imperativo elaborar una doctrina académica y jurisprudencial sobre el abuso de la personalidad jurídica no solo de la anónima, sino también de todas las sociedades mercantiles, tanto en lo que se refiere a la incomunicación de responsabilidad como en lo que concierne a la autonomía patrimonial; doctrina que, a nuestro juicio, podría sustentarse en las normas del derecho civil que sancionan el abuso de los derechos, la comisión de actos ilícitos y la responsabilidad solidaria de las personas que causen en común un daño.

### 4.7.2.2. DOCTRINA MEXICANA. TESIS DE CERVANTES AHUMADA Y LEDESMA URIBE

Ante la ausencia de disposiciones expresas de la ley, la doctrina mexicana ha realizado un notable esfuerzo por construir una teoría de la desestimación o

[44] En este sentido parece haberse pronunciado la Suprema Corte de Justicia que ha declarado que para que el beneficio de excusión aproveche a los socios se requiere *(i)* que señalen bienes de la sociedad que basten a cubrir el crédito reclamado; *(ii)* que los bienes estén libres y desembarazados de gravámenes y embargos; *(iii)* que dichos bienes se hallen en el distrito judicial en que deba de hacerse el pago, y *(iv)* que se anticipen o aseguren los gastos de excusión; t XXXVI, quinta época.

[45] La SCJ ha declarado que la nulidad de las sociedades constituye un caso de excepción al sistema de nulidades establecido por el derecho común y que, en consecuencia, solo puede reclamarse cuando la sociedad tenga un objeto ilícito o realice habitualmente actos ilícitos (*SJF*, t LXVII, p 2009, 1941). Pero también ha establecido que "La formación de la sociedad es en sí misma un acto absolutamente lícito; mas no lo es cuando su formación obedece al propósito de engañar a terceras personas y obtener un lucro indebido" (*SJF*, t CII, p 989, 1949).

desconocimiento de la personalidad jurídica, con base en los principios generales de derecho y en diversas disposiciones del *Código Civil.* En este intento destacan las tesis de Raúl **Cervantes Ahumada** y de Bernardo **Ledesma Uribe.**

**Cervantes Ahumada** sostiene que la personalidad jurídica es "un instrumento que el ordenamiento ha puesto a disposición de los comerciantes para actualizar el principio de limitación de su responsabilidad respecto a una actividad determinada", de modo que los comerciantes podrán utilizarlo "sin otra limitación que la buena fe que debe presidir las transacciones comerciales", de donde concluye que, "si la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles pretende ser utilizada como instrumento de defraudación, tal instrumento jurídico deberá perder toda su eficacia" porque "ninguna institución jurídica puede, en principio, ser instrumento de mala fe".[46]

Por su parte, **Ledesma Uribe,** después de analizar la desestimación de la personalidad de las sociedades a la luz de la jurisprudencia extranjera y de la legislación mexicana, enuncia que los elementos para desestimar la personalidad jurídica de las sociedades son los siguientes[47]

*a)* Que exista una sociedad dominada por un socio o grupo de socios
*b)* Que la sociedad sea orientada a la consecución de un objetivo injusto
*c)* Que el ilícito no pueda ser reparado si no es mediante la aplicación de la develación, y
*ch)* Que haya un nexo causal entre la actuación de la sociedad y el poder de dirección que tenga el socio controlador.

Adicionalmente, **Ledesma Uribe** sugiere, en forma vacilante, que para fincar responsabilidad a los socios por los actos ilícitos imputables a la sociedad, se pueden aplicar, entre otros, los siguientes arts del *Código Civil para el Distrito Federal:* 6o, 8o, 16, 1796, 1797, 1830, 1910 y 1917, que se refieren a la renuncia de derechos, a la ejecución de actos ilícitos, al abuso del derecho, a la buena fe, al cumplimiento de los contratos, a los hechos ilícitos, a la responsabilidad que nace de los ilícitos, y a la responsabilidad derivada de la comisión en común de actos ilícitos.

### 4.7.2.3 NUESTRA OPINIÓN

Estamos completamente de acuerdo con las tesis expuestas tanto por **Cervantes Ahumada** como por **Ledesma Uribe;** sin embargo, nos parece lamentable que ambos no exploraran el indiscutible potencial que ofrecen las disposiciones del derecho común antes mencionadas para desarrollar con mayor detalle sus ideas sobre el abuso de la personalidad jurídica de todas las sociedades mer-

[46] CERVANTES AHUMADA, *op cit,* p 202.
[47] LEDESMA URIBE, *op cit,* p 489.

cantiles, no solo en lo que se refiere a la inmunidad de los socios, sino también en lo que corresponde a la autonomía patrimonial del ente legal.

En efecto, como ya hemos dejado asentado, los arts 13 y 14, *LVASA*, son aplicables únicamente en lo que concierne a la comunicación de responsabilidad a los accionistas de la anónima por la comisión de los actos ilícitos imputables a ésta, pero no en cuanto al abuso de la inmunidad de los socios comanditarios y limitados, ni en cuanto al abuso de la autonomía patrimonial de todas las sociedades, lo que nos conduce a plantear la cuestión respecto a si la desestimación también puede hacerse extensiva a estos casos.

En lo atingente a esta cuestión, fundados en lo dispuesto por los arts 16, 1912, 1910 y 1917, *CCDF,* que sancionan el abuso de los derechos, la responsabilidad derivada de los actos ilícitos y la responsabilidad solidaria de las personas que han causado en común un daño, estimamos

1 Que sí es posible imputar responsabilidad a los comanditarios y a los socios de la limitada por los ilícitos imputables a la sociedad, puesto que no pueden abusar de la institución de la persona moral para cometer actos ilícitos; esto a condición de que se pruebe que hay una relación de causalidad entre los actos ilícitos imputables a la sociedad y el poder de decisión de los socios y de que se observe lo dispuesto por el primer párr del art 24, *LGSM,* es decir, que se considere que la responsabilidad en que han incurrido es ilimitada y subsidiaria
2 Que, por las mismas razones, sí es posible considerar a los socios de *todas* las sociedades mercantiles como los verdaderos dueños de los bienes aportados a la sociedad si se demuestra que el derecho solo se ejerció a fin de causar daño, sin utilidad *jurídica* para su titular; esto es, si se demuestra que la sociedad se constituyó o se utilizó para sustraer bienes a la acción de terceros.[48]

Por consiguiente, nos parece que debería considerarse como cuestión de *lege ferenda*

*a)* Que se repute no solo a los accionistas de la anónima, sino también a los socios controladores de la limitada como las verdaderas partes de interés en los actos ilícitos realizados por la sociedad que controlan
*b)* Que la responsabilidad solidaria que la ley imputa a los accionistas de la anónima se haga extensiva a los socios que controlen la sociedad de responsabilidad limitada, cuando abusen de la incomunicación de responsabilidad que les concede la ley
*c)* Que la nota de responsabilidad subsidiaria de los socios estatuida en el art 24, *LGSM,* se considere aplicable sin necesidad de recurrir al juicio concursal a efectos de probar la insolvencia de la sociedad, según parece

[48] *Cfr* BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones,* t I, Porrúa, 1962, pp 434 y ss.

haber dejado establecido la Suprema Corte de Justicia al declarar que la excusión solo aprovecha a los socios si éstos señalan bienes de la sociedad que basten a cubrir el crédito reclamado, siempre y cuando dichos bienes se hallen en el distrito judicial en que deba hacerse el pago y estén libres y desembarazados de gravámenes y embargos y, además, se anticipen o aseguren los gastos de excusión[49]

*ch)* Que se considere a los socios que sustraigan sus bienes a la acción de los acreedores mediante la aportación de los mismos a cualquier sociedad mercantil como los verdaderos dueños de ellos, cuando ésta se constituya o se utilice para defraudar a terceros.

Por último, en cuanto a la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades nos quedan por hacer las siguientes aclaraciones

*i)* Que en virtud de ella la responsabilidad recae sobre los socios y no sobre los administradores y que, por consiguiente, no se está en la hipótesis legal prevista en el art 1918, *CCDF*, y

*ii)* Que el supuesto contemplado en el segundo párr del art 24, *LGSM*, en realidad no constituye un caso de desestimación, sino que concede a los acreedores de la sociedad una acción oblicua para obligar a los socios a que realicen sus aportaciones, en el caso de que aquella no les demande el cumplimiento de la obligación de aportar que hubieren contraído.

[49] *Véase* pie de página núm 44.

CAPÍTULO
5

# EFECTOS INTERNOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

## SUMARIO


**5.1 DERECHOS DE LOS SOCIOS**

**5.2 DERECHOS PATRIMONIALES**

5.2.1 Derecho de realizar aportaciones

5.2.2 Derecho de trasmitir la calidad de socio

5.2.3 Derecho de participar en los beneficios

5.2.4 Derecho de obtener el reembolso de las aportaciones

5.2.4.1 Primera hipótesis. Reducción del capital mediante reembolso

5.2.4.2 Segunda hipótesis. Amortización de partes sociales o acciones

5.2.4.3 Tercera hipótesis. Ejercicio del derecho de separación

5.2.4.4 Cuarta hipótesis. Ejercicio del derecho de retirar las aportaciones

5.2.5 Derecho de participar en el haber social

5.2.6 Derecho de participar en la cuota de liquidación

**5.3 DERECHOS CORPORATIVOS O DE CONSECUCIÓN**

5.3.1 Derecho de voto

5.3.1.1 Principios generales

5.3.1.2 Limitaciones al derecho de voto

5.3.1.3 Voto plural

5.3.1.4 Voto acumulativo

5.3.2 Derecho de pedir cuentas a los administradores

**5.4 OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS**

5.4.1 Obligación de aportar

5.4.2 Obligación de lealtad

5.4.3 Obligación de subordinar la voluntad o "Ley de las mayorías"

5.4.4 Obligación de soportar las pérdidas

## INTRODUCCIÓN

En virtud del contrato de sociedad se establecen múltiples vínculos de los socios entre sí y de éstos con la sociedad, los cuales generan una variedad de derechos y deberes recíprocos a los que, en conjunto, por razones de economía del lenguaje, se les ha dado el nombre de *estatus* o calidad de socio. Por consiguiente, el *estatus* de socio constituye "una calidad jurídica frente a la colectividad; atributiva de derechos y obligaciones variadas"[1,2] y no un simple derecho frente a la sociedad.

## 5.1 DERECHOS DE LOS SOCIOS

Los derechos de los socios han sido clasificados por la doctrina[3]

- *en razón de su* ***origen***, en legales y convencionales
- *en razón de su* ***contenido***, en patrimoniales y de consecución
- *en razón de su* ***titularidad***, en comunes y privilegiados, y
- *en razón de su* ***carácter***, en modificables e inmodificables.

Con base en las clasificaciones de los diferentes derechos de los socios propuestas por **Rodríguez** y por **Mantilla**, consideramos que, por razones de metodología, dichos derechos pueden dividirse en dos grandes grupos, a saber: derechos patrimoniales o de contenido económico y derechos de consecución, también llamados corporativos, de contenido no económico.

[1] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t I, Porrúa, 1965, p 76.
[2] En el derecho anglosajón el concepto *status* generalmente es interpretado como "La relación legal de un individuo con el resto de la comunidad" (The legal relation of individual to rest of the community), *Black's Law Dictionary*, 5a ed, West Publishing, 1979.
[3] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, pp 76 y ss; MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1986, p 224; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, 1981, pp 371 y ss; ASCARELLI, Tulio, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1940, p 101.

## 5.2 DERECHOS PATRIMONIALES

Se caracterizan por su contenido económico y porque facultan al socio, ya sea para cumplir con una prestación o bien para exigir de terceros o de la sociedad una prestación apreciable en numerario. Entre estos derechos se encuentran los de

- realizar aportaciones
- transmitir la calidad de socio
- participar en los beneficios
- obtener el reembolso de las aportaciones
- participar en el haber social, y
- de participar en la cuota de liquidación.

### 5.2.1 Derecho de realizar aportaciones

Hemos dicho en otro lugar[4] que, a diferencia de lo que ocurre en los contratos de cambio, en el llamado "contrato de organización" los socios no solo tienen la obligación de cumplir con la prestación pactada, sino que además tienen el derecho de hacerlo, toda vez que, si no tuvieran el derecho a realizar las aportaciones convenidas, se podría producir un perjuicio a sus intereses al ver disminuida su participación en los beneficios que obtenga la sociedad o bien en el haber social.[5]

El ejercicio del derecho a realizar aportaciones se produce tanto al momento de constituir la sociedad como en ocasión de aumentos del capital social (arts 20 *CCDF,* de aplicación supletoria a las sociedades colectivas y en comandita, y 72 y 132, *LGSM,* aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada, anónima y comandita por acciones).

### 5.2.2 Derecho de transmitir la calidad de socio

En las sociedades colectiva, comandita simple y comandita por acciones el derecho a transmitir la calidad de socio está subordinada a la condición de que la transmisión sea consentida por todos los demás socios, salvo que en el contrato social se disponga que basta el consentimiento de la mayoría de ellos (arts 31 y 57 LGSM). Por lo que toca a la limitada *Ley General de Sociedades Mercantiles* exige el consentimiento de los socios que representen la mayoría del capital social, excepto cuando los estatutos exijan una proporción mayor (art 65 LGSM), en tanto que para la anónima no establece tal restricción, a menos que en el contrato social se estipule que la transmisión de acciones sólo se haga con autorización del consejo de administración (art 130 LGSM).

A nuestro juicio, las limitaciones legales o voluntarias al derecho de transmitir la calidad de socio conculcan la garantía constitucional de libre asocia-

[4] *Supra* Sección 2.1.3 Teoría del contrato de organización.

[5] Al tratar el tema de los aumentos de capital nos ocuparemos de estas cuestiones con detalle.

ción (art 9o) por cuanto esta garantía tutela no solo el derecho de asociarse, sino también el derecho de *no* asociarse. O para expresarlo en otras palabras, la violación a la garantía aludida se produce porque el derecho de asociación es potestativo, lo que significa que nadie puede ser obligado a asociarse o a pertenecer indefinidamente a una asociación o sociedad.[6, 7] Sería entonces conveniente, como cuestión de *lege ferenda*, que tales limitaciones fueran derogadas de la *LGSM* y que en su lugar se estipulara legalmente que, en el caso de que un socio desee transmitir su participación en la sociedad, los restantes tendrán derecho de preferencia para adquirirla y que, de no ejercitarse este derecho, se procederá ya sea a la reducción del capital social o bien a la disolución de la sociedad; solución ésta que no es del todo ajena al actual sistema legal, según se desprende de lo establecido en los arts 31, 33, 57, 66 y 211, *LGSM*, que establecen el derecho "del tanto"[8] en favor de los socios, para el caso de las transmisiones *inter vivos*, y para el caso no previsto estatutariamente de las transmisiones *mortis causa*, según se aprecia a la luz de lo previsto en el art 229, cuando la separación o muerte de un socio pueda provocar la disolución de la sociedad por imposibilidad de seguir realizando el objeto social, o porque el número de socios llegue a ser inferior al mínimo establecido por la ley o por la pérdida de dos terceras partes del capital social.

### 5.2.3 Derecho de participar en los beneficios

Al estudiar los elementos esenciales del contrato de sociedad expusimos nuestra opinión, en el sentido de que la estipulación que *excluya* a los socios de una sociedad regular del derecho de participar en los beneficios es ineficaz; pero que es perfectamente válido pactar una distribución *no proporcional* de las ganancias, según se desprende de lo establecido en el primer párr del art 16, *LGSM*, por lo que no insistiremos en ese punto.[9]

[6] Por igual razón reputamos inconstitucional el art 5o de la *Ley de Cámaras de Comercio y de las de Industria*, que impone a los comerciantes e industriales la obligación de inscribirse en dichas Cámaras por ser *instituciones públicas*. (Respecto del carácter de instituciones oficiales que diferentes legislaciones atribuyen a las cámaras de comercio y de industria, *véase* PINZÓN, Gabino, *Introducción al derecho comercial*, Themis, Santa Fe de Bogotá, 1966, pp 400 y ss.)

[7] Sobre la facultad potestativa del hombre para escoger los medios que permitan la consecución de sus fines, *véase* BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, 1981; pp 299 y ss. Asimismo, *cfr* GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 1956, p 222, en relación con la libertad entendida como *facultas optandi*.

[8] Técnicamente el derecho del tanto se concede en favor del vendedor o de los copropietarios.

[9] *Supra* Sección 3.2.7.3. La distribución no proporcional de las utilidades y las pérdidas es aceptada desde antiguo. En *Las Siete Partidas* se lee: *Et si sobre las ganancias et las pérdidas no fuere puesto pelyto en qué manera se deben compartir entre ellos, entonce débenlas partir egualmente.* Ed facsimilar, Ediciones Atlas, t III, Madrid, 1972, p 246.

Los socios, en principio, tienen un derecho *abstracto* de participar en los beneficios que llegue a generar la sociedad; pero este derecho solo se materializa, se transforma en *concreto,* precisamente al paso y en la medida en que la sociedad obtiene ganancias. Ahora bien, el derecho concreto de participar en los beneficios no significa que el socio tenga derecho a la distribución de las utilidades.[10] El derecho a la distribución de los beneficios también se desarrolla en dos estadios: primero, como derecho *abstracto,* que nace del hecho de que la sociedad obtenga ganancias, y, segundo, como derecho *concreto* que nace una vez que se cumplen ciertas condiciones establecidas por la ley para repartir las utilidades.

Los arts 18, 19, 20, 113, párr segundo, y 117, *LGSM,* establecen las siguientes condiciones, las que necesariamente han de cumplirse para que sea válida la distribución de beneficios

***Primera*** las utilidades solo podrán distribuirse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea de socios o accionistas los estados financieros que las arrojen (art 19).[11]

***Segunda*** no podrá hacerse distribución de utilidades mientras las pérdidas sufridas en uno o varios ejercicios anteriores no hayan sido restituidas o absorbidas mediante aplicación de otras partidas del patrimonio (art 19).

***Tercera*** si hubiere pérdida del capital social, tampoco podrá hacerse distribución o asignación de utilidades mientras éste no sea reintegrado o reducido (art 18).

[10] Como se verá más adelante, en las sociedades anónimas el derecho a la distribución de los beneficios toma el nombre de *derecho al dividendo,* el cual es definido por RODRÍGUEZ como "el (derecho) que tiene el titular de cada acción de participar en el beneficio neto periódicamente distribuido", *op cit,* t I, p 396. *Cfr* además, HERRERA, Mario, *El dividendo,* copyright del autor, 1966 y RODRÍGUEZ DEL CASTILLO, José Víctor, "El dividendo en las sociedades anónimas", *Estudios jurídicos en memoria de Roberto Mantilla Molina,* Porrúa, 1984, pp 671 y ss.

[11] En su redacción original el art 19, *LGSM,* estatuía que la distribución de utilidades solo podría hacerse después de que la asamblea de socios o accionistas aprobaran el balance que *efectivamente* las arrojara. El uso de la forma adverbial *efectivamente* dio lugar a que esta disposición se interpretara en el sentido de que las utilidades repartibles deberían ser *reales y no virtuales;* esto es, que no podían repartirse los superávits. Las primeras reformas de 31 dic 1980, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación,* 23 ene 1981, suprimieron dicha palabra a la vez que derogaron el principio de *sinceridad del balance* consagrado en el art 38, *C Com,* lo que ha dado lugar a que el dispositivo en cuestión sea interpretado en el sentido de que permite el reparto de utilidades *virtuales* de todo tipo. Sin embargo, el Instituto Mexicano de Contadores Públicos condena esta práctica considerándola contraria a los principios de contabilidad generalmente aceptados. Por otra parte, las reformas en cuestión permiten aplicar las pérdidas a "otras partidas del patrimonio" lo cual ha motivado que de hecho se disponga de utilidades no realizadas (superávits). Los conceptos de utilidades reales y virtuales están contenidos en la siguiente definición: "utilidad es la ganancia resultante del empleo de capital en cualquier negocio, la ganancia pecuniaria en cualquier transacción u operación, el superávit que queda del empleo del capital, después de cubrir todos los gastos y hacer provisión para cualquier pérdida del mismo capital; el excedente del precio de venta sobre el costo. (HERNÁNDEZ, Octavio A., *Derecho bancario mexicano,* AMIA, 1956, p 421).

***Cuarta*** antes de la distribución de utilidades deberá separarse un cinco por ciento de ellas para formar el fondo de reserva, hasta que éste importe la quinta parte del capital social (art 20).

***Quinta*** si la sociedad hubiere emitido partes sociales privilegiadas o acciones de voto limitado, no podrán asignarse dividendos a las partes sociales y a las acciones ordinarias sin que antes se pague a aquellas un dividendo preferente (arts 62 y 113, párr segundo).

***Sexta*** si hubiere acciones pagadoras, la distribución de utilidades se hará en proporción al importe exhibido de ellas (art 117).

Ahora bien, si se hiciere distribución de utilidades sin cumplir las dos primeras condiciones, la estipulación no producirá efecto alguno y tanto la sociedad como sus acreedores podrán repetir por los anticipos o repartición de utilidades hechas en contravención a lo dispuesto en el art 19, contra las personas que las hayan recibido, o exigir su reembolso a los administradores que las hayan pagado, siendo unas y otros mancomunada y solidariamente responsables de dichos anticipos y reparticiones.

Por lo que se refiere al incumplimiento de lo dispuesto por el art 18, la ley no establece expresamente sanción alguna. Sin embargo, estimamos que este dispositivo legal es imperativo y, por tanto, de orden público, lo que motiva la ilicitud y nulidad absoluta del acuerdo de la asamblea de socios o accionistas que decrete el reparto de las ganancias sin que previamente se reintegre o se reduzca el capital social que se hubiere perdido (arts 8o, 1830, 2225 y 2226, *CCDF*).

Por otra parte, si se repartieran utilidades sin hacer las separaciones necesarias para formar o reconstituir el fondo de reserva, los administradores quedarán solidaria e ilimitadamente obligados a entregar *a la sociedad* una cantidad igual a la que hubiere debido separarse, esto sin perjuicio de que los administradores puedan repetir contra los socios por el valor de lo que entreguen cuando el fondo de reseva se haya repartido, según dispone el art 21, *LGSM,* el cual peca por defecto, toda vez que no concede derecho alguno a los acreedores, cuyos intereses se trata de proteger con esta sanción, para obligar a los administradores a que entreguen a la sociedad las cantidades ilícitamente repartidas.

Por último, si se hiciere una distribución de utilidades contraria a lo dispuesto por los arts 113, párr segundo, y 117, *LGSM,* entendemos que los titulares de las acciones de voto limitado y liberadas, tendrán acción para demandar la nulidad de los acuerdos ilícitamente tomados, en razón de que el primero de dichos arts es prohibitivo y el segundo imperativo; es decir, porque ambos dispositivos son de orden público.

### 5.2.4 Derecho de obtener el reembolso de las aportaciones

El derecho a obtener el reembolso de las aportaciones puede producirse como consecuencia de cuatro hipótesis diferentes

***Primera*** Porque la sociedad reduzca su capital social mediante reembolso de las aportaciones que hubieren hecho los socios.
***Segunda*** Porque la sociedad amortice las partes sociales o las acciones con utilidades repartibles.
***Tercera*** Porque el socio ejercite el derecho de separación.
***Cuarta*** Porque el socio ejercite el derecho de retiro.

### 5.2.4.1 PRIMERA HIPÓTESIS. REDUCCIÓN DEL CAPITAL MEDIANTE REEMBOLSO

La reducción del capital social mediante reembolso de las aportaciones es regulada, en lo general, por lo dispuesto en el art 9o, *LGSM,* a cuyo tenor la disminución solo será eficaz si el correspondiente acuerdo se publica en el *periódico oficial* del domicilio de la sociedad, por tres veces con intervalos de diez días; bien entendido de que los acreedores de la sociedad, conjunta o separadamente, podrán oponerse, a la reducción, en la vía sumaria,[12] desde el día en que se haya tomado la resolución hasta cinco días después de la última publicación. No obstante esto, tratándose de sociedades anónimas y en comandita por acciones, la reducción del capital además debe inscribirse en el Registro Público de Comercio (art 21, frac XII, *Código de Comercio*), sin cuyo requisito no producirán efectos frente a terceros, quienes no podrán ser perjudicados por la reducción de capital, conforme a lo dispuesto por el art 26 de dicho *Código.*

Así pues, para que la disminución de capital social por reembolso sea eficaz frente a los acreedores de las sociedades en nombre colectivo, comandita simple y de responsabilidad limitada, basta la publicación del aviso; pero para que lo sea frente a los acreedores de la anónima y de la comandita por acciones se requiere además la correspondiente inscripción en el Registro Público de Comercio. Por consiguiente, para el primer caso, o sea, el de los acreedores de las sociedades en nombre colectivo, comandita simple y de responsabilidad limitada, la caducidad opera después de transcurridos cinco días, contados a partir de la última publicación del aviso de reducción y para los acreedores de las sociedades anónima y en comandita por acciones, después de transcurrido dicho plazo, o bien, si la inscripción se hiciera fuera del mismo, al día siguiente de que se practicara.

[12] El libro quinto del *Código de Comercio* no regula la vía sumaria mercantil, lo que obliga a ejercitar la correspondiente acción en la vía ordinaria mercantil. Esto porque, si bien es cierto que el art 1051, *C Com,* autoriza a que en defecto de los procedimientos mercantiles se aplique "la ley de procedimientos local respectiva", también lo es que el procedimiento civil sumario no contempla las situaciones previstas en la *LGSM.* Esta falta de regulación motiva que el demandado por lo general apele del auto que acepta la demanda en la vía ordinaria mercantil o que interponga la excepción de error en la vía, con el consiguiente perjuicio para el actor. Sobre el recurso de apelación de los autos. *Cfr* BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México,* Porrúa, 1977, pp 548 y ss.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que tratándose de sociedades anónimas y en comandita por acciones, para que sean válidas las disminuciones de capital social por reembolso se requiere que la designación de las acciones que hayan de *nulificarse* (amortizarse)[13] se haga por sorteo ante notario o corredor público (arts 135 y 208, *LGSM*). A pesar de esto, consideramos que también serán válidas las disminuciones y los correspondientes reembolsos que se hagan a prorrata entre los accionistas, si así se conviene entre la *totalidad* de ellos, habida cuenta de que con el sorteo el legislador trató de evitar situaciones injustas para los socios minoritarios, quienes podrían ver disminuido su estatus si las mayorías tuvieran el poder de amortizar a su voluntad las acciones de aquellos.

### 5.2.4.2 SEGUNDA HIPÓTESIS. AMORTIZACIÓN DE PARTES SOCIALES O ACCIONES

La amortización de las partes sociales y de las acciones con utilidades repartibles está prevista en los arts 71 y 136, *LGSM,* respectivamente. La primera, o sea la amortización de partes sociales,

> *no está permitida sino en la medida y forma que establezca el contrato social vigente en el momento en que las partes afectadas hayan sido adquiridas por los socios.*

La amortización de acciones, en cambio, puede realizarse porque está prevista en el contrato social al momento en que las acciones afectadas hayan sido adquiridas por los socios o bien porque la asamblea general extraordinaria de accionistas acuerde modificar posteriormente el contrato social para autorizar la amortización (art 182, frac IX, *LGSM*).

En ambos casos, la amortización de las partes sociales o de las acciones *no* conlleva una reducción del capital social, sino un aumento del valor nominal de aquellas.

Para ilustrar esto, supongamos que una sociedad anónima cuyo capital social es de $ 1 000 000.00, dividido en 1000 acciones con valor nominal de $ 1 000.00, cada una, resuelve amortizar 200 acciones, a su valor nominal, con utilidades repartibles que ascienden a $ 200 000.00. El capital contable (patrimonio social), antes y después de la amortización, quedaría como se observa en el cuadro núm 5.1.

[13] En rigor debe hablarse de *amortización de acciones,* ya que el verbo *amortizar* tiene, entre otros significados, el de *recuperar los fondos invertidos en un negocio o sociedad. Diccionario para Juristas,* de PALOMAR DE MIGUEL, Luis.

**CUADRO 5.1**

*a)* Antes de la amortización

| | | |
|---|---|---|
| Capital social | $ 1 000 000.00 | (1000 acciones con valor nominal de $ 1000.00 c/u) |
| Utilidades repartibles | 200 000.00 | |
| Otras partidas | 500 000.00 | |
| | $ 1 700 000.00 | |

*b)* Después de la amortización

| | | |
|---|---|---|
| Capital social | $ 1 000 000.00 | (800 acciones con valor nominal de $ 1 250.00 c/u) |
| Utilidades repartibles | 0.00 | |
| Otras partidas | 500 000.00 | |
| | $ 1 500 000.00 | |

Una vez realizada la amortización, es *potestativo* para la sociedad emitir certificados o acciones de goce, a menos que en el contrato social esté prevista la emisión de esta clase de títulos, a los que nos referiremos con algún detalle al tratar acerca de las diferentes clases de acciones.

### 5.2.4.3 TERCERA HIPÓTESIS. EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

El derecho de separación de los socios se ejercita por diferentes causas, según sea la especie de sociedad de que se trate. En las sociedades en nombre colectivo y comandita simple, los socios minoritarios tienen derecho a separarse

*i)* Cuando el contrato social sea modificado sin su consentimiento (art 34, *LGSM*)
*ii)* Cuando contra su voto el nombramiento de algún administrador recaiga en persona extraña a la sociedad (art 38, *LGSM*), y
*iii)* Cuando el administrador delegue su encargo (art 42, *LGSM*).

Si se trata de sociedades de responsabilidad limitada, los socios tienen derecho a separarse cuando el nombramiento de algún administrador (gerente) recaiga en persona extraña a la sociedad o cuando algún administrador delegue su encargo (art 86, *LGSM*); pero no cuando se modifique el contrato social, habida cuenta de que para ello, salvo pacto en contrario, se requiere el voto de la mayoría de los socios y que para el cambio de objeto o de aumento de las obligaciones de éstos se requiere la unanimidad de votos (art 83, *LGSM*).

En la sociedad anónima y en la comandita por acciones, el derecho de separación solo procede

*i)* Por cambio del objeto social
*ii)* Por cambio de nacionalidad de la sociedad, y
*iii)* Por transformación de la sociedad (arts 206 y 208, *LGSM*).[14]

El ejercicio del derecho de separación implica, desde luego, el derecho de reembolso de las aportaciones el cual, en las sociedades anónimas y comandita por acciones, únicamente se produce si los accionistas votaron en contra del cambio del objeto social, del cambio de nacionalidad o de la transformación de la sociedad *y si lo solicitan dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea.*[15]

### 5.2.4.4 CUARTA HIPÓTESIS. EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRAR LAS APORTACIONES

En las sociedades de capital variable los socios tienen derecho a retirar, total o parcialmente, las aportaciones que hubieren hecho para incrementar la parte variable del capital, a condición de que notifiquen fehacientemente a la sociedad su intención de hacerlo y en el entendido de que el retiro no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el fin del ejercicio siguiente, si se hiciere después (art 220, *LGSM*).

**Monto del reembolso** Como se ha indicado en las cuatro hipótesis planteadas, los socios tienen derecho a que se les reembolse el importe de sus aportaciones, ¿pero, sobre qué bases debe hacerse el reembolso? Por lo que toca a esta cuestión, la *LGSM* solo ofrece soluciones en dos casos

*i)* El de amortización de acciones por reembolso, y
*ii)* El de ejercicio del derecho de separación en las sociedades anónima y comandita por acciones.

En el primero, el art 136 prevé dos situaciones distintas: el de que la sociedad adquiera las acciones en bolsa para amortizarlas, en cuya hipótesis la amortización se realiza al valor de mercado de las mismas, y, el de que en el contrato

[14] PORRÚA PÉREZ, Manuel (*Breve ensayo acerca de la fusión de las sociedades mercantiles en el derecho mexicano*, citado por RODRÍGUEZ, Joaquín) y el propio RODRÍGUEZ opinan que el derecho de separación también procede en el caso de fusión; pero no estamos de acuerdo con su punto de vista. En el capítulo dedicado a la fusión de sociedades nos ocupamos de esta cuestión. *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 514.

[15] Entendemos que el inejercicio del derecho de separación dentro del plazo establecido por el art 206, *LGSM*, produce la caducidad, pero no la preclusión del derecho, como afirma RODRÍGUEZ (*op cit*, t II, p 448), por cuanto la preclusión solo se produce en el proceso. *Cfr* COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Editora Nacional, 1984, p 172, y BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán, *Práctica civil forense*, Cárdenas, 1984, pp 484 y ss. Asimismo, entendemos que ejercitado el derecho de separación en tiempo, éste prescribe a los cinco años, según dispone el art 1045, frac I, *C Com*.

social o en el acuerdo de asamblea se fije un precio determinado. En cuanto al reembolso por ejercicio del derecho de separación, la ley establece que deberá hacerse *en proporción al activo social*, expresión ésta que ha sido interpretada en el sentido de que debe realizarse al valor patrimonial (contable) de las acciones.

A nuestro juicio, en los casos en que ni la ley ni el contrato social prevén el valor del reembolso, la única solución al problema de determinar su monto es la de realizarlo en proporción al activo social, entendiendo por *activo social* el capital contable (patrimonio) neto de la sociedad, por cuanto si se hiciera al valor nominal de la aportación se causaría un perjuicio económico a los socios al privarlos de su derecho de participar en el haber social, derecho al que nos referiremos enseguida.

Por último, es de hacerse notar que la Comisión Nacional de Valores[16] recientemente ha determinado que, tratándose de retiro de aportaciones de las sociedades anónimas de capital variable cuyas acciones se coticen en bolsa, el valor del reembolso será el más bajo que resulte de aplicar los dos criterios siguientes

*i)* 95% del valor promedio a que se hayan cotizado las acciones durante los 30 días anteriores a la fecha en que el retiro deba surtir efectos, o

*ii)* El valor contable de las acciones de acuerdo con el estado de situación financiera de las mismas al cierre del ejercicio.

A nuestro entender, ambos criterios son violatorios del art 220, *LGSM* y, por ende, inconstitucionales. En efecto, este art establece que el retiro surtirá efectos *al fin del ejercicio en curso y no 90 días antes ni uno o más días después del cierre del mismo.* Por consiguiente, en todo caso, el valor del reembolso debería ser el de cotización de las acciones en bolsa a la fecha de clausura del ejercicio social.

### 5.2.5 Derecho de participar en el haber social

Toda sociedad mercantil venturosa en el curso de sus operaciones experimenta incrementos en su haber social, por acumulación en el mismo de utilidades reales o bien de reservas legales o voluntarias y/o de reservas de valuación o revaluación (superávits) primas sobre acciones, etc, partidas patrimoniales éstas que, en el fondo, no son otra cosa que beneficios reales retenidos o ganancias virtuales no capitalizadas que, por consiguiente, incrementan los derechos

[16] *Circular 11-14*, 20 ago 1987, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 9 nov del mismo año. Por otra parte, pero en el mismo orden de ideas, es evidente que los *criterios generales* que emite la Comisión Nacional de Valores son materialmente legislativos y por ello también están viciados de inconstitucionalidad, toda vez que son violatorios del art 89, frac I, que reserva la facultad reglamentaria al presidente de la República.

patrimoniales de los socios; de manera que, el derecho a participar en el haber social no es sino una consecuencia del derecho general que tienen los socios a participar en los beneficios que obtenga la sociedad.

Y precisamente porque los socios tienen el derecho a participar en el haber social en proporción al monto de sus aportaciones, dijimos en párrafos anteriores que el valor del reembolso de éstas debe hacerse tomando en cuenta el patrimonio neto de la sociedad, para no afectarlos en sus derechos.[17]

### 5.2.6 Derecho de participar en la cuota de liquidación

Este derecho, lo mismo que el anterior, nace del derecho general de participar en los beneficios de la sociedad; pero también nace del derecho a realizar aportaciones, puesto que la liquidación de la sociedad, en la generalidad de los casos, supone el reparto del haber social; es decir, del patrimonio neto de la sociedad.

## 5.3 DERECHOS CORPORATIVOS O DE CONSECUCIÓN

Se caracterizan porque su contenido no es económico, aun cuando puedan producir efectos de tipo patrimonial, como en el caso en el que se ejercita el derecho del voto para lograr que la sociedad decrete el pago de dividendos.

Entre estos derechos se encuentran el derecho de voto y el derecho de pedir cuentas a los administradores, los cuales, a su vez, se descomponen en numerosos derechos a los que nos iremos refiriendo en particular al estudiar cada una de las especies de sociedades.

### 5.3.1 Derecho de voto

Es sin lugar a dudas el más importante de los derechos de consecución. Consiste en la facultad "de contribuir a la formación de la voluntad colectiva mediante la manifestación de la propia."[18]

Del derecho del voto dimanan otros derechos, tales como los de asistencia y participación en las deliberaciones de las juntas o asambleas de socios; de convocatoria; de redacción de la orden del día; de ser representado en las jun-

[17] Una porción de la doctrina mercantil mexicana afirma que puede estipularse una participación no proporcional del haber social. Al tratar de las llamadas *acciones preferentes no-participantes* nos ocuparemos de esta cuestión.

[18] RODRÍGUEZ, *op cit*, t I, p 97. El voto también ha sido definido como "una declaración de voluntad con la que cada declarante coopera a la formación de la voluntad de la junta o asamblea y, por ende, a la del ente corporativo" (VÁZQUEZ ARMINIO, Fernando y BARRERA GRAF, Jorge, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984).

tas o asambleas; de nombramiento de administradores; de nombramiento de órganos de vigilancia; de aprobación de los estados financieros y de los informes de los administradores; de aprobación de la gestión de éstos y los comisarios y, muy especialmente, de modificación del contrato y de los estatutos sociales.

El ejercicio del derecho de voto está subordinado a diversas formas, términos y condiciones, según sea la especie de sociedad de que se trate, motivo por el cual nos ocuparemos del mismo al paso en que vayamos estudiando cada tipo de sociedad. Sin embargo, aquí nos referiremos a algunos principios generales que lo rigen.

### 5.3.1.1 PRINCIPIOS GENERALES

*a)* Las decisiones se toman por mayoría simple de votos y, por excepción, por unanimidad o por mayorías calificadas (arts 34, 37, 46, 57, 65, 77, 79, 83, 189, 190, 191 y 208, *LGSM*)

*b)* Los socios deberán abstenerse de deliberar y votar en las decisiones de los asuntos en que, por cuenta propia o ajena, tengan un interés contrario al de la sociedad (arts 196, 197 y 208, *LGSM*, para las sociedades anónimas y en comandita por acciones y 2679, en particular, y 1796, *CCDF*, en general, para el resto de las sociedades; habida cuenta de que los socios tienen la *obligación legal* de actuar de buena fe; es decir, de actuar como hombres probos, honrados y conscientes)[19]

*c)* En las sociedades *intuitu personae* el voto se computa por cabezas (*pro capite*) y, excepcionalmente por cantidades; en las sociedades *intuitu pecuniae* en función de la participación que tienen los socios en el capital social (arts 46, 57, 72, 113 y 208, *LGSM*).

### 5.3.1.2 LIMITACIONES AL DERECHO DE VOTO

Por disposición legal expresa, las restricciones al derecho de voto en las sociedades anónima y en comandita por acciones acarrean la nulidad del pacto que las imponga (arts 198 y 208, *LGSM*), excepto cuando se emitan acciones de voto limitado (art 113).

Para las demás sociedades no existe tal sanción legal expresa, en consecuencia, habría que analizar caso por caso para determinar si la estipulación que limite el derecho de voto es contraria a leyes de orden público o a la buena fe.

[19] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto (*Derecho de las obligaciones*, Cajica, 1979, p 374) considera vagas y románticas las definiciones de buena fe que la caracterizan como la obligación de actuar como hombre probo, honrado y consciente, y propone la siguiente definición de ella: "Es un estado del ánimo que debe ir conforme a la creencia que se profese, en una época y en una colectividad determinada, acorde a la razón y a la ley, considerado útil y a propósito para la conveniencia humana", definición ésta que es tanto o más vaga, romántica y circunstancial que las que critica.

#### 5.3.1.3 VOTO PLURAL

El único caso que la ley admite de voto plural es el de las partes sociales privilegiadas, que pueden emitirse conforme a lo dispuesto por el art 79, *LGSM.*

#### 5.3.1.4 VOTO ACUMULATIVO

La *LGSM* no admite como válido el voto acumulativo que es aceptado por algunas leyes locales de Estados Unidos de América para el caso de elección de los administradores. El voto acumulativo consiste en que "cada acción puede ser multiplicada, para propósitos del voto, por el número de administradores a ser elegidos" de manera que "se puede votar por un solo candidato o dividirse (el voto) entre tantos candidatos como se desee".[20]

### 5.3.2 Derecho de pedir cuentas a los administradores

Cuando el número de socios es elevado, o éstos carecen de habilidades comerciales, por razones de índole práctica la administración de las sociedades se confía a uno o varios socios o a personas extrañas a la sociedad, quienes, como se verá más adelante, tienen un deber general de buena gestión o, para decirlo con palabras de la ley, "la responsabilidad inherente a su mandato".

Pues bien, de ese deber dimana el derecho de los socios de pedir cuentas a los administradores, el cual se descompone en los derechos de información (arts 43, 47, 57, 78, frac I, 181, frac I y 208, *LGSM* y 2718, *CCDF*); de denuncia (arts 47, 57, 86, 167 y 208, *LGSM*), y de exgir responsabilidades a los administradores (arts 47, 57, 76, 161, 163 y 208 *LGSM*), cuyo ejercicio sufre algunas variantes en las diferentes especies de sociedades.

## 5.4 OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS

Básicamente, las obligaciones que contrae todo socio son las de[21]

- realizar las aportaciones convenidas
- lealtad
- subordinación de su voluntad a la de la mayoría, y
- soportar las pérdidas.

[20] NIZER, Louis, *My life in Court*, Pyramid Books, Nueva York, p 505. *Cfr* además, MANTILLA MOLINA, Roberto, *op cit*, p 409.

[21] *Cfr* RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit*, p 98, y MANTILLA MOLINA, Roberto, *op cit*, p 221.

### 5.4.1 Obligación de aportar

Al tratar sobre el objeto indirecto del contrato de sociedad,[22] apuntamos que las aportaciones son un elemento esencial del mismo, toda vez que si no se realizan el contrato no nace a la vida jurídica. Por consiguiente, no se concibe un contrato de sociedad en el que todos, alguno o algunos de los socios no se obliguen a hacer las aportaciones convenidas.

La obligación de aportar se reduce exclusivamente a transmitir los bienes, o a prestar los servicios prometidos a la sociedad y, por tanto, no debe confundirse con la responsabilidad que, en algunos casos, contraen los socios frente a terceros. A este respecto, **Rodríguez** propone que hay que distinguir entre los conceptos *suma de aportación* y *suma de responsabilidad,* puesto que

> Se entiende por suma de aportación lo que el socio debe poner en la formación del patrimonio social; y se llama suma de responsabilidad, el límite por el cual el socio puede ser constreñido a pagar a resultas de las deudas sociales.[23]

Ahora bien, tanto la forma de realizar las aportaciones como el grado de responsabilidad de los socios tienen diferentes particularidades para cada una de las diversas especies de sociedades mercantiles, razón por la cual serán tratadas individualmente al estudiar cada una de ellas.

### 5.4.2 Obligación de lealtad

La obligación de lealtad, en términos generales, consiste

*i)* En no dedicarse, por cuenta propia o ajena, a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad y en no formar parte de sociedades que los realicen, salvo con el consentimiento de los demás socios (arts 35 y 37, *LGSM,* aplicables a las sociedades colectiva y comandita simple y a los socios comanditados de la comandita por acciones), y

*ii)* En abstenerse de participar en las deliberaciones que se realicen para decidir respecto de operaciones en las que los socios, por cuenta propia o ajena, tengan un interés contrario al de la sociedad (arts 196 y 208, aplicables a los accionistas de la anónima y a los socios comanditarios de la comandita por acciones).

Abundando sobre esta cuestión, debe tenerse en cuenta que **Rodríguez,** fundado en lo dispuesto por los arts 35, 57 y 196, *LGSM,* afirma que la obligación de lealtad recae sobre todos los socios, sin importar a qué especie de sociedad pertenezcan y, por su parte, **Mantilla Molina** sostiene que tal obligación solo gravita sobre los socios de las sociedades *intuitu personae* (en nombre colecti-

[22] *Supra* Sección 3.3 Las aportaciones (objeto).

[23] RODRÍGUEZ, *op cit,* pp 89 y ss.

vo, comandita simple y comandita por acciones).[24] En nuestra opinión, a Rodríguez le asiste la razón, por cuanto si bien es cierto que el art 196 no prohíbe que los socios se dediquen a negocios del mismo género que los que constituyen el objeto de las sociedades a las que pertenezcan, ni les prohíbe formar parte de otras que tengan el mismo objeto social, no por ello es menos cierto que la prohibición contenida en dicho precepto impone a los socios un deber de lealtad al prohibirles participar en las deliberaciones en las que tuvieren conflicto de intereses.

### 5.4.3 Obligación de subordinar la voluntad o "Ley de las mayorías"

La diversidad de criterios y formas de pensar de los hombres harían imposible la vida en sociedad, si alguno o algunos de ellos no subordinaran su voluntad a la de las mayorías. Por ende, el llamado *principio de la subordinación de la voluntad* o *Ley de la mayoría* es universal, aplicable a todo tipo de agrupaciones humanas, sin que importe el número de sus miembros, motivo por el cual, al lado de otros como el de la buena fe, se le considera como uno de los principios generales de derecho.[25]

Sin embargo, esto no significa que, tratándose de sociedades mercantiles el cómputo de los votos deba hacerse siempre por cabezas, toda vez que debe tomarse en cuenta otro factor: el del monto de la participación de los socios en el capital social, según disponen los arts 46, 57, 79, 113 y 208, *LGSM*.

Por otra parte, aunque la *Ley General de Sociedades Mercantiles* solo consagra expresamente esta obligación de subordinación de la voluntad para los socios de la anónima al establecer que "*las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes*" (art 200), debe entenderse que es extensiva a los socios de las otras especies de sociedades mercantiles, por aplicación del anteriormente mencionado principio general de derecho (arts 14, párr cuarto, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y 19, *CCDF*).

Por lo que corresponde a la determinación de las mayorías, la ley las estatuye como absolutas y relativas. Son absolutas cuando deben alcanzar por lo menos la mitad de los votos y relativas cuando representan el mayor número de votos, sin alcanzar la mitad de la totalidad de ellos.

La estipulación estatutaria de mayorías más elevadas que las establecidas por la ley, ha motivado diferencia de criterio en la doctrina mexicana pues-

[24] MANTILLA y RODRÍGUEZ, respectivamente, obras y pp citadas.

[25] Aunque algunas máximas jurídicas recogen varios de los principios generales de derecho, no debe confundirse a aquellas con éstos. *Cfr* BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, t I, Porrúa, 1962, pp 62 y ss.

to que algunos autores niegan que puedan elevarse por encima de lo legalmente estatuido, en tanto que otros afirman que tal elevación no es ilícita.[26]

Desde nuestro punto de vista, la elevación de los quórumes de votación solo es lícita en los casos permitidos y con las condiciones establecidas por la ley. Así, por ejemplo, tratándose de sociedades anónimas es lícito elevar la mayoría de votación en las asambleas extraordinarias, por disposición expresa del art 190, *LGSM*. Por otra parte tratándose de sociedades anónimas en las que participe capital extranjero, si bien es cierto que la nueva *Ley de Inversión Extranjera* no exige la autorización de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras para aumentar los *quórumes* de votación, no por ello es menos cierto que los socios mexicanos raramente aceptan los llamados "controles negativos" que de hecho confieren a los extranjeros la facultad de determinar la administración de las empresas.[27]

La elevación estatutaria ilícita de los *quórumes* de asistencia o votación plantea el problema de determinar a quién corresponde declarar y subsanar la nulidad de la estipulación: ¿al Poder Judicial o a la propia sociedad? La Suprema Corte de Justicia ha establecido que corresponde solo al Poder Judicial dicha facultad en todos *los casos y previo el procedimiento formal* correspondiente teniendo en cuenta evidentemente que, por una parte, los particulares carecen de facultades jurisdiccionales y, por la otra, que la declaración de nulidad por la asamblea de socios puede afectar a los intereses de algunos de ellos sin ser vencidos en juicio, con la consiguiente infracción a la garantía de audiencia consagrada en el art 14 constitucional.[28] Sin embargo, consideramos que la sociedad podrá declarar y sanar la nulidad si la *totalidad* de los socios la aprueban, puesto que no tendría caso procurar la declaración judicial cuando no le dé para perjuicio a nadie o bien en caso extremo, la *mayoría* podrá rescindir el contrato social y poner a la sociedad en estado de disolución y liquidación (arts 182, frac II, 190, 191 y 229, frac III, *LGSM*).

Para concluir, debe observarse que el derecho de las mayorías para imponer su voluntad no es absoluto, sino que está subordinado al cumplimiento de ciertos requisitos legales, como lo son los de que sus decisiones se tomen legal-

[26] *Cfr* GÓMEZ-PALACIO, Ignacio y GUTIÉRREZ ZAMORA, *La inversión extranjera directa*, Porrúa, 1985, pp 135 y ss.

[27] Esta facultad es conocida en el derecho extranjero como *controles negativos* y se aplica para bloquear la toma de decisiones tanto de las juntas o asambleas de socios como las de los administradores lo que, con frecuencia, dificulta si no es que imposibilita la consecución del objeto social.

[28] La jurisprudencia en cuestión es la siguiente: "**Nulidad, no existe de pleno derecho** Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestro legislador no autoriza que se reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente", *Jurisprudencia 239, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, sección primera, Tercera Sala, p 752.

mente y de que no sean contrarias a las leyes de orden público y a las buenas costumbres ni a las estipulaciones del contrato social, pues en estos casos las minorías y aun un solo socio tendrán derecho a oponerse o a demandar la nulidad de las resoluciones de las asambleas de accionistas ilícitamente adoptadas, tema al que nos referiremos con mayor detenimiento al estudiar la validez e invalidez de las asambleas de accionistas y la de sus resoluciones.

### 5.4.4 Obligación de soportar las pérdidas

La obligación de soportar las pérdidas deviene de la naturaleza misma del contrato de sociedad. En principio, la distribución de las pérdidas entre los socios capitalistas se hace en proporción a sus aportaciones; pero es lícito pactar una distribución no proporcional de ellas (art 16, párr primero).

La exclusión de la obligación de soportar las pérdidas vicia de nulidad a las sociedades irregulares (art 1696, *CCDF*); pero únicamente afecta de nulidad a la cláusula que las estipule en las sociedades regulares, habida cuenta de que éstas solo pueden ser declaradas nulas por ilicitud en el objeto o por realizar habitualmente actos ilícitos. Una notable excepción a estas reglas es la contenida en el art 16, frac III, *LGSM*, que establece que el o los socios industriales no reportarán las pérdidas.

CAPÍTULO
6

# CONTRATO SOCIAL, ESTATUTOS Y ESCRITURA CONSTITUTIVA

## SUMARIO


**6.1 EL CONTRATO SOCIAL**

**6.2 CONTENIDO DEL CONTRATO SOCIAL**

- 6.2.1 Nombre, nacionalidad y domicilio de los socios
- 6.2.2 La razón o la denominación social
- 6.2.3 El objeto social
- 6.2.4 Duración
- 6.2.5 El domicilio social
- 6.2.6 Capital social
  - 6.2.6.1 Principios que rigen al capital social
  - 6.2.6.2 Las aportaciones

**6.3 LOS ESTATUTOS**

- 6.3.1 Reglas de organización
- 6.3.2 Reglas de funcionamiento
- 6.3.3 Reglas de disolución
- 6.3.4 Reglas de liquidación

**6.4 LA ESCRITURA CONSTITUTIVA**

- 6.4.1 Protocolo
- 6.4.2 Escritura pública
- 6.4.3 Testimonio
- 6.4.4 Copias certificadas
- 6.4.5 Acta notarial
  - 6.4.5.1 Valor de los instrumentos notariales
  - 6.4.5.2 Nulidad de los instrumentos notariales
  - 6.4.5.3 Efectos de la nulidad de los instrumentos públicos

**6.5 RECAPITULACIÓN**

## INTRODUCCIÓN

Además de los elementos esenciales del negocio social que estudiamos en el capítulo 3, el art 6o, *LGSM*, señala otros requisitos que debe contener el contrato de sociedad.

De la lectura de dicho precepto se deduce que la constitución de la sociedad debe constar en escritura pública y que ésta debe contener el contrato social propiamente dicho y los estatutos.

Ahora bien, puesto que se habla de escritura constitutiva, de contrato social y de estatutos, nos parece que, aunque el legislador no hace una distinción clara entre estos tres conceptos,[1] doctrinalmente, al menos, sí se pueden diferenciar uno del otro, como a continuación lo haremos.

## 6.1 EL CONTRATO SOCIAL

El contrato social se forma con las declaraciones y acuerdos entre los socios respecto a los asuntos a que se refieren las primeras siete fracs del art 6o, *LGSM*, a saber

*a)* Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyen la sociedad
*b)* La razón o denominación social
*c)* El objeto social
*ch)* La duración
*d)* El domicilio social
*e)* El importe del capital social, y
*f)* La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes, el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización.

[1] *Cfr* arts 6o, párr final; 7o, 26, 32, 46, 50, 65, 69, 71, 75, 77, 78, fracs VIII y XII; 82 a 85, 112 a 114, 124, 130, 137, 144, 182, fracs XI y XII; 190, 195, 201, frac III; 216, 229, frac I; 236, 240, 252, 254 y 255, *LGSM*.

Aquí nos ocuparemos de todos estos asuntos o requisitos, en el entendido de que para cada especie de sociedad la ley impone otros requisitos adicionales de los que nos ocuparemos individualmente.

## 6.2 CONTENIDO DEL CONTRATO SOCIAL

Conforme a lo dispuesto por las primeras siete fracs del art 6o, *LGSM,* el contrato social debe cumplir los siguientes requisitos.

### 6.2.1 Nombre, nacionalidad y domicilio de los socios

El nombre de las partes, más que un requisito esencial del negocio social, es un supuesto lógico de todos los contratos; es un dato de identificación necesario para imputar a las partes el *estatus* de socio y para probar la existencia del consentimiento, cuestiones éstas que no ameritan mayores comentarios.

Debe advertirse, sin embargo, que la frac I del art 6o, *LGSM*, resuelve una vieja polémica doctrinal al establecer claramente que las personas morales pueden ser socios de otras personas morales; es decir, que pueden ser socios de las sociedades mercantiles no solo las personas físicas, sino también las morales.[2]

La expresión de la nacionalidad es una exigencia que nace de las disposiciones contenidas en las fracs I a V del art 27 constitucional, así como de la *Ley de Inversión Extranjera;* disposiciones que, como apunta **Rodríguez,**[3] son de mera policía del Estado.

**Rodríguez,**[3] son de mera policía del Estado.

Por lo que atañe al domicilio de las partes, el requisito de declararlo en el contrato social reviste una gran importancia en las sociedades *intuitu personae*; pero no tanta en las *intuitu pecuniae*, porque en éstas los socios responden únicamente del pago de sus aportaciones, mientras que en aquellas, en las sociedades de personas, responden solidaria, subsidiaria e ilimitadamente de las deudas sociales con lo que, expresando el domicilio de los socios, se facilita a los acreedores de la sociedad el ejercicio de las acciones que tuvieren contra ellos.

[2] Esta polémica no está resuelta por nuestra legislación para las asociaciones y sociedades civiles en donde se habla de que los socios deben ser *individuos* (art 2670, *CCDF*) entendiendo por tales a las personas físicas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Suprema Corte de Justicia ha establecido que las garantías individuales también protegen a las personas morales, con lo que de hecho se les reconoce el carácter de *individuos.*

[3] *Tratado de sociedades mercantiles,* t I, Porrúa, 1965, p 62.

### 6.2.2 La razón o la denominación social

Hemos dicho en otro lugar que el nombre de las personas morales, o sean la razón y la denominación social, constituyen uno de los atributos de la persona moral, por lo que no insistiremos en ello.

La razón social y la denominación social, lo mismo que el nombre de los socios, es también un supuesto lógico del contrato de sociedad, por más que, tratándose de sociedades *intuitu personae,* la razón social cobra una gran relevancia a efecto de determinar la responsabilidad de los socios y aun de terceros, como se verá al estudiar esta clase de sociedades mercantiles.

### 6.2.3 El objeto social

El objeto social, a nuestro juicio, es un elemento esencial del negocio social[4] de manera que, si no se determinara, el contrato carecería de sentido; sería tanto como el *acto del loco,* esto es, el acto carente de los medios necesarios para alcanzar los fines que se han propuesto los socios, tema al que nos hemos referido con cierto detalle cuando tratamos las diferentes tesis de la llamada *causa* contractual.

La declaración del objeto social es quizás el requisito más importante del negocio social, puesto que, mediante su determinación, los socios fijan los límites de la capacidad jurídica de la persona moral y, consecuentemente, su marco legal de acción, dentro de la esfera de capacidades generales y limitaciones establecidas por la ley.

Cuando decimos que la capacidad de la persona moral se determina dentro de las capacidades generales y limitaciones establecidas por la ley, queremos significar no solo que el objeto social debe ser lícito y posible, sino también que los socios no tienen un poder absoluto para fijarlo. En efecto, en algunos casos la ley veda a las sociedades mercantiles dedicarse a cierto tipo de actividades reservadas exclusivamente al Estado (tales como la extracción y refinación de petróleo y la prestación del servicio público de energía eléctrica y, en general, todas las actividades enumeradas en el artículo 5o de la *Ley de Inversión Extranjera* vigente), de manera que en la determinación del objeto social debe estarse al principio general que rige para esta materia y que se expresa en la máxima que reza: *"lo que no está prohibido está permitido por la ley"*; principio consagrado en el primer párrafo del art 5o constitucional.

Por último, la determinación del objeto social tiene una gran importancia para los socios porque, por una parte, como señala **Ferrara,** la vaguedad de fines haría interdicta la actividad de la sociedad y, por la otra, desde un punto de vista práctico, difícilmente se podría integrar una sociedad con personas que no tuvieran la más mínima noticia de las actividades que ésta va a desarrollar.

[4] *Supra* Capítulo 3, Introducción.

### 6.2.4 Duración

El plazo o término de vigencia del contrato social, y consecuentemente, de vida de la sociedad, o sea su duración, ha dado lugar a diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales. De una parte, se sostiene que necesariamente ha de determinarse la duración de la sociedad[5] y, de otra parte, se afirma que puede estipularse una duración por tiempo indeterminado.[6]

Desde nuestro punto de vista, la determinación de la duración no es un requisito esencial del negocio social, porque nos parece que, aun en el caso de que no se declarara el término, se entendería que la voluntad de los socios fue la de contratar por tiempo indeterminado, tal y como acontece con ciertos contratos de tracto sucesivo en los que las partes no fijan plazo. En otras palabras, entendemos que en los contratos de tracto sucesivo la falta de estipulación del plazo da lugar a que se tenga por puesta una duración por tiempo indeterminado, según dispone el art 1839, *CCDF*, por cuanto la existencia y subsistencia de la sociedad es una consecuencia ordinaria del contrato que la genera.

### 6.2.5 El domicilio social

En la sección 4.3, también nos hemos referido al domicilio social como uno de los atributos de las personas morales, por lo que no abundaremos acerca de este tema.

No obstante, nos parece oportuno recordar que, de acuerdo con lo establecido por el art 33, *CCDF*, *"Las personas morales tienen su domicilio en el lugar en donde se halle establecida su administración", lo que nos induce a concluir*

*i)* Que los socios tienen la facultad de elegir el domicilio social
*ii)* Que una vez elegido éste *deben* establecer en él la administración de la sociedad[7]
*iii)* Que, en consecuencia, los socios no tienen una facultad irrestricta para designar el domicilio social, y
*iv)* Que la designación del domicilio social no es un requisito esencial del contrato de sociedad porque, a falta de su determinación, se estará a lo previsto por la ley.

[5] *Cfr* DE PINA VARA, Rafael, *Derecho mercantil mexicano*, Porrúa, 1985, p 62; así como los *Anales de Jurisprudencia*, t XLI, p 748 y el *Informe del presidente de la Suprema Corte de Justicia correspondiente a 1943*, p 40, en donde se sostiene que la duración es un requisito esencial del contrato de sociedad. (Las dos últimas fuentes citadas por MANTILLA MOLINA.)

[6] *Cfr* RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit*, p 58; MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1986, p 237; CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1984, p 43, y MUÑOZ, Luis, *Derecho mercantil*, Herrero, 1952, p 402, quienes afirman que puede fijarse una duración por tiempo indefinido.

[7] *Véase* lo que antes dejamos asentado sobre el domicilio irreal en la Sección 4.3.4.

### 6.2.6 Capital social

El capital social se forma con la suma de las aportaciones, en numerario y otros bienes, que realizan los socios. La declaración del importe del capital social no es un requisito esencial del contrato de sociedad, pues su omisión puede suplirse fácilmente mediante una simple suma aritmética del importe de las aportaciones que hayan hecho los socios.

Según se hizo notar en otro lugar,[8] no deben confundirse los conceptos capital social y patrimonio. El capital social, como queda dicho, es la suma de las aportaciones de los socios; el patrimonio es la suma de los valores de contenido económico de que es titular la sociedad. Los conceptos de capital social y patrimonio solo coinciden al momento de la fundación de la sociedad puesto que, una vez iniciadas las operaciones, el patrimonio puede sufrir incrementos o deméritos.

En el caso de las sociedades colectiva y comandita simple, la *LGSM* no exige la determinación de un capital social mínimo legal, porque en ellas los socios, como hemos repetido en numerosas ocasiones, responden de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada de las deudas sociales. En cambio, para la sociedad de responsabilidad limitada exige la aportación de un capital fundacional mínimo de tres millones de pesos (art 62) y para la anónima y la comandita por acciones de cincuenta millones de pesos (arts 89, frac II), equivalentes en la actualidad a tres mil y cincuenta mil pesos, respectivamente.

En la determinación del importe del capital social no se computan los servicios que aportan los socios industriales porque no son susceptibles de valuación económica.[9]

El concepto de capital social tiene diversas connotaciones, según sea su función, de modo que se habla de: capital inicial o fundacional, capital suscrito, capital pagado o exhibido, capital mínimo fijo, capital variable, capital máximo y capital autorizado.

1 *Capital inicial o fundacional* Es el mínimo exigido por la ley para la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada, anónima y comandita por acciones, al que nos hemos referido en párrafos anteriores
2 *Capital suscrito* Es la suma de las aportaciones que los socios se han comprometido a hacer a la sociedad
3 *Capital pagado o exhibido* Es la suma de las aportaciones *efectivamente hechas* a la sociedad por los socios; suma que, en la sociedad de responsabilidad limitada debe ser, por lo menos, de cincuenta por ciento del valor de cada parte social (art 62) y en la anónima de veinte por ciento de cada

[8] *Supra* Sección 3.3.
[9] *Cfr* Exposición de Motivos de la *LGSM*.

acción pagadera en efectivo o de cien por ciento de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario (art 89, fracs III y IV)

4 *Capital mínimo fijo* Es aquel respecto del cual, en las sociedades de capital variable, los socios no tienen derecho de retiro (art 6o, frac VI, segundo párr) y cuyo monto no podrá ser inferior a tres mil pesos, para la sociedad de responsabilidad limitada; a cincuenta mil pesos para la anónima y la comandita por acciones y la quinta parte del capital social inicial para la colectiva y la comandita simple (art 217)

5 *Capital variable* Al contrario del anterior, es la parte del capital social respecto de la cual los socios tienen derecho de retiro (art 220)

6 *Capital máximo* Es la suma de los capitales mínimo y variable y al que la ley (art 217) llama erróneamente capital autorizado

7 *Capital autorizado* Es el capital máximo de las sociedades de *capital fijo* que emiten acciones de tesorería. Como antes se indica, no debe ser confundido con el capital máximo. Nos referiremos a ambos conceptos al estudiar con detalle las sociedades de capital variable.

### 6.2.6.1 PRINCIPIOS QUE RIGEN AL CAPITAL SOCIAL

Las personas morales, lo mismo que las físicas, responden del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que por ley son inalienables e inembargables (art 2964, *CCDF*), de allí que el legislador ponga un gran cuidado en que el capital social, que es parte del patrimonio de la sociedad, constituya una garantía de las deudas sociales, especialmente en el caso de las sociedades *intuitu pecuniae.*

Por consiguiente, dado que el capital social representa una garantía para los acreedores de la sociedad, el legislador ha dictado una serie de normas tendientes a conservar esa garantía; normas que son conocidas doctrinalmente como *principios del capital social,* entre los que se cuentan los de garantía, los de realidad del capital social, los de limitación de los derechos de los fundadores y los de la intervención pública y privada los cuales, a su vez, se descomponen en otros subprincipios a los que nos habremos de referir detalladamente al analizar el capital social de las anónimas.

### 6.2.6.2 LAS APORTACIONES

Las aportaciones constituyen el llamado *objeto indirecto* del negocio social; son las cosas que el socio está obligado a transmitir a la sociedad o los hechos que debe prestarle. Por ende, si las aportaciones no se realizan, el contrato de sociedad no llega a existir (arts 1824 y 1794, *CCDF*).

Las aportaciones pueden consistir en numerario, en otros bienes distintos del numerario, inclusive derechos, y en servicios. Las aportaciones distintas del numerario, también llamadas *de especie,* por regla general son translativas

de dominio (art 11, *LGSM*) y es requisito indispensable que se valoricen y que se declare el criterio seguido para su valorización, según dispone el art 6o, frac VI, *LGSM*.

Si las aportaciones en especie consisten en créditos, con arreglo a lo previsto por el art 12, *LGSM*, el socio responde a la sociedad de la existencia y legitimidad de ellos, así como de la solvencia del deudor en la época de la aportación. Como se puede apreciar, este último dispositivo legal deroga la regla general de la cesión mercantil de créditos estatuida en el art 391, *C Com*, conforme a la cual el cedente no responde de la solvencia del deudor, sino tan solo de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión.

Asimismo, si la aportación consiste en títulos de crédito, el socio tendrá idéntica responsabilidad y, además, garantizará que éstos no han sido objeto de la publicación que previene la *LGTOC* para los casos de pérdida de valores de tal especie, sin que, en ambos casos, valga el pacto en contrario (art 12, *LGSM*).

De los requisitos que antes nos ocupamos podemos decir

1 Que el nombre de los socios es un supuesto lógico del contrato de sociedad y que la firma con que éstos lo suscriben sirve para acreditar la existencia del consentimiento
2 Que la razón social y la denominación social también son supuestos lógicos del contrato de sociedad, más que requisitos esenciales del mismo
3 Que la declaración de la nacionalidad de los socios solo tiene relevancia para efectos de policía estatal
4 Que la declaración del domicilio de los socios es muy relevante en el caso de las sociedades *intuitu personae*, puesto que responden de las deudas sociales con su patrimonio
5 Que el consentimiento de los socios, las aportaciones y el objeto social son requisitos de existencia del contrato de sociedad
6 Que la declaración del domicilio, la duración y el importe del capital social no son requisitos esenciales del contrato de sociedad y que, en consecuencia, los dos primeros pueden ser suplidos por las disposiciones legales a ellos aplicables y el último puede ser determinado mediante una simple suma aritmética.

## 6.3 LOS ESTATUTOS

Los estatutos son las reglas de organización y funcionamiento de la sociedad, según establece el último párr del art 6o, *LGSM*. Este concepto engloba, además, las reglas concernientes a la disolución y liquidación de la sociedad, pues en estas operaciones deben reglamentarse la integración y funcionamiento de los órganos de la liquidación.

Los estatutos sociales son connaturales a todo negocio social, de modo que, si se omiten, se aplican supletoriamente las disposiciones de la ley, concernien-

tes a la organización, funcionamiento, disolución y liquidación de cada especie de sociedad (art 8o, *LGSM*). Esto significa que los estatutos pueden ser omitidos o modificados. Pero la modificabilidad de los estatutos no es absoluta, por cuanto se rigen por ciertas reglas imperativas de la ley, cuya infracción produce la nulidad de la estipulación que las acuerde. Así, por caso, serán nulos los pactos que disminuyan los *quórumes* de asistencia y votación para las juntas o asambleas de socios o, en general, los que impidan a éstos el ejercicio de sus derechos.

### 6.3.1 Reglas de organización

Como su nombre lo indica, las reglas de organización son las que se ocupan de la forma de integrar los órganos sociales, o sea las juntas o asambleas de socios, los consejos de gerentes o de administradores, los interventores, los consejos de vigilancia, los comisarios y los liquidadores. De estos asuntos se ocupan los arts 6o, fracs IX y XII; 47, 57, 84, 164, 181, frac II, y 236, *LGSM*, aunque debe advertirse que, tratándose de las sociedades colectiva y en comandita simple, la ley no establece explícita, sino indirectamente la conveniencia o necesidad de integrar las juntas de socios (arts 246, frac III y 41, *C Com*) cuyas reglas de organización y funcionamiento se dejan al libre pacto de las partes, observándose siempre lo dispuesto por los arts 31, 33, 34, 43, 46, 47 y 50, *LGSM*, de contenido inderogable.

Por lo que toca a las sociedades de responsabilidad limitada, anónima y comandita por acciones, la forma de integrar las asambleas (nombre de las juntas de socios reservado por la ley para esta clase de sociedades), está reglamentada por la *LGSM*, más o menos con cierta minuciosidad.

### 6.3.2 Reglas de funcionamiento

El ejercicio de las funciones de los diversos órganos sociales también está reglamentado con cierto detalle por la *LGSM*. Es en este campo de los estatutos en donde los socios tienen una mayor flexibilidad, en particular en lo concerniente a las funciones y facultades de los órganos de administración. Sin embargo, debe tenerse presente que aquí también prevalecen ciertos preceptos inmodificables, como lo son, entre otros, los que establecen los *quórumes* mínimos de votación y el que atribuye voto de calidad al presidente del consejo de administración de la anónima.

### 6.3.3 Reglas de disolución

Las reglas de disolución atienden a la declaración y reconocimiento de que la sociedad debe cesar sus operaciones normales. No se les debe confundir con las *causas* de disolución previstas en los arts 229 y 230, *LGSM*, éstas se refie-

ren a las circunstancias que motivan el cese de las operaciones, aquellas a la forma de declarar y reconocer que existe una causa de disolución y a las consecuencias que derivan de tal declaración y reconocimiento.

### 6.3.4 Reglas de liquidación

Por su nombre se infiere que son las que atañen a las operaciones que tienen por objeto la liquidación de la sociedad. En principio, los socios tienen amplia libertad para establecer estas reglas (arts 6o, frac XIII y 240, *LGSM*); pero, para que sean válidas, no deben atacar los derechos de los acreedores ni los de los socios.

## 6.4 LA ESCRITURA CONSTITUTIVA

El derecho notarial reglamenta cinco clases de instrumentos públicos, a saber: el protocolo, la escritura pública, el testimonio, las copias certificadas y las actas notariales.

El legislador mercantil en ocasiones confunde los conceptos escritura pública y testimonio (por ejemplo, en el art 21, frac V, del *Código de Comercio)* y en otras, confunden las nociones testimonio y acta (art 194 *in fine, LGSM*).[10] Por tal motivo, tomando como base las definiciones contenidas en la *Ley del Notariado* vigente en el estado de Nuevo León (que no difieren sustancialmente de las contenidas en las leyes notariales de otros estados), a continuación transcribimos los conceptos legales que nos ofrece dicho ordenamiento acerca de los instrumentos públicos notariales.

### 6.4.1 Protocolo

> *Está constituido por los libros o volúmenes en los cuales el notario, durante su ejercicio, asienta y autoriza con las formalidades previstas por la ley, las escrituras que se otorgan ante su fe, y por el apéndice*[11] *en el que se glosan los documentos relacionados con ellas* (art 86).

En otras palabras, el protocolo es una colección de instrumentos públicos (escrituras) debidamente encuadernados.

[10] MANTILLA MOLINA, *op cit,* p 224, quizá por un *lapsus calami* llama actas notariales a las escrituras públicas. Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia en algunas tesis ha confundido los conceptos *contrato social* y *escritura social.*

[11] Apéndice es el o los legajos en que se glosan los documentos relacionados con las escrituras públicas y con las actas notariales.

### 6.4.2 Escritura pública

*Es el instrumento que el notario asienta en su protocolo y autoriza con su firma y sello para hacer constar el o los actos jurídicos que en el mismo se contienen* (art 104).

### 6.4.3 Testimonio

*Es la copia en la que el notario transcribe o reproduce, íntegramente o en lo conducente, una escritura del protocolo a su cargo, así como los documentos que obran en el apéndice del mismo, con excepción de los que ya se hallen insertos en el instrumento y con el que el titular, en su caso, podrá ejercer las acciones correspondientes* (art 129).

### 6.4.4 Copias certificadas

Son las copias de los testimonios o de otros documentos autenticadas por el notario con su sello y firma.

### 6.4.5 Acta notarial

*Es el instrumento original que el notario levanta fuera del protocolo para hacer constar un hecho jurídico y que tiene la firma y sello del notario* (art 136).

Ahora bien, si aplicamos estos conceptos legales a la materia de sociedades mercantiles tendremos que

1 La escritura constitutiva es el instrumento público asentado por el notario en su protocolo, que contiene el contrato social y, en su caso, los estatutos y que, en consecuencia, este instrumento no se inscribe en el Registro Público de Comercio
2 Los testimonios son una o varias copias de la escritura constitutiva y de las escrituras que contengan las modificaciones a la misma, instrumentos que son los propiamente inscribibles en el Registro Público de Comercio[12]
3 Los testimonios sirven a la sociedad y a los socios para ejercitar (en la vía ejecutiva, según previene el art 1391, *C Com*) las acciones que les correspondan; así como para probar el *status* de socio, cuando no sea necesario emitir o no se hubieren emitido los títulos representativos de las participaciones sociales o para acreditar la *personalidad* de los administradores.

[12] *Cfr* art 25, *C Com*.

#### 6.4.5.1 VALOR DE LOS INSTRUMENTOS NOTARIALES

Mientras no fuere declarada judicialmente su falsedad, los instrumentos notariales probarán plenamente que los otorgantes manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en ellos, que hicieron las declaraciones y se realizaron los hechos de los que haya dado fe el notario, así como que éste observó las formalidades de ley (art 148).

Referidos estos conceptos al negocio social, se puede apreciar que las escrituras públicas y los testimonios son instrumentos probatorios tanto de la existencia del contrato, como de los demás requisitos exigidos por la ley para su validez.

#### 6.4.5.2 NULIDAD DE LOS INSTRUMENTOS NOTARIALES

Las leyes notariales mexicanas, en términos generales, establecen las siguientes causas de nulidad de los instrumentos notariales

1 Por ser autorizados por notario incompetente
2 Por estar redactados en idioma extranjero
3 Por haberse omitido su lectura en los casos en los que la ley exige esta formalidad
4 Por no estar firmados por todos los que deben hacerlo
5 Por no estar autorizados con el sello y firma del notario.

#### 6.4.5.3 EFECTOS DE LA NULIDAD DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

La nulidad de los instrumentos públicos produce el efecto de que carezcan de fuerza probatoria plena y, en los casos en que la ley exija la formalidad de elevar los actos a escritura pública, también producen la nulidad de los actos no formalizados en esta clase de instrumentos (art 1833, *CCDF*).

## 6.5 RECAPITULACIÓN

De cuanto hemos expuesto en este capítulo podemos concluir que

1 El contrato social se forma con las estipulaciones de los socios, relativas a la razón o denominación social, al objeto de la sociedad, a la duración y domicilio de ésta, a las aportaciones de los socios y, consecuentemente, al importe del capital social
2 Los estatutos sociales son las reglas de organización, funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad; reglas que son connaturales a todo negocio social y que si se omiten, dan lugar a que se apliquen supletoriamente las disposiciones relativas de la ley
3 Como consecuencia de lo expuesto en el punto anterior, la escritura constitutiva es perfecta aun cuando se omitan en ella los estatutos

4 En el contrato social se puede confiar a las juntas o asambleas extraordinarias de socios la determinación del contenido de los estatutos sociales, en cuyo supuesto no se estaría reformando la escritura constitutiva, por cuanto no formarían parte de ella[13]
5 Al no modificarse la escritura constitutiva, no se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores;[14] pero sí la autorización notarial para inscribir el acta de la junta o asamblea que acuerde el contenido de los estatutos o sus reformas, en el Registro Público de Comercio
6 La escritura constitutiva es el instrumento público notarial que contiene el contrato social y, en su caso, los estatutos que rigen la organización, funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad
7 En el art 21, frac V, del *Código de Comercio,* se habla impropiamente de inscribir en el Registro Público de Comercio la *escritura constitutiva* de la sociedad y sus reformas, toda vez que los instrumentos registrables son el primer testimonio de la escritura constitutiva de la sociedad y los subsiguientes testimonios que contengan las reformas a la misma.

En el capítulo siguiente habremos de ver con detalle el contenido de la escritura constitutiva y los efectos que produce su inscripción o falta de inscripción en el Registro Público de Comercio.

[13] Esta práctica es muy común en el derecho anglosajón en donde se distingue entre *Charter of incorporation* (carta de incorporación, o sea, contrato social) y *By laws* (estatutos). *Cfr* URSÚA-COCKE, Eugenio, *Elementos del sistema jurídico anglosajón,* Porrúa, 1984, p 179 y GORDON COUGHLIN, George, *Your introduction to law,* Harper and Row, 1963, p 136, quien nos informa que, en algunos casos, los estatutos pueden ser modificados por los administradores.

[14] No nos cansaremos de repetir que la obligación legal de solicitar permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores para constituir cualquier clase de sociedad o para reformar su escritura constitutiva es inconstitucional, porque viola la garantía de libertad de asociación consagrada en el art 9o de nuestra Carta Política cuyo texto es clarísimo.

CAPÍTULO
7

# SOCIEDADES INEXISTENTES, IRREGULARES, NULAS Y ANÓMALAS

## SUMARIO


**7.1 INEXISTENTES**
**7.2 IRREGULARES**
**7.3 NULAS**
7.3.1 Sociedades nulas en general
7.3.1.1 Conceptos
7.3.1.2 Principios generales
**7.4 REGULARES VÁLIDAS, NULAS Y VICIADAS NO ANULABLES**
7.4.1 Regulares válidas
7.4.2 Regulares nulas
7.4.2.1 Casos especiales de estipulaciones ilícitas de las sociedades regulares que no producen la nulidad del negocio social
7.4.2.1.1 Sociedades regulares con pacto de exclusión de las ganancias
7.4.2.1.2 Sociedades regulares con pacto de exclusión de pérdidas
7.4.3 Regulares viciadas no anulables
**7.5 IRREGULARES VÁLIDAS Y NULAS**
7.5.1 Irregulares válidas
7.5.2 Irregulares nulas
7.5.2.1 En razón de estar constituida la sociedad con un objeto ilícito o por realizar actos ilícitos
7.5.2.2 Por falta de forma
7.5.2.3 Por falta de capacidad
7.5.2.4 Por vicios del consentimiento
7.5.2.5 Derivada de la ilicitud del motivo o fin determinante
7.5.2.5.1 Pacto de exclusión de las ganancias
7.5.2.5.2 Pacto de no reportar las pérdidas
**7.6 ANÓMALAS**
**7.7 RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL POR LA COMISIÓN DE ACTOS ILÍCITOS**
**7.8 JUEZ COMPETENTE**

## 7.1 INEXISTENTES

Según dejamos asentado en el capítulo 3, la falta de consentimiento, de aportaciones o de fin (objeto) social son causas de inexistencia del contrato de sociedad. Por consiguiente, si se utiliza una razón o una denominación social para ocultar al único y verdadero dueño de una empresa mercantil, deberá considerarse que los bienes adquiridos y las obligaciones contraídas a nombre de la *sociedad* son bienes y obligaciones que pertenecen al propietario real de la empresa, pues en este supuesto no puede afirmarse que la *sociedad* está investida de personalidad jurídica, aunque se haya exteriorizado como tal frente a terceros, por la simple razón de que el ente legal no existe ni formal ni aparentemente.

## 7.2 IRREGULARES

Con arreglo a lo previsto en el art 2o, *LGSM,* para que una sociedad se considere *regular* se requiere que cumpla con los requisitos de forma y de eficacia previstos en la propia ley; es decir, que el contrato social conste en escritura pública y que la sociedad se encuentre inscrita en el Registro Público de Comercio. De modo que, *a contrario sensu,* serán irregulares

*i)* Las sociedades verbales
*ii)* Las sociedades que consten en escrito privado, y
*iii)* Las sociedades que consten en escritura pública y no se encuentren inscritas en el Registro Público de Comercio.[1]

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* establece en su art 7o que la irregularidad de las sociedades puede sanarse mediante el ejercicio, en la *vía sumaria,*[2] de dos acciones concedidas a los socios: una para demandar el

[1] Aunque la Suprema Corte de Justicia llama indistintamente *sociedades irregulares* y *sociedades de hecho* a las que no están inscritas en el Registro Público de Comercio, nosotros, por razones prácticas, preferimos llamarlas *sociedades irregulares* para evitar las numerosas confusiones que ha provocado la terminología doctrinal.

[2] Recuérdese que en materia mercantil no existe la vía sumaria.

otorgamiento de la escritura pública cuando el contrato social contenga los requisitos establecidos en las fracs I a VII del art 6o y la otra, para demandar la inscripción de la sociedad en el Registro Público del Comercio.

Ahora bien, en virtud de que la ley concede a los socios las acciones antes mencionadas, nos parece que todos y cada uno de ellos son responsables de la irregularidad de la sociedad, ya sea por dolo o negligencia, razón por la cual no le encontramos sentido a lo previsto en el párr final del art 2o, *LGSM*, que dispone que los socios no culpables de la irregularidad podrán exigir daños y perjuicios a los culpables y a los que actuaren como representantes o mandatarios de la sociedad irregular.

Por otro lado, de lo dispuesto por el primer párr del art 7o, *LGSM*, se infiere que el legislador presupone que las sociedades irregulares reúnen los requisitos de existencia previstos por la ley y, en tal virtud, ha estatuido que estarán investidas de personalidad jurídica cuando se exterioricen como tales frente a terceros, según previene el tercer párr del art 2o, *LGSM*, cuya inclusión en la ley se realizó en 1942.

Los motivos del legislador para adicionar el art 2o con el párr en cuestión, obedecieron a su intención de proteger a los acreedores de las sociedades irregulares. Sin embargo, la protección ofrecida es harto dudosa porque la atribución de personalidad jurídica a las sociedades irregulares trae como consecuencia que sus bienes y responsabilidades se consideren como autónomos, esto es, distintos de los bienes y responsabilidades de los socios; circunstancia que puede dar lugar a que se abuse impunemente de las sociedades capitalistas, cuando personas insolventes extrañas a ellas actúen como sus representantes, mandatarios o gestores oficiosos. En efecto, el art 2o, párr quinto, *LGSM*, establece que los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, *subsidiaria, solidaria* e *ilimitadamente* y, por su parte, el art 7o, párr final, estatuye que las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad irregular como gestores oficiosos contraerán responsabilidad *ilimitada* y *solidaria* por dichas operaciones, de manera que si los representantes, mandatarios o gestores no son socios y son insolventes, la responsabilidad que les atribuye la ley es ilusoria. En consecuencia, debería considerarse, como cuestión de *lege ferenda*, que los socios de la limitada y de la anónima irregulares incurren en responsabilidad solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales, independientemente de que sean culpables o no de la irregularidad.

[3] *Cfr* RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t I, Porrúa, 1965, pp 125-169; BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, pp 213-289; MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1986, pp 241-252; DE PINA VARA, Rafael, *Derecho mercantil mexicano*, Porrúa, 1985, pp 66-69, etcétera.

En este mismo orden de ideas, nos parece conveniente puntualizar que los socios colectivos y comanditados de las sociedades irregulares son solidaria, subsidiaria e ilimitadamente responsables de las obligaciones sociales, hayan actuado o no como representantes, mandatarios o gestores oficiosos (arts 25 y 51, *LGSM*), en tanto que los socios comanditarios, los de la limitada y los de la anónima solo incurren en dicha responsabilidad cuando actúan con tal carácter.

Otras consecuencias que produce la irregularidad de las sociedades conciernen a que las estipulaciones del contrato social no pueden oponerse a terceros, quienes sí podrán aprovecharlas en lo que les fueren favorables (art 26, *C Com*) y que no pueden acogerse al beneficio de la suspensión de pagos o de concluir la quiebra por convenio (arts 397 y 301, *LQSP*).

En lo que se refiere a los socios, las relaciones internas de las sociedades irregulares se rigen por el contrato social y, en su defecto, por las disposiciones generales y especiales que establece la ley, según la clase de sociedades de que se trate (art 2o, párr cuarto, *LGSM*).

## 7.3 NULAS

Pocas cuestiones han suscitado mayor confusión en la doctrina nacional y extranjera que la de las sociedades válidas y nulas, por la numerosa cantidad de hipótesis que plantea, pues la validez y la nulidad de las sociedades mercantiles lo mismo se puede predicar de las regulares que de las irregulares, así como de otras que comúnmente son conocidas como *anómalas*.

Para facilitar nuestra exposición, hemos estimado pertinente partir de algunas consideraciones generales acerca de las nulidades, en especial de la nulidad del negocio social, para aplicarlas enseguida a tres grandes grupos de sociedades válidas y nulas, a saber[4]

*Sociedades* ***regulares***

*a)* Válidas
*b)* Nulas, y
*c)* Viciadas no-anulables

*Sociedades* ***irregulares***

*a)* Válidas y nulas

[4] Nos apartamos de la doctrina mexicana no porque desdeñemos todas o una u otras de las clasificaciones por ella propuestas, sino por el simple afán de facilitar a nuestros jóvenes alumnos la comprensión del tema dentro del contexto general de la *Teoría de las obligaciones* impartida a nivel universitario y contenida en nuestra legislación civil.

*Sociedades* ***anómalas***

*a)* Aparentes
*b)* Incompletas
*c)* Parcialmente nulas
*ch)* Ocultas, y
*d)* Durmientes.

## 7.3.1 Sociedades nulas en general

En virtud de que en este capítulo trataremos básicamente de los negocios sociales nulos, antes de entrar a su estudio haremos una digresión para considerar, en general, el tema de la nulidad de las sociedades, el cual, como hemos dicho, plantea tal variedad de hipótesis y situaciones que su solo enunciado sería suficiente para llenar varias páginas de este curso.[5, 6]

A manera de introducción a la materia que nos ocupa, nos parece conveniente traer a colación los siguientes conceptos y principios doctrinales acogidos por nuestro derecho común y aplicables a la nulidad de las sociedades mercantiles.

### 7.3.1.1 CONCEPTOS

*a)* *Nulidad* ***absoluta*** Es la que, en principio, resulta de actos contrarios a las leyes de orden público (imperativas o prohibitivas) y a las buenas costumbres y que, en consecuencia, no desaparece por confirmación o prescripción (arts 8o, 1830, 1831, 2225, 2226 y 2692, *CCDF*)

*b)* *Nulidad* ***relativa*** Es la que, por exclusión, no reúne todos los caracteres de la nulidad absoluta y que, por consiguiente, es susceptible de desaparecer por confirmación o prescripción (art 2227, *CCDF*)

*c)* *Nulidad* ***de derecho*** "Es aquella que resulta del incumplimiento, en cierto modo material, o si se prefiere, tangible de una prescripción legal, sea de forma o de fondo" (**Bonnecase**; arts 1833, 2228 y 2229, *CCDF*)

[5] Para muestra, *véase* el índice del monumental tratado de HÉMARD, Joseph, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*" (Sirey, París, 1926) cuyo abrumador título ya es suficiente para darnos una idea de la magnitud del problema.

[6] Por la misma razón, en la preparación de este apartado solo por excepción hacemos referencia expresa a algunos de los numerosos tratadistas que han escrito acerca de la materia. Sin embargo, consideramos de elemental honestidad advertir que en esa tarea hemos consultado, entre otros, a los siguientes autores: HÉMARD, *op cit*, en la nota anterior; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit;* BARRERA GRAF, Jorge, *op cit*, MANTILLA MOLINA, Roberto, *op cit;* ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t I: obligaciones; BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones;* VÁZQUEZ ARMINIO, Fernando, "Sociedades mercantiles", en *La reforma de la legislación mercantil;* y BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil*, cuya teoría de las nulidades, como es sabido, es casi íntegramente recogida por nuestra legislación civil. (El nombre de las casas editoriales y las fechas de edición de todas estas obras aparecen en la bibliografía de este libro.)

*ch) Nulidad de apreciación* "Es aquella en que el legislador se ha remitido, para su aplicación, a la conciencia del juez, ya que la noción en que se basa está desprovista de todo contenido fijo e invariable" (**Bonnecase**; art 3o, *LGSM*)

*d) Nulidad textual* "Es aquella que está prevista por la ley de manera expresa" (**Bonnecase**)

*e) Nulidad virtual*[7] "Es aquella que se funda únicamente en el espíritu de la ley" (**Bonnecase**)

### 7.3.1.2 PRINCIPIOS GENERALES

1 De la nulidad absoluta puede prevalerse todo interesado, sea parte o no del negocio nulo (art 2226, *CCDF*)

2 De la nulidad relativa, por regla general, solo pueden prevalerse las partes (arts 2228, 2229 y 2230, *CCDF*) y, por excepción, cualquier interesado (art 2229)

3 El negocio social viciado de nulidad, ya sea absoluta o relativa, produce provisionalmente sus efectos hasta en tanto no sean destruidos retroactivamente por autoridad judicial, *cuando la Ley prevea esta consecuencia* (arts 8o, 2226 y 2227, *CCDF*, que establecen una excepción condicional al principio *ex injuria, jus non oritur;* excepción que inhibe a los socios de declarar de pleno derecho la nulidad del contrato social, pero que, en caso extremo, no les impide rescindirlo, como ya hemos advertido en otro lugar)[8]

4 Las sociedades *regulares,* inscritas en el Registro Público de Comercio, solo pueden ser declaradas nulas cuando tengan un objeto ilícito o cuando ejecuten habitualmente actos ilícitos (art 2o, párr segundo, *LGSM*)

5 Las sociedades *irregulares,* no inscritas en el Registro Público del Comercio, son válidas si constan en escritura pública; pero pueden anularse si les falta la forma o por cualquiera de las otras causas previstas por la ley

6 La incapacidad de una o varias de las partes y los vicios del consentimiento no producen *necesariamente* la nulidad total del acto, pero sí la parcial, respecto de aquellas que sean incapaces o hayan sufrido esos vicios (art 2238, *CCDF*).

De las definiciones y principios antes expuestos se infiere que toda declaración de nulidad presupone contestar tres interrogantes, a saber

[7] No debe ser confundida con la *nulidad de apreciación* que sí está prevista expresamente en la ley para el caso de que la sociedad ejecute *habitualmente* actos ilícitos. En derecho mexicano prevalece el principio *nulla nullitas sine lege,* de donde resulta que la *nulidad virtual* no tiene aplicación en nuestro medio.

[8] *Supra* Sección 5.2, nota 27, en la que se transcribe la jurisprudencia de la Suprema Corte que establece que la nulidad absoluta no existe de pleno derecho.

***Primera*** ¿En qué casos procede la declaración de nulidad?
***Segunda*** ¿De qué clase de nulidad se trata?, y
***Tercera*** ¿Cuáles son los efectos de la nulidad?

A continuación, al ir analizando las diferentes hipótesis legales, propondremos la respuesta a cada una de estas preguntas. Pero, antes de hacerlo, permítasenos advertir que en rigor, según acertadamente señala José Ma. **Abascal**, debe hablarse de nulidad del contrato de sociedad y no de sociedades nulas, como lo hacen el legislador (arts 2o y 3o, *LGSM* y 2692, *CCDF*) y algunos tratadistas, "porque la nulidad alcanza a los actos jurídicos, no a las personas"[9] y que, no obstante, aquí seguiremos utilizando la expresión *sociedades nulas* para no apartarnos del lenguaje tradicional, aunque impropio, de la doctrina y de la ley.

## 7.4 REGULARES VÁLIDAS, NULAS Y VICIADAS NO ANULABLES

Dentro de la clasificación de sociedades regulares caen todas las inscritas en el Registro Público de Comercio.

### 7.4.1 Regulares válidas

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* considera como sociedades *regulares* a aquellas que se encuentran inscritas en el Registro Público de Comercio y que, consecuentemente, están constituidas en escritura pública. Por tanto, no es de extrañar que en su art 2o estatuya que "no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio", habida cuenta de que la matriculación mercantil supone, que el notario público, con fundamento en lo previsto en el artículo 5o LGSM autorizó el instrumento notarial tomado buen cuidado de vigilar que los requisitos de existencia y validez del negocio social se han cumplido y, por otra parte, que el requisito de eficacia también se ha cumplido.

### 7.4.2 Regulares nulas

El art 2o, *LGSM*, por remisión al numeral 3o del mismo ordenamiento, previene que solo puede declararse la nulidad de las sociedades *regulares* en dos hipótesis: **una**, cuando tengan un objeto social ilícito y, la **otra**, cuando realicen habitualmente actos ilícitos.

La primera hipótesis, a su vez, supone otras dos subhipótesis, a saber:

[9] *Op cit.*

***Primera*** Que en la constitución de la sociedad o en la modificación a la escritura constitutiva el notario no haya advertido la ilicitud del objeto,
***Segunda*** Que por causas supervenientes devenga la ilicitud del objeto; es decir, porque la ley, con posterioridad a la constitución de la sociedad, prohíba a las sociedades mercantiles realizar ciertas y determinadas actividades.

La segunda hipótesis, en cambio, supone que la sociedad regular ha abandonado sus actividades lícitas o que, no habiéndolas abandonado en su totalidad, realiza *habitualmente* actos ilícitos; lo que de suyo plantea el problema de determinar qué debe entenderse por ejecución *habitual* de dicho tipo de actos.

Respecto a esta última noción, Luis **Muñoz**[10] afirma que no hay razón alguna por la que no deba adoptarse el criterio establecido por la legislación penal para determinar cuándo es habitual la ejecución de actos ilícitos. No compartimos esta opinión por dos razones: primera, porque la ley penal es taxativa y, segunda, porque conforme al último párr del art 14 constitucional no cabe la llamada *interpretación* analógica, sino aquella que es conforme a la letra de la ley.[11] En consecuencia, a nuestro juicio, la determinación acerca de si una sociedad ejecuta habitualmente actos ilícitos o no, debe dejarse al arbitrio judicial, por cuanto, en principio, se está frente a la clase de nulidad que **Bonnecase** denomina *de apreciación* por estar desprovista de todo contenido fijo e invariable.

Pero, al margen de estas cuestiones doctrinales, debe advertirse que la ejecución habitual de actos ilícitos, vicia al negocio social de nulidad absoluta, porque puede prevalerse de ella "cualquier persona, incluso el Ministerio Público" y porque la ley no estatuye que pueda desaparecer por confirmación o prescripción.

Por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas que produce la declaratoria de nulidad de las sociedades regulares por cualquiera de las dos causas antes examinadas, la ley , en su art 3o, ordena

*i)* Que la sociedad se ponga inmediatamente en liquidación, a petición que en todo tiempo podrá hacer cualquier persona, incluso el Ministerio Público, "sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar"
*ii)* Que la liquidación se limite a la realización del activo social para pagar las deudas de la sociedad
*iii)* Que el remanente de la liquidación se aplique al pago de la responsabilidad civil, y

[10] *Derecho mercantil*, Herrero, 1952, p 400.
[11] La llamada *interpretación analógica* no es tal, sino un sistema de integración aplicable a las lagunas legales no permitido por nuestro orden jurídico. *Cfr* BORJA SORIANO, *op cit*, t I, p 47, y VERENGO, R.J., *La interpretación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1977, p 53.

*iv)* Que en defecto de la responsabilidad civil, el remanente se aplique a la beneficencia privada de la localidad en que la sociedad haya tenido su domicilio.

De estas consecuencias previstas en la ley inferimos

1 Que, tratándose de sociedades que tengan un objeto ilícito o que ejecuten habitualmente actos ilícitos, estamos frente a un caso de nulidad textual absoluta porque está prevista por la ley de manera expresa y por cuanto puede ser invocada por cualquier interesado y es imprescriptible
2 Que, en el caso de las sociedades cuyo objeto sea ilícito, la nulidad es de derecho y en el de aquellas que realicen habitualmente actos ilícitos la nulidad es de apreciación
3 Que la ley confunde dos situaciones diferentes: la de la sociedad que *ab initio* tiene un objeto ilícito y la de la sociedad que teniendo un objeto lícito realiza habitualmente actos ilícitos
4 Que, en ambos casos, la *LGSM* prevé la rescisión del contrato social y la consecuente liquidación de la persona moral; *pero no la destrucción retroactiva de los efectos del negocio social, ni de los actos ilícitos que aquella hubiere ejecutado;* toda vez que, a diferencia de lo que ocurre con las sociedades civiles cuyo objeto social sea ilícito, la *LGSM* no previene la restitución de las aportaciones[12] (art 2692, párr segundo, *CCDF*), ni ordena que la sociedad y los terceros con quienes ésta haya contratado se restituyan mutuamente lo que hayan recibido o percibido en virtud o por consecuencia de los actos ilícitos (art 2239, *CCDF*); sino que, por el contrario, preceptúa que los socios pierdan sus aportaciones y que la liquidación se limite, entre otras operaciones, a cobrar lo que se deba a la sociedad y a pagar lo que ella deba, sin distinguir si los créditos y las deudas provienen de actos lícitos o ilícitos
5 Que la solución prevista en la *LGSM,* aunque pueda parecer contraria al interés público, es la más apropiada para proteger los intereses de terceros que contrataron con la sociedad de buena fe, a pesar de que ello signifique que también se beneficien los que lo hicieron de mala fe[13, 14]
6 Que resulta superabundante que la ley disponga que el haber social se aplique al pago de la responsabilidad civil en que hubiere incurrido la sociedad, pues tal responsabilidad es una deuda social, que debe pagarse en virtud de la liquidación

[12] En este punto el *CCDF* parece seguir las tesis de HÉMARD (*op cit*, pp 83 y ss).

[13] En algunas ocasiones el derecho sacrifica el orden público y aun la justicia en aras de la seguridad jurídica. Tal sucede en el caso de la usucapión.

[14] En sentido contrario MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 243.

7 Que la aplicación del remanente a la beneficencia pública equivale a una confiscación de bienes contraria a lo dispuesto por el art 22, párr segundo, de la *Constitución*

8 Que la sanción de liquidación de la sociedad tiene fundamento constitucional, porque el art 9o de nuestra Carta Política, a *contrario sensu*[15] faculta a la autoridad a coartar el derecho de libre asociación cuando éste se realice con cualquier objeto ilícito.

### 7.4.2.1 CASOS ESPECIALES DE ESTIPULACIONES ILÍCITAS DE LAS SOCIEDADES REGULARES QUE NO PRODUCEN LA NULIDAD DEL NEGOCIO SOCIAL

#### 7.4.2.1.1 Sociedades regulares con pacto de exclusión de las ganancias

Según veremos con mayor detalle al ocuparnos de las sociedades irregulares nulas, con arreglo a lo estatuido en el art 17 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* las estipulaciones ilícitas que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias no producen ningún efecto legal. En consecuencia, si en una sociedad regular se pacta que alguno o algunos de los socios estarán excluidos de las ganancias, la cláusula se tendrá por no puesta; es decir, será ineficaz frente al excluido.

#### 7.4.2.1.2 Sociedades regulares con pacto de exclusión de pérdidas

Es claro que en las sociedades regulares la *cláusula* que exonere a uno o más socios de reportar las pérdidas estará viciada de nulidad absoluta, por las siguientes razones

***Primera*** Porque no solo afecta a los intereses de los socios restantes, sino porque además afecta a los intereses de terceros (acreedores de los socios no excluidos).

***Segunda*** Porque en virtud de la razón anterior, la acción de nulidad compete a cualquier interesado.

***Tercera*** Porque la ley no dispone que esta nulidad sea relativa, y

**Cuarta** Porque es contraria a la función del negocio social; esto es, porque su fin determinante es ilícito.

Pero, en este caso, en atención a lo dispuesto por el art 2238, *CCDF,* la nulidad de la estipulación *no acarrea la invalidez total del contrato,* porque las partes de él no viciadas pueden subsistir por separado y, además, porque la

[15] Algunos constitucionalista afirman que las disposiciones constitucionales que consagran garantías individuales no admiten interpretación a *contrario sensu.* Sin embargo, nos parece que dado el texto y el espíritu que informa al art 9o constitucional, no cabe duda de que sí.

*LGSM* no prevé como causas de disolución y liquidación de las sociedades regulares la circunstancia de que se estipule que todas las pérdidas pertenezcan a uno o varios socios.

Por otra parte, los argumentos antes propuestos pueden adquirir relevancia en ciertos casos que, desafortunadamente, se han presentado con mucha frecuencia en la práctica mexicana. Tales casos son los de las sociedades que, a fin de *reestructurar* sus deudas con acreedores extranjeros, aceptan *capitalizar* los pasivos a favor de éstos mediante la emisión de acciones de una serie (comúnmente llamada ***B*** o *de libre adquisición*) que solo soportará las pérdidas después de que las acciones de la otra serie (denominada ***A*** o *mexicana*) hayan sido totalmente canceladas como consecuencia de reducciones del capital social decretadas para absorberlas. A nuestro entender, estas estipulaciones están viciadas de nulidad absoluta, máxime si se toma en cuenta que, por lo general, las mal llamadas *capitalizaciones* de pasivos representan menos de una tercera parte del capital social, lo que asegura a los acreedores-accionistas extranjeros que no sufrirán menoscabo alguno, puesto que la sociedad debe ponerse en liquidación cuando haya perdido las dos terceras partes de su capital, conforme a lo dispuesto por el art 229, frac V, *LGSM*.[16]

### 7.4.3 Regulares viciadas no anulables

Salvo los casos antes mencionados, la ley considera como *regulares* y plenamente válidas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio, aunque en la formación del contrato social hayan intervenido incapaces o el consentimiento se haya captado por error, dolo o violencia. Esto es así, porque la *LGSM* establece una excepción a lo dispuesto en el art 1795, fracs I y II, *CCDF*, al no admitir la invalidación del contrato social ya sea por incapacidad legal de las partes o de una de ellas o bien por vicios del consentimiento.

Respecto a dicha excepción la doctrina mexicana adopta dos posturas irreductibles: la de quienes afirman que la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio tiene efectos sanatorios[17] y la de quienes sostienen que "la nulidad del vínculo de uno de los socios puede repercutir sobre la validez del contrato en ciertas y determinadas situaciones";[18] esto es, que en algunos casos sí puede reclamarse la nulidad por las causas anteriormente indicadas.

En nuestra opinión, la nulidad del contrato social por incapacidad de las partes o por vicios del consentimiento no puede hacerse valer cuando se trata de sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio, no porque la ins-

[16] Por esta circunstancia no puede invocarse lo dispuesto en el art 16, *LGSM*, párr primero, frac I, dado que no se trata de un caso de participación no proporcional en el reparto de las pérdidas.

[17] *Cfr* MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 243.

[18] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, p 135.

cripción tenga efectos sanatorios sino porque la ley establece una presunción de validez *iuris et de iure* que inhibe a los socios de ejercitar las acciones de nulidad que pudieran corresponderles; es decir, porque no los legitima para impugnar la validez del contrato, solución que no es extraña a nuestro derecho común (*véase* arts 1799, 1817, etcétera).

## 7.5 IRREGULARES VÁLIDAS Y NULAS

En principio, son *irregulares* todas las sociedades *no* inscritas en el Registro Público de Comercio, consten o no en escritura pública, independientemente de que la *LGSM* les atribuya personalidad jurídica cuando se hayan exteriorizado frente a terceros.

### 7.5.1 Irregulares válidas

La inscripción de las sociedades mercantiles en el Registro Público de Comercio es un requisito de eficacia, no de validez del contrato social. En efecto, la matriculación confiere a las sociedades la calidad de regulares, pero no la de válidas, según vimos al tratar de las sociedades regulares nulas; es decir de aquellas que estando constituidas ante notario público e inscritas en el Registro de Comercio pueden ser invalidadas por tener un objeto social ilícito o por realizar habitualmente actos ilícitos. En consecuencia, si el contrato constitutivo de una sociedad mercantil, cuyo objeto social sea lícito, se otorga en escritura pública por personas capaces cuyo consentimiento no haya sido captado por error, dolo o violencia, la sociedad será válida, aunque padezca de irregularidad por no estar matriculada.

### 7.5.2 Irregulares nulas

De lo que llevamos dicho se infiere que la nulidad de las sociedades irregulares se produce

*a)* Porque su objeto social sea ilícito o porque realicen habitualmente actos ilícitos (arts 3o, *LGSM* y 1795, frac III, *CCDF*)
*b)* Por falta de forma (arts 1795, frac IV y 1833, *CCDF*)
*c)* Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas (art 1795, frac I, *CCDF*)
*ch)* Por vicios del consentimiento (arts 1795, frac II y 1812, *CCDF*), y
*d)* Porque su motivo o fin determinante sea ilícito (art 1795, frac III, *CCDF*).

#### 7.5.2.1 EN RAZÓN DE ESTAR CONSTITUIDA LA SOCIEDAD CON UN OBJETO ILÍCITO O POR REALIZAR ACTOS ILÍCITOS

Cuanto hemos dejado asentado para las sociedades regulares que tengan un objeto social ilícito o que realicen habitualmente actos ilícitos es válido para

las sociedades irregulares que se encuentren en las mismas hipótesis motivo por el cual nos remitimos a lo allí expuesto.

### 7.5.2.2 POR FALTA DE FORMA

La nulidad por falta de forma proviene de que el contrato social se haya otorgado verbalmente o en escrito privado. El problema que presentan ambos supuestos no es tanto el de probar su existencia, sino el de determinar los efectos internos y externos del negocio y la manera, en su caso, de invalidarlo o de sanar la nulidad.

De acuerdo a lo dispuesto por el art 1796 del *Código Civil para el Distrito Federal*, los contratos formales solo se perfeccionan y obligan a las partes precisamente cuando revisten la forma establecida por la ley. Sin embargo, el propio ordenamiento establece una excepción a este principio en su numeral 2691, al prevenir que la falta de forma del contrato de sociedad produce el efecto de que los socios puedan pedir su liquidación y que, mientras la "liquidación no se pida, el contrato produce todos sus efectos entre los socios y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad la falta de forma". Dicho de otra manera: el contrato social carente de forma, a diferencia de los llamados contratos de cambio, produce plenos efectos entre las partes y aprovecha a los terceros que hayan contratado con la sociedad.

A mayor abundamiento, idéntica solución ofrece el art 26, *C Com*, para los contratos, formales o informales, que deban registrarse y no se registren en el Registro Público de Comercio, al ordenar que

> *sólo producirán efectos entre quienes los otorguen; pero no podrán producir perjuicio a terceros, los cuales sí podrán aprovecharlos en lo que le fueren favorables,*

dispositivo legal que también pueden invocar los socios y terceros.

Asimismo, en lo que toca al alcance de los efectos internos del contrato de sociedad, el art 2o, párr cuarto, previene que las

> *relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo y, en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales de esta ley, según la clase de sociedades de que se trate.*

Por lo que se refiere a los aspectos externos, o sea a las relaciones de la sociedad con terceros, nos remitimos a lo que dejamos asentado en la sección 7.2 de este capítulo, en lo tocante a la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada en que incurren los representantes, los mandatarios y los gestores oficiosos que realicen operaciones a nombre de la sociedad irregular.

Por otra parte, la nulidad relativa por falta de forma da lugar al ejercicio de dos acciones contrarias: la de nulidad del contrato social o la de exigir que éste se eleve a escritura pública, cuando la voluntad de las partes conste de una manera fehaciente o indubitable (arts 1883 y 2232). La primera de dichas

acciones compete a todo interesado, sea socio o persona extraña a la sociedad, y trae como consecuencia la liquidación de ésta (arts 2229 y 2691).[19] La segunda acción solo puede ser ejercitada por los socios (arts 7o, párr primero, *LGSM,* 1833 y 2232, *CCDF*) y produce el efecto de sanar la nulidad, cuando el contrato queda reducido a escritura pública (art 2231). En este caso, la confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, siempre y cuando no se perjudiquen los derechos de tercero (art 2235).

### 7.5.2.3 POR FALTA DE CAPACIDAD

La nulidad por falta de capacidad es textual y relativa y, por ello, prescriptible y confirmable. De esta nulidad solo puede prevalerse el incapaz (arts 2230) toda vez que no puede ser invocada por los otros socios en provecho propio (art 1799), por tratarse de obligaciones divisibles (arts 2003 y 2004).

La nulidad por falta de capacidad motiva la rescisión parcial del contrato social respecto del incapaz; pero también puede dar lugar a la rescisión total del negocio y a la correspondiente disolución y liquidación de la sociedad, si la resolución parcial coloca a ésta en cualquiera de las hipótesis previstas en los arts 229, frac IV y 230, párr primero, *LGSM;* es decir, si el número de socios llega a ser inferior al mínimo legal o si no se pactó la continuación de la sociedad por incapacidad del socio colectivo o el comanditado.

Esta clase de nulidad desaparece, por prescripción, a los cinco años de contraído el contrato de sociedad (art 1045, frac I, *C Com*) y, por confirmación, cuando cese la incapacidad o cuando los representantes legítimos del incapaz, con o sin autorización judicial, según sea el caso, confirmen el acto viciado (arts 2232 y 2233).

### 7.5.2.4 POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

La nulidad derivada de vicios del consentimiento, es decir, de error, dolo o violencia también es textual y relativa, pues está expresamente prevista en la ley y es prescriptible y confirmable. Solo puede ser invocada por quienes sufrieron dichos vicios, según dispone el art 2230 que acoge, siquiera parcialmente, el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*[20]

[19] Si bien el art 2691 preceptúa que la falta de forma produce el efecto de que los socios puedan pedir en cualquier tiempo la liquidación de la sociedad, lo cierto es que la liquidación es evitable por los socios que deseen continuar la sociedad.

[20] El *Código Civil* de 1884 acogía con todas sus consecuencias el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans,* con la indeseable cosecuencia de que el acto viciado de nulidad surtía efectos como si fuera válido. *Cfr* BORJA SORIANO, Manuel, *op cit,* pp 205 y ss y ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op cit,* t I, p 142. La Suprema Corte de Justicia ha reconocido la aplicación de este principio en derecho mexicano al declarar que "nadie puede invocar su propio dolo", en una tesis inserta en el t CXII, p 1681 del *Semanario Judicial de la Federación.*

Esta clase de nulidad también produce la rescisión parcial del contrato social y, si se realizan las hipótesis previstas en los arts 229, fracs IV y V, 230, *LGSM,* la resolución total del mismo, con la consecuente disolución y liquidación de la sociedad.

La prescripción y confirmación del acto extinguen la acción de nulidad, en los términos de los arts 1045, frac I, *C Com* y 2233 y 2234, *CCDF,* antes mencionados.

### 7.5.2.5 DERIVADA DE LA ILICITUD DEL MOTIVO O FIN DETERMINANTE

En este apartado nos referiremos a otros dos supuestos legales que pueden afectar de nulidad al contrato social. Tales supuestos son los contemplados en el art 1795, frac III, que se refieren a la invalidación de los contratos porque su motivo o fin sea ilícito. O, para hablar con mayor propiedad, a la invalidación de los contratos en los que el motivo que impulsa a las partes a contraerlos es ilícito o el fin determinante que persiguen es igualmente ilícito.

Al ocuparnos de las diferentes teorías de la causa[21] admitimos adherirnos a la tesis de Felipe de J. Tena, quien distingue entre motivo y fin determinante. Allí dijimos que el *motivo* es el *fin mediato,* atípico y variable, del negocio, y que el *fin determinante* es la función típica que caracteriza cada una de las distintas categorías de los negocios jurídicos; o sea el *fin inmediato* del negocio; fin éste que referido al contrato de sociedad consiste en participar en las ganancias y en las pérdidas.

La prueba de que el contrato de sociedad fue celebrado por motivos ilícitos es prácticamente imposible, toda vez que requiere de una declaración de la voluntad de los socios en el sentido de que el negocio fue contraído por cualquier causa contraria a las leyes de orden público o las buenas costumbres. En cambio, no ocurre lo mismo en cuanto a la prueba de la ilicitud del fin determinante, puesto que siendo la función típica del negocio social mercantil el participar en las ganancias y en las pérdidas, cualquier estipulación que establezca cualesquiera de esas exclusiones debe constar necesariamente en el documento que contenga al contrato social.

Ahora bien, respecto a los pactos de exclusión de los socios de participar en las ganancias y en las pérdidas, la *LGSM* solo se ocupa de los efectos que producen dos casos

*i)* El de la estipulación que excluya tanto a los socios capitalistas como industriales de participar en las ganancias (art 17), y

[21] *Supra* Sección 3.2.6.8. También debe tenerse presente que, por las razones allí expuestas, no estamos de acuerdo con la tesis de RODRÍGUEZ en el sentido de que la exclusión de las pérdidas y ganancias produce la inexistencia del contrato social.

*ii)* El que exime a los socios industriales de reportar las pérdidas (art 16, frac III).

Pero nada nos dice sobre las estipulaciones que exoneren a uno o varios socios capitalistas de participar en las pérdidas, por lo que en este supuesto habremos de recurrir al *Código Civil para el Distrito Federal,* para determinar los efectos de tal estipulación.

#### 7.5.2.5.1 Pacto de exclusión de las ganancias

El art 17, *LGSM*, estatuye que "*No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias*".

De la redacción de este dispositivo legal se infiere

*a)* Que el contrato es existente y válido y que produce todos sus efectos, excepto en lo que corresponde a las estipulaciones que establezcan tal exclusión, puesto que el mencionado art 17 se refiere en particular a ellas, pero no a los restantes acuerdos que informan la totalidad del negocio social, independientemente de que otras convenciones del mismo puedan estar o no viciadas de nulidad, y

*b)* Que las estipulaciones en cuestión no están viciadas de nulidad, sino que son ineficaces frente a los socios excluidos.

En cuanto a esta última conclusión, pudiera parecer a primera vista que el efecto que produce la estipulación excluyente de las ganancias es el de inexistencia del negocio, como piensa **Rodríguez**; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la inexistencia solo se da jurídicamente cuando el contrato social carece de consentimiento, aportaciones o fin (objeto) social.

Asimismo, también a primera vista pudiera parecer que se trata de un caso de nulidad; pero debe recordarse que los actos viciados de nulidad, ya sea absoluta o relativa, producen provisionalmente sus efectos hasta en tanto no son destruidos retroactivamente por autoridad judicial, consecuencia que el art 17 no les atribuye a las estipulaciones a que venimos haciendo mérito, toda vez que declara que "*no producirán ningún efecto legal*". Por consiguiente, no cabe duda de que estamos frente a un caso de ineficacia, similar al contemplado por el art 19, párr segundo, *LGSM,* que otorga tanto a la sociedad como a sus acreedores no una acción de nulidad para impugnar los acuerdos de reparto ilícito de utilidades, sino una acción de repetición de lo indebido, puesto que los actos ineficaces no surten efectos ni entre las partes ni frente a terceros.[22] Por tanto, si en el contrato de sociedad se excluye a un socio de partici-

[22] Es de explorada doctrina que cuando la ley estipula que un acto "no producirá ningún efecto legal" se está frente a un caso de ineficacia, pero no de nulidad y que, en este supuesto, la acción procedente es la llamada *acción de repetición de lo indebido* cuyo antecedente es la *actio ex condictio ob turpem vel injustam causa* del derecho romano. (*Cfr* ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op cit,* t I: obligaciones, p 142 y PALLARES, Eduardo, *Tratado de las acciones civiles,* Botas, 1962, p 142.

par en las ganancias, éste tendrá derecho a repetir por las utilidades distribuidas a los restantes socios en contravención de lo establecido por la ley.

#### 7.5.2.5.2 Pacto de no reportar las pérdidas

1 *Socios industriales* En principio, los socios *industriales* no reportan las pérdidas, según dispone el art 16, frac III, *LGSM* y, por ende, el pacto que los exonere de sufrirlas será válido. Sin embargo, en el primer párr de dicho dispositivo y en el art 2735, *CCDF,* se estatuye que mediante pacto expreso puede estipularse que esta clase de socios participen de los menoscabos que sufra la sociedad. Por consiguiente, el pacto que establezca la obligación de los socios industriales de reportar las pérdidas también será válido, bien entendido de que no tendrán obligación de reintegrar lo que perciban por alimentos cuando el balance no arroje utilidades o las arroje en una cantidad menor a la que les corresponde (art 49, *LGSM*)

2 *Pacto de no reportar las pérdidas (socios capitalistas)* La *LGSM* solo prevé el caso de que se exima a uno o varios socios capitalistas de soportar *limitadamente* las pérdidas. Por tal motivo, para analizar los efectos del pacto de *exclusión* de reportar las pérdidas habremos de recurrir al *Código Civil para el Distrito Federal,* en cuyo art 2696 se estatuye que será nula la *sociedad* en que se estipule que *todas* las pérdidas pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios.

Así pues, de la lectura de este dispositivo legal inferimos

*a)* Que puede estipularse que algunos socios no reporten *proporcionalmente* las pérdidas (en igual sentido pueden interpretarse los arts 16, párr primero, frac I y 26, *LGSM*), y

*b)* Que, en principio, el pacto que exonere a uno o varios socios capitalistas de soportar las pérdidas, *trae como consecuencia la nulidad del contrato social* y la consiguiente liquidación de la sociedad *irregular.*

En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia en una tesis aislada.[23]

Esto, no obstante, también debemos tener presente que, según dispone el art 2o, párr segundo, *LGSM,* las sociedades *regulares* no podrán ser declaradas nulas, excepto cuando tengan un objeto ilícito o realicen habitualmente actos ilícitos, lo que constituye una excepción al principio

[23] La tesis en cuestión es la siguiente: "**Sociedad, contrato de** Es requisito esencial de todo contrato de sociedad que las pérdidas y ganancias se repartan entre los socios; pues cuando se estipula que alguno de ellos no esté a los riesgos, tal estipulación trae como consecuencia la nulidad de la escritura social, ya que una de las características del contrato de sociedad, es que las pérdidas y ganancias se repartan entre todos los socios" (t XXVIII, quinta época, p 532).

general contenido en el art 2696, *CCDF*, antes mencionado, según hemos dejado establecido en la sección anterior. Por consiguiente, a nuestro juicio, habría que distinguir si la sociedad es regular o irregular para determinar los efectos de la estipulación que excluya a uno o varios socios de padecer las pérdidas

3 *Sociedades irregulares con pacto de exclusión de pérdidas* Es evidente que los argumentos antes propuestos para las sociedades regulares no tendrán aplicación en el caso de las irregulares, pues el art 2o, *LGSM*, no prevé excepción alguna para ellas; de lo que se sigue que en tal supuesto la cláusula de *exclusión* de las pérdidas sí produce la nulidad del contrato, aunque esté otorgado en escritura pública, y la consecuente disolución y liquidación de la sociedad.

## 7.6 ANÓMALAS

Dentro de la clasificación de sociedades anómalas, comprendemos en especial a las aparentes e incompletas, las cuales, como antes se indicó, pueden, asimismo, ser regulares o irregulares. En esta sección también nos ocuparemos de otras sociedades anómalas como las parcialmente nulas, las ocultas y las durmientes.

### 7.6.1 Aparentes

O sea aquellas que formal, pero no materialmente, reúnen los requisitos esenciales del negocio social; esto es, de consentimiento, aportaciones y fin social y que se exteriorizan frente a terceros dando la apariencia de ser sociedades válidamente constituidas. Las sociedades aparentes, ya sean regulares o irregulares, que se manifiestan ante terceros tienen personalidad jurídica,

> porque bajo la apariencia de un acto jurídico se han puesto en juego diversos intereses que el derecho no puede dejar sin protección jurídica, sobre todo si se trata de terceros que de buena fe tomaron en cuenta la existencia de un acto que en rigor no existe. **(Rojina)**

#### 7.6.1.1 APARENTES EN LAS QUE FALTA EL CONSENTIMIENTO

La *LGSM* presume que el contrato de sociedad es contraído cuando menos por dos personas, puesto que, como dejamos asentado en otro lugar, no reconoce la existencia de las llamadas *sociedades unimembres*. Sin embargo, es frecuente en la práctica encontrar sociedades anónimas constituidas por un solo socio que se vale de uno o varios testaferros para cumplir el requisito del número mínimo de accionistas previsto por la ley. En este supuesto, es evidente que, en rigor,

el negocio no existe por falta de consentimiento, por cuanto aquellos actúan con reserva mental; es decir, porque hay una falta consciente de la voluntad negocial.[24]

#### 7.6.1.2 APARENTES EN LAS QUE FALTAN LAS APORTACIONES

En el caso de las sociedades en las que faltan las aportaciones, es evidente que el contrato de sociedad, desde la óptica del derecho común, en rigor tampoco puede considerarse como existente pues falta el objeto indirecto del mismo.

Pero la *LGSM* también contempla otros casos de excepción como el de la sociedad que careciendo de objeto indirecto (aportaciones) se ostenta como tal frente a terceros. Tal es el supuesto de una *sociedad* cuya razón social, por ejemplo, estuviera formada por los nombres de *Aulo Agerio* y *Numerio Negidio* en la que el primero fuera únicamente el aportante y el segundo permitiera que su nombre figurara en la razón social, aunque no hubiera hecho aportación alguna. En este supuesto, la sociedad nombrada *Aulo Agerio y Numerio Negidio* tiene personalidad distinta de la de sus socios, aunque *Numerio Negidio* no hubiere realizado aportación alguna; es decir, aunque no existiera el contrato de sociedad.[25]

#### 7.6.1.3 APARENTES A LAS QUE FALTA EL FIN (OBJETO) SOCIAL

Dado que el hombre siempre actúa por fines, resulta prácticamente imposible que se produzca la hipótesis de que dos o más personas aporten bienes o servicios a una sociedad carente de objeto social. Sin embargo, si esta improbable hipótesis llegara a producirse y la *sociedad* se exteriorizara como tal frente a terceros estaría investida de personalidad jurídica para todos los efectos previstos por la ley.

### 7.6.2 Incompletas

Es decir, a las que les falta alguno o algunos de los requisitos no esenciales del contrato social.

En realidad, en vez de hablarse de sociedades incompletas debería decirse contratos de sociedad incompletos, porque aquel concepto da la idea de que la sociedad de alguna manera tiene mutilada su personalidad jurídica. Empero, aquí respetaremos la terminología doctrinal más usada y con ella nos referiremos a las sociedades cuyo acto constitutivo carece de uno o varios de los requisitos *no* esenciales del negocio social.

[24] *Cfr* MUÑOZ, Luis, *op cit*, p 197.

[25] En este supuesto se produce, además, otro efecto: el de imputación de responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada por las deudas sociales a Numerio Negidio (arts 2o, párr tercero; 28, 53, 211 *LGSM*).

Conforme a lo que expusimos en el capítulo anterior, la razón y la denominación social, la duración, el domicilio y el importe del capital social no son requisitos esenciales del contrato de sociedad, por cuanto su omisión puede ser suplida por ciertas disposiciones legales. En efecto: si se omite la duración, se considerará que la intención de los socios fue la de celebrar el contrato de sociedad por tiempo indeterminado, como ocurre en todos los casos de los contratos de tracto sucesivo a los que no se les ha fijado plazo; si lo que falta es el domicilio, se entenderá que la sociedad lo tiene en aquel lugar en donde se halle establecida su administración y, si se omite el importe del capital social, éste se determinará fácilmente mediante una simple suma aritmética del valor de cada una de las aportaciones de los socios.

En este orden de ideas, también cabe analizar lo que sucede cuando el dato que se omite es el de la razón o denominación social. En este supuesto, estimamos que en todos los casos deberá considerarse que la sociedad constituida es en nombre colectivo, puesto que el contrato además de contener el nombre de los socios[26] debe expresar la clase de sociedad de que se trata, so pena de que, si esto no se hiciere

*i)* Se presumirá que la intención de las partes fue contraer el negocio social bajo la forma de sociedad en nombre colectivo, y

*ii)* Que su razón social está formada por el nombre de todos los socios; conclusión que se infiere de lo dispuesto por el art 27, *LGSM.*[27]

Además de los requisitos antes mencionados, la ley dispone que, tratándose de todas las sociedades mercantiles, el número mínimo de socios sea de dos, de manera que si dicho número no se completa se considera que la sociedad ha incurrido en una causa de disolución.[28]

En resumen, de las sociedades incompletas podemos predicar que la falta de uno o varios de sus requisitos no esenciales no produce su inexistencia o invalidez y que están investidas de personalidad jurídica cuando se exteriorizan como tales frente a terceros, estén matriculadas o no en el Registro de Comercio.

[26] El nombre de los socios, hemos dicho en otro lugar, es un supuesto lógico del negocio social; un dato de identificación de las partes que en el mismo intervienen y que sirve para imputarles el estatus de socio y para probar la existencia del consentimiento (*supra* sección 6.2.1).

[27] Una cuestión íntimamente relacionada con este tema, es el de la responsabilidad de los socios cuando se omite la indicación de la especie de sociedad de que se trata, a la cual nos referiremos al estudiar cada clase de ellas. Entre tanto, considérese lo dispuesto por los arts 53 y 59, *in fine, LGSM.*

[28] También habremos de ocuparnos de esta cuestión al estudiar la sociedad anónima, lugar en el que nos referiremos a los diversos puntos de vista que ha sustentado la doctrina mexicana, en especial BARRERA GRAF y MANTILLA MOLINA.

## 7.6.3 Otras anómalas

Porque cae fuera del marco de esta obra analizar en detalle otras sociedades anómalas, tales como las parcialmente nulas, las ocultas y las durmientes, a continuación nos referiremos brevemente a ellas.[29]

### 7.6.3.1 PARCIALMENTE NULAS

Por razones de economía del lenguaje se habla de sociedades parcialmente nulas para referirse a aquellos contratos de sociedad cuyos requisitos de validez no están totalmente viciados, como ocurre en las hipótesis antes expuestas de las sociedades irregulares en las que interviene algún incapaz o en las que el consentimiento de alguno o algunos de los socios ha sido captado por error, dolo o violencia y en las sociedades regulares que estipulen la exclusión de sufrir las pérdidas en favor de uno o más socios.

### 7.6.3.2 OCULTAS

Son aquellas que, habiendo adoptado alguna de las formas propias de las sociedades mercantiles reconocidas por la ley, no se inscriben en el Registro Público de Comercio, ni se exteriorizan frente a terceros, razón por la cual carecen de personalidad jurídica, aunque su constitución conste en escritura pública.

El caso típico de esta clase de sociedades es la asociación en participación cuyas principales características estriban

*a)* En que no tienen personalidad jurídica ni razón social o denominación (art 252, *LGSM*)
*b)* En que una de las partes (asociado) aporta bienes a la otra (asociante) quien aparece como dueño de ellos frente a terceros, toda vez que obra en nombre propio y no se establece relación jurídica entre estos últimos y el asociado (arts 256 y 257, *LGSM*), y
*c)* En que el contrato no está sujeto a registro, lo que determina su no exteriorización y falta de personalidad; esto es, su *irregularidad,* en el sentido en que la ley utiliza este término.

Un caso de sociedades ocultas poco conocido en nuestro país es el de las llamadas *Convenciones de Croupier,* admitidas por la legislación francesa, que consisten en que dos o más personas se asocien con el propósito de que una sola

[29] Para un estudio más detallado de las llamadas sociedades ocultas y durmientes, recomendamos la lectura de la magistral obra de BARRERA GRAF, *Las sociedades en derecho mexicano,* antes mencionada.

de ellas figure como socio de una corporación mercantil sin manifestarlo expresamente en el negocio social, por cuyo motivo también se les conoce como *contratos de socio del socio.*[30]

### 7.6.3.3 DURMIENTES

Esta clase de sociedades, al contrario de las ocultas, por lo general cumplen con todos los requisitos de existencia, validez y publicidad establecidos por la ley, pues están constituidas mediante escritura pública y matriculadas en el Registro Público de Comercio, lo que les da la calidad de sociedades regulares dotadas de personalidad jurídica. Sin embargo, lo que las caracteriza es que no actúan, no ejecutan su objeto social, sino que se mantienen en *estado cataléptico,*[31] por decirlo de alguna manera, ya sea para satisfacer necesidades futuras, o para *proteger* ciertas palabras asociadas con la denominación o nombre comercial de una sociedad operante; ya sea para proteger patentes y marcas o, en el peor de los casos, para *venderlas* a terceros interesados en utilizar la denominación por ellas ocupada.

Desgraciadamente, en nuestro medio se ha abusado de esta clase de sociedades, sin parar mientes en que, como observa **Barrera Graf,** "no subsisten en ellas, durante su estado de parálisis, las notas propias de toda sociedad a que alude la definición del art 2688, *C Civ,* consistente en la realización de un fin común", lo que, en opinión de este autor, determina su nulidad por cuanto al fin que persiguen, el propósito de permanecer en estado durmiente, constituye un objeto ilícito que configura la hipótesis contenida en el art 3o, *LGSM.*

A nuestro juicio, la nulidad de las sociedades durmientes deviene no de su objeto ilícito, sino de los motivos ilícitos, contrarios a las buenas costumbres, que impulsan a él o los socios a constituirlas; pero es conveniente advertir que su nulidad solo se puede declarar si se trata de sociedades irregulares que no se hayan exteriorizado como tales frente a terceros aun cuando están constituidas en escritura pública, pues, si se tratara de sociedades regulares matriculadas en el Registro de Comercio, no procedería la declaración de nulidad, según previene el art 2o, párr segundo, *LGSM.*

[30] Hace algunos años, en México, proliferaron los llamados *clubes de inversión* que, en el fondo, no eran otra cosa que verdaderos contratos de asociación en participación mediante los cuales los asociados aportaban numerario al asociante para que éste lo destinara a celebrar operaciones bursátiles, previamente convenidas. Estos *clubes* generalmente se formaban por empleados de la clase media que por sí solos no contaban con los recursos suficientes para cubrir la inversión mínima que exigían las casas de Bolsa o bien que querían compartir los riesgos y, por supuesto, las ganancias.

[31] Barrera Graf, *op cit,* p 185.

## 7.7 RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL POR LA COMISIÓN DE ACTOS ILÍCITOS

La ejecución habitual de actos ilícitos no solo determina la disolución y liquidación de la sociedad, sino que, además, produce otras consecuencias de orden civil y penal a las que enseguida nos referiremos brevemente.

### 7.7.1 Civil

Además de las consecuencias que antes analizamos, la ejecución habitual de actos ilícitos produce el efecto de fincar responsabilidad solidaria y subsidiaria a *cargo de los socios* que tengan el poder de determinar el funcionamiento de la empresa, según se explicó en la secc 4.7, al ocuparnos de la desestimación de la personalidad jurídica, a cuya exposición nos remitimos.

### 7.7.2 Penal

Pero, además de la responsabilidad civil, el art 3o, *LGSM*, previene que la liquidación de las sociedades que tengan un objeto ilícito o que realicen habitualmente actos ilícitos deberá realizarse "*sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar*", sin precisar sobre quién debe recaer ésta.

A nuestro juicio, la acción penal debe ejercitarse tanto contra los socios que tengan la facultad de decidir el funcionamiento de la sociedad como contra los administradores que hayan ejecutado los ilícitos, puesto que, aun en el evento de que hubieren dado exacto cumplimiento a los acuerdos de los socios, en todo caso serán coautores de los delitos que se imputen a éstos y a la sociedad.

## 7.8 JUEZ COMPETENTE

Es del todo evidente que si los ilícitos que se imputan a la sociedad son del orden civil, las acciones de nulidad y liquidación de la sociedad y de responsabilidad de los socios deberán ejercitarse ante el juez civil. Pero la cuestión ya no parece tan obvia cuando se trata de la comisión de ilícitos penales.

Acerca de esta última cuestión, **Rodríguez** opina que

> Cabe la competencia concurrente de la jurisdicción civil y de la penal, si bien en el primer caso deberá remitirse a la jurisdicción penal, para la determinación de las sanciones, previa la apreciación de la figura delictiva que aparezca.[32]

[32] RODRÍGUEZ, *op cit*, t I, p 129.

CAPÍTULO
8

# DIVERSAS ESPECIES DE SOCIEDADES MERCANTILES

## SUMARIO


**8.1 ESPECIES REGLAMENTADAS EN LA *LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES***

**8.2 SOCIEDADES TÍPICAS Y ATÍPICAS**

8.2.1 Nuestra opinión

**8.3 SOCIEDADES ESPECIALES Y *ANÓMALAS***

8.3.1 Sociedades especiales

8.3.1.1 Sociedades de capital variable

8.3.2 Sociedades *anómalas*

**8.4 OTRAS ESPECIES DE SOCIEDADES MERCANTILES**

**APÉNDICE 8.1 SOCIEDADES DE SOLIDARIDAD SOCIAL**

**APÉNDICE 8.2 SOCIEDADES DE PRODUCCIÓN RURAL**

## 8.1 ESPECIES REGLAMENTADAS EN LA *LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES*

El art 1o, *LGSM,* declara que reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles

- *sociedad* ***en nombre colectivo***
- *sociedad* ***en comandita simple***
- *sociedad* ***de responsabilidad limitada***
- *sociedad* ***anónima***
- *sociedad* ***en comandita por acciones,*** y
- *sociedad* ***cooperativa.***

Como puede fácilmente apreciarse, en la relación que antecede ni están todas las sociedades que son mercantiles, ni son mercantiles todas las que en ella están, como apunta **Barrera Graf.**

En efecto, en la clasificación legal no se incluye, entre otras, a las sociedades nacionales de crédito, ni a las sociedades de responsabilidad limitada de interés público que son indudablemente mercantiles, a pesar de que se rigen por su legislación especial y, en cambio, se comprende a la sociedad cooperativa, cuyos fines económicos, pero en apariencia no lucrativos, parecen no justificar su carácter mercantil, toda vez que, conforme a su legislación especial, la distribución de utilidades no se realiza en función de las aportaciones hechas, sino en razón del tiempo trabajado por los socios o de las operaciones por ellos efectuadas.

A propósito de las sociedades cooperativas, una parte importante de la doctrina mexicana las considera como mercantiles[1] por el solo hecho de ser calificadas como tales por la *LGSM,* aunque sus propósitos no sean lucrativos. Es decir, las considera mercantiles siguiendo un criterio puramente formal.

Acerca de este particular, **Rodríguez**[2] aduce que las razones por las que la *LGSM* incluye a la cooperativa entre las sociedades mercantiles son consti-

[1] *Véase supra* Capítulo 1, pie de la página núm. 2.

[2] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles,* t II, Porrúa, 1965, p 422.

tucionales e históricas, argumentos a que habremos de referirnos con algún detalle al ocuparnos en un capítulo posterior de esta especie de sociedades.

Por otra parte, en la relación contenida en el art 1o de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* tampoco se incluye a la asociación en participación, a pesar de que es un verdadero contrato de sociedad mercantil y de que está reglamentado por los arts 252 a 259 del propio ordenamiento. En este caso, la omisión quizás obedezca a que este tipo de asociaciones carecen de personalidad jurídica, lo cual no justifica su exclusión.

## 8.2 SOCIEDADES TÍPICAS Y ATÍPICAS

Los contratos típicos son aquellos cuyo esquema o modelo está reglamentado por el derecho positivo. Por regla general, se trata de contratos nominados; es decir, de contratos a los que la ley les atribuye un nombre propio, como ocurre, por ejemplo, con la compraventa, el reporto, el arrendamiento, etc. Sin embargo, al lado de ellos pueden existir otros contratos típicos a los que el ordenamiento positivo no les imputa un *nomen iuris* específico, como es el caso del llamado *contrato de licencia de marcas*[3] cuya reglamentación, más o menos minuciosa, está contenida en la *Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial.*

Ahora bien, dada la diversidad de intereses y necesidades del hombre, es natural que el legislador no prevea todas las situaciones que pueden dar lugar a la creación de vínculos jurídicos entre los particulares y que por ese motivo, en algunos casos y bajo ciertas condiciones, les permita crear nuevas figuras jurídicas. Así, nuestro derecho positivo (art 1858, *CCDF*) consagra el *principio de autonomía de la voluntad* y faculta a los particulares a crear negocios nuevos que, si tienen carácter contractual, deben regirse tanto por las reglas generales de los contratos como por las estipulaciones de las partes y, en lo que sean omisos, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, a condición, naturalmente, de que se respeten los principios generales de derecho contenidos en el propio ordenamiento, tales como la buena fe, la equidad y el uso no perjudicial de los derechos.

Traídos estos conceptos a la materia que nos ocupa, cabría preguntarnos si los particulares pueden crear otros tipos de sociedades mercantiles además de los reconocidos por la *LGSM* o bien, si por el contrario, la enumeración contenida en el art 1o constituye un *numerus clausus.*

Respecto a esta cuestión, en la Exposición de Motivos, *LGSM*, se lee que

[3] Uno de nuestros más destacados tratadistas en materia de transferencia de tecnología e inversiones extranjeras, ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, prefiere llamarlos *contratos de traspaso tecnológico. Cfr La regulación de las invenciones y marcas y de la transferencia de tecnología,* Porrúa, 1979, p 85.

> *La enumeración de la ley no tiene el carácter de enunciativa, sino precisamente de limitativa, y* [que] *para asegurar la vigencia del sistema, el proyecto adopta un criterio rigurosamente formal en lo que toca a la determinación del carácter mercantil de las sociedades.*

Enunciado que no nos resuelve nada porque, como ya hemos dejado asentado, existen otras sociedades mercantiles reguladas por leyes especiales.

Por esa circunstancia, la doctrina mexicana ha buscado otras justificaciones para limitar los tipos de sociedades mercantiles a aquellos expresamente reglamentados por la *LGSM* y otras leyes epeciales. Tratándose de tal justificación, **Barrera Graf**[4] apunta que la limitación en cuestión se pretende basar en las siguientes notas y características de las sociedades que "deben estar reservadas al ordenamiento, y excluidas, por ende, de las esferas de atribuciones de los particulares"

*i)* El otorgamiento de personalidad jurídica
*ii)* La estructura y la amplitud de la administración de la sociedad
*iii)* La limitación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales en diferentes tipos de sociedades, y
*iv)* El hecho de que la sociedad, a diferencia de otros negocios jurídicos no solo tiene eficacia entre las partes, sino también frente a terceros.

A la vez, este autor señala que aisladamente ninguna de esas notas o características es suficiente para justificar la necesaria tipicidad de las sociedades; pero que

> su consideración conjunta, en cambio, sí nos debe llevar a afirmar que los particulares no gozan de libertad para constituir tipos de sociedades diferentes a los específicamente reglamentados por la *LGSM*

(y por otras leyes especiales, añadimos nosotros).

### 8.2.1 Nuestra opinión

Es cierto que los particulares no pueden crear nuevos *tipos* de sociedades, pero esto obedece a que no tienen la facultad de legislar. Es decir, a que dentro de la esfera de sus atribuciones no tienen el poder para emitir normas de derecho *de carácter general,* ni para crear sujetos de derecho, ni para distribuir o deslindar responsabilidades respecto a terceros ajenos a los negocios que entre ellos concluyen. Pero tal limitación de ninguna manera significa que no estén facultados para crear normas *de carácter individual,* o sea, para crear sociedades *atípicas,* como las *Convenciones de Croupier* a que nos referimos

[4] *Las sociedades en derecho mexicano,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, p 131.

al tratar las sociedades ocultas en el capítulo precedente, puesto que el ejercicio de la autonomía de la voluntad supone una función legislativa particular, según ya dejamos asentado en otra parte.[5]

## 8.3 SOCIEDADES ESPECIALES Y *ANÓMALAS*

### 8.3.1 Sociedades especiales

**Barrera Graf** [6] clasifica como especiales a las sociedades mercantiles constituidas bajo cualquiera de los tipos enunciados en el art 1o, *LGSM,* pero que han merecido una reglamentación especial, como lo son las sociedades de responsabilidad limitada de interés público, que analizamos en el capítulo 11 de esta obra, así como otras sociedades anónimas dedicadas a actividades de seguros, de fianzas, de operaciones auxiliares de crédito o bursátiles, etc, y las sociedades de capital variable a las que nos referiremos brevemente a continuación y dedicaremos un capítulo especial más adelante.

#### 8.3.1.1 SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE

El último párr del art 1o, *LGSM* prescribe que las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple, de responsabilidad limitada, anónima y en comandita por acciones pueden constituirse como sociedades de capital variable; empero, esto no significa que las cooperativas no deben adoptar dicha modalidad, puesto que en su propia naturaleza está la de ser constituidas precisamente como sociedades de capital variable, según estipula el art 1o, frac IV, de la ley que las rige.

Pero, además, el art 227, *LGSM, in fine,* estatuye que las sociedades constituidas en alguna de las *formas* que establecen las fracs I a V del art 1o podrán *transformarse* en sociedades de capital variable, lo cual no es estrictamente correcto, habida cuenta que la adopción de dicha modalidad no implica una transformación, por cuanto no conlleva una modificación a la responsabilidad de los socios, ni a las reglas de administración de la sociedad, como se verá al ocuparnos de ellas, además de que las formas reconocidas por la *LGSM* son seis y no doce.[7]

[5] *Infra* secciones 2.3 y 2.4.

[6] BARRERA GRAF. *op cit,* pp 149 y ss.

[7] Este criterio generalmente aceptado por la doctrina mexicana ha sido sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Distrito (*Revisión Civil 171/76*). Pero, a pesar de ello, hemos escuchado a algún conferencista sostener que la adopción de la modalidad de capital variable constituye una transformación porque así lo declara *literalmente* el art 227, *LGSM.*

### 8.3.2 Sociedades *anómalas*

El mismo autor, **Barrera Graf,**[8] denomina *anómalas* a ciertas sociedades "que no cumplen la función y el destino de los diferentes tipos de sociedades" o que no encuadran plenamente dentro de las categorías de sociedades como están definidas en la *LGSM,* "pese a que en ocasiones adopten esquemas o tipos nominados" como sucede con las sociedades unimembres y *heterapénicas*[9] y las llamadas *sociedades durmientes,* a las que nos hemos referido.

## 8.4 OTRAS ESPECIES DE SOCIEDADES MERCANTILES

La legislación mexicana también contempla la constitución, organización y funcionamiento de otras especies de sociedades mercantiles, entre ellas las sociedades nacionales de crédito y las sociedades de solidaridad social, las cuales se rigen por leyes especiales.

El estudio de las sociedades nacionales de crédito rebasa los límites de esta obra y en razón de ello nos vemos obligados a omitir su análisis. En cuanto las sociedades de solidaridad social, nos permitimos hacer algunos breves comentarios acerca de sus principales características, en el Apéndice 8.1.

Asimismo, en el Apéndice 8.2, comentamos algunos aspectos de las sociedades de producción rural, cuya naturaleza mercantil es dudosa; pero cuya importancia es indiscutible dado el auge que han tomado entre pequeños propietarios agrícolas.

Respecto a estas dos últimas especies de sociedades nos parece oportuno recordar que, históricamente, las instituciones de derecho mercantil, por regla general, han emanado de los usos y costumbres de los comerciantes (*consuetudines mercatorum*) y solo por excepción han sido concebidas y alumbradas por los juristas, como es el caso universal de las sociedades de responsabilidad limitada y el particular de las sociedades de solidaridad social y de las sociedades de producción rural creadas en México por el Congreso de la Unión sin que mediara antecedente alguno.

Expuesto lo anterior, solo nos queda por manifestar que en este curso nos ocupamos únicamente de las seis especies o tipos de sociedades enumeradas en el art 1o, *LGSM,* así como de la sociedad de responsabilidad limitada de interés público (a la que consideramos como una variedad de las sociedades de responsabilidad limitada) y de la asociación en participación, la cual, a nuestro entender, constituye un contrato típico de sociedad mercantil, en el sentido que

[8] BARRERA GRAF, *op cit.*

[9] La palabra *heterapénica* es un neologismo acuñado por MANTILLA MOLINA, Roberto, para denotar a las sociedades que están constituidas o que existen con un número de socios menor al mínimo establecido por la ley. *Cfr* "La sociedad heterapénica" de este autor en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado,* Porrúa, 1986, pp 186 y ss.

arriba utilizamos, sin olvidar, por supuesto, el régimen de capital variable y las figuras de fusión, transformación, disolución y liquidación de las sociedades mercantiles.

***Remisión*** Por último, remitimos al lector a la sección 1.3, en donde exponemos los principales criterios de distinción que ha propuesto la doctrina respecto a las sociedades mercantiles, tomando en cuenta su carácter personalista o capitalista, su regularidad o irregularidad y, en fin, las diversas funciones que desempeñan económicamente.

# APÉNDICE 8.1

# SOCIEDADES DE SOLIDARIDAD SOCIAL

## ANTECEDENTES

En la década de los 60 se fundaron en el sur de Jalisco varios talleres artesanales, conocidos como *industrias del pueblo,* dedicados a diferentes ramas de la producción, con los siguientes propósitos

*i)* Crear fuentes de trabajo en beneficio de los ejidatarios, comuneros, campesinos sin tierra, parvifundistas y trabajadores en general
*ii)* Vencer las dificultades económicas que se presentaran en un taller dedicado a cierta rama de producción mediante el apoyo que le dieran los otros talleres dedicados a diferentes ramas (de allí el nombre de sociedades de solidaridad social), y
*iii)* De

> *constituir sistemas industriales y comerciales que garanticen al conjunto una escala rentada en sus operaciones, y, con ello, la solidez de la fuente de trabajo y un nivel razonable en los beneficios de cada uno de los socios.* (Exposición de Motivos de la *Ley de Sociedades de Solidaridad Social.*)

La dificultad que enfrentaron los talleres artesanales que integraban las *industrias del pueblo* para enmarcarse en cualquiera de los tipos conocidos de sociedades mercantiles impulsó a sus promotores a gestionar ante el Congreso de la Unión la aprobación de la *Ley de Sociedades de Solidaridad Social,* la cual fue expedida por dicho órgano legislativo a mediados de mayo de 1972 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 del mismo mes y año, fecha en que este ordenamiento entró en vigor.

Los propósitos de la ley son indudablemente encomiables; sin embargo, hasta donde sabemos, este tipo de sociedades no ha sido acogido con beneplácito en otras regiones del país, quizá porque en la concepción de su estructura

económica se contempla la integración de un *patrimonio colectivo* intangible, sobre el que no tienen derecho los socios ni aun en el caso de liquidación de la sociedad, así como por los fines políticos que necesariamente debe comprender su objeto social (art 2o, frac V), elementos éstos que son ajenos a las sociedades mercantiles *puras*.

A continuación analizaremos los principales rasgos de las sociedades de solidaridad social las cuales, en el fondo, son una especie de cooperativas que pueden llegar a estar integradas por diversos establecimientos independientes entre sí en cuanto a las ramas de su actividad; pero no en cuanto a su dependencia administrativa y económica.

## DEFINICIÓN LEGAL

El art 1o de la *Ley de S de S S* enuncia

> *La sociedad de solidaridad social se constituye con un patrimonio de carácter colectivo, cuyos socios deberán ser personas físicas de nacionalidad mexicana, en especial ejidatarios, comuneros, campesinos sin tierra, parvifundistas y personas que tengan derecho al trabajo, que destinen una parte del producto de su trabajo a un fondo de solidaridad social y que podrán realizar actividades mercantiles* (art 1o, párr primero).

Como se verá más adelante, la definición legal no es omnicomprensiva; empero, de ella y de otros preceptos de la ley, podemos extraer, para su análisis, los siguientes elementos.

### A Sociedad mercantil

Por ministerio de ley, las sociedades que se constituyan de acuerdo con la forma de las S de S S serán mercantiles y, en consecuencia, quedarán sujetas a la legislación mercantil, conforme a lo dispuesto por el art 3o, frac III, *C Com.*

### B Denominación social

La sociedad existe bajo una denominación social que se forma libremente, la cual, al emplearse, irá siempre seguida de las palabras *Sociedad de Solidaridad Social* o de sus abreviaturas *S de S S.*

La ley es omisa en establecer sanciones por la omisión del empleo de dichas palabras o abreviaturas.

### C Objeto social tasado

A diferencia de otras sociedades mercantiles que pueden fijar libremente su objeto social, las S de S S, necesariamente tendrán por objeto: la creación de

fuentes de trabajo; la práctica de medidas que tiendan a la conservación y mejoramiento de la ecología; la explotación racional de los recursos naturales; la producción, industrialización y comercialización de bienes y servicios que sean necesarios; *la educación de los socios y de sus familiares en la práctica de la solidaridad social, la afirmación de los valores cívicos nacionales, la defensa de la independencia política, cultural y económica del país* y el incremento de las medidas que tiendan a elevar el nivel de vida de los miembros de la comunidad (art 2o).

## CH Socios

No pueden ser socios de esta clase de sociedades las personas físicas o morales de nacionalidad extranjera, ni las personas morales de nacionalidad mexicana. Tampoco pueden ser socios quienes no sean ejidatarios, comuneros, parvifundistas, etc (arts 1o y 90).

Se requieren quince socios para constituir la sociedad (art 4o) y su número máximo será ilimitado. Pero, si excede de cien, deberán nombrar un representante por cada diez socios "*a efecto de que las decisiones se tomen en un cuerpo colegiado denominado asamblea general de representantes*" (art 17, párr segundo).

## D Patrimonio colectivo

La creación de la sociedad no requiere de la integración de un capital social fundacional, sino de la constitución de un *patrimonio colectivo* que, conforme a los arts 1o y 39, se integra con aportaciones de los socios, así como con las que se reciban de las instituciones oficiales y de personas físicas o morales ajenas a la sociedad.

La desafortunada redacción de ambos preceptos suscita las siguientes dudas: ¿el patrimonio es propiedad de la sociedad? o por el contrario ¿es propiedad colectiva de los socios? Las aportaciones de las instituciones oficiales y de personas físicas o morales ajenas a la sociedad, ¿son verdaderas aportaciones o donativos?

De la redacción de otros arts de la ley se deduce que el patrimonio es propiedad de la sociedad y que las *aportaciones* de personas ajenas a ella en realidad son donativos, puesto que las instituciones oficiales y las personas morales no pueden ser socios de aquella.

## E Fondo de solidaridad social

Además de la constitución del patrimonio social, debe integrarse un fondo de solidaridad social con la parte proporcional de las utilidades obtenidas que acuer-

den los socios aportar al mismo, así como con los donativos que para dicho fin se reciban de las instituciones oficiales y de personas físicas o morales (art 31).

El fondo solo podrá aplicarse a la creación de nuevas fuentes de trabajo; la capacitación para el trabajo; la construcción de habitaciones para los socios; el pago de cuotas de retiro, jubilación e incapacidad, temporal o permanente, además de las previstas en el régimen del seguro social obligatorio y a otros servicios asistenciales, siempre que tales erogaciones se prevean en las bases constitutivas de la sociedad y al pago de servicios médicos y educativos para los socios, siempre que se reúnan los requisitos antes mencionados (art 32).

## F Aportaciones de los socios

Las aportaciones pueden ser de numerario y de industria (arts 1o, 11, frac I, y 30). Las aportaciones de industria, por supuesto, no forman parte del patrimonio colectivo.

## G Responsabilidad de los socios

Nada nos dice la ley respecto a si los socios son limitada o ilimitadamente responsables de las obligaciones sociales. Al parecer, la intención del legislador es la de que, en lo económico, simplemente sean irresponsables; es decir, que no respondan de las obligaciones sociales ni de la obligación de pagar las aportaciones que hubieren prometido.

Nuestra opinión se funda en la circunstancia de que la generalidad de las personas, y quizá nuestros legisladores, tienen la falsa creencia que los socios de *todas* las sociedades mercantiles son irresponsables de las obligaciones sociales y aun del pago de sus aportaciones.

## H Derechos de los socios

En los términos del art 10, los socios tienen derecho a obtener un certificado, no negociable, cesible ni gravable, que acredite su calidad de socio; a concurrir con voz y voto a las asambleas; a ser propuesto para ocupar los cargos de administración o vigilancia de la sociedad; a participar en los beneficios de la sociedad, de forma compatible con el incremento de la misma y sus posibilidades económicas; a obtener para sí y para su familia los beneficios sociales que otorgue la sociedad.

## I Obligaciones de los socios

Conforme al art 11, son obligaciones de los socios: aportar su trabajo personal para el cumplimiento de los fines de la sociedad; realizar las aportaciones al

fondo de solidaridad social que se determinen en las asambleas específicas; asistir a las asambleas a las que sean convocados; cumplir con los acuerdos de las asambleas; acatar las disposiciones emanadas de las bases constitutivas, de la declaración de principios, de los estatutos y de los reglamentos de la sociedad.

De lo dispuesto en el art 17 se deduce que los socios, además, están obligados a subordinar su voluntad a la de la mayoría.

La ley es omisa en cuanto a si los socios tienen el deber de lealtad frente a la sociedad.

## J Admisión, separación y exclusión de socios

1 *Admisión* La admisión de nuevos socios es libre y debe ser aprobada por el comité de admisión (art 90, frac V)

2 *Separación* La separación de los socios requiere de acuerdo de asamblea (art 17, frac I)

3 *Exclusión* Los socios pueden ser excluidos por incumplimiento de las obligaciones que le impone el art 11 de la ley; por malos manejos en los puestos de administración y vigilancia; por no acatar las disposiciones de las bases constitutivas, de los estatutos sociales, de la declaración de principios, de las asambleas o de los reglamentos internos (art 13 de redacción repetitiva).

## K Registro de socios

La sociedad debe llevar un libro de registro de socios que contendrá el nombre y domicilio de éstos (art 15).

## L Proceso de constitución de la sociedad

*1* Se requiere autorización previa de la Secretaría de la Reforma Agraria, cuando se trate de industrias rurales, y de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social en los demás casos (art 7o).

*2* A la solicitud de autorización debe acompañarse un proyecto de las bases constitutivas, puesto que las secretarías en cuestión pueden negarla si contravienen las disposiciones de ley (art 7o).

*3* Concedida la autorización, la sociedad se constituirá mediante asamblea general, de la cual se levantará acta por quintuplicado para los efectos que más adelante se establecen (art 5o).

## LL Formalidades de la constitución

*Acta* El acta deberá contener los nombres, domicilios y nacionalidad de los otorgantes y los nombres de las personas que hayan resultado electas

para integrar, por primera vez, los comités ejecutivos, de vigilancia, de admisión de socios; y la transcripción del texto de las bases constitutivas (art 5o). Asimismo, deberá contener la denominación; el objeto; la duración; el domicilio social; el patrimonio social; la forma de administración y facultades de los administradores; las normas de vigilancia; las reglas para la aplicación de los beneficios, pérdidas e integración del fondo de solidaridad social, procurándose que el beneficio sea repartido equitativamente; (la forma) de liquidar la sociedad cuando sea revocada la autorización de su funcionamiento y las demás estipulaciones que se consideren necesarias para la realización de los *objetivos* sociales (art 6o).

*4* La nacionalidad de los otorgantes se comprobará con el acta de nacimiento respectiva y las firmas con que suscriban el acta será certificada por notario público, por la primera autoridad municipal o a falta de ellos (*sic*) por un funcionario local o federal con jurisdicción en el domicilio social (art 5o, *in fine*).

*5* Constituida la sociedad, el acta y las bases constitutivas, así como la autorización concedida, deberán inscribirse en el registro que para el efecto lleven las secretarías antes mencionadas.

## M Efectos del registro. Personalidad

La sociedad quedará investida de personalidad jurídica propia a partir de su inscripción en el registro (art 8o, *in fine*).

## N Órganos de dirección y administración de la sociedad

La ley prevé la integración de los siguientes órganos de dirección y administración de la sociedad: la asamblea general; la asamblea de representantes, en su caso, el comité ejecutivo y las comisiones que se establezcan en las bases constitutivas o designe la asamblea general, tales como el comité de admisión de socios (arts 5o y 16). Asimismo, en el art 21 se contempla la posibilidad de que también se integren *asambleas específicas*, que se forman con los socios que estén dedicados a una de las varias actividades que pueden constituir el objeto de la sociedad. Estas asambleas son una especie de asambleas especiales.

### ASAMBLEAS GENERALES DE SOCIOS Y DE REPRESENTANTES

Las primeras se integran con todos los socios; las segundas, como ya se vio, con los representantes de grupos de diez socios cuando éstos sean cien o más. Ambas clases de asambleas tienen las mismas facultades y son la autoridad suprema de la sociedad. Sus acuerdos obligan a todos los socios, presentes o ausentes, siempre que se hubiesen tomado conforme a la ley y a las bases constitutivas (art 17).

### Época de reunión de las asambleas

Deben celebrarse cuantas veces sea necesario, pero cuando menos dos veces al año (art 17, *in fine*).

### Convocatorias

Se harán con cinco días de anticipación (la ley no prevé el medio de comunicarlas) y podrán ser expedidas por el comité ejecutivo y, si éste no lo hiciere, por el comité financiero y de vigilancia. También deberán expedirse por el comité cuando lo soliciten el veinticinco por ciento de los socios. Las secretarías de la Reforma Agraria y del Trabajo y Previsión Social podrán expedir convocatorias cuando lo estimen necesario o cuando los comités ejecutivo y financiero y de vigilancia no lo hubieren hecho en tiempo.

### *Quórumes*

En primera convocatoria debe estar reunido sesenta por ciento de los socios o de sus representantes. En segunda convocatoria, la reunión será válida cualquiera que sea el número de socios presentes (arts 18 y 19). No obstante, si se tratare de resolver sobre la exclusión o admisión de socios, la modificación de las bases constitutivas, la reconstitución del fondo de solidaridad social, la determinación de la participación en las utilidades y la aprobación de los informes de los comités, se requerirá una asistencia de sesenta por ciento de los socios (art 19 *in fine*).

La ley no establece *quórumes* de votación, por lo que es imposible determinar si éstos y los de asistencia deben ser iguales o bien si las decisiones se toman por mayoría de votos de los presentes.

### Facultades

Las asambleas generales de socios y de representantes, además de las facultades que les concedan las bases constitutivas, tienen las siguientes: de conocer y resolver sobre la exclusión o admisión de socios; de modificar las bases constitutivas; de ordenar cambios generales en los sistemas de producción, trabajo, distribución y ventas; de reconstitución del fondo de solidaridad social; de determinar las participaciones de los socios en los beneficios, a menos que se conceda esa facultad a las asambleas específicas en las bases constitutivas; de elegir y remover a los miembros de los comités ejecutivo, de vigilancia y de admisión de nuevos socios (el cual no tiene razón de ser porque es facultad de esta clase de asambleas el decidir sobre la admisión de socios); de aprobar los informes de los comités y de acordar lo que se considere conveniente a los fines de la sociedad y de aplicar las medidas disciplinarias a los socios conforme a las bases constitutivas (art 17).

### ASAMBLEAS ESPECÍFICAS

Las asambleas específicas únicamente podrán conocer y resolver sobre la determinación de la participación que a los socios les corresponda por su trabajo personal. Serán convocadas con tres días de anticipación por el delegado de la línea de producción correspondiente, acreditado con ese carácter, conforme al reglamento y al comité ejecutivo (art 21).

Los acuerdos de las asambleas específicas serán válidos si a ellas asisten por lo menos sesenta por ciento de los socios de la línea de producción de que se trate. En este caso la ley tampoco distingue entre *quórumes* de asistencia y votación (art 21, *in fine*).

## Ñ Comité ejecutivo

Es el órgano de administración de la sociedad. Se integra cuando menos por tres socios propietarios y sus respectivos suplentes, quienes ocuparán el cargo únicamente durante las ausencias temporales o definitivas de aquellos (art 22).

Los miembros del comité ejecutivo durarán en su cargo dos años y podrán ser reelectos, si así se establece en las bases constitutivas.

### ATRIBUCIONES Y DEBERES

El comité ejecutivo tendrá los siguientes derechos y obligaciones: ejecutar por sí (conjuntamente) o por conducto de su presidente, las resoluciones de las asambleas; sesionar por lo menos cada tres meses; convocar a asambleas; rendir informes a las asambleas respecto a la marcha de la sociedad; celebrar, por sí o por conducto de su presidente, los contratos que se relacionen con el objeto de la sociedad; representar por sí o por conducto de su presidente a la sociedad ante las autoridades administrativas o judiciales; asesorar a los delegados que se encarguen de dirigir las líneas específicas de producción; llevar debidamente actualizados los libros de la sociedad; conferir y revocar poderes libremente; designar a los miembros de la comisión de educación; hacer del conocimiento de las autoridades todo acto que implique una conducta ilícita en que incurra cualquiera de los socios; solicitar al comité financiero y de vigilancia la aplicación de recursos para cumplir con los objetos y finalidades (*sic*) de la sociedad y los demás que se establezcan en las bases constitutivas (art 23).

Los acuerdos del comité ejecutivo serán válidos si en la reunión en que se adoptaren concurrieren la mayoría de sus respectivos integrantes. Como se puede ver, en este caso el legislador tampoco distingue entre *quórumes* de asistencia y votación (art 26).

## O Órgano de vigilancia

La administración financiera y la vigilancia de las operaciones sociales estará a cargo de un órgano colegiado llamado comité financiero y de vigilancia, inte-

grado por tres socios propietarios y sus respectivos suplentes. Durarán en su encargo dos años y podrán ser reelectos.

El hecho de que este comité sea mixto, o sea que ejerza actos de administración financiera y de vigilancia, lo convierte en un curioso y absurdo órgano social, porque ¿quién vigilará al vigilante?

El comité de que nos ocupamos tiene los siguientes derechos y obligaciones: ejercer todas las operaciones financieras de la sociedad y vigilar que se realicen con eficiencia todas las actividades contables de la sociedad; vigilar que los libros de la sociedad se lleven debidamente actualizados; aprobar las peticiones de créditos a favor de la sociedad, así como las garantías que se otorguen; vigilar el empleo de los fondos de la sociedad en todas las líneas de producción, así como que a los productos elaborados o fabricados se les dé el destino acordado; opinar sobre el estado financiero de la sociedad y, en su caso, asesorarse de técnicos para tal finalidad; vigilar que el fondo de solidaridad social se aplique a los fines sociales y se incremente conforme a lo que acuerde la asamblea al respecto, así como que se restituya la parte utilizada en caso de pérdidas; dar cuenta a la autoridad correspondiente de los casos en que se presuma la comisión de hechos delictuosos de que tengan conocimiento; rendir los informes del estado económico que guarda la sociedad a la asamblea general, a la de representantes y al comité ejecutivo cuando éste lo solicite y los demás que se establezcan en las bases constitutivas.

Los acuerdos del comité financiero y de vigilancia serán válidos si en la reunión en que se adoptaren concurrieren la mayoría de sus respectivos integrantes. El legislador tampoco distingue entre los *quórumes* de votación y asistencia (art 26).

## P Otros órganos sociales

En sus arts 26 y 28 la ley establece las bases para la organización y funcionamiento de la comisión de educación, cuyas principales atribuciones consisten en fomentar la educación y entrenamiento de los socios. Esta comisión se integra con tres miembros que serán designados por el comité ejecutivo. No se trata de un órgano de administración, sino de asesoramiento.

## Q Control del Estado

Las sociedades de solidaridad social están sujetas a un rígido control del Estado que es ejercido por conducto de las secretarías de la Reforma Agraria y de Trabajo y Previsión Social. Además de la atribución de convocar a asambleas, estas secretarías tienen las siguientes facultades: obtener del comité ejecutivo o del financiero y de vigilancia toda clase de informes y datos relativos al funcionamiento de la sociedad o de sus actividades; vigilar que el patrimonio social y el fondo de solidaridad social se manejen y apliquen en los términos de

la ley y demás disposiciones derivadas de ella y conforme a las bases constitutivas, y revocar la autorización de funcionamiento de la sociedad en los siguientes casos

*a)* Cuando los socios acuerden la liquidación
*b)* Cuando haya transcurrido el término de duración de la sociedad
*c)* Cuando la sociedad no esté en condiciones de realizar el objeto social
*ch)* Cuando el número de socios sea inferior al mínimo legal, y
*d)* En los demás casos que impliquen violación o inobservancia graves a lo dispuesto en la ley o en las bases constitutivas.

Asimismo, las secretarías en cuestión están facultadas, en general, para vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la ley especial que rige a esta clase de sociedades y en las demás disposiciones derivadas de ella, así como en las bases constitutivas, estatutos o reglamento interior de la sociedad (art 34).

## R Liquidación de la sociedad

Revocada la autorización de funcionamiento de la sociedad se pondrá en liquidación bajo la vigilancia de la secretaría que corresponda, la cual designará un comité liquidador formado por tres miembros (*sic*): uno de ellos por parte de la sociedad; otro por los acreedores y, el tercero, por la secretaría (art 38).

El comité ejecutivo entregará al de liquidación los bienes y los libros y papeles de la sociedad en un término de quince días, contados a partir de la fecha en que se notifique el requerimiento de la secretaría que corresponda, en el concepto de que si no lo hiciere será sancionado y se le impondrá un interventor a efecto de que previo inventario tome posesión de los bienes de la sociedad y los ponga a disposición del comité liquidador (art 41).

El comité liquidador tendrá las siguientes facultades: concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al momento de revocar la autorización; formular un inventario de los activos y pasivos de la sociedad; cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba; formular el balance final de liquidación, que deberá someterse a la aprobación de la Secretaría de la Reforma Agraria o de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social en sus respectivos casos; inscribir de inmediato en el registro nacional de la secretaría que corresponda que la sociedad se encuentra en periodo de liquidación y las demás inherentes a la liquidación (art 40).

Aprobado el balance final de liquidación se inscribirá en el correspondiente registro.

> *El activo integrado por el patrimonio y el fondo de solidaridad social quedará a disposición de la Secretaría que corresponda para su ulterior aplicación a otra sociedad similar o a falta de ésta a la asistencia pública,*

según dispone el art 40 de la ley.

Este último precepto nos parece notoriamente inconstitucional, especialmente en lo que se refiere a desapoderar a los socios del fondo de solidaridad social, lo cual evidencia las frecuentes contradicciones en que incurre el Estado mexicano, el cual mediante esta disposición nada tiene de solidario con el pueblo al que pretende inducir a la solidaridad social.

## RR Federaciones y Confederación Nacional de Sociedades de Solidaridad Social

Conforme a los arts 42 y 43 de la ley, las sociedades de solidaridad social, para la defensa de sus intereses, pueden organizarse en federaciones estatales que, a su vez, pueden formar la Confederación Nacional de Sociedades de Solidaridad Social, cuya organización y funcionamiento se confía al reglamento de la ley, del cual no tenemos noticias de que se haya expedido.

## S Otras disposiciones aplicables a las S de S S

1 Los certificados que acrediten la calidad de socio podrán transmitirse, a la muerte de éste, a su cónyuge, a sus hijos o, en su caso, a la persona con quien haya hecho vida común durante los últimos cinco años, bajo su dependencia económica. En todo caso, el causahabiente quedará sujeto al cumplimiento de las obligaciones del socio al que suceda.
2 Las sociedades de solidaridad social no contratarán trabajadores asalariados y los fines sociales deberán cumplirse por los socios, excepto cuando se requieran servicios profesionales o especializados de forma ocasional o temporal (art 14).

## COMENTARIO FINAL

Hace algunos años tuvimos oportunidad de conocer la organización y funcionamiento de este tipo de sociedades cuya creación nos parecería encomiable, si su funcionamiento estuviera regido por criterios económicos y no por criterios políticos como sucede en la práctica.

# APÉNDICE 8.2

# SOCIEDADES DE PRODUCCIÓN RURAL

## INTRODUCCIÓN

Los historiadores de la Revolución Mexicana[1] consideran que la mala distribución de la tierra, que crónicamente ha padecido nuestro país desde la época colonial, fue una de las causas principales que originaron el movimiento armado de 1910 y atribuyen el agravamiento del problema a la concentración de grandes extensiones territoriales en manos de las llamadas *compañías deslindadoras,* las cuales estaban constituidas en forma de sociedades por acciones.

Por tal motivo, la *Constitución General de la República,* en la frac IV de su art 17, prohíbe a las sociedades por acciones adquirir, poseer o administrar fincas rústicas, circunstancia que limita el ámbito de la explotación agrícola a las personas físicas y a las sociedades mercantiles *intuitu personae,* es decir, a las colectivas y a las comanditas simples,[2] y que en gran medida ha contribuido a ahuyentar la inversión de grandes capitales en el proceso productivo agropecuario, vista la renuencia de los inversionistas para constituir sociedades personalistas.

Para propiciar la inversión en el campo, el Congreso de la Unión aprobó la *Ley de Crédito Rural,* publicada en el *Diario Oficial de la Federación,* 5 ab 1976 y en vigor al día siguiente, la cual, para *"Auspiciar la organización y la capacitación de los productores, especialmente de los ejidatarios, comunes, co-*

[1] *Cfr* entre otros: SILVA HERZOG, Jesús, *Breve historia de la Revolución Mexicana,* Fondo de Cultura Económica, 1960, pp 14 y ss.

[2] Una interpretación literal de la frac IV del art 27 constitucional nos permite inferir que la explotación agropecuaria también puede ser realizada por sociedades de responsabilidad limitada. Sin embargo, tenemos conocimiento que la Secretaría de Relaciones Exteriores considera que esta especie de sociedades está incluida en la prohibición porque son *intuitu pecuniae.*

*lonos y pequeños propietarios minifundistas*" establece las bases para constituir las sociedades de producción rural, de las cuales a continuación haremos un breve análisis.

## A Naturaleza de la sociedad

La *Ley de Crédito Rural* no enuncia expresamente que las sociedades de producción rural son de naturaleza mercantil, por lo que hemos de recurrir al *Código de Comercio* para tratar de dilucidar si son comerciantes o no.

Es bien sabido que el *Código de Comercio* adolece de graves fallas técnico-legislativas en lo que corresponde a clasificar ciertos actos como mercantiles y en lo que toca a atribuir el carácter de comerciantes a las personas que, habitual o accidentalmente, ejecuten actos de comercio. Estas fallas legislativas son más notorias en el caso de las actividades agrícolas y de quienes se dedican a ellas. En efecto, en el art 75, frac XXIII, califica como acto de comercio "*la enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo*". Pero, dado el carácter cíclico de la producción agrícola, en el art 4o reputa como comerciantes a los labradores "*que tienen plantados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca,* en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas", a pesar de que en la primera parte del mismo precepto enuncia que "*Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ellas a las leyes mercantiles*", es decir, que se les considera comerciantes por las operaciones accidentales que llegaren a realizar.

Así pues, es dudoso que a las sociedades de producción rural se les pueda atribuir el carácter de comerciantes, salvo el caso de que tengan plantada tienda o almacén en alguna población, en cuyo supuesto serán reputadas comerciantes únicamente respecto de las operaciones que realicen en dichos establecimientos.

## B Especies de sociedades de producción rural (SPR)

La ley reconoce tres especies de SPR, a saber: de responsabilidad ilimitada, de responsabilidad limitada y de responsabilidad suplementada (art 69, *in fine*).

## C Socios

Únicamente pueden ser socios de las SPR colonos o pequeños propietarios minifundistas que, individualmente, no exploten extensiones mayores a las reconocidas por las leyes agrarias (arts 56 y 68).

Para los efectos de la ley, se consideran colonos y pequeños propietarios minifundistas aquellos que exploten predios equivalentes o menores a la uni-

dad mínima de dotación individual de los ejidos o comunidades circundantes o que no excedan de veinte hectáreas de riego o sus equivalentes en otras clases de tierra señaladas en las disposiciones legales aplicables (art 60).

La sociedad deberá constituirse con un mínimo de diez socios y adoptar, preferentemente, el régimen de explotación colectiva, de modo que, cuando se adopte este sistema de trabajo, la tierra no constituirá garantía hipotecaria de los créditos que celebren con la banca, salvo que se trate de préstamos refaccionarios (art 69, párr primero).

## CH Responsabilidad de los socios

En las sociedades de responsabilidad ilimitada cada uno de los socios responde, por sí, de todas las obligaciones sociales de manera solidaria (art 70).

En las de responsabilidad limitada, solo responden por las obligaciones de la sociedad hasta por el monto de sus aportaciones al capital social (art 71).

En las de responsabilidad suplementada, además de responder por sus aportaciones, responden de todas las obligaciones sociales subsidiariamente, hasta por una cantidad determinada en el contrato social y que será su suplemento, el cual en ningún caso será menor de dos tantos de su mencionada aportación (art 72).

## D Objeto social legalmente tasado

El art 76 estipula que las SPR podrán dedicarse a las actividades señaladas en el art 67, en todo lo que se adapte a su propia estructura. En consecuencia, nos parece que solo pueden tener como objeto social: construir, adquirir y establecer almacenes; comercializar sus productos; constituir y administrar fondos de reserva y capitalización en los términos de la ley; organizar y administrar centros de consumo, centrales de maquinaria, compra de aperos, implementos e insumos y distribuir despensas familiares; obtener créditos para la consecución de su objeto social; gestionar la venta inmediata, mediata o futura de sus productos, en el concepto de que tratándose de ventas mediatas o a futuro, podrán celebrar los contratos del caso; adquirir o contratar los insumos, bienes o servicios que requieren los cultivos o explotaciones; obtener de los bancos los créditos inmobiliarios o habitacionales que requieran para sus miembros, incluyendo los que tengan por objeto realizar aprovechamientos comunes; en general, llevar a cabo todos aquellos actos de carácter económico o material que tiendan al mejoramiento de la organización colectiva del trabajo, así como el incremento de la productividad de los cultivos, explotaciones y aprovechamientos de sus recursos y, por supuesto, dedicarse a la agricultura.[3]

[3] Por extraño que parezca, la ley no incluye las actividades agrícolas dentro del objeto social de las SPR, tal vez porque lo da por sobreentendido.

## E Capital social

Las sociedades de responsabilidad ilimitada no requieren integrar un capital social fundacional.

En las de responsabilidad limitada el capital social fundacional será, por lo menos, de cincuenta mil pesos y en las de responsabilidad suplementada, de veinticinco mil pesos. En todo caso, el capital deberá mantener una proporción adecuada con los objetivos que pretenda (art 73).

## F Fondo de reserva y capitalización

Debe constituirse un fondo de reserva y capitalización con un mínimo de diez por ciento de las utilidades que se obtengan. Este fondo no podrá ser distribuido entre los socios o destinado a cualquier otro fin hasta que no alcance el capital de operación necesario para que la sociedad pueda financiar, por sí misma, sus actividades de producción, a satisfacer las necesidades sociales de los socios y absorber las pérdidas que no sean cubiertas por aseguramiento (art 105).

El fondo de reserva y capitalización debe invertirse en bienes que sirvan a la actividad productiva de la sociedad o en valores de fácil realización, emitidos por el sistema oficial de crédito rural. En todo caso, la inversión del fondo será determinada por la asamblea general de socios (art 106).

## G Transmisión de los derechos de socio

Los derechos de socio solo serán transmisibles con el consentimiento de la asamblea; pero si la sociedad tuviera obligaciones a favor de alguna institución financiera, se requerirá, además, la autorización de ésta.

## H Órganos sociales

1 ***Asamblea general de socios*** Es el órgano supremo de la sociedad y, en consecuencia, podrá acordar y ratificar todas las operaciones de ella.

El voto se ejercita *pro capite* y no por partes de interés, puesto que cada socio tendrá un voto (art 75, frac I).

La ley es omisa en cuanto a convocatorias y *quórumes* de asistencia y votación a las asambleas, por lo que consideramos que la estipulación de estos requisitos queda al arbitrio de los socios.

2 ***Comisión de administración*** La administración de la sociedad y la dirección de los negocios sociales debe confiarse a una comisión de administración, la cual es designada por la asamblea general de socios y debe estar integrada por cinco socios que durarán en su cargo tres años. Nada dice la ley si los miembros de la comisión de administración pueden ser reelectos para el periodo anterior; pero, dado que la sociedad debe constituirse

cuando menos con diez socios y de que la comisión debe integrarse con cinco, al parecer la intención del legislador es la de que los socios se alternen en la administración.

La comisión de administración podrá realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, excepto aquellas que la ley y los estatutos reserven a la asamblea general de socios. Asimismo, tendrá la representación de la sociedad y podrá realizar actos de dominio, administración y pleitos y cobranzas (art 75, frac II). Entendemos que la comisión podrá designar delegados y apoderados para la ejecución de los actos concretos que aquella les encomienden.

3 ***Junta de vigilancia*** Se compondrá de tres socios y será designada por la asamblea general. La Junta cuidará que todas las operaciones sociales se ajusten a los preceptos de la ley y a la escritura constitutiva de la sociedad; de que los fondos sean invertidos de manera prudente y eficiente; que los socios cumplan sus obligaciones y que los funcionarios y empleados de la sociedad desempeñen eficaz y honestamente las tareas que les corresponden. Además, la Junta informará a la asamblea del resultado de sus labores de supervisión.

4 ***Gerente*** La gestión inmediata de los negocios sociales estará confiada a un gerente quien podrá ser socio o persona extraña a la sociedad (art 75, frac IV).

La ley requiere que el gerente tenga los conocimientos técnicos y administrativos necesarios para el adecuado desempeño de su cargo.

5 ***Contador*** El control contable de las operaciones sociales debe ser confiado a una persona propuesta por la junta de vigilancia y aprobada por la asamblea general (art 80).

## I Asambleas y sesiones

1 ***Asambleas de socios*** Las juntas de socios reciben el nombre tanto de asambleas como de sesiones en la ley, la cual previene que deberán reunirse para aprobar sus planes de trabajo y de crédito cuando menos una vez en cada ciclo productivo y para conocer las operaciones realizadas en el último ejercicio.

Es obvio que las asambleas deben celebrarse al inicio de cada ciclo productivo, razón por la cual alguna de éstas puede coincidir con la sesión anual.

La ley estipula que a las asambleas de los socios puede asistir un representante del banco o de la financiera rural acreditante, con voz, pero sin voto.

Asimismo, prevé la posibilidad de que asistan a las asambleas un representante de la delegación agraria y asesores técnicos de las dependencias oficiales relacionadas con la producción y comercialización de los

productos del campo. Entendemos que la presencia de estas personas en las sesiones solo se justifica en las sociedades en que participen ejidatarios y comuneros.

La ley deja al criterio de los socios los requisitos de convocatoria y *quórumes* de asistencia y votación a las asambleas (art 79, frac VIII).

2 ***Sesiones de la comisión de administración*** En virtud de que la comisión de administración es un órgano colegiado, es natural que deba reunirse periódicamente en sesión. En este caso, la ley también deja al libre arbitrio de los socios la determinación de los requisitos de convocatoria, reunión y votación de las sesiones de la comisión de administración (art 79, frac VII).

## J Acta constitutiva

Antes de referirnos a los requisitos que debe contener el acta constitutiva nos parece pertinente hacer notar que el legislador no precisa la forma en que debe constituirse la sociedad, puesto que en algunos pasajes de la ley habla de *escritura constitutiva* y en otros de *acta constitutiva.*

A nuestro juicio, la sociedad debe constituirse por comparecencia ante notario público pues la ley no autoriza la constitución sucesiva.

Así pues, identificados ambos conceptos, solo nos queda señalar los requisitos que debe llenar el acta constitutiva y que son los siguientes

1 Los nombres y domicilios de los socios
2 La denominación y el domicilio social
3 El objeto social y la duración
4 El régimen de responsabilidad que se adopte
5 El régimen de explotación de los recursos (individual o colectivo)
6 La forma de constituir o incrementar el capital social y la valuación de los bienes y derechos en caso de que se aporten
7 La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores
8 Los requisitos de convocatoria y funcionamiento de las asambleas
9 Los requisitos para la admisión, exclusión y separación de socios
10 La manera de hacer la distribución de utilidades y pérdidas entre los socios
11 Las reglas para la disolución y liquidación de la sociedad
12 Las demás normas que deban observarse en su funcionamiento y desarrollo.

## COMENTARIO FINAL

Aunque defectuosamente reglamentadas por la *Ley de Crédito Rural,* las sociedades de producción rural, a diferencia de las sociedades de responsabilidad social, han respondido a necesidades prácticas del campo mexicano.

# CAPÍTULO 9

# SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO

## SUMARIO


**9.1 CONCEPTO**

9.1.1 Elementos de la definición legal

9.1.1.1 Sociedad

9.1.1.2 Razón social

9.1.1.2.1 Principio de veracidad de la razón social

9.1.1.2.2 Principio de mutabilidad de la razón social

9.1.1.3 Responsabilidad de los socios

9.1.1.3.1 Concepto de responsabilidad subsidiaria

9.1.1.3.2 Concepto de responsabilidad ilimitada

9.1.1.3.3 Concepto de responsabilidad solidaria

9.1.1.3.4 Supresión y limitación de la responsabilidad

**9.2 OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS**

9.2.1 Obligación de aportar

9.2.2 Obligación de lealtad

9.2.3 Obligación de subordinar la voluntad (*Ley de la mayoría*)

9.2.4 Obligación de soportar las pérdidas

9.2.5 Obligación de responder por las deudas sociales existentes

**9.3 DERECHOS DE LOS SOCIOS**

9.3.1 Derechos patrimoniales

9.3.1.1 El de participar en las utilidades

9.3.1.2 El de participar proporcionalmente en el haber social

9.3.1.3 El de ceder sus derechos en la sociedad

9.3.1.4 El de ser resarcido de los gastos, daños y perjuicios

9.3.2 Derechos de consecución

9.3.2.1 Derecho de voto

9.3.2.2 Derecho de administración

9.3.2.3 Derecho de información

9.3.2.4 Derecho de vigilancia y denuncia

**9.4 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO**
9.4.1 Juntas de socios
9.4.2 Administradores
9.4.2.1 Carácter
9.4.2.2 Nombramiento
9.4.2.3 Número de administradores
9.4.2.4 Uso de la firma social (representación de la sociedad)
9.4.2.5 Facultades
9.4.2.6 Delegación de facultades
9.4.2.7 Abuso de las facultades
9.4.2.8 Duración del cargo
9.4.2.9 Revocabilidad del nombramiento
9.4.2.10 Responsabilidad de los administradores
9.4.2.11 Dimisión
9.4.2.12 Remuneración
9.4.3 Órgano de vigilancia
**9.5 SOCIOS INDUSTRIALES**
**9.6 EXCLUSIÓN O SEPARACIÓN DE UNO O VARIOS SOCIOS**
**9.7 CONSTITUCIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD**
9.7.1 Constitución
9.7.1.1 Tramites administrativos y judiciales
9.7.2 Disolución
9.7.3 Liquidación
**9.8 QUIEBRA**
9.8.1 De los socios
9.8.2 De la sociedad

## INTRODUCCIÓN. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

Existe gran discrepancia entre los autores de derecho en cuanto al origen de la sociedad en nombre colectivo. Algunos tratadistas creen encontrar su antecedente en la *societas argentarii* del derecho romano, pero la imperfección de ésta no brinda una base sólida para sustentar tal punto de vista.[1]

Las opiniones más generalizadas sitúan el nacimiento de las sociedades en nombre colectivo en la época de las repúblicas italianas medievales[2] y lo atribuyen a la necesidad de salvar los obstáculos que imponía la indivisión hereditaria, toda vez que valiéndose del contrato de sociedad se lograba continuar el comercio del *de cujus* bajo su mismo techo. De esta manera, según se afirma, nació una comunidad o *casa* circunscrita a los miembros de la familia, quienes contrataban a nombre propio y de sus consocios mediante un mandato recíproco. Más tarde, el vínculo social no obliga solo a los parientes, sino que se extiende a otras personas relacionadas con ellos por motivos de trabajo. En esta etapa, se desarrolla el concepto de personalidad jurídica y el mandato cede su lugar al concepto de razón social, de manera que los socios ya no contratan a nombre propio y por cuenta de sus consocios, sino a nombre de la sociedad, lo que revela la existencia de un fondo común, diverso del patrimonio de los socios y la responsabilidad solidaria de todos ellos por las deudas sociales.

En sus orígenes, la sociedad en nombre colectivo era atípica, en el sentido de que su estructura, organización y funcionamiento no estaban regulados por el derecho positivo. Por tanto, no fue sino hasta la promulgación en Francia de las *Ordenanzas* de 1673 que se establecieron las bases de este tipo de sociedades a las que tal ordenamiento llamó sociedades generales. De las *Ordenan-*

[1] Los contratos de sociedad de derecho romano carecían de personalidad jurídica y, por consiguiente, solo tenían eficacia interna. *Cfr* PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, Época, 1979, pp 405 y ss; y FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El derecho privado romano*, Esfinge, 1977, p 421.

[2] *Cfr* BÉRGAMO LLABRES, Alejandro, *Instituciones de derecho mercantil*, Reus, 1951, p 234; ASCARELLI, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1940, p 120; CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil*, Herrero, 1965, p 56; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t I, Porrúa, 1965, p 204, etcétera.

*zas* francesas las sociedades en nombre colectivo pasaron al resto de la legislación continental y, por ende, fueron acogidas por las *Ordenanzas de Bilbao* que las llamaron *Compañías* lo que, en opinión de algunos autores da la idea de sociedad familiar.[3] Por consiguiente, esta especie de sociedades es conocida en México desde fines del siglo XVIII.[4]

Aunque la colectiva es la forma más *natural* de asociación, su decadencia actual es evidente e inevitable; a ella contribuyen los graves inconvenientes que implican la limitación característica del número de socios que pueden integrarla, las vicisitudes personales de éstos y de la sociedad que, de alguna manera, repercuten recíprocamente en sus respectivas esferas jurídicas y económicas (*Cfr* arts 50, frac I, *LGSM* y 4o, *LQSP*) y, sobre todo, la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus miembros, que por sí misma constituye un factor de disuasión para aventurar en una sola empresa la totalidad del patrimonio (art 25).

## 9.1 CONCEPTO

El art 25, *LGSM*, enuncia que la

> *Sociedad en nombre colectivo es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales.*

### 9.1.1 Elementos de la definición legal

La definición legal contenida en el art 25 comprende tres elementos, a saber: el de *sociedad;* el de *razón social* y el de *responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los socios.* A continuación hacemos un breve análisis de cada uno de ellos.

[3] De hecho, en el medievo se les llamaba *fraterna compagnia,* vocablos que derivan de las voces latinas *frates* (hermano) y *cum* y *panis* (*con pan*), que implican que los socios eran hermanos o parientes que comían del mismo pan bajo el mismo techo. Sin embargo, el mismo concepto se utilizó posteriormente para referirse a sociedades integradas por personas sin vínculo de parentesco, según se infiere de la reglamentación de las "Minas de Compañía" contenida en el Título 11o de las *Reales Ordenanzas de Minería* de 1783 que rigieron en la Nueva España y posteriormente en el México independiente, casi hasta mediados del siglo XIX.

[4] Los historiadores del derecho no admiten unánimemente la aplicación de las *Ordenanzas de Bilbao* en Nueva España. *Cfr* FLORIS MARGADANT, Guillermo, "Las fuentes del derecho mercantil novohispano" y BERNAL, Beatriz, "La literatura jurídica práctica en torno a los derechos castellano e indiano. Siglos XVII al XVIII". Ambos en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado,* Porrúa, 1982, pp 131 y 89, respectivamente.

#### 9.1.1.1 SOCIEDAD

El concepto de sociedad conlleva implícitas las ideas de pluralidad de partes, de consentimiento de los socios, de aportaciones, de objeto social y de participación de los socios en las ganancias y pérdidas; ideas a las que ya nos hemos referido, por lo que no insistiremos en ellas. Empero, conviene destacar que en la colectiva, lo mismo que en la comandita simple, se admiten las aportaciones de industria, lo cual hace posible la existencia de este tipo de sociedades con un mínimo de dos socios: uno capitalista y el otro industrial.

En cuanto a la capacidad de las personas que pueden contraer el contrato de sociedad en nombre colectivo, nos remitimos a los expuesto con la sección 3.1, de esta obra. Por otra parte, estimamos que pueden ser socios de la colectiva otras pesonas morales, según veremos al ocuparnos de los socios comanditados en el próximo capítulo.

#### 9.1.1.2 RAZÓN SOCIAL

En sus orígenes, el concepto de razón social se aplicaba a las partidas de contabilidad en las que se registraban las operaciones realizadas por los socios, tanto en nombre propio como por cuenta y nombre de sus coasociados.[5] Más tarde, simultáneamente al desarrollo del concepto de personalidad jurídica, la razón social pasó a ser un signo distintivo de la sociedad y, desde entonces, ha venido cumpliendo la misma función que el nombre para las personas físicas.

La razón social se rige por los principios de veracidad y mutabilidad que, en ambos casos, tienden a evitar engaños al público.

##### 9.1.1.2.1 Principio de veracidad de la razón social

La razón social se forma con el nombre completo o con los apellidos de todos los socios o con el nombre o apellidos de uno o más de ellos. Si en la razón social no figura el nombre de todos deben añadirse las palabras *y compañía* u otras equivalentes, como *y hermanos, e hijos, y asociados,* etc (art 27, *LGSM*).

Si en la razón social ya figuran los nombres de todos los socios, no es lícito añadir las palabras *y compañía* u otras equivalentes. Asimismo, si una persona extraña a la sociedad hace figurar o permite que su nombre figure en la razón social, contraerá responsabilidad solidaria e ilimitada, pero no subsidiaria,[6] por las deudas sociales (art 28, *LGSM*).

[5] *Cfr* BÉRGAMO LLABRES, Alejandro, *op cit,* p 239.

[6] Resulta excesivo que el tercero no tenga el beneficio de excusión de que gozan los socios. Posiblemente esto obedezca a un descuido del legislador que elaboró la *LGSM* se limitó a copiar el art 103 del Código de Comercio de 1889.

#### 9.1.1.2.2 Principio de mutabilidad de la razón social

En razón de que en la sociedad en nombre colectivo puede haber cambios de socios, el ingreso o separación de uno de ellos debe reflejarse en la razón social. Si se tratare de ingreso a la sociedad, se agregará a la razón social el nombre del nuevo socio o las palabras *y compañía* (art 29, *LGSM*). La separación de un socio no impide que se siga utilizando la misma razón social; pero si el nombre del que se separó continúa apareciendo en ésta, debe agregarse la palabra *sucesores* (art 29, *LGSM*).

Asimismo, cuando una sociedad en nombre colectivo transmita a otra la totalidad de sus derechos y obligaciones, y entre ellos la razón social, también se agregará la palabra *sucesores* (art 30, *LGSM*).

### 9.1.1.3 RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

Como antes se apuntó, el art 25, *LGSM* imputa a los socios de la colectiva responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales.

#### 9.1.1.3.1 Concepto de responsabilidad subsidiaria

El concepto de responsabilidad subsidiaria fue introducido por el autor de la *LGSM,* toda vez que el art 100 del *C Com* no concedía este beneficio a los socios colectivos. El que la responsabilidad sea subsidiaria significa que es condicional, puesto que en virtud de ella los socios gozan de los beneficios de orden y excusión.[7] El primero, o sea, el beneficio de orden, no les aprovecha si son demandados conjuntamente con la sociedad (art 24, *LGSM*). El segundo, el de excusión, únicamente opera cuando los socios

*i)* Señalen bienes de la sociedad que basten para cubrir el crédito reclamado
*ii)* Los bienes estén libres y desembarazados de gravámenes y embargos
*iii)* Dichos bienes se hallen en el distrito judicial en que deba de hacerse el pago, y
*iv)* Se anticipen o aseguren los gastos de excusión, según ha establecido la Suprema Corte de Justicia (XXXVI, quinta época).

Por último, el beneficio de división, que también es propio de las obligaciones subsidiarias no aprovecha a los socios de la colectiva por cuanto son solidariamente responsables de las deudas sociales.

En el supuesto de que los socios no fueren demandados conjuntamente con la sociedad, los acreedores deberán intentar juicio aparte contra todos o cada uno de ellos, toda vez que en este caso les aprovecha el beneficio de orden.

[7] *Cfr* Entre otras la tesis inserta en el t LXVIII, quinta época, p 3285.

#### 9.1.1.3.2 Concepto de responsabilidad ilimitada

La ilimitación de responsabilidad de los socios significa que responden del cumplimiento de las obligaciones sociales con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables (art 2964, *CCDF*).

Idéntica responsabilidad tiene la sociedad por sus propias deudas; pero ésta no debe ser confundida con la de los socios.

#### 9.1.1.3.3 Concepto de responsabilidad solidaria

La responsabilidad solidaria de los socios no se presume, resulta de la ley. Evidentemente, se trata de un caso de solidaridad pasiva, en virtud de la cual los acreedores de la sociedad pueden reclamar a cada uno o a la totalidad de los socios el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones sociales (art 1989, *CCDF*). Desde luego, esto significa que no gozan del beneficio de división, según hemos dejado establecido (art 2004, *CCDF*).

De estas características de la responsabilidad solidaria pasiva de los socios se derivan los siguientes efectos[8]

1 Cada socio debe cumplir por sí la totalidad de las obligaciones sociales, razón por la cual el o los acreedores de la sociedad pueden exigir a todos los socios o a cualquiera de ellos, a su elección, el pago total de la deuda o bien el pago a prorrata, aunque esto último no es lo que caracteriza a las obligaciones solidarias (arts 1987 y 1989, *CCDF*)
2 Cuando uno de los socios paga la deuda, ésta se extingue y los vínculos que unían al acreedor con la sociedad y con los otros socios desaparecen al mismo tiempo (art 1990, *CCDF*)
3 El socio demandado puede oponer las excepciones que sean comunes a los demás socios y a la sociedad (arts 1995 y 1996, *CCDF*)
4 Por la novación hecha entre el acreedor y alguno de los socios, quedan exonerados los demás y la propia sociedad (art 2223, *CCDF*)
5 La compensación, confusión o remisión hecha por el acreedor con cualquiera de los socios extingue la obligación (art 1991, *CCDF*)
6 Cualquier acto que interrumpa la prescripción en contra de uno de los socios, perjudica a los demás (art 2001, *CCDF*)
7 La prescripción que aproveche a uno de los socios no favorecerá a los demás, sino cuando el tiempo exigido para que aquella se consume haya corrido del mismo modo para los otros socios y la sociedad, en cuyo caso el acreedor solamente podrá exigir de estos últimos el valor de la obligación, deducida la parte que le corresponda al socio que prescribió (arts 1145 y 1146, *CCDF*)

[8] *Cfr* BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, t II, Porrúa, 1962, pp 357 y ss.

8 Cada uno de los coherederos del socio fallecido está obligado a pagar la cuota que le corresponda proporcionalmente. Todos ellos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros socios (art 1998, *CCDF*), pero estarán obligados por el todo en lo que respecta a los acreedores (art 2006, párr segundo, *CCDF*)
9 Si por incumplimiento de la obligación se demandan daños y perjuicios, cada uno de los socios y la sociedad responderán íntegramente de ellos (art 2002, *CCDF*)
10 El socio que paga por entero tiene derecho a exigir de los otros socios y de la sociedad la parte proporcional de la obligación que les corresponda, salvo que internamente se haya estipulado que la responsabilidad de alguno o algunos de ellos se limite a una porción o cuota determinada (art 26, *LGSM, in fine*). A falta de estipulación los socios y la sociedad están obligados entre sí por partes iguales (art 1999, *CCDF*)
11 Si la parte que incumbe a un socio no puede obtenerse de él por el socio que pagó, el déficit debe ser repartido entre los demás socios, aun entre aquellos a quienes el acreedor hubiere liberado de la solidaridad (art 1999, párr tercero, *CCDF*)
12 En la medida en que el socio satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor (art 1999, *in fine, CCDF*)
13 Las acciones que pudieran corresponder a un socio contra los demás y contra la sociedad, en razón de la solidaridad, prescribirán en cinco años (art 1045, frac I, *C Com*)
14 La sentencia dictada contra la sociedad tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios cuando hayan sido demandados conjuntamente con aquella (art 24, *LGSM*)
15 De la misma manera, la sentencia dictada contra un socio tendrá autoridad de cosa juzgada contra la sociedad y los demás socios cuando hayan sido demandados conjuntamente, según ha establecido la Suprema Corte de Justicia (*AD*, XVIII, quinta época).

#### 9.1.1.3.4 Supresión y limitación de la responsabilidad

Las cláusulas del contrato social que supriman o limiten la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, son inoponibles a terceros, dado que no surten ningún efecto legal frente a los acreedores. Sin embargo, como quedó apuntado, los socios pueden estipular internamente que la responsabilidad de alguno o algunos de ellos se *limite* a una porción o cuota determinada (art 26, *LGSM, in fine*), a condición de que la limitación no constituya una exoneración de reportar las pérdidas, porque, en tal caso, la cláusula será nula si la sociedad es regular, o determinará la nulidad de la sociedad si ésta es irregular.[9]

[9] *Infra* Sección 7.3.

## 9.2 OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS

En lo que se refiere a los aspectos generales de las obligaciones de los socios nos remitimos a lo expuesto en el capítulo 5. Aquí nos ocuparemos únicamente de las modalidades que los afectan.

Además de la obligación subsidiaria, ilimitada y solidaria de pagar las deudas sociales, los socios colectivos tienen las obligaciones de

*a)* Aportar
*b)* Lealtad
*c)* Subordinar su voluntad a la de la mayoría
*ch)* Soportar las pérdidas, y
*d)* Responder de las deudas sociales existentes al momento de ingreso, separación o exclusión de la sociedad.

### 9.2.1 Obligación de aportar

Las sociedades *intuitu personae,* en nombre colectivo y comandita simple, son las únicas que admiten, además de las aportaciones de bienes, las de industria (art 49, *LGSM*).

Las aportaciones de bienes se encuentran sujetas a las reglas generales establecidas por los arts 11 y 12, *LGSM*, para todas las sociedades mercantiles, y constituyen una cuota o fracción del patrimonio que en lo individual corresponde a cada socio.

La ley no exige en la colectiva la integración de un capital fundacional mínimo, puesto que los socios responden de las obligaciones sociales *in solidum.* Por consiguiente, el capital social cumple con la función de limitar el monto de las aportaciones de los socios a lo expresamente pactado y, en algunos casos, sirve como referencia para precisar el grado de control que los socios ejercen en la sociedad por medio del voto.

### 9.2.2 Obligación de lealtad

Por el carácter cerrado de las sociedades de personas, la obligación de lealtad cobra una importancia extraordinaria. Esta obligación se divide en cuatro deberes

1 *De **no concurrencia*** enunciado en el art 35 de la siguiente manera

> *Los socios, ni por cuenta propia ni por ajena, podrán dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad, ni formar parte de sociedades que los realicen, salvo con el consentimiento de los demás socios.*

La dispensa del deber de no concurrencia puede estipularse con mayor o menor amplitud en el contrato social o bien, en cada caso, puede obtenerse la dispensa de los demás socios para la ejecución de negocios concretos

2 *De **no abusar*** de la firma o del capital social para negocios propios (art 50, frac I)

3 *De **no infringir*** el pacto social o las disposiciones legales que rijan al contrato social o ambos (art 50, fracs II y III).

La infracción al contrato social puede originarse por la violación específica de una o varias de las estipulaciones en él contenidas, o bien por incumplimiento de la *obligación legal* de pasar por las consecuencias que según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley (art 1796, *CCDF*)

4 *De **abstención*** de la comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía (art 50, frac IV).

La infracción de este deber no solo sujeta al socio a las responsabilidades civiles que emanen de su conducta dolosa o fraudulenta, sino que además lo somete a las responsabilidades penales que resulten de la comisión de actos delictuosos.

En todos los casos, el incumplimiento de los deberes enunciados se sanciona con la exclusión del socio, mediante la rescisión parcial del contrato social respecto del infractor.

En principio, acordada la exclusión de un socio, la sociedad tendrá derecho a reclamarle los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado con motivo de su conducta ilícita. En el caso de que la exclusión obedezca a infracción del deber de no concurrencia contra la sociedad, el art 34, *LGSM* faculta, inconstitucionalmente, a la sociedad a privar al socio excluido de los beneficios que le correspondan, sin ser oído en juicio. Esta facultad caduca en un plazo de tres meses contados desde el día en que la sociedad tenga conocimiento de la infracción (art 35).

### 9.2.3 Obligación de subordinar la voluntad (*Ley de la mayoría*)

Se trata de una obligación común a los miembros de todas las sociedades mercantiles. Sin embargo, en la colectiva, precisamente por su índole cerrada, esta obligación sufre notables excepciones. En efecto, los socios tienen derecho de separación y, por consiguiente, de no subordinación de su voluntad a la de la mayoría, en los siguientes supuestos

*i)* Cuando se modifique el contrato social (art 34), y

*ii)* Cuando, *en contra de su voto,* el nombramiento de algún administrador, o la delegación del cargo de administrador, recaiga en persona extraña a la sociedad (arts 38 y 42).

El derecho de separación por modificación del contrato social brinda al socio un gran número de causas para hacerlo y , por otra parte, la ley no establece que solo puede ejercitarse cuando la modificación se produzca contra el voto

del separatista; omisión que plantea el problema de dilucidar si éste gozará de tal derecho en los casos en que, por ausencia o abstención, no emita su voto. A nuestro juicio, para que el socio separatista pueda ejercitar su derecho se requiere que haya votado en contra de la o las modificaciones acordadas al contrato social.

El socio separatista quedará responsable frente a terceros de las operaciones pendientes al momento de su separación (art 14).

### 9.2.4 Obligación de soportar las pérdidas

La obligación de soportar las pérdidas sufre una notable excepción cuando se trata de los socios industriales. Éstos, salvo pacto en contrario, no reportan las pérdidas (art 16, frac III), ni están obligados a reintegrar lo que hubieren percibido por alimentos, en los casos en los que el balance no arroje utilidades o las arroje en cantidad menor a lo percibido por alimentos, según dispone el art 49.

En cuanto a esta obligación, también debe tenerse presente, como antes se indicó, que es lícito estipular *internamente* que la responsabilidad de alguno o algunos de los socios se limite a una porción o cuota determinada (art 26).

### 9.2.5 Obligación de responder por las deudas sociales existentes

La obligación de responder de las deudas sociales existentes al momento de ingreso, separación o exclusión de la sociedad estatuida en los arts 13 y 14, *LGSM,* es propia de las sociedades *intuitu personae,* pero no así de las *intuitu pecuniae,* porque en éstas los socios solo responden por el pago de sus aportaciones.

## 9.3 DERECHOS DE LOS SOCIOS

Además del derecho de separación, ya analizado, los miembros de la colectiva gozan de numerosos derechos patrimoniales y de consecución.

### 9.3.1 Derechos patrimoniales

Entre los derechos patrimoniales más importantes de los socios se encuentran los siguientes.

#### 9.3.1.1 EL DE PARTICIPAR EN LAS UTILIDADES

Dicha participación será de forma proporcional a sus aportaciones, salvo pacto en contrario (art 16, frac I), en la inteligencia de que la exclusión de percibirlas origina la ineficacia de la cláusula que la estipule.

#### 9.3.1.2 EL DE PARTICIPAR PROPORCIONALMENTE EN EL HABER SOCIAL

Sin que en este caso, a nuestro entender, sea válido estipular una participación no proporcional, toda vez que el haber social, por regla general, se constituye con el capital social y con otras partidas del patrimonio distintas de las utilidades.

#### 9.3.1.3 EL DE CEDER SUS DERECHOS EN LA SOCIEDAD

Lo cual podrá hacerse previa autorización de todos o de la mayoría de los demás socios, quienes tendrán derecho de preferencia[10] para adquirir la cuota y derechos del cedente en proporción a sus aportaciones durante un plazo de quince días (art 33). El derecho de cesión de las participaciones sociales también puede ejercitarse mediante disposición testamentaria, si en el contrato social se prevé que la sociedad continúe con los herederos del socio fallecido (art 32). Si éste fuere el caso, a nuestro entender, los demás socios no tendrán derecho de preferencia para adquirir los derechos y la cuota del *de cujus.*

#### 9.3.1.4 EL DE SER RESARCIDO DE LOS GASTOS, DAÑOS Y PERJUICIOS

Éstos son aquellos que hayan sufrido a causa de su responsabilidad solidaria; derecho que emana de la aplicación del principio *ubi lucrum ibi et periculum esse debet,* oblicuamente reconocido por el art 1999, *CCDF.*

### 9.3.2 Derechos de consecución

Los derechos de consecución que mayor relevancia revisten son

*i)* El de voto
*ii)* El de participar en la administración de la sociedad
*iii)* El de información, y
*iv)* El de vigilancia y denuncia.

#### 9.3.2.1 DERECHO DE VOTO

Dada la naturaleza personal de la sociedad en nombre colectivo, en principio, se requiere la decisión unánime de los socios, cuando se trata de alterar la estructura del contrato social o de aprobar actos jurídicos que exceden la mera gestión de las operaciones sociales; empero, en algunos casos es lícito pactar

[10] Aunque el art 33 se refiere a este derecho como *del tanto,* es de explorada doctrina que el derecho del tanto corresponde únicamente a los copropietarios o a los vendedores que deseen readquirir la cosa enajenada.

el voto mayoritario, a riesgo de que los disidentes ejerciten el derecho de separación (arts 31, 34, 35, 37, 38 y 46).

En esta materia, por lo general se aplica la regla de atribución del *voto pro capite,* haciendo abstracción de la cuantía de las aportaciones de cada socio, pues todos ellos responden solidariamente de las deudas sociales. Sin embargo, en el contrato social se puede estipular que el voto se compute por cantidades; es decir, por el monto de las aportaciones, en cuyo caso, si un socio representare el mayor interés, se necesitará además el voto de otro (art 46, párr primero).

Por lo que respecta a los socios industriales, su voto también se computa *pro capite,* a menos que en el contrato social se pacte que su representación sea igual a la del mayor interés de los socios capitalistas. Si fueren varios los socios industriales, su representación será única y se ejercitará emitiendo como voto el que haya sido adoptado por mayoría de personas (cabezas) entre ellos (art 46, segundo párr).

#### 9.3.2.2 DERECHO DE ADMINISTRACIÓN

Cuando no se haga designación de administradores, la gestión de los negocios sociales recae, en principio, sobre todos los socios (art 40). No obstante, toda vez que el ejercicio del derecho de administración por todos los socios puede dar lugar a situaciones contradictorias, y aun conflictivas, es lícito estipular que la administración solo recaiga en uno o varios de ellos (art 36).

#### 9.3.2.3 DERECHO DE INFORMACIÓN

Los socios tienen derecho de exigir cuentas de la administración en cualquier tiempo que ellos acuerden, o semestralmente, si así se hubiere estipulado en el contrato social (art 43).

Si los socios fueren únicamente dos, se infiere que cualquiera de ellos podrá exigir la rendición de cuentas al otro cuando lo estime conveniente, aunque ambos fueren administradores.

Por otra parte, de este constante ejercicio del derecho de información también se infiere que en la sociedad en nombre colectivo, carece de relevancia fijar el tiempo de duración de los ejercicios sociales.[11]

#### 9.3.2.4 DERECHOS DE VIGILANCIA Y DENUNCIA

Los socios no administradores tienen derecho de designar un interventor que vigile los actos de los administradores y de examinar el estado de administra-

[11] No deben confundirse los ejercicios sociales con los fiscales; aquellos se refieren al plazo en el que los administradores deben rendir cuentas, éstos al plazo en que deben hacerse las declaraciones fiscales anuales. Con arreglo a lo previsto en el nuevo art 8o A *LGSM* los ejercicios sociales deben coincidir con el año calendario, excepto durante el primer año de constituída la sociedad y en los casos de fusión y liquidación.

ción, la contabilidad y papeles de la compañía. Asimismo, tienen derecho a formular denuncias y reclamaciones por los actos irregulares de los administradores (art 47), cuando así lo estimen conveniente.

El derecho de vigilancia atribuido a los socios por el art 47, *LGSM*, es concomitante con el llamado *derecho de comunicación* de los libros, estatuido en el art 43, *C Com* y, por ende, comprende todos los libros, registros, comprobantes, cartas, cuentas y documentos de la sociedad y no se contrae exclusivamente a ciertas operaciones, como ocurre en el caso del *derecho de exhibición* de los libros, estipulado en el art 44, *C Com*.

Parece indudable que los derechos de vigilancia y denuncia son constantes y permanentes y que no pueden coartarse por estipulación contraria en el contrato social.

## 9.4 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO

### 9.4.1 Juntas de socios

Por cuanto la constitución y existencia de la sociedad en nombre colectivo supone un número muy reducido de miembros, la *LGSM* no se ocupa de la organización, funcionamiento y atribuciones de las juntas de socios, aunque de forma vaga y excepcional son mencionadas en los arts 21 y 246, frac III, *LGSM*, que aluden a la nulidad de los acuerdos tomados por las juntas de socios que sean contrarios a la formación de la reserva legal y a la convocatoria a una junta de socios para conocer el proyecto de distribución de los lotes del haber social que se formen con motivo de la liquidación de la sociedad.[12]

La falta de regulación legal de las juntas de socios puede dar ocasión a dos situaciones

*i)* Que las decisiones que requieran del consentimiento unánime o mayoritario de los socios se tomen sin necesidad de reunión, o

*ii)* Que en los estatutos de la sociedad se prevea la forma, términos y condiciones de constitución y funcionamiento de las juntas, estableciendo las reglas de convocatoria, reunión y ejercicio del poder de decisión, respetando en lo conducente las disposiciones legales relativas al derecho de voto.

[12] Del art 41, *C Com*, no puede inferirse que los socios de la colectiva deban celebrar juntas. En efecto, el título segundo del libro segundo de dicho ordenamiento, que reglamentó a las sociedades mercantiles, reservó el concepto *asambleas* para las reuniones de accionistas de la anónima. Por consiguiente, la alusión a las *acciones* y *juntas* contenida en el art 41, se refiere, sin duda, a los títulos que posean los socios de la comandita por acciones y, por consiguiente, a las reuniones que éstos celebren. La *LGSM* utiliza el concepto *asamblea* para referirse a las reuniones de los socios de la anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada, especie esta última que no estuvo reglamentada por el *C Com*.

En este último supuesto nos parece que deberán hacerse constar los acuerdos que se tomen en el libro de actas que debe llevar la sociedad, con todas las circunstancias previstas en el art 41, *C Com*, en lo que sea pertinente.

A falta de disposiciones estatutarias, se requerirá *necesariamente* la reunión de los socios para conocer los asuntos a que se refiere el art 246, frac III, *LGSM*, por cuanto la palabra *junta* significa precisamente reunión de personas. En este caso también deberán hacerse contar los acuerdos en el libro de actas en la forma circunstanciada que se estatuye en el citado art 41, *C Com*.

## 9.4.2 Administradores

### 9.4.2.1 CARÁCTER

Con arreglo a lo dispuesto por el art 10, *LGSM*, la representación de toda sociedad mercantil corresponde a los administradores, quienes están facultados para realizar todas las operaciones inherentes al objeto social. En otras palabras, los administradores son los gestores de los negocios sociales y los representantes de la sociedad.

Es de conocida doctrina que los administradores de las sociedades mercantiles no son mandatarios, sino representantes necesarios de aquellas. La diferencia entre estos conceptos se aprecia fácilmente en las sociedades colectivas en las que, en principio, la administración recae sobre los socios. En efecto, en este tipo de sociedades el socio-administrador actúa tanto a nombre y por cuenta de la sociedad como por cuenta propia, puesto que es responsable solidario de las obligaciones sociales; de donde se colige que su gestión incide no solo en la esfera económica de la compañía, sino también en su propia esfera. En otras palabras, en cierto sentido, el socio-administrador actúa *in res propriam*, lo cual no es característico del mandato.[13]

### 9.4.2.2 NOMBRAMIENTO

La designación de los administradores, salvo pacto en contrario, se hace libremente por mayoría de votos de los socios (art 37). Si por alguna causa no se hiciere nombramiento de administradores, todos los socios concurrirán en la gestión de los negocios sociales (art 40).

El cargo de administrador puede recaer en los socios o en personas extrañas a la sociedad (art 36). En este último caso, como ya se vio, los socios que hubieren votado contra la designación de un administrador extraño a la sociedad, tendrán derecho a separarse de ella (art 38), por cuanto su responsabilidad solidaria personal podría sufrir algún quebranto.

[13] *Cfr* BÉRGAMO LLABRES, Alejandro, *op cit*, p 361.

#### 9.4.2.3 NÚMERO DE ADMINISTRADORES

La administración puede recaer en una o varias personas (art 36). En el primer caso, el designado actuará como administrador único. En el otro, los administradores lo harán como órgano colegiado, en cuanto a la gestión de los negocios sociales se refiere, según se deduce de lo dispuesto por el primer párr del art 45, *LGSM*, que establece que sus decisiones se tomarán por mayoría de votos. Sin embargo, en ausencia de los otros administradores que estén en imposibilidad momentánea de asumir decisiones, cuando se trate de la ejecución de actos urgentes cuya omisión traiga como consecuencia un daño grave para la sociedad, uno ellos podrá resolver respecto de los actos de la administración (art 45, segundo párr).

Las decisiones de los administradores se toman *pro capite* y, en caso de empate, decidirán los socios, sin que exista impedimento alguno para que, en la resolución de ciertos asuntos importantes, se fijen *quórumes* de votación más elevados en el contrato social.

#### 9.4.2.4 USO DE LA FIRMA SOCIAL (REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD)

El uso de la razón (firma) social corresponde al administrador único y, si son varios, a todos los administradores, salvo que en el contrato social se limite a uno o a varios de ellos (art 44). De esto se infiere que las facultades de los administradores pueden ser puramente internas, es decir, de formación de la llamada voluntad social, o bien externas, o sea de representación de la sociedad frente a terceros.

#### 9.4.2.5 FACULTADES

Los administradores podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo las limitaciones que expresamente se establezcan en la ley y en el contrato social (art 10, *LGSM*). Así, solo podrán enajenar y gravar los bienes de la compañía con el consentimiento de la mayoría de los socios, a menos que la enajenación constituya el objeto social, o sea, una consecuencia natural de éste (art 41). También puede estipularse que ciertas facultades de decisión o de representación o de ambas, correspondan a alguno o a algunos administradores y otras a alguno o a algunos de los demás.

El nombramiento de los administradores y el alcance y limitaciones de sus facultades deben inscribirse en el Registro Público de Comercio para que sean eficaces frente a terceros (arts 21, frac VII y 22, *C Com*).

#### 9.4.2.6 DELEGACIÓN DE FACULTADES

El cargo de administrador es personal y, en consecuencia, salvo el acuerdo de la mayoría de los socios, no es delegable. En este supuesto, como se recordará,

los socios disidentes tendrán derecho a separarse de la sociedad cuando la delegación recaiga en persona extraña a la sociedad.

Adicionalmente, el o los administradores, bajo su responsabilidad, podrán conferir poderes para la gestión de ciertos y determinados negocios, dentro de los límites de sus facultades, por supuesto, sin requerir para ello de la autorización de los socios (art 42).

#### 9.4.2.7 ABUSO DE LAS FACULTADES

En lo que atañe al abuso de las facultades de los administradores, nos remitimos a lo expuesto en la sección 4.5.2 respecto a los actos *ultra vires*.

#### 9.4.2.8 DURACIÓN DEL CARGO

En el contrato social puede estipularse que los administradores duren un cierto tiempo en el desempeño de su encargo. A falta de estipulación, se entenderá que durarán en sus funciones por tiempo indefinido o hasta que se designen nuevos administradores y éstos tomen posesión de su cargo.

Si la duración del encargo es por tiempo definido, nada impide que se pueda pactar la reelección de los administradores o algún otro mecanismo de nombramiento alternativo.

#### 9.4.2.9 REVOCABILIDAD DEL NOMBRAMIENTO

En términos generales, el cargo de administrador es revocable cuando y como les parezca a la mayoría de los socios que hicieron el nombramiento (arts 37 y 39, éste a *contrario sensu*). Empero, cuando alguno de los administradores sea socio, en el contrato social puede pactarse su inamovilidad, en cuyo supuesto solo podrá ser removido judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad (art 39). En el evento de que la remoción se haga por dolo, fraude o inhabilidad, también podrá rescindirse el contrato social respecto al socio-administrador (art 50, fracs IV y V).

#### 9.4.2.10 RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Aunque la *LGSM* no lo estatuye expresamente para los administradores de la sociedad colectiva, como lo hace para los de la anónima (art 157), aquellos tienen la responsabilidad que se derive del contrato social, así como la inherente a la naturaleza de su encargo, toda vez que, según lo previsto en los arts 1796 y 1859, *CCDF*, ellos están obligados no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado en dicho contrato, sino también a las consecuencias que, según la naturaleza del acto de su nombramiento, sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

Por consiguiente, los administradores están obligados, y son responsables, a acatar y cumplir las instrucciones contenidas en el contrato social y las que

directamente reciban de los socios y, en ningún caso, podrán proceder contra las disposiciones expresas de los mismos (art 2562, *CCDF*). De igual manera, cuando no mediaren instrucciones expresas, los administradores deberán consultar a los socios y, si no fuere posible la consulta o estuvieren autorizados para actuar a su arbitrio, deberán hacerlo con prudencia y diligencia; esto es, cuidando el negocio como propio (art 2563).

Si los administradores actuaren como órgano colegiado, responderán mancomunadamente y no quedarán obligados entre sí *in solidum*, ni frente a la sociedad ni frente a los socios, salvo que se haya convenido lo contrario en el contrato social o en el acto de aceptación de su nombramiento (arts 1988 y 2573, *CCDF*). Desde luego, en este último caso, el o los administradores exentos de culpa no adquirirán responsabilidad alguna. En cuanto al grado de responsabilidad, la doctrina se inclina a admitir que los administradores responden de su negligencia o imprudencia como buenos padres de familia, o sea en grado de culpa leve en abstracto.[14]

### 9.4.2.11 DIMISIÓN

El o los administradores tienen derecho a dimitir el cargo cuándo y cómo lo estimen conveniente; pero, si la dimisión se hiciere en tiempo inoportuno, deberán indemnizar a la sociedad de los daños y perjuicios que le causen (art 2596, párr final, *CCDF*).

### 9.4.2.12 REMUNERACIÓN

La doctrina parece inclinarse unánimemente por la idea de que no puede invocarse en favor de los socios-administradores la retribución forzosa que estatuye la legislación civil para los mandatarios, puesto que no se les atribuye el carácter de tales.[15]

En nuestra opinión, a la luz de lo dispuesto por los arts 2549, *CCDF*, para los mandatarios, y 304, *C Com*, para los comisionistas, los socios-administradores tienen derecho a ser remunerados, salvo pacto en contrario (art 49, *in fine*). Por consiguiente, en ausencia de pacto, tienen derecho a ser retribuidos conforme a los usos de la plaza en que desempeñen sus actividades.

Para el caso de que en el contrato social se estipule remuneración para los socios-administradores, ésta podrá determinarse ya sea de forma de honora-

[14] Es de explorada doctrina que los mandatarios y administradores responden de culpa leve por cuanto los contratos de mandato y de sociedad son útiles y se da en beneficio de ambas partes. Si la relación entre los administradores y la sociedad solo fuera útil para ésta, aquellos responderían de culpa lata y si únicamente fuera útil para los administradores éstos responderían de culpa levísima. *Cfr* BÉRGAMO LLABRES, Alejandro, *op cit*, p 270; BORJA SORIANO, Manuel, *op cit*, t I, Porrúa, 1962 pp 410 y ss; ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Cárdenas, 1979, etcétera.

[15] *Cfr* RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit*, p 218, y BÉRGAMO LLABRES, Alejandro, *op cit*, p 271.

rios fijos, o bien como una cuota de las utilidades que obtenga la sociedad, sin que esto último se entienda como una exclusión del derecho que tienen los socios a percibirlas.

Tratándose de administradores que sean personas extrañas a la sociedad, por lógica debe concluirse que tienen derecho a ser remunerados, puesto que nadie estaría dispuesto a asumir las responsabilidades que implica la gestión social sin remuneración alguna, además de que nadie, sin su pleno consentimiento, puede ser obligado a prestar sus servicios sin ser retribuido, según dispone el art 5o constitucional.

### 9.4.3 Órgano de vigilancia

Para los socios no administradores es optativo nombrar un órgano de vigilancia, llamado "interventor", encargado de supervisar los actos de los administradores (art 47).

Nada nos dice la ley acerca de si el nombramiento de interventor puede recaer en un socio o en persona extraña a la sociedad, ni en relación a sus atribuciones. Pero, del mismo contexto legal se infiere que puede ser interventor cualquier socio y que, en este supuesto, tendrá amplias facultades de vigilancia.

Por lo que respecta a la designación de un interventor extraño a la sociedad, puede considerarse que, en cierto sentido, es un representante de los socios ante los administradores y que, en consecuencia, tiene las mismas facultades y poderes de vigilancia que cualquiera de aquellos. En todo caso, consideramos que en el supuesto de que se suscite un conflicto entre el interventor y los administradores, los socios podrían cederle a aquel sus derechos de vigilancia contractualmente, sin requerir para ello el consentimiento de estos últimos, puesto que la ley no prohíbe la cesión, ni lo impide la naturaleza del derecho (art 2030, *CCDF*).

Si el interventor fuere extraño a la sociedad, indudablemente tendría derecho a ser remunerado, salvo pacto en contrario entre él y los socios que lo hubieren nombrado o entre él y la sociedad. Si nada se pactare sobre este particular, también parece indiscutible que la sociedad estaría obligada a pagar la retribución del interventor conforme a los usos de la plaza.

Por último, puesto que la ley habla de un interventor en singular no parece que, sin estipulación expresa, se puedan designar dos o más.

## 9.5 SOCIOS INDUSTRIALES

Según se ha dejado establecido, los socios industriales son aquellos que aportan servicios a la sociedad.

Si no recae en ellos el cargo de administradores, no pueden ser considerados como órganos de la sociedad. Ahora bien, si éste fuera el caso, en virtud de que prestarían sus servicios bajo la dirección de los administradores y bajo

la dependencia económica de la sociedad, no nos cabe duda de que debería considerárseles trabajadores, con todas las consecuencias legales que ello implica.

En todo caso, salvo pacto en contrario, los socios industriales tienen derecho a percibir las cantidades que periódicamente necesitan para alimentos, en el entendido de que dichas cantidades y épocas de percepción de las mismas serán fijadas por acuerdo de la mayoría de los socios o, en su defecto, por la autoridad judicial y que lo que perciban por tal concepto se computará a cuenta de utilidades, sin que tengan obligación de reintegrarlas en los casos en que el balance no arroje ganancias o las arroje en cantidad menor a la que hubieren recibido por concepto de alimentos.

## 9.6 EXCLUSIÓN Y SEPARACIÓN DE UNO O VARIOS SOCIOS

Los socios, ya sean capitalistas o industriales, pueden ser excluidos[16] por cualquiera de las causas a que nos referimos cuando tratamos de la obligación de lealtad que deben guardar en razón de la sociedad. En todos los casos, se trata realmente de una rescisión parcial del contrato de sociedad respecto del socio excluido. Asimismo, los socios pueden separarse de la sociedad por cualquiera de las causas que antes examinamos.

Los socios excluidos y los que se separen quedan responsables para con los terceros de todas las operaciones pendientes al momento de su separación o exclusión.

## 9.7 CONSTITUCIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

### 9.7.1 Constitución

La constitución de las sociedades en nombre colectivo debe hacerse necesariamente de forma simultánea, mediante comparecencia ante notario público de las personas que otorguen el contrato social, toda vez que la *LGSM* no prevé que esta especie de sociedades pueda constituirse en forma sucesiva, por suscripción pública, como en el caso de la anónima.

El contrato social debe constar en escritura pública y debe contener, por lo menos, los requisitos a que se refieren las fracs I a VII del art 6o, *LGSM,*

[16] Respecto al fundamento jurídico de la exclusión de los socios *véase* ESCUTI, Ignacio A. (h), *Receso, exclusión y muerte del socio,* Depalma, Buenos Aires, 1978, pp 55 y ss. Por otra parte, no nos parece ocioso repetir que la *facultad* de privar al socio excluido de los beneficios que concede a la sociedad el art 35, párr segundo, *LGSM,* es inconstitucional porque viola la garantía de audiencia consagrada en el art 14 de nuestra *Carta Magna.*

en el entendido de que si se omitieran los requisitos relativos a la organización, funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad (estatutos), se aplicarán las disposiciones relativas de la ley, según preceptúa el art 8o.

#### 9.7.1.1 TRÁMITES ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES

El inconstitucional art 15 de la *Ley de Inversión Extranjera*,[17] previene que para constituir la sociedad se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, sin el cual el contrato de sociedad será nulo, conforme a lo estatuido en el art 28 del mismo ordenamiento.

Obtenido el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el contrato social se protocoliza y el correspondiente testimonio notarial se inscribe en el Registro Público de Comercio.

### 9.7.2 Disolución

La sociedad en nombre colectivo se disuelve por cualquiera de las causas enumeradas en el art 229, *LGSM* y, además, por muerte, incapacidad, exclusión, separación o rescisión del contrato social de uno o varios socios, salvo pacto en contrario (art 230, párr primero).

Si en el contrato social se hubiere pactado que la sociedad podrá continuar con los herederos, para que tal estipulación tenga eficacia se requerirá del consentimiento de éstos; de lo contrario, la sociedad, dentro de un plazo de dos meses, deberá entregar a los causahabientes del *de cujus*, la cuota que le hubiere correspondido, de acuerdo con el último balance aprobado (art 230, párr segundo). Se entiende que, en este supuesto, la sociedad podrá optar por entregar la cuota de liquidación en efectivo o en bienes, a la luz de lo dispuesto por el art 246, *LGSM*.

[17] El art 17 en cuestión toma su antecedente de los decretos de suspensión de garantías, 2 jun 1942 y 14 ago 1945, así como de la Ley de Prevenciones Generales, 13 jun 1942, que se expidieron con motivo de la declaración de guerra de México a Alemania, Italia y Japón. Conforme a estas disposiciones, los particulares quedaron obligados a solicitar permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores para constituir nuevas sociedades o para modificar las existentes; esto con el evidente propósito de evitar el ocultamiento de inversiones enemigas en el país. Las disposiciones en cuestión perdieron su vigencia, 15 sep 1945 y, sin embargo, la Secretaría de Relaciones Exteriores continuó exigiendo que se le solicitara permiso para los fines indicados al margen de la ley, hasta la promulgación de la *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera* en la que logró introducir el anticonstitucional dispositivo. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, realizó un interesante estudio, acerca de los aspectos constitucionales e inconstitucionales de los decretos y ley antes mencionados, así como del Decreto Congresional del 28 de septiembre de 1945 que *ratificó* algunas disposiciones emitidas por el Ejecutivo en uso de sus facultades extraordinarias, inserto en su obra *Las garantías individuales*, Porrúa, 1975, pp 199 y ss.

### 9.7.3 Liquidación

Disuelta la sociedad, se pondrá en liquidación conforme a las estipulaciones de los arts 48 y 246 y del contrato social o a las resoluciones que tomen los socios al momento de resolver o reconocer la disolución o, en su defecto, conforme a lo previsto en el cap XI, *LGSM*, en lo conducente.

Ya que mencionamos el art 48, consideramos pertinente hacer notar que, en nuestra opinión, dicho art se aplica a la liquidación de la sociedad y no a las reducciones de su capital social, como parece inferirse de su texto, toda vez que este precepto también es aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada, en la que se contempla expresamente el supuesto de que el capital social puede disminuirse (art 78, frac X).

## 9.8 QUIEBRA

Al iniciar este capítulo, expusimos que dos de los graves inconvenientes de la sociedad en nombre colectivo son la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios y la incidencia de las vicisitudes de éstos y de la sociedad, en sus respectivas esferas jurídicas y económicas. Pues bien, estos inconvenientes resaltan con todas sus consecuencias en los casos de quiebra de los socios o de la sociedad.

### 9.8.1 De los socios

La quiebra de uno o varios de los socios no afecta a sus coasociados y no motiva por sí misma la quiebra de la sociedad (art 4o, párr tercero, *LQSP*). Pero sí incide en la vida de la sociedad y en su patrimonio porque da lugar a la rescisión parcial del contrato social respecto del quebrado (art 50, frac V) o, en su caso, a la disolución o liquidación de la sociedad por cualquiera de las causas establecidas por la ley.

### 9.8.2 De la sociedad

La quiebra de la sociedad colectiva implica la de sus socios ilimitadamente responsables, aun cuando la sociedad sea regular (art 4o, párr primero, *LQSP*). Los socios separados o excluidos podrán ser llevados a la quiebra de la sociedad si la cesación de pagos hubiere ocurrido cuando todavía eran socios, puesto que quedan responsables para con los terceros de todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión (art 14, *LGSM*).[18]

Las liquidaciones correspondientes a la quiebra de la sociedad y a la de los socios se mantienen separadas (art 4o, párr segundo, *LQSP*).

[18] *Cfr* RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, t II, Porrúa, 1976, p 302.

Si la sociedad se encuentra en estado de liquidación puede ser llevada a la quiebra puesto que conserva su personalidad jurídica (arts 244, *LGSM* y 4o, párr cuarto, *LQSP*).

Del mismo modo, las sociedades irregulares podrán ser declaradas en estado de quiebra y ésta provoca la de los socios ilimitadamente responsables y la de aquellos contra los que se pruebe que sin fundamento objetivo se tenían por ilimitadamente responsables (art 4o, párr quinto, *LQSP*).

Estos gravísimos inconvenientes de las colectivas, explican claramente la decadencia de este tipo de sociedades y el hecho de que, en la actualidad, prácticamente no se constituyan.[19]

[19] Consúltense las estadísticas citadas por BARRERA GRAF, Jorge, en *Las sociedades en derecho mexicano,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, p 89.

CAPÍTULO
10

# SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

## SUMARIO


**10.1 ESPECIES DE SOCIEDADES EN COMANDITA**
- 10.1.1 Concepto
  - 10.1.1.1 Elementos de la definición legal
    - 10.1.1.1.1 Sociedad
    - 10.1.1.1.2 Razón social
    - 10.1.1.1.3 Responsabilidad desigual de los socios

**10.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS**
- 10.2.1 Derechos de los socios
- 10.2.2 Obligaciones

**10.3 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA**
- 10.3.1 Junta de socios
- 10.3.2 Administradores
  - 10.3.2.1 Prohibición legal de inmixtión
  - 10.3.2.2 Casos de excepción a la prohibición de no inmixtión
- 10.3.3 Órgano de vigilancia

**10.4 SOCIOS INDUSTRIALES**

**10.5 EXCLUSIÓN Y SEPARACIÓN DE UNO O VARIOS SOCIOS**

**10.6 CONSTITUCIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD**
- 10.6.1 Constitución
- 10.6.2 Disolución
- 10.6.3 Liquidación

**10.7 QUIEBRA**
- 10.7.1 De los socios
- 10.7.2 De la sociedad

## INTRODUCCIÓN. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

La moderna sociedad en comandita tiene su antecedente histórico en el contrato de *commenda*, que floreció durante los siglos XI a XIII, en las repúblicas italianas medievales.[1]

En sus orígenes, la naturaleza del contrato de *commenda* era la de un préstamo, llamado *nauticum foenus*, por virtud del cual un capitalista (*commendator*) anticipaba el capital necesario para un viaje de negocios a un mercader errante (*tractator*), quien no quedaba obligado a la devolución íntegra de la suma recibida en préstamo, sino a compartir con el prestamista los resultados de la operación. En caso de que hubiera pérdidas, el capitalista soportaba todo el riesgo financiero y el *tractator* perdía su trabajo. Pero, si había ganancias, el capitalista recobraba su capital y recibía las tres cuartas partes de los beneficios, en tanto que la cuarta parte restante quedaba para el *tractator*.

Más tarde, la *commenda* evolucionó hasta llegar a ser un verdadero contrato de sociedad (llamado *societas maris*[2] en Génova, y *collegantia* en Venecia) en el que participaban dos socios: el capitalista o comanditario (*socius pecuniae*) y el socio industrial o comanditado (*socius pecuniae et industriae*). El primero aportaba dos terceras partes del capital y el otro la tercera parte restante y su trabajo. Las pérdidas se soportaban en proporción al capital invertido y las ganancias se distribuían por mitad.

Los contratos de *commenda*, por lo general, eran transitorios pues se celebraban para un solo viaje de negocios; pero, posteriormente, se fueron afianzando y se celebraban para realizar un número indeterminado de operaciones de naturaleza bien especificada en el contrato; de donde resultó que se produ-

[1] *Cfr* GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, 1981, p 378; LEGOFF, Jacques, *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1963, pp 23 y ss; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, Porrúa, 1965, p 223; BÉRGAMO LLABRES, Alejandro, *Instituciones de derecho mercantil*, Reus, 1951, p 280; BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, p 7, etcétera.

[2] Por contraposición a la *societas terrae* o *fraterna compagnia;* es decir, a la que hoy conocemos como sociedad en nombre colectivo.

jeron los tres elementos esenciales del moderno contrato de sociedad, a saber: consentimiento, aportaciones y objeto social.

Por lo común, los contratos de *commenda* se exteriorizaban frente a terceros mediante su formalización en el Cabildo y su inscripción en el registro mercantil (*compagnia palese*), circunstancia ésta que, en opinión de algunos autores, constituía al socio capitalista en deudor solidario del comanditado como consecuencia de la exteriorización de la firma social. Quizá por esta razón, al lado de los contratos de *commenda*, también se desarrollaron los de *participatio*, también llamados de *compagnia segreta*, en los cuales el socio capitalista permanecía oculto y, por consiguiente, no contraía obligación frente a terceros. La mayoría de los autores ven en el contrato de *participatio* el antecedente directo del moderno contrato de asociación en participación.

Pero tal vez se comprenda mejor el contrato de *commenda* medieval si leemos el contenido de uno de ellos que ha sido recogido por LeGoff.[3] Helo aquí

> Testigos: Simone Bucuccio, Ogerio, Peloso, Ribaldo di Sauro y Genoardo Tosca. Stabile y Ansaldo Garraton formaron una *societas* en la cual, según sus declaraciones, Stabile aportó una contribución de 88 liras, y Ansaldo, de 44 liras. Ansaldo se lleva este capital, para hacerlo fructificar, a Túnez o a cualquier parte a donde vaya el navío que él va a tomar: el navío de Baldizzone Grasso y de Giraldo. A su vuelta, entregará los beneficios a Stabile o a un representante de él, para que los reparta. Deducido el capital, dividirán los beneficios a medias. Dado en la casa del Cabildo, el 29 de setiembre de 1163.
>
> Además, Stabile autoriza a Ansaldo a enviar el dinero a Génova por el barco que este último disponga.

Aunque en el texto del contrato no se hace referencia a la distribución de las pérdidas (se *salaba* el negocio), ni a la clase de operaciones que realizara Ansaldo, es de presumir que, según los usos de la época, los riesgos se repartirían proporcionalmente a sus aportaciones y que el comanditado, o sea, Ansaldo, estaba facultado para realizar al menos una operación comercial, probablemente convenida de antemano o dejada a su buen juicio.

A raíz de la promulgación de las Ordenanzas francesas de 1673, la sociedad en comandita tomó gran difusión en Europa y de allí transitó a nuestro país simultáneamente con la regulación de la colectiva.[4]

A simple vista, la sociedad en comandita ofrece varias ventajas de las que carece la colectiva. Entre esas ventajas podemos mencionar las siguientes: dada la limitación de responsabilidad de los socios comanditarios, la sociedad en comandita estimula la inversión de capitales ociosos; minimiza los riesgos de los socios capitalistas, quienes únicamente están obligados al pago de sus apor-

[3] LE FOFF, *op cit.* p 24.

[4] *Infra* Sección 9.1.

taciones; facilita el financiamiento de la sociedad y, en fin, ofrece a terceros la garantía de la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los socios comanditados (art 51, *LGSM*).

## 10.1 ESPECIES DE SOCIEDADES EN COMANDITA

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* reglamenta dos especies de sociedades en comandita: la simple, regulada en el cap III (arts 51 a 57) y la comandita por acciones, que se rige por las disposiciones del cap VI (art 207 a 211).

La organización y funcionamiento de la comandita por acciones en gran medida están regidos por las normas de la sociedad anónima, por lo que, siguiendo el orden de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, aplazaremos su análisis hasta que hayamos estudiado a esta última.

### 10.1.1 Concepto

El art 51 define a la sociedad en comandita simple como

> *la que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones.*

#### 10.1.1.1 ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN LEGAL

De la definición contenida en el art 51, antes transcrito, derivamos tres elementos, a saber: el de sociedad; el de razón social y el de responsabilidad desigual de los socios.

##### 10.1.1.1.1 Sociedad

El concepto de sociedad de la comandita lleva implícitas las mismas ideas que expusimos al tratar la colectiva. Empero, conviene mencionar que es generalmente aceptado que las sociedades *intuitu pecuniae*, pueden ser socios de la comandita, en calidad de comanditarios, aunque doctrinalmente se discute si también pueden ser comanditados.

En nuestra opinión, nada obsta para que las sociedades capitalistas puedan adquirir el *estatus* de socios comanditados. Sin embargo, éste es un caso que presenta las siguientes dificultades

*a)* Para asegurarle a la sociedad capitalista un puesto en la administración, los socios restantes deben renunciar a su derecho de separación por el hecho de que el administrador que aquella designe sea una persona extraña a la sociedad

*b)* En el caso de fusión del socio-persona moral, debe convenirse que la sociedad continuará con la fusionante o que, en caso de liquidación de ella, la comandita le entregará la cuota correspondiente o se liquidará, según se prevea, y

*c)* La sociedad capitalista no podrá dedicarse, por cuenta propia o ajena, a negocios del mismo género, ni formar parte de sociedades que los realicen, salvo con el consentimiento de los demás socios.

Por todos estos motivos, en la práctica, es hasta un tanto insólito encontrar como socios de las colectivas y comanditas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

#### 10.1.1.1.2 Razón social

Son aplicables a la comandita los mismos principios que rigen a la razón social de la colectiva, con las siguientes variantes

1 La razón social se forma únicamente con los nombres de los socios comanditados (art 53)
2 El comanditario que haga figurar o que permita que figure su nombre en la razón social quedará sujeto a la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los comanditados (art 52)
3 A la razón social se agregarán siempre las palabras *sociedad en comandita* o su abreviatura *S en C* (art 52, *in fine*)
4 Cuando se omita la expresión *sociedad en comandita* o su abreviatura, los socios comanditarios quedarán sujetos a la responsabilidad de los comanditados; es decir, serán responsables subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales (art 53, *in fine*).

#### 10.1.1.1.3 Responsabilidad desigual de los socios

De la propia definición legal se infiere que los socios tienen una responsabilidad desigual: los comanditados responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales, en tanto que los comanditados solo responden por el pago de sus aportaciones.

Y es precisamente por esta coexistencia de responsabilidad desigual de los socios por lo que algunos tratadistas consideran a la comandita una sociedad mixta; esto es, una *intuitu personae*, para los comanditados, e *intuitu pecuniae*, para los comanditarios.[5]

[5] *Cfr* BOLAFFIO, León, *Derecho mercantil*, Reus, 1935, p 75; CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil*, Herrero, 1965, p 56, etc. Algunos tratadistas han llegado a calificar a la comandita de un aborto jurídico o un ente *hermafrodita* que participa de la naturaleza de la anónima, para los comanditarios, y de la naturaleza de la colectiva, para los comanditados. Sin embargo, debe considerarse que la comandita tiene vida autónoma propia y anterior a la anónima y que su característica esencial "radica en la coexistencia de dos clases distintas de responsabilidad de los socios: una solidaria e ilimitada y otra que se limita a la cuota aportada", según apunta acertadamente BÉRGAMO LLABRES, Alejandro *(op cit*, p 283).

En cuanto a la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los comanditados, nos remitimos a lo que expusimos acerca de la responsabilidad de los socios colectivos en el capítulo precedente. Pero debemos enfatizar que, con toda lógica, es válido limitar la responsabilidad de los comanditados en los mismos términos y condiciones en que se limita la de los colectivos, visto que les es aplicable el art 26, *LGSM*.

## 10.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS

### 10.2.1 Derechos de los socios

Los comanditados y los comanditarios gozan de los mismos derechos patrimoniales y de consecución que los socios de la colectiva, incluido el derecho de separación, excepto en lo que atañe al derecho de administrar la sociedad, el cual, en la comandita, recae exclusivamente en los comanditados y por excepción en los comanditarios, como más adelante se verá.

### 10.2.2 Obligaciones

Tanto los socios comanditados como los comanditarios tienen las mismas obligaciones de aportación, de lealtad, de subordinación a la voluntad de las mayorías y de reportar las pérdidas que pesan sobre los colectivos, por lo que no insistiremos en ellas.

## 10.3 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA

Los órganos mediante los cuales funciona y se exterioriza la sociedad en comandita son tres

*a)* La junta de socios
*b)* Los administradores, y
*c)* El interventor.

### 10.3.1 Junta de socios

La *LGSM* tampoco reglamenta lo relativo a la junta de socios de las comanditas. En general, son válidas y aplicables a este órgano social las premisas y reglas que expusimos en el capítulo anterior para las juntas de socios de la colectiva.

### 10.3.2 Administradores

Habida cuenta de que los socios comanditados responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, es lógico y razonable que la *LGSM* les confíe de forma exclusiva la administración de la sociedad.

Respecto al carácter, nombramiento, facultades, derechos, responsabilidades, etc, de los socios comanditados-administradores son aplicables los dispositivos legales que rigen para los administradores de la colectiva, motivo por el cual también nos remitimos a lo que dejamos expuesto en el capítulo precedente acerca de este tema, aunque no pasaremos por alto la prohibición legal que tienen los comanditarios de actuar como-administradores, ni los casos excepcionales en que pueden asumir la gestión temporal de los negocios sociales.

### 10.3.2.1 PROHIBICIÓN LEGAL DE INMIXTIÓN

El art 54 prohíbe expresamente al socio o socios comanditarios ejercer acto alguno de administración, *ni aun con el carácter de apoderados de los administradores.* De manera que, según dispone el art 55, si ocasionalmente contravienen esta prohibición, quedarán solidariamente obligados para con los terceros, por todas las obligaciones de la sociedad en que hayan tomado parte o si habitualmente han administrado los negocios de la sociedad, también serán responsables solidariamente para con los terceros, aun de las operaciones en que no hayan tomado parte.

A primera vista, la prohibición y la sanción previstas en la ley parecen exageradas; pero, si se considera

1 Que los comanditarios son simples inversionistas que sólo responden por el pago de sus aportaciones
2 Que tradicionalmente los comanditados, además de inversionistas son socios industriales (*socius pecuniae et industriae*) que responden subsidiaria, solidaria e ilimitadamente de las deudas de la sociedad, y
3 Que tal responsabilidad es garantía de los terceros que confían en la solvencia económica y moral de los socios, entonces el art 54 cobra pleno significado.

### 10.3.2.2 CASOS DE EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE NO INMIXTIÓN

El art 56 previene que para los casos de muerte o incapacidad del socio administrador, el comanditario podrá desempeñar los actos urgentes o de mera administración durante el término de un mes, contado desde el día en que la muerte o incapacidad se hubiere efectuado y siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones

***Primera*** Que no haya socios comanditados, y
***Segunda*** Que en la escritura social no se hubiere determinado la forma de sustituir al administrador fallecido o incapacitado, si la sociedad hubiere de continuar existiendo.

Del análisis de este precepto se infiere que el supuesto legal es que la sociedad está integrada por un solo socio comanditado y por uno o varios coman-

ditarios y que en el contrato social no se estipuló que la sociedad continuara con los herederos del fallecido, ni tampoco la forma de designar a un administrador extraño a la compañía en caso de muerte o incapacidad del comanditado.

Desde luego, la hipótesis legal presenta el problema de determinar qué debe entenderse por *actos urgentes* y qué por *actos de mera administración*; conceptos éstos que indudablemente son de apreciación subjetiva y que, por consiguiente, el juez, debe determinar a su prudente arbitrio.

Por otra parte, en el párr final del art 56 se lee que "*En estos casos el socio comanditario no es responsable más que de la ejecución de su mandato*", lo que carece de todo sentido, puesto que en ninguna parte de la ley se colige que alguien deba conferirle mandato al socio-administrador interino.

A pesar de la prohibición de *inmixtión*, creemos que los comanditarios pueden participar indirectamente en la administración de la sociedad limitando las facultades de los administradores para la ejecución de ciertas operaciones reservadas a la resolución de la junta de socios (arts 10, *LGSM, in fine*, y 2713, *CCDF*). En otras palabras, nos parece que los comanditarios pueden limitar la gestión de los negocios sociales mediante los llamados *controles negativos*.

Por último, toda vez que la función de gestión o administración de los negocios sociales es diferente de la de representación de la sociedad, a nuestro juicio, los comanditarios pueden actuar como representantes de la sociedad cuando el contrato social o la junta de socios los autorice para actuar como delegados en la ejecución de actos concretos, bien entendido que en este supuesto, por disposición legal, las autorizaciones no se reputarán actos de administración, o sea de gestión de los negocios sociales (art 54, *in fine*).

### 10.3.3 Órgano de vigilancia

Parece incuestionable que los socios comanditarios tienen derecho a designar un interventor (art 47), puesto que sufren la prohibición legal de *inmixtión*. Pero la ley no prevé si los socios comanditados no administradores tienen igual derecho.

También es aplicable al órgano de vigilancia de la comandita lo que dejamos dicho acerca del interventor de la colectiva.

## 10.4 SOCIOS INDUSTRIALES

En principio, en la comandita los comanditados cumplen la función de socios industriales porque, por regla general, son *socius pecuniae et industriae*. Sin embargo, en los términos de la ley, no hay oposición alguna a que participen en este tipo de sociedades uno o varios socios industriales, cuyo *estatus* se regula por los mismos principios establecidos en los arts 46 y 49, *LGSM*.

## 10.5 EXCLUSIÓN Y SEPARACIÓN DE UNO O VARIOS SOCIOS

La exclusión y separación de los socios, tanto comanditados como comanditarios, se encuentran sujetas a las mismas disposiciones que regulan la exclusión y separación de los socios de la colectiva.

Sin embargo, estimamos que el comanditario que se separe o fuere excluido de la sociedad, no tendrá la obligación establecida en el art 14, *LGSM*, de responder por las operaciones pendientes al momento de la separación o exclusión, pues ésta solo alcanza a los socios ilimitadamente responsables y no a aquellos que únicamente responden por el monto de sus aportaciones.

## 10.6 CONSTITUCIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

### 10.6.1 Constitución

La constitución de la sociedad en comandita está sujeta a idénticos requisitos, formalidades y trámites administrativos que la colectiva. Por supuesto, esta especie de sociedades tampoco puede constituirse por suscripción pública.

### 10.6.2 Disolución

La única variante que establece la ley respecto a la disolución de las sociedades colectiva y en comandita consiste en que no le son aplicables a ésta las disposiciones relativas a la disolución por causa de muerte, incapacidad, exclusión o retiro de los socios comanditarios (arts 230 y 231), lo cual hace suponer que, si los comanditados son dos o más, en el contrato social puede estipularse que la sociedad continuará aun cuando falten los comanditarios; supuesto que produciría la curiosa situación de que la sociedad fuera formalmente en comandita y materialmente en nombre colectivo.

### 10.6.3 Liquidación

La liquidación de la comandita está sujeta a similares reglas que la liquidación de la colectiva y, en especial, a lo prescrito por el art 48, *LGSM*, de aplicación común a ambas sociedades.

## 10.7 QUIEBRA

### 10.7.1 De los socios

La quiebra de la comandita y la de sus socios origina los mismos inconvenientes que señalamos en el caso de la colectiva.

### 10.7.2 De la sociedad

La quiebra de la sociedad produce para los comanditados las mismas consecuencias que para los socios de la colectiva, porque en ambos casos se trata de socios ilimitadamente responsables.

En cuanto a los comanditarios, la quiebra de la sociedad no implica la quiebra de éstos y, en todo caso, alcanza únicamente hasta el monto de sus aportaciones.

Las formalidades y trámites a que está sujeta la constitución de las comanditas y, sobre todo, la ignorancia respecto a su forma de organización y funcionamiento han propiciado su decadencia.

La sociedad en comandita es un instrumento eficaz para formar consorcios temporales entre empresas nacionales y extranjeras, con el propósito de ejecutar grandes desarrollos industriales y obras públicas de envergadura. De hecho, algunas de las llamadas *joint ventures*,[6] que ocasionalmente se organizan en nuestro país entre empresas locales y extranjeras, revisten la forma de comanditas irregulares o la de asociaciones en participación, en virtud de las cuales el socio nacional aporta recursos materiales y responde ilimitadamente frente a terceros, en tanto que el trasnacional aporta conocimientos técnicos o recursos materiales o ambos, y solo le responde a aquel, pero no al *cliente*, de la calidad de la tecnología suministrada.

Incidentalmente, las *joint ventures*, ya sea que adopten la forma de comanditas irregulares o de asociaciones en participación, deben someterse a los preceptos de la *Ley de Inversión Extranjera*, habida cuenta de que, para todos los efectos legales, son unidades económicas sin personalidad jurídica (art 1o, *LIE*).

[6] La llamada *joint venture* es "una asociación de personas que conjuntamente acometen una empresa comercial" (*An association of persons jointly undertaking some commercial enterprise. Black's Law Dictionary*). No debe confundírsele con la *joint venture corporation* que es un consorcio de empresas organizadas de forma de sociedad mercantil.

CAPÍTULO
11

# SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

## SUMARIO


**11.1 CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN LEGAL**

11.1.1 Elementos de la definición legal

11.1.1.1 Sociedad

11.1.1.1.1 Socios

11.1.1.1.2 Nuevos socios

11.1.1.1.3 Libro de socios

11.1.1.2 Denominación o razón social

11.1.1.2.1 Razón social

11.1.1.2.2 Denominación social

11.1.1.2.3 Uso de las palabras sociedad de responsabilidad limitada o de su abreviatura S. de R.L.

11.1.1.3 Responsabilidad de los socios

**11.2 OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS SOCIOS**

11.2.1 Obligaciones

11.2.1.1 De aportar

11.2.1.1.2 Aportaciones principales

11.2.1.1.2 Aportaciones suplementarias

11.2.1.1.3 prestaciones accesorias

11.2.1.2 De lealtad

11.2.1.3 De subordinar la voluntad a la de las mayorías

11.2.1.4 De soportar las pérdidas

11.2.2 Derechos de los socios

11.2.2.1 Patrimoniales

11.2.2.1.1 Derecho a las utilidades

11.2.2.1.2 Derecho al haber social

11.2.2.1.3 Derecho a ceder las partes sociales

11.2.2.1.4 Derecho a percibir intereses constructivos

11.2.2.1.5 Derecho a percibir beneficios preferentes

11.2.2.2 De consecución

11.2.2.2.1 Derecho de voto

11.2.2.2.2 Derecho de administrar los negocios sociales

11.2.2.2.3 Derecho de información

11.2.2.2.4 Derecho de vigilancia y denuncia

**11.3 CAPITAL FUNDACIONAL, CAPITAL SOCIAL Y PATRIMONIO SOCIAL**
11.3.1 Capital fundacional
11.3.2 Capital social
11.3.3 Patrimonio social
**11.4 PARTES SOCIALES Y CERTIFICADOS DE GOCE**
11.4.1 Partes sociales
11.4.1.1 Ley de circulación de las partes sociales
11.4.1.2 Reglas y principios que gobiernan a las partes sociales
11.4.2 Certificados de goce
**11.5 AUMENTOS Y DISMINUCIONES DE CAPITAL SOCIAL**
11.5.1 Aumentos de capital social
11.5.2 Reducciones de capital social
11.5.2.1 Derecho de oposición de los acreedores
11.5.2.2 Inscripción en el Registro Público de Comercio
**11.6 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD**
11.6.1 Asambleas de socios
11.6.1.1 Clases de asambleas
11.6.1.1.1 Asamblea anual
11.6.1.1.2 Lugar de reunión
11.6.1.1.3 Competencia
11.6.1.1.4 Convocatoria
11.6.1.1.5 *Quórumes* de votación
11.6.1.1.5.1 *Quórumes* ordinarios
11.6.1.1.5.2 *Quórumes* plenarios
11.6.1.1.5.3 *Quórumes* extraordinarios
11.6.1.1.6 Aprobación de los estados financieros y reparto de utilidades
11.6.1.1.6.1 Aprobación de balances (estados financieros)
11.6.1.1.6.2 Reparto de utilidades
11.6.1.1.7 Actas de las asambleas
11.6.1.1.8 Acuerdos de los socios tomados sin celebrar asamblea

**11.7 ADMINISTRADORES (GERENTES)**
11.7.1 Carácter
11.7.2 Nombramiento
11.7.3 Número de gerentes
11.7.4 Facultades de los gerentes
11.7.5 Uso de la firma social
11.7.6 Delegación
11.7.7 Abuso de las facultades
11.7.8 Duración y revocabilidad del cargo de gerente
11.7.9 Responsabilidades
11.7.10 Dimisión
11.7.11 Remuneración
11.7.12 Gerentes extranjeros
**11.8 CONSEJO DE VIGILANCIA**
**11.9 CONSTITUCIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD**
11.9.1 Constitución
11.9.1.1 Trámites administrativos
11.9.2 Disolución
11.9.3 Liquidación
**11.10 QUIEBRA**
**APÉNDICE 11.1 SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE INTERÉS PÚBLICO**

## INTRODUCCIÓN. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

Históricamente, las instituciones del derecho positivo mercantil han sido, por lo general, meras codificaciones de usos y costumbres observadas por los comerciantes con antelación a su incorporación en la ley.

La sociedad de responsabilidad limitada no responde a este esquema histórico. Por el contrario, es una creación de los juristas destinada a satisfacer las necesidades de las empresas medianas y pequeñas que requieren tanto de una base capitalista, parecida a la de la anónima en cuanto a la limitación de la responsabilidad de los socios, como de una base personal de confianza recíproca entre ellos.[1]

Tales características le confieren a la sociedad que nos ocupa, la flexibilidad necesaria para constituirse como sociedad de personas, como sociedad de capitales, o como sociedad mixta, sin que ello signifique que sea un tipo intermedio entre las sociedades *intuitu pecuniae* y las *intuitu personae.*[2]

La creación de la sociedad de responsabilidad limitada, como una especie nueva de las sociedades mercantiles, es atribuida al genio jurídico ya de los franceses, ya de los alemanes, ya de los ingleses.[3] La Ley Francesa Especial de 1863, fue la primera en utilizar el nombre de sociedad de responsabilidad limitada, aplicándolo a una sociedad que, en realidad, revestía la forma de una pequeña anónima pero que no reunía las características propias de la limitada. Parece ser que los primeros ordenamientos que le dieron a la limitada su actual fisonomía distintiva actual fueron las Leyes Especiales germánicas de 1888 y 1892, de las cuales fueron tomadas por la *Companies Act* inglesa en 1900.

En México, el Código de Comercio de 1884 reglamentó un tipo de sociedad llamada de responsabilidad limitada que, en el fondo, también era una especie de sociedad anónima pequeña, toda vez que su estructura era esencialmente

[1] *Cfr* BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *La empresa,* Porrúa, México, 1977, p 488.

[2] *Cfr* CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil,* Herrero, México, 1984, p 65.

[3] *Cfr* BAUCHE y CERVANTES AHUMADA, obras y pp citadas, y MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil,* Porrúa, México, 1981, p 269; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles,* t II, Porrúa México, 1965, p 345.

capitalista, por cuanto las participaciones de los socios en el capital social estaban representados por acciones y éste no podía exceder de trescientos mil pesos.

El Código de Comercio de 1889 no acogió esta especie de sociedades y no fue sino hasta la promulgación de la vigente *Ley General de Sociedades Mercantiles* que volvieron a cobrar sustancia jurídica.

A raíz de la promulgación de la *LGSM,* las sociedades de responsabilidad limitada adquirieron un gran auge, no solo porque con frecuencia se adoptaba esta forma para constituir sociedades nuevas, sino también porque otras muchas que antes operaban como colectivas y comanditas se transformaron en limitadas.[4] Sin embargo, en la actualidad las sociedades de responsabilidad limitada se encuentran en decadencia, tanto por las dificultades que la ley impone en cuanto a la transmisión de las partes sociales (arts 66 y 67) como por la limitación en lo referente al número de socios que pueden admitir (art 61).[5]

## 11.1 CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN LEGAL

El art 58, *LGSM* define a la sociedad que nos ocupa así

> *Sociedad de responsabilidad limitada es la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables a la orden o al portador, pues sólo serán cedibles* (*sic*) en los casos y con los requisitos que establece la presente ley.

**Crítica** El nombre y la definición legal de la limitada han sido severamente criticados por la doctrina. Acerca de este particular se ha dicho que el designar a la sociedad como de responsabilidad limitada da un falso concepto de las cosas, tanto porque la sociedad responde con todo su patrimonio social (art 2964, *CCDF*) como porque no es cierto que los socios únicamente estén obligados al pago de sus aportaciones, pues como se verá más adelante, la limitada es la única sociedad que admite que se pacten aportaciones suplementarias (art 70). Asimismo, se dice que la definición contenida en el art 58 es incompleta, aunque se reconoce que en el art 59, se aclara que la limitada "*existirá bajo una razón o denominación social que se formará con el nombre de uno o más socios*" y que "*la denominación o razón social irán inmediatamente seguidas de las palabras sociedad de responsabilidad limitada o de su abreviatura S. de R. L.*"

[4] *Cfr* MANTILLA MOLINA, *op cit,* p 270.

[5] *Cfr* Las estadísticas suministradas por MANTILLA MOLINA (*op cit,* p 270) y por BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, p 89.

## 11.1.1 Elementos de la definición legal

De igual manera que como lo hicimos cuando tratamos las sociedades colectiva y comandita simple, tomaremos de la definición legal los elementos sociedad, razón o denominación social y responsabilidad de los socios para analizarlos separadamente.

### 11.1.1.1 SOCIEDAD

En la limitada, como en las demás sociedades, el concepto sociedad implica que ésta debe ser constituida cuando menos por dos personas. Empero, debe advertirse que la ley limita a cincuenta el número de socios que pueden integrar la sociedad de responsabilidad limitada (art 61); requisito que, dicho sea de paso, no es exigido para las restantes especies de sociedades mercantiles. Esta limitación legal obedece, sin lugar a dudas, a la intención del legislador de mantener cierto matiz *personalista* en la limitada, según se deduce, además, de la aplicación supletoria de los arts 27, 29, 30, 38, 42, 43, 48 y 50 fracs I, II, III y IV, *LGSM*, por remisión expresa que hace a ellos el numeral 86 de la propia ley. Razón por la cual Raúl **Cervantes Ahumada** las llama *sociedades flexibles.*[6]

#### 11.1.1.1.1 Socios

Pueden ser socios de la limitada todas las personas jurídicamente capaces de contraer cualquier contrato de sociedad, incluidas, por supuesto, las personas morales, sin que en ningún caso puedan ser socios industriales.

Por lo que se refiere a los socios industriales, a raíz de la promulgación de la *LGSM* existieron dudas respecto a si tenían cabida en la limitada porque en la Exposición de Motivos se lee que las

> ... *prestaciones accesorias* (a las que más adelante nos referiremos) *son cualesquiera otros trabajos o servicios que los socios se obligan a desempeñar, aun cuando no impliquen entrega de cosas a la sociedad ni, en consecuencia, afecten el capital de la misma.*

Esta misma idea se reproducía con otras palabras en el segundo párr, art 70, cuyo texto era el siguiente

> *También podrá pactarse en el contrato social que los socios están obligados a efectuar prestaciones accesorias, y en tal caso deberá indicarse el contenido, la duración y la modalidad de estas prestaciones, la compensación que les corresponda y las sanciones contra los socios que no las cumplan,*

[6] CERVANTES AHUMADA, *op cit*, p 65.

lo cual dio lugar a que, en la práctica, se abusara de la figura de las prestaciones accesorias para disimular verdaderos contratos de trabajo, según nos informa **Mantilla Molina.**[7]

No obstante, por reformas a dicho precepto, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación,* 14 feb 1949, toda duda y abuso de la figura de las prestaciones accesorias quedaron resueltos al derogarse y modificarse por completo el segundo párr del art 70 cuya redacción actual reza: "*Queda prohibido pactar en el contrato social prestaciones accesorias consistentes en trabajo o servicio personal de los socios*". Por consiguiente, en la sociedad de responsabilidad limitada no tienen cabida los socios industriales.

#### 11.1.1.1.2 Nuevos socios

La admisión de nuevos socios requiere del consentimiento de los socios que representen la mayoría del capital social, excepto cuando los estatutos dispongan una proporción mayor.

#### 11.1.1.1.3 Libro de socios

La sociedad debe llevar un libro de registro de socios que estará al cuidado de los gerentes y que podrá ser consultado por quien compruebe tener un interés legítimo en hacerlo. En él, se inscribirán el nombre y el domicilio de cada uno de los socios, con la indicación de sus aportaciones y la transmisión de las partes sociales, la cual no surtirá efectos frente a terceros sino después de hecha (art 73).

### 11.1.1.2 DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL

El hecho de que el art 59 estipule que la limitada puede existir bajo una denominación o bajo una razón social, y de que le sean aplicables otras disposiciones propias de las sociedades de personas, es lo que le da el carácter de flexibles a las limitadas, como ya quedó expresado.

#### 11.1.1.2.1 Razón social

Si la sociedad de responsabilidad limitada adopta una razón social, tienen aplicación los principios de *veracidad* y *mutabilidad* de la razón social, a los que ya nos hemos referido al ocuparnos de la colectiva. Pero es pertinente hacer una aclaración necesaria: si una persona extraña a la sociedad hace figurar o permite que su nombre figure en la razón social "*sólo responderá de las operaciones sociles hasta por el monto de la mayor de las aportaciones*" (art 60), y

[7] MANTILLA MOLINA, *op cit,* p 292.

no de forma solidaria e ilimitada, como ocurre con el tercero extraño a la sociedad que permite que su nombre sea utilizado en la razón social de la colectiva y la comandita.

#### 11.1.1.2.2 Denominación social

El art 163 del Código de Comercio exigía que la denominación social de las anónimas se formara con palabras que denotaran el objeto de la sociedad. La *LGSM* no contiene esta exigencia para ninguna de las sociedades autorizadas a usar una denominación, o sea para la limitada, la anónima y la comandita por acciones. En consecuencia, la denominación social se puede formar con palabras que denoten el objeto de la sociedad o bien con nombres de la fantasía, o con meras siglas.

#### 11.1.1.2.3 Uso de las palabras Sociedad de Responsabilidad Limitada o de su abreviatura S de R L

El art 59 previene que la denominación o razón social irá inmediatamente seguida de las palabras sociedad de responsabilidad limitada o de su abreviatura S de R L, y sanciona la omisión de este requisito haciendo recaer sobre los socios una responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales, idéntica a la que tienen que afrontar los colectivos.

Desde nuestro punto de vista, la sanción por no utilizar dichas palabras o su abreviatura se justifica plenamente en el supuesto de que la limitada use una razón social, porque los terceros que contraten con la sociedad pueden ser inducidos a tener la falsa creencia de que está constituida bajo la forma de una colectiva. Pero, si la limitada usa una denominación social, no hay razón para presumir que los terceros pueden ser inducidos a error porque, si ese fuere el caso, éstos tomarían buen cuidado de averiguar si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada o bien de una anónima o de una comandita por acciones.

Con cierta frecuencia, se presenta en la práctica el caso de que una empresa use una combinación de la denominación y la razón social, por ejemplo, *Transportes Rogelio Martínez, S de R L,* o simplemente *Transportes Martínez, S de R L.* En este supuesto, nos parece que si el señor Martínez se separa de la sociedad o fallece, debe agregarse al nombre social la palabra *sucesores,* como previene el art 29.

### 11.1.1.3 RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

De la propia definición legal se deduce que los socios no tienen otra obligación que no sea la del pago de sus aportaciones, tanto frente a la sociedad como frente a los acreedores de ella. Por ende, no podrá exigírseles mayores responsabilidades, a menos que se encuentren en la hipótesis de que se justifique

y soporte la *desestimación* de la personalidad jurídica de la sociedad por abuso de la persona moral, en cuyo caso se les considerá subisiaría e ilimitadamente responsables de las obligaciones sociales, sin perjuicio de que, eventualmente, se pueda demandar la liquidación de la sociedad.[8]

El cumplimiento de la obligación de aportar puede ser exigido del socio tanto por la sociedad como por terceros interesados, a quienes la ley les concede una acción oblicua, en el caso de que la sociedad no reclamare el pago de las aportaciones convenidas (art 24, párr segundo, *LGSM*). Las acciones que establece la ley en favor de la sociedad y los terceros, contra los socios, comprenden la de exigirles el pago de todas las aportaciones a que se hubieren obligado, inclusive el de las suplementarias; pero, si fuera la sociedad la que lo exigiera se requerirá el acuerdo previo de la asamblea de socios (art 78, frac VI).

## 11.2 OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS SOCIOS

### 11.2.1 Obligaciones

Los socios de la limitada están obligados

*i)* A entregar a la sociedad las aportaciones principales y suplementarias que hubieren convenido
*ii)* A realizar las prestaciones accesorias que hubieren pactado
*iii)* A actuar con lealtad
*iv)* A subordinar su voluntad a la de las mayorías, y
*v)* A soportar las pérdidas.

#### 11.2.1.1 DE APORTAR

La más importante de las obligaciones antes enumeradas es la de realizar las aportaciones, tanto principales como suplementarias, que hubieren pactado los socios, puesto que de ella se derivan otras consecuencias del contrato social, como lo es la de integrar un capital fundacional, al que más adelante nos referiremos.

##### 11.2.1.1.1 Aportaciones principales

En la limitada, las aportaciones únicamente pueden ser de numerario, de bienes muebles o inmuebles y de derechos, porque en ella no se permite la admisión de socios industriales, según las razones que antes se explicaron.

En cuanto a la forma de cumplir con la obligación de aportar, el art 63 dispone que al momento de constituirse la sociedad deberá pagarse, por lo menos, cincuenta por ciento de las aportaciones, sin que importe si éstas son en nume-

[8] *Cfr* Sección 4.7.

rario o en especie, como sucede en el caso de la anónima, en la que las aportaciones diferentes del numerario deben exhibirse íntegramente (art 89, frac IV).

#### 11.2.1.1.2 Aportaciones suplementarias

Además de la obligación de cumplir con las aportaciones principales, los socios también estarán obligados a realizar aportaciones suplementarias, cuando así lo prevenga el contrato social (art 70). Éstas, o sea, las aportaciones suplementarias, son prestaciones en numerario, bienes o derechos y solo serán exigibles por resolución de la asamblea de socios (art 78, frac VI) tomada de acuerdo con lo estipulado por el contrato social. La exhibición de las aportaciones suplementarias también puede ser exigida directamente por los acreedores de la sociedad, como lo hemos dejado anotado.

En todo caso, las aportaciones suplementarias deben realizarse en proporción a las primitivas aportaciones que hubieren hecho los socios (art 70, párr primero, *in fine*), sin que, a nuestro entender, se admita pacto en contrario, dado el carácter imperativo de dicho precepto.

Las aportaciones suplementarias cumplen la función económica de satisfacer las obligaciones de la sociedad que no hayan podido ser pagadas con el capital social, pero no forman parte de éste, por lo que pueden ser reembolsadas a los socios cuando la sociedad lo juzgue conveniente, sin necesidad de observar las formalidades legales establecidas para la reducción del capital social.[9]

#### 11.2.1.1.3 Prestaciones accesorias

En el contrato social también se puede pactar que los socios realicen prestaciones accesorias (art 70, párr segundo). Estas prestaciones son periódicas y pueden consistir en la ejecución de actos o servicios de la más diversa significación, sin que en ningún caso impliquen una prestación consistente en trabajo o servicios personales de los socios, como ya quedó explicado.

Por lo común, las prestaciones accesorias consisten en vender o comprar a la sociedad cierta cantidad de efectos de comercio, en confiar a la sociedad la transformación y venta de productos, etcétera.

En realidad, las prestaciones accesorias son más propias de la sociedad de responsabilidad limitada de interés público, a la que nos referimos en el Apéndice 11.1.

### 11.2.1.2 OBLIGACIÓN DE LEALTAD

Los socios de la limitada tienen los mismos deberes de lealtad que los de la colectiva y la comandita, excepto el de no concurrencia, por lo que no insistiremos en este tema.

[9] RODRÍGUEZ, t II, p 371, y MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 291.

La infracción a la obligación de lealtad, impuesta legalmente a los miembros de la sociedad de responsabilidad limitada, está sancionada con la exclusión del socio en idénticos términos a los establecidos para la de los socios de la colectiva y la comandita (arts 50 y 86).

#### 11.2.1.3 OBLIGACIÓN DE SUBORDINAR LA VOLUNTAD A LA DE LAS MAYORÍAS

La obligación de subordinar la voluntad a la de las mayorías es común a todas las sociedades. En el caso de la limitada, los socios están exentos de esta obligación cuando el nombramiento de gerentes recaiga en personas extrañas o cuando los gerentes deleguen su encargo a personas extrañas a la sociedad contra el voto de los socios, en cuyo supuesto tienen derecho de separarse de ésta (arts 38, 42 y 86).

Nos parece que el socio separatista no incurre en la obligación prevista en el art 14, *LGSM,* de responder de todas las operaciones pendientes al momento de la separación, porque también en este caso, como en el de los comanditarios y los accionistas de la anónima y de la comandita por acciones, los socios sólo están obligados al pago de sus aportaciones. Por consiguiente, los acreedores de la sociedad solo podrán demandar del separatista el pago de las aportaciones insolutas que tuviere pendientes al momento de la separación, según previene el art 24, párr segundo, *LGSM.*

#### 11.2.1.4 OBLIGACIÓN DE SOPORTAR LAS PÉRDIDAS

En principio, la obligación de soportar las pérdidas debe ser proporcional al monto de las aportaciones (art 16, frac I). Empero, en la sociedad de responsabilidad limitada se admite que pueden existir partes sociales de categoría desigual (art 62), lo cual permite estipular que algunas de las partes sociales soporten las pérdidas en menor proporción que otras; pero nunca que algunas queden excluidas de reportar las pérdidas, pues en tal caso se estaría en un supuesto de nulidad del pacto por ilicitud en el fin determinante, según dejamos asentado en el capítulo 3, al ocuparnos de la *causa.*

### 11.2.2 Derechos de los socios

Inexplicablemente, en la sociedad de responsabilidad limitada los socios solo pueden ejercitar el derecho de separación en el caso de que la administración recaiga en terceros extraños a la sociedad o cuando los administradores deleguen su encargo contra el voto del socio, mientras que en la colectiva y la comandita pueden separarse tanto en esos dos supuestos como cuando se modifique el contrato social (arts 34 y 57), y en la anónima y la comandita por acciones cuando la sociedad cambie su objeto (fin) social o nacionalidad o se transforme (arts 182, fracs IV, V y VI, 206 y 208, *LGSM*).

No obstante, los socios de la limitada tienen además los siguientes derechos patrimoniales y de consecución.

### 11.2.2.1 DERECHOS PATRIMONIALES

#### 11.2.2.1.1 Derecho a las utilidades

El derecho a participar en las utilidades, en principio, también debe ser en proporción a las aportaciones de los socios (art 16, frac I). El pacto por el que se excluya a un socio de este derecho será ineficaz, pero no nulo, según dispone el art 17, *LGSM,* como ya hemos visto al referirnos a esta clase de estipulaciones.

En virtud de que en la limitada puede haber partes sociales de categoría desigual (art 62), no hay óbice legal para que a algunas de ellas se les atribuya una participación mayor en los beneficios.

#### 11.2.2.1.2 Derecho al haber social

El derecho a participar en el haber social, en principio, también debe ser proporcional a las aportaciones de los socios. Pero debido a la circunstancia de que la sociedad puede tener partes sociales desiguales, tampoco existe obstáculo alguno para estipular una participación mayor en el haber social, a condición de que no se excluya a uno o varios socios de reportar las pérdidas toda vez que, en tal supuesto, se estaría frente a un caso de nulidad de la cláusula que estableciera ese beneficio.

En la distribución del haber social debe estarse a lo previsto por los arts 243 y 246, *LGSM* y, muy especialmente, a lo estatuido por el numeral 48 del propio ordenamiento, de aplicación supletoria a las sociedades limitadas, por remisión expresa que hace al mismo el art 86.

#### 11.2.2.1.3 Derecho a ceder las partes sociales

En virtud de los matices personalistas de la sociedad de responsabilidad limitada, la cesión de las partes sociales puede estar sujeta a restricciones que, en ciertos casos, pueden ser más severas que las de la colectiva y la comandita.

Para que los socios puedan ceder sus partes sociales se requiere del consentimiento de los socios que representen la mayoría del capital social, excepto cuando los estatutos dispongan una proporción mayor.

Si la cesión se autoriza en favor de una persona extraña a la sociedad, los socios tendrán derecho de preferencia[10] para adquirir la totalidad o fracción

[10] La ley se refiere a este derecho como *del tanto,* pero nosotros preferimos llamarlo *de preferencia* porque, como ya se indicó, el derecho del tanto se concede a los copropietarios y al vendedor interesado en readquirir la cosa enajenada.

de la parte social que se trate de transmitir. Este derecho deberá ser ejercitado dentro de un plazo de quince días, contados a partir de la fecha de la asamblea que hubiere autorizado la cesión. En vista de esta última circunstancia, parece dudoso que en el contrato social se pueda estipular que en el caso de otorgar el consentimiento para la cesión de las partes sociales no será necesaria la reunión de la asamblea (art 82).

Cuando varios socios deseen ejecitar el derecho de preferencia, les competerá a todos ellos en proporción a sus aportaciones (art 66, *in fine*). Si alguno de los socios no hiciere uso de este derecho, los restantes no podrán aprovecharlo, salvo pacto en contrario.

La transmisión de las partes sociales por herencia no requiere del consentimiento de los socios, salvo pacto que prevea la disolución de la sociedad por muerte de uno de ellos o que disponga la liquidación de la parte social que corresponda al socio difunto, si se previó que la sociedad no continúe con los herederos de éste (art 67). En nuestra opinión, este obscuro precepto contempla dos supuestos diferentes

***Primero*** El de que se haya estipulado que la muerte de uno de los socios producirá la disolución de la sociedad y que, para evitar ésta, se autorice a los herederos a adquirir la parte social del *de cujus*, y

***Segundo*** Que habiéndose pactado que la muerte de uno de los socios producirá la exclusión de sus herederos, éstos convengan con los restantes socios en que no les sea liquidada la parte social que correspondió al fallecido y, en consecuencia, que la sociedad continúe con ellos.

Al ocuparnos de las partes sociales trataremos con más detalle el derecho de cesión de las mismas.

#### 11.2.2.1.4 Derecho a percibir intereses constructivos

En el contrato social puede estipularse que los socios tendrán derecho a percibir intereses constructivos,[11] aun cuando no hubiere beneficios, a condición de que los mismos no excedan de nueve por ciento anual sobre el monto de sus aportaciones y de que solo se paguen durante el tiempo necesario para la ejecución de los trabajos que según el objeto de la sociedad, deban preceder al comienzo de sus operaciones, sin que en ningún caso dicho periodo exceda de tres años (art 84).

El mismo art 84, en su párr final, señala que estos intereses deberán cargarse a gastos generales, lo cual significa que no deben computarse como utilidades distribuidas, puesto que, en el caso de que hubiere pérdidas, se incurriría en infracción al art 19, *LGSM*.

[11] Ésta es la denominación que la doctrina aplica a dicho tipo de intereses. *Cfr* RODRÍGUEZ, Joaquín, t II, *op cit*, p 363.

#### 11.2.2.1.5 Derecho a percibir beneficios preferentes

Aunque en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada la ley no contempla una figura similar a la de las acciones llamadas *preferentes* que puede emitir la anónima, a la luz de lo dispuesto en el art 62, que permite la existencia de partes sociales de categoría desigual, nada parece oponerse a que en la limitada se estipule que algunas de las partes sociales tendrán derecho a percibir, antes que las demás, cierto porcentaje mínimo de beneficios fijos y que, cuando en un ejercicio social no haya beneficios o sean inferiores al porcentaje estipulado, éstos se cubrirán con prelación en los años siguientes. A nuestro juicio, no parece que en este caso pueda limitarse el voto de las partes sociales que perciban beneficios preferentes, como ocurre en las acciones de voto limitado de la anónima, visto que el art 79 admite la existencia de partes sociales privilegiadas.

### 11.2.2.2 DERECHOS DE CONSECUCIÓN

Los socios de la limitada gozan, entre otros, de los siguientes derechos de consecución o corporativos.

#### 11.2.2.2.1 Derecho de voto

El derecho de voto consiste en la facultad de participar en las decisiones de la asamblea. El ejercicio de este derecho pone de relieve tanto el carácter personalista como el capitalista de la sociedad de responsabilidad limitada pues, por una parte, para autorizar la transmisión de las partes sociales se requiere el consentimiento de la totalidad *de los socios,* o en el mejor de los casos de la mayoría que represente las tres cuartas partes *del capital* y, por otra parte, la atribución del voto no se confiere *pro capite,* sino en función del monto de las aportaciones.

Respecto al derecho del voto, el art 79 estatuye que todo socio tendrá derecho a participar en las decisiones de las asambleas, gozando de un voto por cada mil pesos de su aportación, salvo lo que en el contrato social se establezca sobre partes sociales privilegiadas. Del contexto del precepto transcrito inferimos, pues, que en el contrato social se puede estipular que ciertas partes sociales gocen de mayores derechos de voto que otras. Por ejemplo, se puede pactar que algunas partes sociales concederán dos votos o más por cada mil pesos de aportación.

La desigualdad en el ejercicio del derecho de voto puede dar lugar a situaciones injustas que permitan a una minoría determinar el manejo de la sociedad; pero también puede favorecer a las minorías si se les concede para brindarles una mayor participación en la toma de decisiones. En consecuencia, no es posible establecer apriorísticamente si el voto múltiple es justo o injusto, sino que habrá que analizar caso por caso.

En el supuesto de que el voto múltiple produjera una situación injusta, los socios perjudicados pueden invocar la aplicación del principio de equidad previsto en los arts 19 y 20 del *Código Civil para el Distrito Federal* y, en último caso, la aplicación de la *obligación legal* que tienen las partes en el contrato de sociedad de estar a las consecuencias de éste que sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley (art 1796, *CCDF*).

Por otra parte, teniendo en cuenta el matiz capitalista de la sociedad de responsabilidad limitada y toda vez que abrigamos la convicción de que las partes sociales pueden ser representadas por títulos-valor, como trataremos de demostrar más adelante, estimamos que no hay inconveniente legal alguno en que el derecho de voto se ejercite por conducto de representantes, ya sean legales o convencionales.

#### 11.2.2.2.2 Derecho de administrar los negocios sociales

Dado el número más o menos grande de socios que pueden integrar la limitada, la ley, en su art 74, previene que la administración de la sociedad estará a cargo de uno o más gerentes, quienes podrán ser socios o personas extrañas a la sociedad y, a la vez, establece que cuando no se haya hecho la designación de gerentes se observará lo dispuesto en el art 40, o sea que la administración de la sociedad recaerá en todos los socios, de donde se deduce el derecho de administrar los negocios sociales que la ley les confiere a éstos.

#### 11.2.2.2.3 Derecho de información

En la sociedad de responsabilidad limitada, como en la colectiva y en la comandita, los socios tienen derecho a exigir, semestralmente cuando menos, la cuenta de la administración, si no hubiere pacto sobre el particular y en cualquier tiempo que lo acuerden (arts 43 y 86).

El derecho de información comprende el de comunicación de los libros, en los términos del art 43 del *Código de Comercio,* según se expuso al tratar el mismo derecho de los socios colectivos.

#### 11.2.2.2.4 Derecho de vigilancia y denuncia

En todas las clases de sociedades, los socios tienen derecho a designar un órgano de vigilancia, aun cuando su organización y funciones no estén previstas en el contrato social. En la limitada, los socios tienen derecho a constituir un consejo de vigilancia, *únicamente cuando así lo establezca el contrato social* (art 84).

La *ratio legis* en que descansa el art 84 nos resulta del todo incomprensible. Sin embargo, no parece ocioso insistir que, con base en lo previsto en el art 43 del *Código de Comercio* antes citado, los socios pueden ejercer en todo tiempo la vigilancia de las operaciones sociales mediante el ejercicio permanente

del llamado *derecho de comunicación de los libros* estatuido en dicho precepto, el cual comprende el examen de todos los libros, registros, comprobantes, cartas, cuentas y documentos de la sociedad.

En lo que concierne al derecho de denuncia, el art 76 previene que los socios tendrán acción de responsabilidad, en interés de la sociedad, en contra de los gerentes, para el reintegro del patrimonio social y que el ejercicio de dicha acción corresponde a la asamblea de socios (art 78, frac VII) o a éstos individualmente considerados. En este último caso, los socios no podrán ejercitar la acción correspondiente cuando la asamblea, con el voto favorable de las tres cuartas partes del capital, haya absuelto a los gerentes de su responsabilidad.

## 11.3 CAPITAL FUNDACIONAL, CAPITAL SOCIAL Y PATRIMONIO SOCIAL

Dos notas que ponen de relieve el tinte capitalista de la sociedad de responsabilidad limitada son la del capital fundacional y la de las partes sociales, las cuales, en nuestra opinión, pueden estar representadas por títulos-valor *nominativos no negociables.*

### 11.3.1 Capital fundacional

En virtud de que la limitada tiene ciertas características de sociedad *intuitu pecuniae,* puesto que en ella no participan socios con responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria, el legislador ha querido proteger los intereses de terceros, previendo la integración de un capital social mínimo que, desde la fundación de la sociedad, garantice el cumplimiento de las obligaciones sociales. El monto de este capital mínimo, llamado *fundacional,* es a todas luces ridículo en la actualidad, tanto porque *nunca será inferior a tres mil pesos,* como porque al momento de constituir la sociedad puede darse el caso de que únicamente quede exhibido en cincuenta por ciento, conforme a lo que disponen el ancrónico art 62 y su correlativo el art 64, *LGSM.*[12]

### 11.3.2 Capital social

El capital social, entendido como la suma del valor de las aportaciones de los socios, tiene una gran importancia en las sociedades capitalistas habida cuenta de que es la suma de la responsabilidad de éstos, quienes, como quedó dicho, solo están obligados al pago de lo que hubieren prometido aportar.

[12] Tan ridículo es el capital mínimo fundacional de la limitada que, aun íntegramente pagado, no sería suficiente no digamos para cubrir los gastos de constitución, sino para pagar los derechos que cobra el Gobierno Federal por la expedición del inconstitucional permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Así pues, el capital social es una suma de valores de contenido económico que los socios transmiten a la sociedad y que la ley procura mantener como garantía de las obligaciones sociales; pero sin desconocer al mismo tiempo que, por las vicisitudes de los negocios, tal suma puede sufrir modificaciones, ya sea incrementándose o disminuyéndose, conforme a ciertas normas cuyo grado de rigidez varía según se trate de sociedades de capital fijo o variable.

La doctrina ha agrupado las diversas normas protectoras del capital en una serie más o menos extensa de principios y subprincipios *de garantía* y *de realidad* del capital social a los que nos referiremos con mayor detalle al tratar lo relativo al capital social de la anónima.

Aquí habremos de ocuparnos únicamente del llamado *subprincipio de estabilidad o permanencia* del capital social, al tratar lo atingente a los aumentos y disminuciones del mismo.

### 11.3.3 Patrimonio social

Como ya hemos hemos hecho notar en otras partes de esta obra, no deben confundirse los conceptos capital social y patrimonio social. Aquel es la suma de las aportaciones de los socios, éste es la suma de los valores de contenido económico que en un momento dado pertenecen a la sociedad, incluido el capital social. En otras palabras, el patrimonio está integrado por el capital social y por otros valores, como utilidades retenidas, reservas legales y voluntarias, superávits, etcétera.

## 11.4 PARTES SOCIALES Y CERTIFICADOS DE GOCE

### 11.4.1 Partes sociales

Aunque la ley no lc declara expresamente, debe entenderse que el capital social de la sociedad de responsabilidad limitada está dividido en partes sociales, las cuales, con arreglo a lo previsto por el art 58, no pueden "*estar representadas por títulos negociables a la orden o al portador, pues sólo serán cedibles* (sic) *en los casos y con los requisitos que establece la presente ley*".

Ahora bien, la oscura redacción del precepto transcrito plantea dos interrogantes

***Primera*** ¿Las partes sociales pueden estar representadas por títulos no negociables?, y

***Segunda*** En caso afirmativo, ¿cuál sería la naturaleza de dichos títulos?

Ángel **Caso**, citado por **Mantilla Molina**,[13] no titubea en afirmar que las partes sociales son documentos no negociables, a los que les atribuye el carácter

[13] MANTILLA MOLINA, *op cit*, pp 295 y 296.

de títulos de crédito, "es decir de documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna"; aunque reconoce que su transmisibilidad está muy limitada, puesto que requiere de las formalidades de una cesión de derechos ordinaria.

A la opinión de **Caso, Mantilla Molina** opone, entre otros, los siguientes argumentos

*i)* Que si bien es cierto que la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* admite que a éstos se les inserte la cláusula *no negociable,* también es cierto que es dudoso que conserven el carácter de título-valor porque no están destinados a circular, como previene el art 6o, *LGTOC,* y

*ii)* Que la parte social no está sujeta a las reglas de la cesión ordinaria, pues para poder transmitirla es necesario el consentimiento de los socios.

Cabe aclarar, además, que **Mantilla** parece reforzar su punto de vista tanto con la opinión de Felipe de J. **Tena,** quien sostiene que los *títulos de crédito* no negociables, de tales no tienen más que el nombre,[14] como con el parecer de **Ascarelli y Carnelutti,** quienes consideran que los títulos no negociables no están comprendidos dentro de la categoría de títulos-valor.

**Rodríguez,** por su parte, en el *Tratado de sociedades mercantiles,*[15] afirma categóricamente que "Sólo una ignorancia supina de la materia nos puede llevar a afirmar que en el derecho mexicano es lícito emitir títulos representantivos de esas participaciones sociales", aunque reconoce que en la práctica se extienden, a favor de los socios, documentos "en los que se declara que tienen esta calidad en las proporciones que se especifican" y que "un documento de esta naturaleza tiene el mismo carácter jurídico que un recibo, o cualquier otro documento de carácter estrictamente probatorio".

Sin embargo, el propio **Rodríguez,** en su *Curso de derecho mercantil,* afirma textualmente lo siguiente[16]

> Creemos que *los títulos valores pueden ser creados por la costumbre.* El art 2 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* admite como fuente de derecho, en materia de títulos-valor, los usos bancarios y mercantiles. Este reconocimiento del valor normativo de la costumbre mercantil implica la posibilidad de que se creen títulos-valor al impulso espontáneo de las exigencias y conveniencias de la vida comercial;

argumento éste que contradice la opinión vertida en el *Tratado de sociedades mercantiles,* puesto que, si en la práctica se *acostumbra* expedir documentos representativos de las partes sociales, es lógico concluir que en virtud de dicha *costumbre* tales documentos tendrán el carácter de títulos-valor.

[14] *Derecho mercantil mexicano,* Porrúa, México, 1964, p 398.
[15] RODRÍGUEZ, *op cit,* t II, p 354.
[16] *Ídem,* t I, p 266 (las cursivas son de RODRÍGUEZ).

En contra de la indiscutible autoridad de que gozan los autores citados, nos atrevemos a sostener que en nuestro país no existe fundamento *legal* ni *jurisprudencial* alguno que impida que las partes sociales puedan estar representadas por títulos-valor *nominativos no negociables,* por las siguientes razones

***Primera*** Porque la *Ley General de Sociedades Mercantiles* no prohíbe que las partes sociales estén representadas por títulos no negociables.

***Segunda*** Porque en diversos preceptos de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,* implícitamente se les atribuye el carácter de títulos-valor a los documentos no negociables, habida cuenta de que se les reglamenta como tales, y

***Tercera*** Porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la cláusula *no negociable* no desnaturaliza a los títulos de crédito de su categoría de títulos-valor (Tercera Sala, *Tesis 119*).

En otras palabras, diferimos de las opiniones de los eminentes tratadistas que hemos citado, no porque las consideremos de poco valor doctrinal, sino porque ni la jurisprudencia ni el derecho positivo mexicano acogen los argumentos expuestos por ellos. En efecto, de la lectura de los arts 65, 66 y 67 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* y de la interpretación a *contrario sensu* del art 58 de la propia ley se infiere que ésta no prohíbe que las partes sociales se cedan, ni que estén representadas por documentos cuya transmisión se perfecciona por cesión ordinaria, tradición e inscripción del título en un registro del emisor; es decir, por títulos *nominativos no negociables* y *registrables,* de los reglamentados por los arts 23 a 26, *LGTOC.*

Además, de los citados arts 23 a 26 y del 66 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* se deduce que este ordenamiento atribuye implícitamente el carácter de títulos-valor a los documentos no negociables, por cuanto se ocupa de estatuir la *ley* de su circulación, y de reglamentar el procedimiento judicial que debe substanciarse para su reposición, asuntos de los que se desinteresa tratándose de boletos, contraseñas, fichas y otros documentos que no están destinados a circular y a los que, en consecuencia, no imputa tal categoría.

A mayor abundamiento, el art 72, *LGSM* confiere a los socios de la limitada derecho de preferencia para suscribir las nuevas partes sociales que se *emitan* con motivo de aumentos de capital, reconociéndoles así, de modo explícito, la categoría de documentos destinados a la circulación, puesto que el verbo *emitir* significa precisamente *poner en circulación.*

Por otra parte, creemos oportuno mencionar que **Mantilla Molina**[17] también observa que *un supuesto título-valor no negociable* solo se transmite de la forma y con los efectos de una cesión ordinaria, de donde infiere que la parte social no es un título valor porque *no está sujeta a las reglas de la cesión ordi-*

[17] MANTILLA MOLINA, *op cit,* p 289.

*naria, pues para poder transmitirla es preciso el consentimiento de los socios.* Definitivamente, este argumento tampoco es válido por tres razones

***Primera*** Porque los títulos nominativos, negociables o no, se pueden transmitir por cualquier medio legal, incluso cesión ordinaria (arts 26 y 27 *LGTOC*).

***Segunda*** Porque lo que distingue a la cesión ordinaria de la especial (o endoso, como también se le llama) no es el hecho de que deba recabarse o no el consentimiento del deudor, sino la circunstancia de que en la ordinaria el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que tuviere contra el cedente, en tanto que en la especial no puede hacerlo, y

***Tercera*** Porque no es exacto sostener que en la cesión ordinaria no se requiera el consentimiento del deudor, toda vez que la ley exige que se le notifique a éste la cesión para el efecto de que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra él y para que, si el deudor lo estima conveniente o necesario, se oponga a la misma; es decir, para que la consienta o no (arts 2036 a 2038, *CCDF*).

En este mismo orden de ideas, nos parece oportuno hacer notar que el hecho de que los socios tengan que consentir la cesión de las partes sociales no implica que el documento que las represente pierda su carácter de título-valor, puesto que las acciones de las sociedades anónimas tampoco lo pierden por el hecho de que su transmisión deba ser aprobada por el consejo de administración, cuando así se haya pactado en el contrato social (art 130, *LGSM*). De igual modo, las partes sociales no pierden su naturaleza de títulos-valor por la circunstancia de que los socios tengan derecho de preferencia para adquirirlas, cuando la cesión se autorice en favor de un extraño a la sociedad, así como las acciones tampoco lo pierden cuando en el contrato social se estipula idéntico derecho de preferencia en favor de los accionistas.

#### 11.4.1.1 LEY DE CIRCULACIÓN[18] DE LAS PARTES SOCIALES

Si se admite que las partes sociales pueden estar representadas por títulos-valor *nominativos no negociables y registrables,* entonces permítasenos exponer la que consideramos que debe ser su ley de circulación.

*a)* Si la transmisión se realiza *entre los socios,* se hará por cesión ordinaria; por entrega del título; por inscripción en el Libro de Socios; y por consentimiento de todos los coasociados o de la mayoría que represente las tres cuartas partes del capital social, si así se estipuló en el contrato social[19]

[18] Mediante el concepto *ley de circulación,* la doctrina se refiere a los requisitos a que está sujeta la transmisión de los títulos-valor.

[19] Con toda honestidad confesamos que no entendemos por qué la *LGSM* exige para la transmisión de las partes sociales de la limitada el acuerdo de los socios que representen las tres cuartas partes del capital social, cuando para el mismo asunto en la colectiva, que es la sociedad *intuitu personae* por excelencia, establece que bastará el consentimiento de la mayoría de los socios.

*b)* Si la transmisión de las partes sociales se realiza *inter vivos* en favor de un extraño a la sociedad, se observarán los mismos requisitos que en el caso anterior y, además, se respetará el derecho de preferencia que tienen los socios restantes para adquirirlas

*c)* Si la transmisión se hace por herencia y está prevista en el contrato social, se perfeccionará por la constancia que ponga el juez en el título (art 38, *LGTOC,* párr final); por la entrega del documento y por la correspondiente inscripción en el Libro de Socios, sin que se requiera el consentimiento de éstos, *aunque el heredero sea extraño a la sociedad*[20]

*ch)* Si la transmisión se hace por herencia y en el contrato social se pactó la disolución de la sociedad o la liquidación de la parte social, además de los requisitos apuntados en el inciso anterior, se necesitará el consentimiento de los socios para que la sociedad continúe con los herederos del difunto.

### 11.4.1.2 REGLAS Y PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN A LAS PARTES SOCIALES

Independientemente de que se admita o se rechace nuestra opinión, en cuanto a que las partes sociales pueden estar representadas por títulos nominativos no negociables, conviene tener en cuenta los siguientes principios y reglas que les rigen

*a)* ***Valor*** Las partes sociales pueden ser de valor desigual, pero en todo caso serán de cien pesos o de un múltiplo (art 62)

*b)* ***Categoría*** Las partes sociales pueden ser de categoría desigual, en cuyo caso unas conferirán mayores derechos, patrimoniales o de consecución, o ambos, que otras, según ya hemos dejado asentado (art 62)

*c)* ***Principio de unidad*** Cada socio no puede tener más que una parte social. Si hiciera una nueva aportación o adquiriera la totalidad o una fracción de la parte de otro socio, se aumentará en la cantidad respectiva el valor de su parte social, a no ser que se trate de partes que tengan derechos diversos, puesto que entonces se conservará la individualidad de las partes sociales (art 68).

El principio de unidad no es absoluto, pues, a diferencia de lo que ocurre con las acciones, en el contrato social sí puede estipularse el derecho de división y de cesión parcial, respetándose las reglas contenidas en los arts 61, 62, 65 y 66, *LGSM*

[20] Si la transmisión hereditaria de las partes sociales recae en un extraño a la sociedad, es de suponer que los socios restantes no tendrán el derecho de preferencia que les concede el art 66, *LGSM,* puesto que no está subordinada a los dispuesto en dicho precepto.

*ch) **Amortización*** La amortización de las partes sociales solo se permite en la medida y en la forma establecidas en el contrato social vigente al momento en que las partes afectadas hayan sido adquiridas por los socios. La amortización se llevará a efecto con utilidades líquidas de las que conforme a la ley pueda disponerse para el pago de dividendos (art 71). La amortización de las partes sociales (con utilidades repartibles) no supone reducción de capital, de manera que para llevarse a cabo no es preciso seguir la tramitación que para esa reducción se fija, siempre y cuando se lleve a efecto con utilidades líquidas, pues en caso contrario *"la amortización si llevará implícita una reducción de capital que únicamente podrá consumarse con los requisitos que para tal reducción contiene la ley"*, según se lee en la Exposición de Motivos, *LGSM.*

## 11.4.2 Certificados de goce

Practicada la amortización de las partes sociales es optativo para la sociedad *expedir certificados de goce,* los cuales, en nuestra opinión, también son títulos-valor que no están sujetos a la *Ley de circulación* de las partes sociales, puesto que, lo mismo que las acciones de goce, no son representativos del capital social. Por consiguiente, no vacilamos en sostener que los certificados de goce pueden emitirse al portador, toda vez que no hay disposición legal alguna que lo prohíba.[21]

Atendiendo a que la expedición de los certificados de goce está subordinade a las mismas reglas que prevé la ley para la emisión de las llamadas *acciones de goce,* si se llegaren a expedir aquellos, será *obligatorio* para la sociedad concederles a sus titulares los siguientes derechos

*i)* De participar en las utilidades líquidas, después de que se haya pagado a los socios cuyas partes sociales no hubieren sido reembolsadas los beneficios señalados en el contrato social, y

*ii)* De participar con las partes sociales en el reparto del haber social, después de que éstas hayan sido íntegramente cubiertas, salvo que en el contrato social se establezca un criterio diverso para el reparto del excedente. Pero, en lo que toca al derecho de voto, es *facultativo* de la sociedad concederlo o negarlo (arts 71 y 137).

[21] Los certificados de goce no fueron incluidos en las reformas a la *LGSM* y a la *LGTOC,* publicadas en el *Diario Oficial de la Federación,* 30 dic 1982, por las cuales se convirtieron en títulos nominativos las acciones, obligaciones, bonos de fundador y certificados de depósito y de participación.

## 11.5 AUMENTOS Y DISMINUCIONES DEL CAPITAL SOCIAL

La permanencia del capital social representa una garantía tanto para los acreedores como para los socios. Para aquellos porque es la suma de las aportaciones y, en consecuencia, de la responsabilidad de los socios quienes, como hemos señalado antes, solo están obligados al pago de sus aportaciones. Para los socios la estabilidad del capital social es garantía de que se conservará su grado de influencia en la toma de decisiones y su proporción en la participación de las ganancias o pérdidas que arroje la sociedad. Sin embargo, el legislador reconoce que, dadas las vicisitudes venturosas o adversas de las empresas, en ciertas condiciones puede ser aumentado o disminuido el capital social.

### 11.5.1 Aumentos del capital social

Los aumentos del capital social de todas las sociedades mercantiles provienen, básicamente, de dos fuentes: de nuevas aportaciones de los socios o de personas extrañas a la sociedad,[22] o de capitalización de partidas del patrimonio social, como utilidades retenidas, reservas, superávits, etcétera.

Del art 72 se deduce que para aumentar el capital social se requiere del consentimiento de todos los socios, puesto que conforme a las reglas de constitución de la sociedad tal requisito es necesario. Asimismo, del art 83 puede inferirse la misma conclusión cuando el aumento se realice por aportaciones de los socios, en virtud de que cualquier aumento del capital social implica un aumento en las obligaciones de éstos.

**Rodríguez**, por su parte, con fundamento en lo dispuesto en la primera parte del art 83, considera que, cuando se trate de aumentos del capital social por capitalización de las partidas del patrimonio, es posible pactar que la decisión se tome por las mayorías que representen por lo menos las tres cuartas partes del capital, a condición de que ello no implique un aumento en la obligación que tienen los socios de realizar aportaciones suplementarias o de ejecutar prestaciones accesorias.[23] A nuestro juicio, tratándose de aumentos de capital social de la sociedad de responsabilidad limitada, deben considerarse las siguientes hipótesis

1a) Si el aumento obedece a nuevas aportaciones de los socios, se requerirá el consentimiento de la totalidad de ellos, puesto que, por una parte, así está previsto en el primer párr del art 72, que exige que en los aumentos

[22] Las llamadas *capitalizaciones de pasivos* son en realidad aportaciones de créditos a cargo de la sociedad que realizan los socios o personas extrañas a la sociedad.

[23] RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 380.

de capital se observen las mismas reglas de la constitución de la sociedad, y, por la otra, implica un incremento en las obligaciones de aquellos (art 83, *in fine*)

2a) Si el aumento deriva de aportaciones de personas extrañas a la sociedad, se requerirá del consentimiento unánime de los socios, por las mismas razones expuestas en la hipótesis anterior

3a) Si el aumento proviene de capitalización de partidas del patrimonio, nos parece que también se requiere el consentimiento unánime de los socios, habida cuenta de que el legislador no distingue entre los aumentos reales y virtuales del capital (art 72) y de que es bien sabido de que donde no distingue el legislador no debe distinguir el intérprete.

El acuerdo de aumentar el capital social deberá ser tomado por los socios reunidos en asamblea legalmente convocada (art 78, frac X), bien entendido que el aumento no podrá llevarse a cabo por suscripción pública (art 63).

Por último, los socios tienen derecho de preferencia, en proporción a sus partes sociales, para suscribir las nuevas que se *emitan* con motivo del aumento de capital a no ser que este privilegio lo supriman el contrato social o el acuerdo de la asamblea que lo decida, según dispone el art 72, segundo párr, *LGSM*. Desde luego, la facultad que concede la ley a los socios de suprimir el derecho de preferencia aludido es inexplicable, visto el matiz personalista de la limitada.

Como ya apuntamos, de este precepto también deducimos que las partes sociales pueden estar representadas por títulos-valor, toda vez que si no fuera así carecería de sentido hablar de *emisión* de las mismas.

## 11.5.2 Reducciones del capital social

Las reducciones del capital social pueden obedecer a las siguientes causas

*i)* A que la sociedad haya sufrido pérdidas

*ii)* A que los socios acuerden amortizar las partes sociales por reembolso de las aportaciones realizado con fondos que *no* provengan de utilidades líquidas, pues en este caso, no se produce una disminución del capital social como ya quedó asentado, y

*iii)* A que se conceda a los socios liberación de exhibiciones no realizadas.

En los tres supuestos, la reducción requiere el acuerdo de la mayoría de los socios reunidos en asamblea, que representen cuando menos la mitad del capital social, salvo que se haya pactado una mayoría más elevada (arts 77 y 78, frac X).

### 11.5.2.1 DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

Para que las disminuciones del capital social por reembolso o por liberación de exhibiciones no realizadas sean eficaces frente a terceros, el art 9o, *LGSM* previene que se requiere que los acuerdos de reducción sean publicados por tres

veces en el periódico oficial del domicilio de la sociedad con intervalos de diez días. A estos efectos, los acreedores de la sociedad, separada o conjuntamente, podrán oponerse judicialmente a la reducción desde el día en que se haya tomado la decisión por la sociedad, hasta cinco días después de la última publicación.

La oposición de los acreedores a la disminución del capital social por las causas señaladas trae como consecuencia la suspensión de ésta hasta en tanto la sociedad no pague los créditos de los opositores, o no los garantice a satisfacción del juez que conozca del asunto o hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare infundada la oposición.

En cuanto a la vía en que debe tramitarse la oposición, el art 9o, *LGSM* prescribe que debe ser la sumaria, la cual, como es bien sabido, no está regulada por el *Código de Comercio,* circunstancia que obliga a los opositores a intentar su acción en la vía ordinaria mercantil.[25]

Para el caso de que la sociedad no hiciere las publicaciones ordenadas por el art 9o se entenderá que los terceros tendrán la acción de oposición mientras conserven el carácter de acreedores de la sociedad, sin que pueda perjudicarlos la inscripción de la reducción del capital en el Registro Público de Comercio, pues tratándose de disminuciones del capital social, la *LGSM* exige que para su eficacia se observen ambas formas de publicidad.

### 11.5.2.2 INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO

En virtud de que todo aumento o reducción del capital social conlleva la modificación de la Escritura Constitutiva, no cabe duda que los acuerdos que los

[24] El *Código de Comercio,* en su art 1051, establece que en defecto de disposiciones que regulen los procedimientos mercantiles, se aplicará la ley de procedimientos local respectiva. Sin embargo, al parecer en ninguno de los códigos de procedimientos de los estados ni en el del Distrito Federal se instituye un procedimiento sumario adecuado para substanciar la oposición de que se trata. A nuestro entender, en este caso, las legislaturas locales *no* pueden reglamentar la vía sumaria mercantil con base en lo dispuesto por el art 124 constitucional que estatuye que "*Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados*", habida cuenta de que, por una parte, la propia *Carta Política* faculta al Congreso de la Unión a legislar en materia de comercio (art 73, frac X) y de que, por otra parte, no reconoce las llamadas *facultades concurrentes* consagradas por las jurisprudencias estadounidense y argentina, que consisten en facultar a los estados a legislar, supletoria y transitoriamente, en materia federal cuando la Federación omite hacerlo en asuntos que son de su competencia. No obstante, TENA RAMÍREZ, Felipe, opina que "llegado el caso de que un poder del Congreso no negado expresamente a los estados permaneciera inactivo por parte de aquel, sería pertinente aplicar la tesis estadounidense y argentina como una excepción al artículo 124" (*Derecho constitucional mexicano,* Porrúa, México, 1980, p 122). *Cfr* además *Justice Joseph story and the rise of the Supreme Court,* pp 175 y ss (Simon and Schuster, Nueva York) de T., DUNNE, Gerald, en donde se proporcionan referencias históricas acerca del caso Sturgis *vs* Crowninshield del que ha derivado la doctrina de las facultades concurrentes.

decreten deben inscribirse en el Registro Público de Comercio, según dispone el art 260, *LGSM*.

La falta de inscripción de los aumentos y reducciones del capital social trae como consecuencia que las resoluciones que los decreten solo producirán efectos entre los propios socios y entre éstos y la sociedad; pero no podrán producir perjuicio a tercero, es decir, a los acreedores de la sociedad quienes sí podrán aprovecharlos en lo que les fueren favorables (art 26, *C Com*).

## 11.6 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD

De acuerdo con lo dispuesto por la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, la asamblea de socios y los gerentes son órganos obligados de la sociedad de responsabilidad limitada; pero no así el llamado consejo de vigilancia, cuya constitución es potestativa (art 84). Esto significa, que si en el contrato social no se prevé la organización y el funcionamiento de los dos primeros, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la ley (art 80) y que si el último no se constituye en el contrato social simplemente no habrá órgano de vigilancia.

### 11.6.1 Asamblea de socios

La asamblea de socios, como su nombre lo indica, es la reunión de éstos legalmente convocados para conocer y decidir sobre asuntos que la ley reserva a su competencia.

#### 11.6.1.1 CLASES DE ASAMBLEAS

A diferencia de lo que sucede con la anónima, la *LGSM* no distingue entre varias clases de asambleas. Sin embargo, en virtud de que el art 62 permite que se emitan partes sociales de categorías desiguales, es de colegirse que los socios se pueden reunir en asambleas generales, para tratar asuntos que atañen a todos ellos, o bien en asambleas especiales, para conocer y resolver de asuntos que solo competen a una categoría específica de socios.

Desde nuestro punto de vista, nada impide que en el contrato social se clasifique a las asambleas en ordinarias, extraordinarias y especiales, atendiendo a la competencia y *quórumes* de asistencia y votación que establece la ley.

##### 11.6.1.1.1 Asamblea anual

Las asambleas pueden reunirse en cualquier tiempo, cuantas veces lo estimen conveniente o necesario los gerentes, el consejo de vigilancia o los socios que representen más de la tercera parte del capital social. Sin embargo, la ley en su art 80 ordena que deberán reunirse por lo menos una vez al año, en la época fijada en el contrato social.

La *LGSM* es omisa respecto a los asuntos que debe conocer la asamblea anual; pero, teniendo en cuenta que es facultad de la asamblea de socios discutir, aprobar, modificar o reprobar el balance general correspondiente al ejercicio social clausurado, se deduce que debe ocuparse de este asunto, puesto que también es de suponer que los socios exigirán que los gerentes les rindan cuentas cuando menos una vez al año, si expresa o tácitamente renunciaron a lo dispuesto por el art 43 de aplicación supletoria a las sociedades de responsabilidad limitada.

#### 11.6.1.1.2 Lugar de reunión

Por mandato legal, la asamblea debe reunirse en el domicilio de la sociedad (art 80), excepto cuando la *totalidad* de los socios manifiesten su conformidad en reunirse en domicilio distinto. Sin estos requisitos, las resoluciones de las asambleas celebradas fuera del domicilio social no serán válidas por infracción a una disposición imperativa (art 8o, *CCDF*).

#### 11.6.1.1.3 Competencia

Con arreglo a lo dispuesto por el art 77, la asamblea de socios es el órgano supremo de la sociedad y, en consecuencia, es competente para decidir sobre todos los actos y las operaciones que *legalmente* realice o pretenda realizar la sociedad. Por supuesto, esto significa que la asamblea no podrá acordar o ratificar actos u operaciones que afecten los intereses de los acreedores, de los socios y de terceros en general.

#### 11.6.1.1.4 Convocatoria

Corresponde a los gerentes convocar a asambleas y, si no lo hicieren, al consejo de vigilancia. A falta u omisión del consejo de vigilancia, los socios que representen más de la tercera parte del capital social también estarán facultados para convocar a asamblea (art 81, párr primero).

Las convocatorias deberán contener la orden del día y se harán por medio de cartas certificadas, con acuse de recibo, dirigidas a cada socio por lo menos con ocho días de anticipación a la celebración de la asamblea (art 81, párr segundo). Para evitar los problemas a que da lugar el dirigir la convocatoria por correo certificado, se puede estipular que se haga por otro medio fehaciente, toda vez que el art 81 permite pactar en contrario.

#### 11.6.1.1.5 *Quórumes* de votación

A nuestro entender, la *LGSM* no distingue entre *quórumes* de asistencia y de votación por las siguientes razones: porque en algunos casos la reunión de la asamblea no es necesaria; porque siempre refiere las votaciones a la mitad o a las tres cuartas partes *del capital social* y porque en otros casos especiales

exige el voto de la totalidad de los socios. Por consiguiente, en todos los casos que se reúna la asamblea, el *quórum* de asistencia necesariamente deberá ser igual o superior al de votación.[26]

Como antes se indicó, la ley no distingue entre asambleas ordinarias y extraordinarias en principio, aunque en ciertos casos exige *quórumes* de votación ordinarios y en otros, de voto plenario o de mayorías calificadas. Los *quórumes* ordinarios son los que pueden ser adoptados por mayoría de vostos de los socios que representen, por lo menos, la mitad del capital social (art 77); los plenarios son aquellos que requieren el consentimiento de la totalidad de los socios y los extraordinarios del voto de las tres cuartas partes del capital social.

### 11.6.1.1.5.1 QUÓRUMES ORDINARIOS

Entre los asuntos cuya resolución requiere de *quórumes* ordinarios la ley cita los siguientes

1 Discutir, aprobar, modificar o reprobar el balance general correspondiente al ejercicio social clausurado y tomar, con estos motivos, las medidas que juzguen oportunas (art 78, frac I)
2 Proceder al reparto de utilidades (art 78, frac II)
3 Nombrar y remover a los gerentes (art 78, frac III)
4 Designar, en su caso, al consejo de vigilancia (art 78, frac IV)
5 Exigir, en su caso, las aportaciones suplementarias y las prestaciones accesorias.

### 11.6.1.1.5.2 QUÓRUMES PLENARIOS

Los asuntos que requieren el consentimiento unánime de los socios son los siguientes

1 El cambio de objeto social (art 83)
2 El cambio de las reglas que determinen un aumento en las obligaciones de los socios y los aumentos reales y virtuales del capital (arts 72 y 83)
3 La cesión y división de las partes sociales, salvo que en el contrato social se estipule que basta el acuerdo de la mayoría que represente, por lo menos, las tres cuartas partes del capital social (arts 65 y 69)
4 La admisión de nuevos socios, excepto cuando se haya pactado que basta el acuerdo de la mayoría que represente por lo menos las tres cuartas partes del capital social (art 65).

[25] En contra, RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 383, y MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 302, quienes interpretan el art 77 en el sentido de que en la asamblea deben estar presentes socios que representen la mitad del capital social "y que para la válida adopción de acuerdos se precisa del consentimiento de la mayoría relativa de esa mitad del capital social".

#### 11.6.1.1.5.3 QUÓRUMES EXTRAODINARIOS

Requieren del voto de las tres cuartas partes del capital, los acuerdos que tengan por objeto

1 Intentar, contra los órganos sociales o contra los socios, las acciones que correspondan para exigirles daños y perjuicios (arts 76, párr segundo, y 78, frac VII) [26]
2 Amortizar las partes sociales (arts 71 y 83)
3 Modificar el contrato social (arts 78, frac VIII, y 83)
4 Reducir el capital social (arts 78, frac X, y 83)
5 Disolver anticipadamente la sociedad (arts 78, frac XI, y 83)

Como se puede apreciar, los acuerdos que requieren del voto de las tres cuartas partes del capital social, con excepción del primero, implican una modificación del contrato social.

### 11.6.1.1.6 Aprobación de los estados financieros y reparto de utilidades

En virtud de que con antelación nos hemos referido a la mayor parte de los asuntos que debe conocer y resolver la asamblea de socios no haremos mayores comentarios acerca de los mismos, aunque sí consideramos pertinente ocuparnos en este lugar en lo que se refiere a la discusión, aprobación, modificación o rechazo del balance general y el reparto de utilidades.

#### 11.6.1.1.6.1 APROBACIÓN DE BALANCES (ESTADOS FINANCIEROS)

El decreto que reformó y adicionó diversas disposiciones de carácter mercantil, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 30 dic 1982, anuncia en su art segundo transitorio que cuando la legislación mercantil se refiera a *balances*, debe entenderse que tal expresión incluye los estados financieros enumerados en el art 172, *LGSM*, entre los cuales se encuentran: el estado de situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio (o sea, el balance general); el estado de resultados de la sociedad durante el ejercicio (es decir, el estado de pérdidas y ganancias); el estado de cambios de situación financiera (o sea, el estado de origen y aplicación de recursos), y el estado de cambios patrimoniales, así como las notas que sean necesarias para completar o aclarar la información que suministren los estados anteriores.

Ahora bien, como el art 78, frac I, establece que la asamblea debe ocuparse de discutir, aprobar, modificar o reprobar el balance general correspondien-

[26] RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 376, considera que requieren del voto de la mayoría que represente la mitad del capital social. Sin embargo, toda vez que los socios que representen las tres cuartas partes del capital pueden absolver a los gerentes, nos parece que la acción contra ellos no podría intentarse sin antes probar que dicha mayoría consintió en ejercitarla.

te al ejercicio social clausurado, es evidente que, en virtud de las reformas del 30 de dic de 1982, también debe conocer de los otros tres estados financieros antes mencionados.

### 11.6.1.1.6.2 REPARTO DE UTILIDADES

La distribución de utilidades a los socios solo puede hacerse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea los estados fiancieros que las arrojen (art 19, *LGSM*).

Acerca de este particular, debe advertirse que antes de las reformas a que hemos aludido, el art 19 establecía que la distribución de utilidades solo podría hacerse después de aprobado el balance que *efectivamente* las arrojara, expresión adverbial ésta que fue interpretada en el sentido de que las utilidades distribuibles deberían ser reales y no *virtuales*. Empero, las pésimas reformas de 1982 suprimieron la palabra *efectivamente*, lo cual ha suscitado la duda de si pueden ser distribuidas las *utilidades virtuales*, es decir, los superávits.

A nuestro juicio, las utilidades virtuales no pueden ser distribuidas por varias razones, tanto de carácter financiero como de naturaleza jurídica. Por razones financieras, las utilidades virtuales no pueden ser repartidas ya que provienen de la revaluación de bienes que no se han *realizado*, esto es, que no se han vendido, lo que matiza de aleatoria la revaluación, así como porque propician la descapitalización de la empresa. Por razones jurídicas tampoco se pueden repartir porque no son un fruto, sino una porción del haber social que no puede ser asignada entre los socios sin la previa disolución y liquidación de la sociedad.

Por último, para que proceda el reparto de utilidades se requiere, además, que no haya pérdidas de ejercicios anteriores; y que, si las hay, éstas sean restituidas o absorbidas por otras partidas del patrimonio, o bien que haya sido reducido el capital social; que si hay pérdida del capital social éste sea restituido o reducido antes de la distribución de utilidades y que si se emitieron partes sociales con derecho a dividendos preferentes, se pague antes a éstas dicho dividendo (arts 18, 19 y 62, *LGSM*).

### 11.6.1.1.7 Actas de las Asambleas

**Rodríguez**[27] opina que el art 41, *C Com* establece, con carácter general, la obligación de las sociedades mercantiles de llevar un libro de actas. No obstante, debido a que dicho precepto se refiere a las *juntas* y no a las *asambleas* de socios, a nosotros nos parece que el fundamento de la obligación de llevar el libro de actas se encuentra en el art 36, *C Com*, cuyo tenor es el siguiente

[27] RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 384.

*En el libro o los libros de actas se harán constar todos los acuerdos relativos a la marcha del negocio que tomen las asambleas* o juntas de socios, y en su caso, los consejos de administración.

En otras palabras, según ya dejamos apuntado en otro lugar,[28] consideramos que el art 41 nunca ha sido aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada ni a la anónima, en virtud de que la primera no fue reglamentada por el *Código de Comercio* y de que conforme a los arts 173 y 211 de dicho ordenamiento, las actas de las asambleas de accionistas de la anónima se levantaban por duplicado fuera de libros.

Por supuesto, nada impide que en el contrato social se pacte expresamente la obligación de llevar el libro de actas, en el que asienten las que se levanten con motivo de la celebración de asambleas y de las juntas de los gerentes. En cualquier supuesto, las actas deberán ser lo suficientemente circunstanciadas como para probar todos los actos en ellas consignados.

Por otra parte, tratándose de actas de asamblea que contengan una modificación a la Escritura Constitutiva deben protocolizarse e inscribirse en el Registro Público de Comercio (art 260, *LGSM*).

#### 11.6.1.1.8 Acuerdos de los socios tomados sin celebrar Asamblea

El art 82, *LGSM* previene que en el contrato social se podrán consignar los casos en que no sea necesaria la reunión de la asamblea para resolver los asuntos que la ley reserva a la competencia de los socios. En esos casos, dice el precepto en cuestión

*Se remitirá a los socios, por carta certificada con acuse de recibo, el texto de las resoluciones o decisiones, emitiéndose el voto correspondiente por escrito.*

El dispositivo no aclara quién o quiénes son los facultados para proponer las resoluciones o decisiones que se comunican, aunque es de suponerse que tal función corresponde a los gerentes, al consejo de vigilancia y, en última instancia, a cualquier socio.

Las resoluciones adoptadas de la forma prevista en el art 82, solo serán válidas si el proceso de votación por correo y el caso específico que se somete a la consideración de los socios están consignados en el contrato social, y, si los socios que representen más de la tercera parte del capital social no solicitan que deberá convocarse a asamblea para acordar el asunto propuesto (art 82, segundo párr).

Este singular precepto da la impresión de que la asamblea de socios no es un órgano estrictamente necesario para la vida de la sociedad, puesto que

[28] *Véase* pie de página 12 del capítulo 9.

la ley solo exige la reunión cuando se trata de la asamblea anual (art 80), y aun en este caso es dudoso el carácter imperativo del dispositivo legal.

## 11.7 ADMINISTRADORES (GERENTES)

### 11.7.1 Carácter

La administración de la sociedad de responsabilidad limitada es confiada a uno o varios gerentes, quienes tienen el carácter de representantes legales de ella y pueden realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social (arts 10 y 74, *LGSM*).

Dicho de otro modo: los gerentes son los órganos encargados de la gestión de los negocios sociales y de la representación de la sociedad.

Los gerentes de la limitada son órganos primarios de la administración porque entre ellos y la asamblea de socios no se interpone ningún otro órgano, como sucede con los gerentes de la anónima a quienes la doctrina califica como órganos secundarios, toda vez que dependen del consejo de administración.

En vista de que la *LGSM* no prescribe que el cargo de gerente deba ser desempeñado por personas físicas, algunos tratadistas afirman que el puesto puede ser ejercido por personas morales.[29] En esta hipótesis, necesariamente se produciría la singular situación de que el cargo de gerente fuera encomendado a un delegado de la sociedad administradora; esto es, a una persona extraña a la sociedad, lo cual podría motivar que los socios minoritarios inconformes con el nombramiento hicieran uso del derecho de separación (art 86 en relación con el 42, *LGSM*).

### 11.7.2 Nombramiento

La Escritura Constitutiva debe contener el nombramiento de el o los gerentes y la designación de los que han de llevar la firma social (art 6o, frac IX). En caso de omisión, la administración de la sociedad recaerá en todos los socios (arts 40 y 74, segundo párr).

Después de constituida la sociedad, corresponde a la asamblea de socios designar y destituir a los gerentes (art 78, frac III). En el supuesto de que el nombramiento recaiga en persona extraña a la sociedad, los socios que hayan votado en contra de su designación tendrán derecho a separarse (art 86 en relación con el 38, *LGSM*).

El nombramiento de gerentes debe inscribirse en el Registro Público de Comercio (art 21, frac VII, *C Com*) para que sea eficaz frente a terceros.

[29] *Cfr* entre otros RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit*, t II, p 386.

### 11.7.3 Número de gerentes

El cargo de gerente puede ser desempeñado por una o más personas que podrán ser socios o extraños a la sociedad (art 78).

Las opiniones doctrinales están divididas respecto a si los gerentes deben actuar como órgano colegiado, es decir, como Consejo de Gerentes, cuando sean dos o más.[30] Desde nuestra óptica, para dilucidar esta cuestión debe estarse a lo dispuesto por los arts 75, 86 y 44, *LGSM,* cuyas disposiciones plantean dos hipótesis diferentes

***Primera*** La contenida en el art 75, que se refiere a la gestión interna de los negocios sociales, y

***Segunda*** La prevista en los arts 44 y 86 que contemplan la representación externa de la sociedad.

Conforme a la primera hipótesis, los gerentes deben actuar *en lo interno* como consejo, esto es, como órgano colegiado, en virtud de que sus *resoluciones,* respecto a la gestión de los negocios sociales, en todos los casos se toman por mayoría de votos o por unanimidad; en tanto que, con arreglo a la segunda hipótesis, cualquiera de ellos puede actuar individualmente *en lo externo* como representante de la sociedad, salvo que en la escritura constitutiva la representación se limite a uno o varios de ellos.

Por otra parte, los gerentes deben decidir por unanimidad cuando el contrato social exija que deben obrar conjuntamente, a no ser que la mayoría estime que la sociedad corre grave peligro por el retardo, en cuyo supuesto decidirán por mayoría de votos (art 75, *in fine*).

### 11.7.4 Facultades de los gerentes

Los gerentes tienen las más amplias facultades de decisión y gestión de los negocios sociales y, en consecuencia, pueden realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad con las limitaciones que les imponga la ley y el propio contrato social (art 10, *LGSM*).

Las limitaciones a las facultades de los gerentes deben ser inscritas en el Registro Público de Comercio para que surtan efectos frente a terceros. Si la inscripción se omitiere, se presumirá *iuris et de iure* que los gerentes están facultados para realizar todas las operaciones consignadas, expresa o tácitamente en el objeto social. Asimismo, por el hecho de su nombramiento, los gerentes se reputan autorizados para suscribir títulos de crédito a nombre de la sociedad sin otras limitaciones que las establecidas en el contrato social (art 85, párr segundo, *LGTOC*).

[30] *Ibídem,* p 385.

### 11.7.5 Uso de la firma social

Ya dejamos asentado que el uso de la firma social, es decir, la representación de la sociedad, corresponde a todos los gerentes, salvo que en el contrato social se limite a uno o varios de ellos (arts 44 y 86).

### 11.7.6 Delegación

En el ejercicio de su encargo los gerentes podrán, bajo su responsabilidad, otorgar poderes especiales para la gestión de ciertos y determinados negocios. Pero, para delegar su encargo, requieren del acuerdo de la mayoría de los socios; en el concepto de que, si la delegación recae en persona extraña a la sociedad, la minoría tendrá derecho a separarse, según ya hemos apuntado (arts 42 y 86).

Y es precisamente por la aplicación de lo previsto en el art 42, *LGSM*, a la sociedad de responsabilidad limitadà, por lo que consideramos que es dudoso que el cargo de gerente pueda recaer en una persona moral, ya que para desempeñarlo necesariamente deberá delegarlo en un tercero.

### 11.7.7 Abuso de las facultades

Hemos dicho en otro lugar que las sociedades gozan de capacidad jurídica, en la medida en que lo determina su objeto social, es decir, que solo pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para el objeto de su institución, según dispone el art 26, *CCDF*. Por ende, los gerentes no pueden realizar operaciones que no están comprendidas en el objeto social, ni aquellas cuya ejecución les ha sido vedada estatutariamente.

En lo que se refiere a las consecuencias que produce el abuso de facultades, nos remitimos a lo expuesto en la sección 4.4, para los actos *ultra vires*.

### 11.7.8 Duración y revocabilidad del cargo de gerente

La designación de los gerentes puede ser temporal o por tiempo indeterminado y, a estos efectos, la asamblea de socios en cualquier tiempo podrá revocar los nombramientos, salvo pacto en contrario (art 74, primer párr). Por la naturaleza misma de las funciones gerenciales, el pacto de no revocación del nombramiento de gerentes no puede ser absoluto, sino que tiene que ser limitado.

Dicho de otra manera: en el contrato social se puede estipular que la designación de gerentes solo podrá ser revocada en virtud de ciertas causas específicamente establecidas; pero no se puede estipular que en ningún caso procederá la revocación del nombramiento. La revocación sin causa justificada dará a los gerentes el derecho de reclamar el pago de daños y perjuicios.

Concluido el término de su designación, los gerentes cesarán en el desempeño de sus funciones, aun cuando no se hubieren hecho nuevos nombramien-

tos, pues en este caso se considerará que la administración recae en todos los socios (arts 40 y 86).

### 11.7.9 Responsabilidades

Los gerentes, como todos los administradores y representantes legales o voluntarios, tienen la responsabilidad propia de su cargo y la derivada de las obligaciones que la ley y el contrato social les imponen. Consecuentemente, los gerentes deben actuar conforme a las instrucciones que reciban de forma directa de la asamblea de socios o que se estipulen en el contrato social. Asimismo, los gerentes tienen la obligación de buena gestión, derivada del deber legal de actuar como buenos padres de familia; es decir, con prudencia y diligencia (art 2563, *CCDF*).[31]

La acción de responsabilidad contra los gerentes, *en interés de la sociedad*, para el reintegro del patrimonio social, en principio pertenece a la asamblea, pero también puede ser ejercitada por los socios individualmente considerados. En este caso, los socios no podrán ejercitar la acción cuando la asamblea absuelva a los gerentes de responsabilidad por el voto favorable de las tres cuartas partes del capital (arts 76, párr segundo, y 78, frac VII). Sin embargo, entendemos que los socios tendrán acción de responsabilidad contra los gerentes, *en interés propio*, en cualquier tiempo que lo estimen conveniente (art 1910, *CCDF*).

Los acreedores también tendrán acción de responsabilidad contra los gerentes, pero solo podrá ejercitarla el síndico, después de la declaración de quiebra de la sociedad, conforme a lo dispuesto por el párr final del art 76, precepto que establece una verdadera excepción a la regla general de responsabilidad establecida en el art 1918, *CCDF*, el cual no condiciona el ejercicio de la acción a la quiebra de la sociedad.

Los gerentes que no hayan tenido conocimiento del acto reclamado o que hayan votado en contra del mismo, quedarán libres de responsabilidad (art 76, párr primero).

### 11.7.10 Dimisión

Los gerentes podrán dimitir su cargo cuando lo estimen conveniente (art 2595, frac II, *CCDF*), pero serán responsables de los daños y perjuicios que le causen a la sociedad si lo hicieren en tiempo inoportuno (art 2596, párr final, *CCDF*).

[31] *Véase* Responsabilidad de los administradores, Sección 9.4.

### 11.7.11 Remuneración

Los gerentes tendrán derecho a percibir una remuneración por el desempeño de sus funciones, aun cuando sean socios, habida cuenta que el art 70, párr segundo, prohíbe pactar en el contrato social prestaciones accesorias consistentes en trabajo o servicio personal de los socios.

### 11.7.12 Gerentes extranjeros

En el supuesto de que en el capital social participaran inversionistas extranjeros, éstos solo tendrán derecho a designar gerentes en proporción al monto de sus inversiones (art 5o, *LIE*). Pero, si en el capital social no participa inversión extranjera, la ley no establece limitación alguna en cuanto a la designación de gerentes extranjeros.

## 11.8 CONSEJO DE VIGILANCIA

El consejo de vigilancia no es un órgano obligado de la sociedad de responsabilidad limitada, pues su constitución está condicionada a que sea prevista en el contrato social.

De la redacción del art 84 se infiere que la vigilancia de las operaciones sociales debe estar confiada a dos o más personas, puesto que se habla de un *consejo* de vigilancia formado de socios o de personas extrañas a la sociedad.

La deficiente regulación legal de las funciones que debe desempeñar el consejo de vigilancia concede a los socios la más amplia libertad para determinar el alcance de sus deberes y atribuciones.

Por otra parte, la ley también es omisa en determinar si los miembros del consejo de vigilancia deben actuar individual o conjuntamente; es decir, no establece si los miembros del consejo de vigilancia serán individualmente responsables para con la sociedad del cumplimiento de las obligaciones que se les impongan en el contrato social o, si por el contrario, deberán actuar como órgano colegiado. Por ende, consideramos que en esta materia deberá estarse a lo estipulado en el contrato social, en cuanto a la forma de constituirse y de ejercer sus funciones y respecto a la clase de responsabilidad, individual o solidaria, en que incurran sus miembros por incumplimiento de las obligaciones que les hayan sido impuestas.

## 11.9 CONSTITUCIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

### 11.9.1 Constitución

La constitución de la sociedad de responsabilidad limitada siempre deberá ser simultánea, por comparecencia ante notario público, toda vez que el art 64 prohíbe que se lleve a cabo mediante subscripción pública.

El contrato social debe constar en escritura pública que contenga, por lo menos, los requisitos a que se refiere las fracs I a VII del art 6o, *LGSM*, a los cuales ya nos hemos referido en otras ocasiones, por lo que no habremos de insistir en ellos.

La omisión en la Escritura Constitutiva de las reglas referentes a la organización, funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad da lugar a la aplicación supletoria de las disposiciones de la *LGSM* que sean pertinentes a esta especie de sociedades (art 8o).

#### 11.9.1.1 TRÁMITES ADMINISTRATIVOS

La constitución de la limitada está sujeta a los mismos trámites administrativos que deben cumplir todas las sociedades mercantiles, razón por la que nos remitimos a lo expuesto acerca de estos requisitos en el capítulo 9.

### 11.9.2 Disolución

La disolución de la sociedad se producirá por cualquiera de las causas enumeradas en el art 229, *LGSM* y, además, en el caso de que en el contrato social se prevea así, por muerte de alguno de los socios (art 67).

### 11.9.3 Liquidación

La liquidación se practicará con arreglo a lo dispuesto en el contrato social y, en su defecto, conforme a lo preceptuado en el cap XI de la *Ley General de Sociedades Mercantiles.*

En la distribución del haber social deben observarse las reglas especiales de liquidación, contenidas en los arts 48 y 246, *LGSM.*

## 11.10 QUIEBRA

La quiebra de los socios no implica la de la sociedad, ni la de ésta conlleva la de los socios, en virtud de que éstos no son ilimitadamente responsables, como acontece con los socios de la colectiva y con los comanditados (art 4o, *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*).

Si la sociedad se encontrare en liquidación puede ser declarada en quiebra, conforme a lo dispuesto en el art 4o, párr cuarto, *LQSP.*

# APÉNDICE 11.1

# SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE INTERÉS PÚBLICO

## A TIPO DE SOCIEDAD

La *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público* fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación,* 31 ago 1934, es decir, 27 días después de la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* circunstancia que ha suscitado dudas respecto a si este tipo de sociedades deben considerarse mercantiles por su forma, puesto que se advierte el propósito deliberado del legislador de no incluirlas expresamente en la reglamentación de este último ordenamiento.

No obstante, si atendemos a que las sociedades de responsabilidad limitada de interés público se rigen, en lo no previsto por su ley particular, por las disposiciones generales de la *LGSM* y por las especiales relativas a la sociedad de responsabilidad limitada (art 5o), no vacilamos en aceptar la opinión de **Barrera Graf,** en el sentido de que son un subtipo o modalidad de la limitada y, por consiguiente, mercantiles.[1]

## B CONCEPTO

La *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público* no ofrece una definición expresa de ellas; pero da a entender que se trata de un subtipo de la limitada, cuyas finalidades deben orientarse a satisfacer el interés público y particular conjuntamente (arts 1o y 6o).

En lo referente a la característica pública de las sociedades que nos ocupan, **Mantilla** comenta que

[1] BARRERA GRAF, *op cit.* p 149.

> Sirven para encauzar las actividades de los particulares del modo previsto en los planes de economía dirigida, formulados expresa o implícitamente por el Estado, y de manera que facultan y auxilian a la realización de los fines de éste.[2]

Otros autores[3] ven en las sociedades de responsabilidad limitada de interés público un equivalente del *Konzern*,[4] del derecho germánico, pues sostienen que sus fines, entre otros, son los siguientes

1 Evitar la competencia ruinosa entre comerciantes e industriales
2 Establecer una política de precios uniforme
3 Organizar y alentar la producción de artículos necesarios para el desarrollo nacional
4 Establecer empresas que por la cuantía de los recursos que demandan, precisan del concurso económico de grandes corporaciones.

De las dos primeras finalidades que se atribuyen a estas sociedades, se infiere que cuando las adoptan se constituyen en verdaderos oligopolios formales colusivos; es decir, en *cártels*, que son formas monopolísticas de explotación económica prohibidas por el art 28 constitucional y su correspondiente *Ley Orgánica*, también conocida como *Ley de Monopolios*.

En estos casos no pueden invocarse en defensa de las sociedades de responsabilidad limitada de interés público las disposiciones contenidas en los arts 4o, frac II y 6o, frac II de la *Ley de Monopolios*, que establecen que el Ejecutivo Federal podrá determinar los casos en que no se considerarán ilícitos los monopolios, habida cuenta de que, tratándose de empresas mercantiles en que intervienen los particulares, el art 28, párr cuarto de la *Constitución* establece como único caso de excepción el de las asociaciones y cooperativas que vendan oligopolísticamente sus productos en mercados extranjeros, en defensa de sus intereses o del interés general y esto a condición de que los artículos exportados no sean de primera necesidad y de que queden bajo la vigilancia o el amparo del Gobierno Federal o de los Estados, *previa autorización que se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso*.[5]

En lo que se refiere a las otras dos finalidades que, por lo general, se atribuyen a las sociedades de responsabilidad limitada de interés público, parece que, en principio, no constituyen una actividad monopolística, aunque habría que analizar casuísticamente los fines de cada una de ellas para determinar si sus operaciones no son contrarias al dispositivo constitucional que prohíbe los monopolios.

[2] MANTILLA, *op cit*, p 305.
[3] *Cfr* RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit*, t II, p 394.
[4] *Véase infra* Sección 20.1.
[5] Con base en los inconstitucionales arts 4o y 6o de la *Ley de Monopolios*, el Gobierno Federal ha fomentado diversas ramas industriales, la celebración de convenios francamente oligopolísticos en perjuicio de los particulares, con el propósito de proteger a sus industrias paraestatales.

## C ESTRUCTURA. DIFERENCIAS CON LA LIMITADA REGLAMENTADA POR LA *LGSM*

Las sociedades de responsabilidad limitada de interés público adoptan básicamente la misma estructura de las limitadas que regula la *LGSM*. Empero, su ley especial establece las siguientes diferencias entre unas y otras

1 *Constitución* La constitución de la sociedad está condicionada a la autorización previa de la Secretaría de Comercio, la cual podrá negarla u otorgarla en un plazo de treinta días, contados a partir de la fecha en que se reciba la solicitud, acompañada del proyecto de escritura constitutiva (art 3o)
2 *Homologación judicial* La inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio no está sujeta al requisito de homologación judicial (art 4o)
3 *Capital* Las sociedades de responsabilidad limitada de interés público deberán constituirse y operar bajo el régimen de sociedad de capital variable (art 6o)
4 *Reserva legal* La reserva legal se formará con veinticinco por ciento de las utilidades netas anuales hasta que alcance un importe igual al capital de la sociedad (art 8o)
5 *Número de socios* La sociedad podrá tener más de veinticinco socios (art 7o),circunstancia que permite la agrupación de numerosas empresas regionales o nacionales
6 *Límite a las participaciones en el capital social* El importe de una parte social no podrá exceder de veinticinco por ciento del capital social (art 8o)
7 *Convocatoria* La Secretaría de Comercio podrá convocar a la celebración de asambleas cuando no se hayan reunido en las épocas señaladas en el contrato social, y a falta de estipulaciones en éste, cuando haya transcurrido más de un año sin que se haya celebrado una de dichas asambleas (art 12, frac II)
8 *Consejo de administración* La gestión de los negocios sociales no recae en gerentes, sino en un consejo de administración compuesto por lo menos por tres socios (art 10). La ley no prevé que puedan ser administradores personas extrañas a la sociedad, pero este supuesto se producirá necesariamente cuando todos los socios sean personas morales, habida cuenta de que no pueden actuar por sí mismas, sino por conducto de delegados que no tengan el *estatus* de socio
9 *Consejo de vigilancia* Este órgano de la sociedad es forzoso en las de responsabilidad limitada de interés público y deberá estar integrado por dos socios como mínimo (art 10)
10 *Derechos de la minoría* El contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación de administradores y de miembros del consejo de vigilancia; pero, en todo caso, la minoría que repre-

sente veinticinco por ciento del capital social nombrará, cuando menos, un consejero y un miembro del consejo de vigilancia. Solo podrán revocarse estos nombramientos cuando se dejen sin efecto igualmente los nombramientos de todos los demás administradores o miembros del consejo de vigilancia (art 11)

11 *Garantía* Lo mismo que en la sociedad anónima, los administradores garantizarán su manejo en la forma en que prevenga el contrato social (art 13).

## CH INTERVENCIÓN DEL ESTADO

En virtud del riesgo latente que conllevan las finalidades de la sociedad de responsabilidad limitada de interés público, la ley que las reglamenta confiere a la Secretaría de Comercio severas facultades de intervención y control sobre la constitución, funcionamiento y liquidación de ellas.

Como ya quedó expresado, la constitución de este subtipo o modalidad de sociedades está subordinada a la autorización de la Secretaría de Comercio, la cual tiene la facultad de calificar la correspondiente escritura constitutiva y de otorgar o negar dicha autorización. Entendemos que estas facultades de la Secretaría no son discrecionales y que, por ende, no podrá negar la autorización cuando el proyecto de escritura constitutiva sea apegado a la ley y el objeto social sea lícito y conveniente al interés general.

Además, la referida Secretaría tiene las siguientes atribuciones

1 Obtener de los administradores o del consejo de vigilancia informes acerca de la marcha de los negocios sociales (art 12, frac I)
2 Convocar a la celebración de asambleas en los términos antes apuntados (art 12, frac II)
3 Promover ante la autoridad judicial la disolución y liquidación de la sociedad cuando existan motivos legales para ello (art 12, frac III)
4 Denunciar ante el Ministerio Público las irregularidades que tengan carácter delictuoso, cometidas por los administradores de la sociedad (art 12, frac IV).

La dudosa constitucionalidad de las actividades que desarrollan las sociedades de responsabilidad limitada de interés público, el riesgo latente que implica el formar parte de un *cártel* y la excesiva intervención del Estado han ocasionado la casi desaparición de este subtipo de sociedades.

CAPÍTULO
12

# SOCIEDAD ANÓNIMA. CONCEPTOS GENERALES

## SUMARIO


**12.1 CONCEPTO**

12.1.1 Definición Legal

12.1.1.1 Sociedad

12.1.1.2.1 Socios

12.1.1.2.2 Nuevos socios

12.1.1.2.2.1 Adquisición de acciones (adquisición derivada)

12.1.1.2.2.2 Suscripción de nuevas acciones

12.1.1.3 Denominación social

12.1.1.3.1 Diferenciación de la denominación social

12.1.1.3.2 Uso de las palabras Sociedad Anónima o de la abreviatura S.A.

12.1.1.4 Capital fundacional y acciones

**12.2 DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS**

12.2.1 Patrimoniales

12.2.1.1 Derecho a los beneficios

12.2.1.2 Derecho al dividendo

12.2.1.2.1 Distribución de dividendos preferentes

12.2.1.3 Derecho al haber social

12.2.1.3.1 Participación en el haber social de las acciones de voto limitado

12.2.2 De consecusión

12.2.2.1 Derecho de voto

12.2.2.1.1 Principios que rigen al derecho de voto

12.2.2.1.1.1 Principio de igualdad de voto

12.2.2.1.1.2 Principio de limitación excepcional del derecho de voto

12.2.2.1.1.3 Principio de conflicto de intereses

12.2.2.1.1.4 Principio democrático

12.2.2.1.1.5 Principio de atribución del derecho de voto

12.2.2.1.1.5.1 Actos traslativos de dominio

Fideicomiso

Reporto
Préstamo mercantil y mutuo
Depósito irregular
Requisito común a los actos traslativos de dominio

12.2.2.1.1.5.2 Actos no traslativos de dominio
Prenda
Depósito regular
Embargo

12.2.2.1.1.5.3 Actos jurídicos especiales
Depósito fiduciario de titulosvalor
Secuestro convencional
Contratos bursátiles
Usufructo
Acciones *sub judice*
Cesión o transmisión legitimadora

12.2.2.1.1.6 Principio de la representación
Forma de conferir la representación
Prohibición legal

12.2.2.1.1.7 Principio de la unidad de voto

12.2.2.1.1.8 Principio de la subordinación de la voluntad o Ley de la mayoría

12.2.2.1.1.9 Principio del ejercicio potestativo del derecho de voto

12.2.2.1.1.9.1 Derecho de impugnación

12.2.2.1.1.9.1.1 Acción de nulidad

12.2.2.1.1.9.1.2 Acción de oposición

**12.3 OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ACCIONISTAS**

12.3.1 Obligaciones

12.3.2 Responsabilidades

**12.4 OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA**

## INTRODUCCIÓN. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

Entre los estudiosos de la historia del derecho no existe consenso en cuanto a los antecedentes de la sociedad anónima.[1]

Para algunos tratadistas las *societatis vectigalium publicanorum* del derecho romano, que se constituían con el objeto de cobrar impuestos, son una forma rudimentaria de sociedad anónima, ya que en ellas, según la doctrina, se manifestaba la principal característica de esta especie de sociedades, es decir, la limitación de la responsabilidad de los socios.

Otros autores creen encontrar antecedentes más próximos de la anónima en la *colonna* o en la *commenda* italianas, generalmente constituidas para la explotación de navíos o para el comercio marítimo y en las que, como vimos en los antecedentes de la comandita simple, algunos de los socios solo respondían por el pago de sus aportaciones.

De la misma manera, ciertos tratadistas sostienen que el antecedente directo de la anónima se encuentra en las asociaciones de acreedores del Estado y, en especial, en la *Casa de San Jorge* genovesa que más tarde, en 1407, fue reorganizada como *Banco de San Jorge,* cuyo capital social, según algunos estaba dividido en títulos-valor libremente transmisibles.

No obstante, las opiniones más generalizadas afirman que el antecedente directo de la sociedad anónima hay que buscarlo en Holanda, concretamente en la *Compañía Holandesa de las Indias Orientales,* constituida el 20 de marzo de 1602, con el objeto de dedicarse al comercio marítimo y, de forma principal, a la colonización del lejano oriente. Esta sociedad, cuya existencia se prolongó por tres siglos, reunía cuatro importantes características de la anónima moderna, a saber: la de existir bajo una denominación social; la de la responsabili-

[1] *Cfr* PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano,* Época, 1979, pp 383 y ss; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil,* t I, Porrúa, 1981, pp 341 y ss; ASCARELLI, Tulio, *Derecho mercantil,* Porrúa, 1940, pp 140 y ss; ROCCO, Alfredo; *Principios de derecho mercantil,* Editora Nacional, 1981, p 20; MANTILLA MOLINA, Roberto L.; *Derecho mercantil,* Porrúa, 1986, pp 341 y ss; MUÑOZ, Luis, *Derecho mercantil,* t II, Herrero, 1953, p 8; CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil,* Herrero, 1984, pp 89 y ss, etcétera.

dad limitada de sus socios; la de la libre transmisibilidad de los derechos de socio y la de incorporación de estos derechos en títulos denominados *acciones*.

Pronto imitaron a la *Compañía Holandesa de las Indias Orientales* otras sociedades, que ahora llamaríamos transnacionales, entre las que solo mencionaremos la *Compañía Inglesa de las Indias Orientales* (1612), la *Compañía Sueca Meridional* (1615), la *Compañía Danesa de las Indias Orientales* (1616), la *Compañía Holandesa de las Indias Occidentales* (1621) y la *Compañía Francesa de las Indias Occidentales y Orientales* (1664), las cuales reunían las características que antes hemos apuntado.

Al parecer, la sociedad anónima más antigua constituida en México, fue una compañía de seguros marítimos, organizada en Veracruz, ene 1789, con duración de cinco años, cuyo capital social, según nos informa **Mantilla Molina**,[2] era de doscientos treinta mil pesos, dividido en cuarenta y seis acciones de cinco mil pesos cada una.

A pesar de la desconfianza que siempre han despertado las sociedades capitalistas,[3] el auge de la anónima en nuestro país se inició a fines del siglo pasado, con la constitución de numerosas compañías dedicadas al transporte ferroviario, a la minería, al comercio, a la extracción y refinación de petróleo y a la explotación de otras industrias típicas, como la pulquera.

La constitución, organización y funcionamiento de las sociedades anónimas mexicanas de la época colonial y de los primeros años del México independiente fueron reguladas por las Ordenanzas de Bilbao, en 1854, fecha en que entró en vigor el Código de Lares. Posteriormente, las anónimas fueron reglamentadas por el Código de Comercio de 1884; por la Ley de Sociedades Anónimas de 1888, de efímera existencia, y por el Código de Comercio de 1889, cuyas disposiciones se aplicaron hasta 1934, cuando entró en vigor la vigente *Ley General de Sociedades Mercantiles*, la cual dedica a esta especie de sociedades 119 de sus 264 artículos, lo que nos da una idea de la importancia que la misma les atribuye.

## 12.1 CONCEPTO

### 12.1.1 Definición legal

La *LGSM* en su art 87 define a la sociedad anónima como la que

> *Existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus aportaciones.*
>
> **Crítica** De lo poco que hemos dicho acerca de la anónima se deduce que la definición legal peca por defecto, pues no contiene todos los elementos

[2] MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 342.

[3] *Cfr* DOUGLAS, William O., *The Court years*, Random House, Nueva York, 1980, pp 156 y ss.

que caracterizan a esta sociedad. Por tal motivo, **Rodríguez**[4] propone la siguiente definición doctrinal

> Es una sociedad mercantil, de estructura colectiva capitalista, con denominación, de capital fundacional, dividido en acciones, cuyos socios tienen su responsabilidad limitada al importe de sus aportaciones.

A la definición propuesta por **Rodríguez**, le falta una de las características propias de la anónima, la de la libre transmisibilidad de los derechos de socios, no obstante ello, nosotros la analizaremos a efecto de estudiar los elementos de la misma, haciendo abstracción de la nota de mercantilidad que con toda razón le imputa el ilustre tratadista, por ser ésta propia de todas las sociedades cuyo estudio es materia de la presente obra, porque a nuestro entender dicha, resulta una de las más completas que se han formulado al respecto.

### 12.1.1.1 SOCIEDAD

El concepto de sociedad lleva implícito el de pluralidad de partes y, por tal motivo, el art 89, frac II, de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* establece que la sociedad debe constituirse con dos socios como mínimo, habida cuenta de que de no ser así la ley estaría reconociendo o instituyendo la figura de las llamadas sociedades unimembres o unipersonales.[5]

#### 12.1.1.1.1 Socios

La anónima y la comandita por acciones son las únicas sociedades mercantiles en las que los socios reciben el nombre de accionistas, identificando así a éstos con su carácter de titulares de los documentos en que se encuentran incorporados sus derechos.

Pueden ser socios de la anónima toda clase de personas físicas, excepto los incapacitados, al momento de la constitución de la sociedad, aunque sí pueden llegar a ser titulares de acciones por herencia, legado, donación o cualquier otro título legal gratuito; pero no por adquisición onerosa, según quedó expuesto al tratar sobre la capacidad jurídica.[6] En consecuencia, los hábiles para contratar y los menores de edad emancipados por matrimonio o por otorgamiento y los habilitados pueden ser accionistas, a condición de que estos últimos obtengan autorización judicial cuando se trate de aportar inmuebles a la sociedad (arts 428, frac I, 435, 641 y 643, *CCDF*).

[4] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 234.

[5] En la Exposición de Motivos de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, el legislador no da explicación alguna respecto al porqué de tal requisito.

[6] *Supra* Sección 3.1.1.

Otras notables excepciones que establece la ley a la capacidad para ser accionista de la anónima afectan a las personas morales extanjeras o bien a las mexicanas cuya escritura constitutiva no contega cláusula de exclusión de extranjeros, las cuales no pueden ser socios de sociedades mexicanas dedicadas a ciertas actividades reservadas exclusivamente a los mexicanos (por ejemplo, las empresas de autotransporte terrestre) o que sean propietarias de inmuebles en la franja costero-fronteriza (arts 4o y 7o, *LIE*).

Asimismo, la *Ley de Inversión Extranjera* establece en su art 7o que los extranjeros, ya sean personas físicas o morales o unidades económicas sin personalidad jurídica no pueden participar en el capital de sociedades mercantiles mexicanas más allá de ciertos porcentajes taxativamente establecidos. Así, por ejemplo, la inversión extranjera puede participar: hasta en un 10% en sociedades cooperativas de producción; hasta un 25% en transporte aéreo nacional, de aerotaxi o aéreo especializado: hasta un 49% en sociedades controladoras de agrupaciones financieras, instituciones de crédito de banca múltiple, casas de bolsa y especialistas bursátiles, instituciones de seguros y de fianzas, casas de cambio, almacenes de depósito, etc.[7]

#### 12.1.1.1.2. Nuevos socios

El ingreso de nuevos socios a la anónima puede darse por dos caminos, ya sea adquiriendo acciones en circulación o bien suscribiendo nuevas acciones que se emitan con motivo de aumentos de capital social.

##### 12.1.1.1.2.1 ADQUISICIÓN DE ACCIONES (ADQUISICION DERIVADA)

En principio, la transmisión de los derechos de socio se realiza libremente, mediante la enajenación de las acciones, sin necesidad de obtener el consentimiento de los demás accionistas. Sin embargo, el art 130, *LGSM* preceptúa que "*En el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones solo se haga con la autorización del consejo de administración*" el cual "*podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado.*"

Este precepto ha sido duramente criticado por la doctrina nacional porque, en el fondo, anula una de las principales características de la anónima: la de la libre transmisibilidad de los derechos de socio. El propio legislador, en la Exposición de Motivos de la *LGSM*, explica la *ratio legis* de la disposición que se comenta con las siguientes palabras

> *A pesar de que en general la ley conserva a las acciones, con excepción de las de trabajo regidas por normas distintas, el carácter de títulos negocia-*

[7] Estos requisitos también están previstos en diversas leyes que rigen ciertas actividades, como las mencionadas, que frecuentemente son llamadas de *regulación específica*.

*bles* (sic), *acoge el principio de la limitación excepcional de la negociabilidad, ya sancionado por la doctrina, y lo reglamenta de tal manera que queden equilibrados los derechos de la sociedad, que puede tener interés en impedir que una persona se convierta en socio y los del socio que pretende retirarse, quien, dentro del sistema que se consagra, no sufrirá perjuicios con la negativa del consejo de administración para autorizar el traspaso.*

Como se deduce de lo expuesto, la intención del legislador fue, por una parte, propiciar la posibilidad de que la anónima conserve cierto matiz personalista que le es ajeno y, por la otra, que el socio que pretenda enajenar sus acciones a un tercero no sufra un perjuicio.

A nuestro modo de ver, el art 130, *LGSM*, no solo atenta contra la naturaleza de la sociedad anónima, sino que, además, es incongruente y, a la vez, plantea el problema de la determinación del precio a que deben enajenarse las acciones. En efecto, el precepto es incongruente porque establece que el precio de las acciones será el *corriente en el mercado,* lo cual supone que éstas se cotizan en bolsa y que, a pesar de ello, su transmisión únicamente puede hacerse con la autorización del consejo de administración, requisito que sin lugar a dudas entorpece, si no es que imposibilita, la negociación de los títulos, razón por la cual la *Ley del Mercado de Valores* prohíbe la inserción de dicha *limitación excepcional de la negociabilidad* de las acciones.

Por otro lado, si las acciones no cotizan en bolsa, y por tanto no tienen *precio corriente en el mercado,* la determinación del precio que debe señalar el consejo de administración puede dar lugar a abusos que perjudiquen al accionista, contrariando así la intención del legislador.

En la práctica es común encontrar en los estatutos de las sociedades anónimas estipulaciones que reproducen casi literalmente el contenido del art 130, si bien en ellas se precisa que el precio de la operación de enajenación que señale el consejo será igual al valor contable de las acciones conforme al último balance que haya practicado la sociedad. Por supuesto, en tiempos de inflación tal pacto también puede resultar perjudicial al accionista que pretenda enajenar sus acciones, toda vez que el valor contable de ellas puede variar sensiblemente entre la fecha del balance y aquella en que se realice la enajenación. Empero, este último inconveniente también puede eliminarse si se estipula que el precio será igual al valor contable de las acciones que arroje un balance especial que al efecto se practique.

Asimismo, en el ámbito de la realidad práctica también suele estipularse en el contrato social que en el caso de que alguno de los socios desee enajenar sus acciones los restantes tendrán *derecho del tanto* para adquirirlas en igualdad de condiciones o conforme a ciertas reglas previamente establecidas para valuar su precio. A nuestro juicio, este tipo de estipulaciones son lícitas, si bien desvirtúan el principio de libre negociabilidad de las acciones.

Por último, en este mismo orden de ideas, nos parece pertinente advertir que cualquier estipulación contractual que tienda a impedir la libre disposición testamentaria de las acciones es nula, según previene el art 1492, *CCDF.*

Crítica El art 130 no solo es criticable porque atenta contra el principio de la libre transmisibilidad de los derechos de socio y por los problemas de valuación de las acciones que plantea, sino además porque ha dado lugar a abusos que conducen a que las acciones de las minorías se concentren en uno o pocos socios mayoritarios a quienes el consejo de administración designa como compradores de ellas.

### 12.1.1.1.2.2 SUBSCRIPCIÓN DE NUEVAS ACCIONES

Por lo que se refiere a la otra forma de acceder a la sociedad anónima, o sea mediante la suscripción de las acciones que se emitan en caso de aumento del capital social por nuevas aportaciones, el art 132, *LGSM,* establece en favor de los accionistas un derecho preferente y proporcional para subscribirlas, el cual deberá ejercitarse dentro de los quince días siguientes al de la publicación, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la asamblea que haya decretado el aumento del capital.

En el caso del art 132 la intención del legislador es muy clara: lo que se trata de evitar es que los accionistas primitivos sufran un menoscabo en su *status* de socio, según se manifiesta en la Exposición de Motivos. Efectivamente, si la ley no concediera este derecho de preferencia a los accionistas, algunos de ellos podrían ver disminuida su posición e influencia dentro de la sociedad y menoscabado parcialmente su derecho sobre las utilidades y reservas acumuladas.

Nos parece conveniente observar que el derecho preferente, o de opción como también se le conoce, solo se produce cuando se trata de aumentos de capital social por nuevas aportaciones de los socios, ya que tratándose de aumentos motivados por capitalización de partidas del patrimonio, es evidente que todos los accionistas tienen derecho a participar en ellos en forma proporcional al número de acciones que poseen.

Respecto a este derecho de preferencia de los accionistas, la doctrina se ha preocupado en estudiar si es suprimible y modificable por la asamblea de socios y si es renunciable y transmisible por éstos.[8]

Al tratar en el próximo capítulo acerca de los aumentos del capital social, consideraremos estas últimas cuestiones con mayor amplitud. Por ahora bástenos decir

1 Que la asamblea de socios no puede suprimir ni modificar por mayoría de votos el derecho preferente de los accionistas, porque si lo hiciera los

[8] *Cfr* entre otros, a RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit,* t II, pp 179 y ss, y MANTILLA MOLINA, *op cit,* p 361.

estaría privando de él ilícitamente; es decir, sin el debido proceso legal previsto en el art 14 constitucional. Pero esto no significa que no pueda acordar la supresión o modificación del derecho plenariamente, o sea, mediante el voto de la totalidad de las acciones en que se divida el capital social, por cuanto, en este supuesto, *todos* los socios estarían manifestando implícitamente su consentimiento a la modificación o supresión del mismo

2 Que, a nuestro juicio, el derecho de opción es de índole personal y privada y, en consecuencia, renunciable; pero esto a condición de que la renuncia no afecte directamente el interés público, ni perjudique derechos de tercero (art 6o, *CCDF*)[9]

3 Que, teniendo en cuenta el carácter privado y personal de ese derecho en nuestro medio no existe obstáculo legal alguno que impida su transmisión, a menos que en el contrato social se haya estipulado lo contrario.

Apuntados los anteriores conceptos, podemos concluir que pueden ingresar libremente nuevos socios a la anónima, ya sea mediante la adquisición de acciones en circulación o mediante la subscripción de acciones que se emitan en caso de aumento del capital, a condición

*i)* De que en el contrato social no se haya estipulado que la transmisión de las acciones se realice con aprobación del consejo o de que los socios tienen el derecho del *tanto*, y

*ii)* De que los socios renuncien o transmitan su derecho de preferencia.

Por otro lado, también en el próximo capítulo nos ocuparemos del llamado "derecho de acrecer" que está íntimamente relacionado con estas cuestiones.

### 12.1.1.2 DENOMINACIÓN SOCIAL

Como hemos dejado asentado en otra parte, el Código de Comercio de 1889, en su art 163 ordenaba que la denominación social de las anónimas debía formarse con palabras que denotaran el objeto de la sociedad y, además, en su art 164 estipulaba que el socio que consintiera que su nombre se utilizara en la denominación sería ilimitadamente responsable de las obligaciones sociales.

La *LGSM* no ha reproducido la exigencia de que la denominación se forme con palabras que denoten el objeto de la sociedad, ni la sanción prevista en el art 164 del Código de 1889. Empero, considerado el texto de los arts 87 y 88, *LGSM*, es incuestionable que la denominación solo puede formarse con palabras que evidencien el objeto social; con nombres de la fantasía o bien, según la costumbre moderna, con abreviaturas o siglas que identifican a la sociedad; pero en ningún caso con nombres de personas.

[9] En contra RODRÍGUEZ y MANTILLA MOLINA, obras y páginas citadas.

Ya sea por imitación de costumbres extranjeras, por ignorancia de la ley o por el deseo de conservar ciertas razones sociales, en nuestro medio es frecuente encontrar denominaciones formadas con el nombre de personas, circunstancia que ha suscitado las más severas críticas de nuestra doctrina que considera tal práctica como ilegal y peligrosa. Ilegal porque es contraria al texto y al espíritu de los arts 87 y 88, *LGSM*, y peligrosa porque

> faltando en México en absoluto una regulación acerca del uso del nombre y de los derechos sobre el mismo, nadie podría impedir el empleo de los nombres de personas solventes en la denominación de sociedades formadas por audaces que quisieran aprovechar el nombre de aquellos para sorprender incautos.[10]

Por tal motivo, **Rodríguez** propone, como cuestión de *lege ferenda*

1 Prohibir el empleo de nombres de personas en la formación de denominaciones sociales
2 Sancionar con responsabilidad ilimitada al socio que lo consienta, a semejanza de lo dispuesto en el art 164 del Código de Comercio de 1889, y
3 Establecer sanciones para los que infrinjan esta prohibición.

#### 12.1.1.3.1 Diferenciación de la denominación social

La denominación social se forma libremente, pero debe ser distinta de la de cualquiera otra sociedad, según dispone el art 88, *LGSM*. Las razones por las que la denominación de una sociedad debe ser distinta a la de otra son obvias: lo que se trata de prevenir es, por un lado, que con dolo se induzca a error a terceros y al público, en general, y, por el otro, la competencia desleal.[11]

La libertad de formar la denominación social no es tan amplia que permita el uso de cualquier nombre. Por ejemplo, el art 83 de la *Ley Reglamentaria del*

[10] RODRÍGUEZ, *op cit*, t I, p 238. En el mismo sentido, MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 347.

[11] A pesar de que la constitución de toda clase de sociedades y asociaciones privadas implica la obtención del inconstitucional permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores (art 17, *LIE*), el descuido de esta dependencia federal en mantener un registro adecuado de las denominaciones y razones sociales ya ocupadas ha motivado que lleguen a existir dos o más sociedades o asociaciones con la misma denominación o razón social. Justo es reconocer que frente a esta situación la Secretaría mencionada, en los últimos años, ha mejorado notablemente sus registros mediante el uso de sistemas computarizados; pero, a la vez, también es justo criticar que pretenda corregir el problema por ella creado, negando a las sociedades constituidas con una denominación repetida el otorgamiento de ulteriores permisos para modificar el contrato social, sin tener en cuenta la antigüedad del uso de la denominación por una sociedad particular. Por supuesto, frente a la negativa de la Secretaría de Relaciones Exteriores de conceder ulteriores permisos procede el juicio de amparo; pero este recurso, aunque sistemáticamente ha sido fallado en favor de los quejosos por el Poder Judicial Federal, no es suficiente ni adecuado para terminar el problema. En nuestra opinión, lo que debería hacerse es respetar el principio "el que es primero en tiempo es primero en derecho" y, simultáneamente, inducir a las sociedades cuya denominación es repetida, a modificarla en su propia conveniencia, con argumentos convincentes y no con desplantes de autoridad que irritan al gobernado.

*Servicio Público de Banca y Crédito* reserva el uso de las palabras *Banco* a las sociedades nacionales de crédito.

#### 12.1.1.2.2 Uso de las palabras *Sociedad Anónima* o de la abreviatura S. A.

El art 88, *LGSM* previene que al emplearse la denominación social ésta deberá ir siempre seguida de las palabras *sociedad anónima* o de su abreviatura *S A*. La infracción de este precepto no está sancionada por la *LGSM*. Respecto a la omisión del empleo de las palabras "Sociedad Anónima" o de la abreviatura "S A". **Rodríguez**[12] opina que "podría crear un grave problema de responsabilidad"; por su parte, **Mantilla Molina**[13] considera que "Cabe sostener, por aplicación analógica del art 59, que tal omisión sujeta a todos los socios a la responsabilidad ilimitada por las deudas sociales que resulta del art 25".

A nuestro entender la omisión del empleo de las palabras sociedad anónima o de la abreviatura S A debe analizarse desde dos hipótesis diferentes

***Primera*** Si la denominación está formada con el nombre de personas, como suele acontecer, o

***Segunda*** Si está formada con otras palabras que no sean nombres de personas.

La primera hipótesis a su vez puede ser dividida en dos subhipótesis

*i)* Que la denominación se forme con el nombre de una persona física, y

*ii)* Que al nombre de esa persona se agreguen las palabras *y compañía, y hermanos, e hijos, sucesores* u otras equivalentes.

En la primera hipótesis no habría problema alguno, puesto que no se podría probar que se contrató en nombre de una sociedad y no en nombre propio. La segunda subhipótesis originaría la presunción de que se está contratando con una sociedad en nombre colectivo y el demandado, o sea, el socio que permitió el uso de su nombre en la denominación social, tendría que probar que el actor sabía que estaba contratando con una sociedad anónima y, además, que él no actuó dolosa o fraudulentamente, bien entendido de que si no probara ambos supuestos sería personal e ilimitadamente responsable por los daños y perjuicios causados en la comisión del ilícito; esto no por aplicación analógica del art 59, *LGSM*, sino por aplicación directa de los arts 1830, 1910, 2106, 2107, 2108 y 2964, *CCDF*, por cuanto consideramos que, conforme a nuestro sistema jurídico, no cabe la aplicación analógica de la ley, según hemos dejado expuesto en otras partes de este curso.

[12] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 239.

[13] MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 347. En el mismo sentido, FRISCH PHILIPP, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, Porrúa, 1979, p 69.

La segunda hipótesis, o sea, la de que la denominación se forme con palabras que denoten el objeto de la sociedad o con palabras de la fantasía o con siglas o abreviaturas, etc, también puede ser dividida en dos subhipótesis

*i)* Que la omisión da lugar a falsa creencia de que se está contratando con una persona física y que la denominación es un nombre comercial, o

*ii)* Que propicie el error de creer que se está contratando con una sociedad de responsabilidad limitada o con una comandita por acciones constituida bajo una denominación social.

En la primera subhipótesis, la persona física demandada tendría que probar que el actor conocía que estaba contratando con una sociedad anónima, en el concepto de que si no pudiere probarlo será personal e ilimitadamente responsable.

En la segunda subhipótesis carece de relevancia que el tercero tenga la falsa creencia de que contrató con una sociedad de responsabilidad limitada en vez de hacerlo con una anónima, puesto que en ambas especies de sociedades los socios son limitadamente responsables. Pero, si el actor tuviere la falsa creencia de que contrató con una comandita por acciones en lugar de una anónima, la sociedad demandada tendría que probar lo contrario.

La omisión de las palabras *Sociedad Anónima* o de la abreviatura *S A* es poco frecuente, básicamente porque las disposiciones fiscales la sancionan con severidad.

### 12.1.1.3 CAPITAL FUNDACIONAL Y ACCIONES

En capítulos posteriores trataremos con detalle los conceptos de capital social y acciones. Aquí nos concretaremos a repetir que el capital fundacional es el capital mínimo que, por ministerio de ley, deben suscribir y pagar los accionistas al momento de constituir la sociedad.

Al capital fundacional, se refiere el art 89, *LGSM*, que establece las siguientes reglas para integrarlo

1a) No debe ser menor de cincuenta mil pesos; monto que por efecto de la inflación que ha sufrido el país en los últimos veinticinco años resulta verdaderamente insuficiente como garantía de las obligaciones sociales

2a) Debe estar íntegramente suscrito

3a) Las acciones que lo representen deben ser pagadas cuando menos en veinte por ciento, si se trata de aportaciones en efectivo, o bien, deben ser íntegramente pagadas, si se trata de aportaciones que hayan de realizarse total o parcialmente con bienes distintos del numerario

4a) Cada uno de los socios debe suscribir una acción por lo menos.[14]

[14] La redacción de la frac I del art 89 no deja lugar a dudas de que cada uno de los socios debe suscribir una acción por lo menos. Sin embargo, hemos tenido ante nuestra vista las escrituras constitutivas de dos sociedades anónimas en las cuales se consigna que uno de los accionistas suscribió y pagó la totalidad de las acciones, menos una, y que otros cuatro socios suscribieron y pagaron en copropiedad la acción restante.

Adicionalmente, las acciones de no numerario o de especie, como suele llamárseles, deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años a efectos de que si en ese plazo aparece que el valor de los bienes es menor en veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados, el accionista quedará obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas (art 141, *LGSM*).

En las sociedades capitalistas el capital fundacional tiene una gran importancia, por cuanto representa una garantía de las obligaciones sociales. Por esta razón, consideramos que es lícito estipular en el contrato social la constitución de un capital fundacional *intangible* superior al mínimo legal; es decir, de un capital fundacional que no pueda ser reducido por debajo del límite mínimo que se haya pactado, de modo que la infracción a este pacto pueda dar lugar a una acción de oposición en favor de los acreedores de la sociedad, en los términos del art 9o, *LGSM.*

## 12.2 DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS

A lo largo de esta obra, y en especial en este capítulo y en el capítulo 5, nos hemos referido a los diversos derechos y obligaciones de los socios. Por consiguiente, remitimos al lector a esas partes de la obra y a continuación nos concretaremos a hacer una breve reseña de los principales derechos patrimoniales y de consecución y de las obligaciones y responsabilidades que tienen los accionistas frente a la anónima.

### 12.2.1 Derechos patrimoniales

Los principales derechos patrimoniales del accionista atañen a los beneficios, al dividendo y al haber social.

#### 12.2.1.1 DERECHO A LOS BENEFICIOS

Conforme a lo que hemos dejado establecido, todos los socios, por el solo hecho de serlo, tienen un derecho abstracto a los beneficios, reales y virtuales (superávits) que se materializa cuando la sociedad efectivamente los genera. De este derecho dimanan a su vez otros dos derechos: el derecho al dividendo y el derecho al haber social.

#### 12.2.1.2 DERECHO AL DIVIDENDO

En términos generales, el concepto *dividendo* puede ser definido como la cuota que corresponde a cada acción al distribuir las utilidades reales[15] de la socie-

[15] Acerca del concepto *utilidades reales véase* nota de pie de página núm 10 del Capítulo 5.

dad. Por ende, el derecho al dividendo es aquel que tiene el accionista de participar en las ganancias reales periódicamente distribuidas.

Según dejamos expresado, los arts 18, 19, 20, 113, párr segundo, y 117, *LGSM* subordinan el ejercicio del derecho a la distribución de las utilidades a las siguientes condiciones

*i)* Las utilidades solo podrán distribuirse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea de socios o accionistas los estados financieros que las arrojen (art 19)

*ii)* No podrá hacerse distribución de utilidades mientras las pérdidas sufridas en uno o varios ejercicios anteriores no hayan sido restituidas o absorbidas mediante aplicación de otras partidas del patrimonio (art 19)

*iii)* Si hubiere pérdida del capital social, tampoco podrá hacerse distribución o asignación de utilidades mientras éste no sea reintegrado o reducido (art 18)

*iv)* Antes de la distribución de utilidades deberá separarse cinco por ciento de ellas para formar el fondo de reserva, hasta que éste importe la quinta parte del capital social (art 20)

*v)* Si la sociedad hubiere emitido acciones de voto limitado (preferentes), no podrán asignarse dividendos a las acciones ordinarias sin que antes se pague a aquellas un dividendo de cinco por ciento (art 113, párr segundo)

*vi)* Si hubiere acciones pagadoras, la distribución de utilidades se hará en proporción al importe exhibido de ellas (art 117).

A estas condiciones, se añade otra que no está específicamente determinada en la ley, pero que se infiere de los arts 19, 20 y 182, *LGSM*. Esa condición es la de que la asamblea ordinaria decrete la distribución de utilidades. A este respecto, **Rodríguez**[16] opina que

> El accionista no tiene derecho a participar en los beneficios que arroje el balance sino después de la aprobación de éste, si la asamblea general ordinaria acuerda la distribución de todos o parte de ellos.

A esto, nosotros añadimos que el accionista también tendrá derecho al dividendo si así está previsto en el contrato social, en cuyo caso la asamblea ordinaria estará obligada a decretar su pago.

Así pues, cumplidas estas condiciones, el derecho al dividendo se materializa como un derecho de crédito del accionista frente a la sociedad, exigible de la misma forma que cualquier otro derecho de crédito.

La distribución de dividendos ficticios, es decir, de utilidades no generadas, y de dividendos indebidos, esto es, de utilidades que deberían destinarse a formar la reserva legal, legitima a los acreedores de la sociedad a ejercitar las acciones previstas en los arts 19, párr segundo, y 21, párr primero, *LGSM;* acciones cuyo ejercicio también ha sido analizado en el capítulo 5.

[16] RODRÍGUEZ, *op cit*, t I, p 397.

#### 12.2.1.2.1 Distribución de dividendos preferentes

Como se verá más adelante, las acciones de voto limitado confieren a sus titulares el derecho a recibir un dividendo preferente mínimo, acumulativo, cuya distribución, en principio, está subordinada a las condiciones antes indicadas, excepto a la última, o sea la de que la asamblea ordinaria decrete su pago. No obstante esto, **Rodríguez** opina que la distribución del dividendo preferente también está subordinada a la condición de que la asamblea ordinaria lo acuerde, y comenta que

> Una medida muy eficaz para la salvaguarda de los derechos de los accionistas de voto limitado sería la concesión del derecho de voto, cuando se acumulase un cierto número de dividendos insatisfechos.[17]

Visto el texto del art 113, párr segundo, discrepamos de la opinión del ilustre tratadista. En efecto, el dispositivo en cuestión estipula que el dividendo preferente no se pagará íntegramente cuando en un ejercicio social no haya la cuota que le corresponde a cada acción de voto limitado y que se pagará parcialmente cuando la cuota distribuida sea inferior al mínimo legal o convencional; bien entendido que en el primer caso el dividendo se acumulará íntegramente y que, en el segundo caso, solo se acumulará su parte insoluta. En otras palabras, al supuesto *especial* contemplado en el párr segundo del art 113, no cabe aplicarle el supuesto *general* implícito en los arts 19, 20 y 181, *LGSM*.

### 12.2.1.3 DERECHO AL HABER SOCIAL

Hemos dicho que el haber social se integra con el capital social y con otras partidas patrimoniales, tales como utilidades retenidas, ganancias virtuales (superávits), primas sobre acciones, etc, que constituyen ganancias reales y virtuales que se han generado en la marcha de los negocios sociales y que, en virtud de esa circunstancia, el derecho al haber social es una consecuencia del derecho general a las utilidades que tienen los accionistas. En consecuencia, cualquier estipulación que excluya a uno o más socios de participar en el haber social, ya sea por liquidación de la sociedad o por reembolso derivado de la amortización de las acciones o de ejercicio del derecho de retiro, será ilícita por infracción a lo previsto en el art 117, *LGSM*.

#### 12.2.1.3.1 Participación en el haber social de las acciones de voto limitado

Al estudiar las acciones de voto limitado, también, habremos de analizar las llamadas *acciones preferentes no participantes,* cuya característica esencial consiste en que no conceden derecho a participar en los excedentes de las utilida-

[17] *Ibidem*, p 398.

des. Pues bien, en la práctica, para *capitalizar* pasivos, suelen emitirse acciones preferentes que no solo no confieren el derecho a participar en los beneficios excedentes, sino que además, tampoco conceden el derecho a participar en el haber social, en los casos de liquidación de la sociedad y de reembolso por amortización de las acciones o por ejercicio del derecho de retiro.

A nuestro modo de ver, las acciones preferentes que excluyen a sus tenedores del derecho a participar en el haber social, al momento de liquidación de la sociedad, son ilícitas. En efecto, la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* en su art 113, párr tercero, declara imperativamente que "*Al hacerse la liquidación de la sociedad, las acciones de voto limitado se reembolsarán antes que las ordinarias*", lo cual significa que la ley, indirectamente, atribuye a esta clase de títulos el derecho a participar en el haber social. En los otros dos casos, o sea en los de reembolso por amortización de las acciones o por ejercicio del derecho de retiro, la licitud de la estipulación excluyente del derecho a participar en el haber social es muy dudosa, habida cuenta de que en ambos supuestos se trata de una disolución y liquidación parcial de la sociedad, según se verá al ocuparnos de estas cuestiones.

## 12.2.2 Derechos de consecución

Los derechos de consecución, o corporativos como también se les llama, de los accionistas son muy variados. La doctrina suele clasificarlos en derechos administrativos y de vigilancia. Los primeros, o sea los administrativos, a su vez son subclasificados en derecho de convocatoria, de participación en la asamblea, de redacción de la orden del día, de representación, de voto y de aplazamiento de los acuerdos. Los derechos de vigilancia, a su vez, suelen ser subclasificados en derechos de aprobación del balance, de determinación de los honorarios a los administradores y comisarios, de aprobación de la gestión de los negocios sociales, de denuncia a los comisarios, de impugnación de los acuerdos sociales y de suspender la ejecución de los acuerdos de asamblea.[18]

A todos estos derechos nos hemos referido o nos referiremos al tratar los diversos supuestos que motivan su ejercicio, por lo que en este capítulo no habremos de abundar en su estudio. Sin embargo, dado que el derecho de voto incide directa o indirectamente en el ejercicio de la mayor parte de los restantes derechos de consecución y de que el derecho de impugnación de los acuerdos de asamblea tiene una gran trascendencia en la marcha de la sociedad enseguida nos ocuparemos de ellos con más detalle.

### 12.2.2.1 DERECHO DE VOTO

Sin lugar a dudas, el derecho de voto es el más importante de los derechos de consecución y consiste en la facultad que tiene todo accionista de participar

[18] *Ibídem*, pp 396 y ss.

en las deliberaciones de las asambleas generales y de expresar su voluntad para decidir respecto a los asuntos en ellas tratados. La doctrina dominante considera el derecho de voto como un acto unilateral de la voluntad que, conjugado con las declaraciones semejantes de los demás accionistas, forma la llamada *voluntad social.*

#### 12.2.2.1.1 Principios que rigen al derecho de voto

El derecho de voto, como los demás derechos de los accionistas, está sujeto a una serie de principios que lo rigen, entre los cuales se cuentan los siguientes.

##### 12.2.2.1.1.1 PRINCIPIO DE IGUALDAD DEL VOTO

El art 113, párr primero, estatuye que "Cada acción sólo tendrá *derecho a un voto*". En consecuencia.

*a)* El número de votos es proporcional al número de acciones que posea cada accionista
*b)* No es lícito emitir acciones de voto plural, y
*c)* Tampoco es lícito emitir acciones de voto acumulativo.[19]

##### 12.2.2.1.1.2 PRINCIPIO DE LIMITACIÓN EXCEPCIONAL DEL DERECHO DE VOTO

Una limitación importante al derecho de voto es la contemplada en el primer párr del art 113, *LGSM,* conforme al cual es lícito emitir acciones que tengan derecho a voto solamente en las asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos listados en las fracs I, II, IV, V, VI y VII del art 182, *LGSM:* prórroga de la duración de la sociedad; disolución anticipada de la sociedad; cambio de objeto o de nacionalidad de la sociedad; transformación de la sociedad y fusión con otra sociedad. Por consiguiente, cualquiera otra limitación al derecho de voto será nula.

##### 12.2.2.1.1.3 PRINCIPIO DEL CONFLICTO DE INTERESES

El art 196, *LGSM* prohíbe a los accionistas participar en las deliberaciones de las asambleas y ejercitar el derecho de voto en ellas, cuando se ocupen de conocer y resolver respecto de alguna operación en la que aquellos tengan un interés contrario a la sociedad. La prohibición legal es una consecuencia del deber de lealtad que tienen los accionistas hacia la sociedad.

Por otra parte, para el caso de que los puestos de administrador o comisario recaigan en los accionistas, el art 197, *LGSM,* les prohíbe ejercer el derecho de voto que les correspondería en la aprobación de los informes a que se refieren los arts 172 y 166, frac IV, *LGSM,* así como en las deliberaciones de las

[19] Por excepción el art 20 de la *Ley de Inversión Extranjera* permite emitir acciones sin derecho a voto.

asambleas, cuyo objeto sea exigirles responsabilidad, en los términos del art 162, *LGSM*. En ambos supuestos, la prohibición descansa en la presunción legal de que existe conflicto de intereses de los accionistas administradores y comisarios y los restantes accionistas de la sociedad. El art 197 no contempla las consecuencias que acarrea la infracción de la prohibición en él contenida. Sin embargo, es evidente que el voto de los administradores y comisarios estará viciado de nulidad absoluta, por ser contrario a una disposición prohibitiva (arts 8o y 1830, *CCDF*).

A nuestro juicio, la prohibición legal que se comenta no es aplicable en el caso frecuente de las sociedades familiares o cerradas, en las que los puestos de administradores y comisario recaen en *todos* los accionistas. Fundamos esta opinión en que la *ratio legis*, o mejor dicho, la hipótesis prevista en el art 197, *LGSM*, no es exactamente la misma que la contemplada en la situación que se comenta. En efecto, el art 197 tiende a proteger los derechos de los accionistas que no fungen como administradores y comisarios cuando sus intereses entran o pueden entrar en conflicto con los intereses de los accionistas que sí ocupan dichos cargos, en tanto que en el supuesto que analizamos no se produce conflicto alguno puesto que se reúnen en las mismas personas las calidades de accionistas y de administradores y comisarios.

En este mismo orden de ideas, en nuestro país es común que el capital social de sociedades abiertas, cuyas acciones se cotizan en Bolsa, sea controlado en más de cincuenta por ciento por un grupo reducido de personas en quienes recaen los puestos de administradores. En este caso, la aprobación del informe suscita el siguiente problema: aun en el caso de que en la asamblea ordinaria anual esté representada la totalidad del capital social en primera convocatoria, no habrá el *quórum* de votación necesario para aprobar válidamente el informe de los administradores, puesto que para ello se requiere la mayoría de los *votos presentes* (art 189, *in fine, LGSM*). Por ende, cuando se actualiza esta situación, para resolver el problema, en principio, debería celebrarse en segunda convocatoria, una nueva asamblea a la que se abstuvieran de asistir los accionistas administradores. Sin embargo, en la práctica suele recurrirse a la ficción de que los accionistas administradores no están presentes en la asamblea *salvando* el voto que les corresponde a sus acciones.

Un caso especial de conflicto de intereses entre el accionista y la sociedad es el considerado en el art 176, *LGSM*, a cuyo tenor

> *La falta de presentación oportuna del informe a que se refiere el enunciado general del art 172, será motivo para que la asamblea general de accionistas acuerde la remoción del administrador o consejo de administración o de los comisarios, sin perjuicio de que se les exijan las responsabilidades en que respectivamente hubieren incurrido.*

Ahora bien, es evidente que, aunque la ley no lo establezca, los administradores y comisarios deben abstenerse de ejercitar el derecho de voto en las

asambleas que se ocupen de conocer y resolver sobre la remoción de ellos, por cuanto en esta caso también es evidente el conflicto de intereses.

Por último, otro caso de conflicto de intereses es el previsto en el art 134, párr segundo, *in fine,* el cual prohíbe a la sociedad representar en las asambleas sus propias acciones cuando las haya adquirido por adjudicación judicial.

### 12.2.2.1.1.4 PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

En teoría, la anónima es una *sociedad democrática* en la que no tienen cabida ni el voto privilegiado ni las cortapisas a su ejercicio. Por esta razón, el art 198 declara, al parecer terminantemente, que "*Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas*".

Para muchos, el enunciado del art 198, además de *romántico,* es notoriamente inadecuado a la realidad en que se desenvuelven las sociedades anónimas, habida cuenta de que en numerosas ocasiones no solo es necesario y conveniente, sino también prudente, restringir la libertad de voto de los accionistas, tal y como implícitamente lo reconoce el legislador al limitar el derecho de voto mediante las prohibiciones contenidas en los arts 134, 176, 196 y 197, *LGSM,* antes comentadas, y en virtud de las limitaciones y prohibiciones establecidas, entre otros, en los arts 212 y 210 *bis,* frac VI, de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* que estipulan, respectivamente, que cuando la sociedad haya emitido obligaciones los acuerdos relativos al cambio de objeto, domicilio o nacionalidad de la sociedad requieren del consentimiento de la asamblea de obligacionistas y, que durante la vigencia de la emisión de obligaciones convertibles en acciones, la emisora no podrá tomar ningún acuerdo que perjudique los derechos de los obligacionistas derivados de las bases establecidas para la conversión.[20]

Las limitaciones al derecho de voto son instrumentadas mediante los llamados *pactos de voto* que pueden adoptar diversas formas, siendo las más comunes el llamado *sindicato de accionistas* y el *fideicomiso de voto.* La doctrina suele clasificar los pactos de voto en dos categorías: *internos* y *externos.* Los *internos* son los que se celebran entre accionistas de una misma sociedad; los *externos* son aquellos en los que intervienen accionistas y personas extrañas a la sociedad, generalmente acreedores de ella que tienen interés en que no se distribuyan las utilidades durante la vigencia de los créditos que le han concedido.

Los pactos de voto pueden dar lugar a abusos; pero, como en todas las cosas, en ciertas circunstancias pueden ser convenientes para la buena marcha de la sociedad. Los abusos se producen, por lo general, cuando se forman *sindi-*

[20] Cfr entre otros, a DÍAZ BRAVO, Arturo, "La asamblea de la sociedad anónima: sugestiones para un nuevo régimen legal", en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado,* Porrúa, 1982.

*catos* de accionistas con la finalidad de defender los intereses de grupos que controlan o pretenden controlar la administración.[21] Las ventajas se hacen patentes cuando traen como consecuencia evitar inconsistencias en la administración de la sociedad o bien conservar o mejorar la situación financiera de ésta, absteniéndose de votar o votando en contra de las propuestas de reducción del capital social o de distribución de utilidades.

Finalmente, habida cuenta de que el art 198 considera nulos los *convenios* que restrinjan la libertad de voto de los accionistas, en la práctica mexicana suele interpretarse a la letra el texto legal y considerarse que los *contratos* de fideicomiso de voto no violan dicho precepto. A nuestro modo de ver, tal interpretación judaica del art 198 constituye un verdadero *fraus legis,* pues es evidente que el legislador utiliza la palabra *convenio* en su acepción lata; es decir, en el significado que le atribuye el art 1792 del *Código Civil para el Distrito Federal,* que lo define como *"el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones"*. A mayor abundamiento, debe considerarse que los contratos, por definición legal, son convenios cuya función está limitada a producir o transferir obligaciones y derechos (art 1793, *CCDF*).

### 12.2.2.1.1.5 PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE VOTO

En principio, el derecho de voto debe atribuirse al legítimo titular de las acciones puesto que éstas sirven, entre otras cosas, para ejercitar los derechos incorporados en ellas (art 111, *LGSM*).

Ahora bien, dado que las acciones pueden ser objeto de diversos actos jurídicos, bastará analizar la naturaleza translativa o no translativa de dominio de éstos para determinar a quién debe atribuirse el derecho de voto. Para ilustrar la aplicación de este principio general de atribución del voto, enseguida analizaremos algunas de las operaciones que con mayor frecuencia se realizan con acciones

#### 12.2.2.1.1.5.1 Actos translativos de dominio

*i) Fideicomiso* De acuerdo con nuestro sistema jurídico, mediante el fideicomiso el fideicomitente transmite a la fiduciaria la propiedad de ciertos bienes destinados a un fin lícito determinado.[22] Por consiguiente, el derecho de voto debe atribuirse a la fiduciaria, la cual deberá ejercitarlo por conducto de su delegado fiduciario, a menos que en el acto constitutivo del fideicomiso se prevea la formación y designación de un comité técnico al que el fideicomitente faculte expresamente para ejercitar ese derecho

[21] *Cfr* NIZER, Louis, *My life in Court,* Pyramid Books, 1961, pp 491 y ss.

[22] Sobre la naturaleza translativa de dominio del fideicomiso consúltense, entre otros, a BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso,* Porrúa, 1980, pp 124 y ss, y MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ, Jorge A., *El fideicomiso ante la teoría general del negocio fiduciario,* Porrúa, 1982, pp 157 y ss.

(art 8o, párr final, de la *Ley de Instituciones de Crédito*)

*ii) Reporto* El reporto también es un acto translativo de dominio porque en virtud de éste el reportador adquiere del reportado la propiedad de las acciones (art 259, *LGSM*). En consecuencia, el derecho de voto corresponde al reportador en su carácter de legítimo titular de las acciones, salvo pacto en contrario (art 262, *LGSM*)

*iii) Préstamo mercantil y mutuo* Conforme a estas figuras el derecho de voto pertenece al deudor (prestatario) y al mutuatario, habida cuenta que tanto el préstamo mercantil como el mutuo son contratos translativos de dominio, según se infiere de lo dispuesto por los arts 359, *C Com* y 2384, *CCDF*

*iv) Depósito irregular* El depósito irregular de títulos es una operación translativa de dominio prevista en el art 276, *LGTOC*. Y precisamente porque tiene tal naturaleza es por lo que estimamos que el derecho de voto debe atribuirse al depositario.

*Requisito común a los actos traslativos de dominio* En todos los casos a que nos hemos referido, es preciso que la fiduciaria, el reportador, el mutuatario y el depositario inscriban la transmisión de las acciones en el registro de la sociedad, previsto en el art 128, *LGSM*, como requisito esencial para legitimar el ejercicio del derecho de voto que les corresponde.

**12.2.2.1.1.5.2 Actos no translativos de dominio**

*i) Prenda* Ni la prenda mercantil ni la civil son translativas de dominio. Por ende, el derecho de voto corresponde al legítimo titular de las acciones afectas de gravamen; es decir, al deudor prendario.

No obstante, en la práctica es frecuente encontrar contratos de prenda en los que se estipula que el derecho de voto pertenecerá al acreedor pignoraticio, con el evidente propósito de proteger los intereses de este último. A nuestro juicio, tal estipulación es inútil, porque el acreedor prendario no podrá ejercitar el derecho de voto, toda vez que, conforme a lo dispuesto por el art 129, *LGSM*, la sociedad en ningún caso lo considerará como dueño de las acciones y por ello tampoco lo considerará como legitimado para ejercitar los derechos que aquellas llevan incorporados.

Por otra parte, también es frecuente que los contratos de prenda contengan estipulaciones accesorias mediante las cuales se otorga poder para que el acreedor prendario ejercite el derecho de voto correspondiente a las acciones pignoradas y por las que, además, el accionista cede al acreedor el derecho a cobrar los dividendos cuyo pago decrete la sociedad, en el sentido de que éstos se aplicarán a satisfacer, total o parcialmente la deuda garantizada. En este caso, nos parece que el apoderamiento es nulo, porque, en el fondo, es un convenio que restringe la libertad de voto

del accionista y, asimismo, que la cesión del derecho al dividendo es inútil dado que, por disposición fiscal, la emisora debe pagar los dividendos con cheque nominativo no negociable expedido a favor de la persona que aparezca inscrita como dueña de las acciones en el libro de registro a que se refiere el art 128, *LGSM*

*ii) Depósito regular* En virtud de que el depósito regular tampoco es translativo de dominio, es evidente que el derecho de voto debe atribuirse al depositante, quien conserva el carácter de propietario de las acciones.

Es frecuente que las acciones se depositen, para su guarda y custodia, en instituciones de crédito y que en los estatutos de la sociedad emisora se estipule que las constancias de depósito que éstas expidan serán suficientes para acreditar la calidad de socio

*iii) Embargo* Es un acto de autoridad judicial por el que se secuestran precautoriamente bienes pertenecientes al demandado, con el objeto de asegurar la eventual ejecución de una pretensión que plantea o planteará en juicio el actor (embargo cautelar), o bien de satisfacer una pretensión ejecutiva de éste (embargo definitivo).[23] En virtud del embargo, los bienes secuestrados quedan en poder del propio demandado o son entregados en depósito a una tercera persona llamada depositario judicial.

Mientras no se produzca la adjudicación judicial de los bienes embargados, la propiedad de éstos sigue perteneciendo al demandado, a quien por tal motivo pertenece el derecho de voto de las acciones secuestradas.

**12.2.2.1.1.5.3 Actos jurídicos especiales**

*i) Depósito fiduciario de títulos-valor* El depósito fiduciario de valores y de títulos valor a que se refiere el art 46, fracc XVI de la *Ley de Instituciones de Crédito* es una figura escasamente utilizada en la práctica mexicana a pesar de que, a través del derecho español, se le conoce desde la época colonial.[24] En virtud de este contrato el depositario recibe por cuenta de terceros, a título de depósito regular, en administración o custodia, o en garantía, títulos o valores y, en general, documentos mercantiles.

[23] La clasificación y terminología es de CALAMANDREI, PIERO, *Cfr Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares,* Bibliográfica Argentina, 1945, p 47.

[24] El antecedente remoto del contrato de depósito fiduciario se encuentra en las *Siete Partidas* de Don Alfonso El Sabio y se le conoce como *Carta Plica de Condesijo,* es decir, *Contrato plegado de depósito,* precisamente porque, para ocultar su contenido, el documento que lo consignaba se plegaba cuatro veces y era sellado con plomo o cera y cuerda de seda, según estuviera escrito en Pergamino o en tela. (*Cfr Partida* III, tít XVII, ley LXXII y *Partida* V, tít III, ley I). En Inglaterra, el contrato de depósito fiduciario solía ser enrrollado y se le llamaba *escrowl,* palabra de la que derivan las actuales voces inglesas *escrow* (depósito fiduciario) y *scroll* (rollo) (*Cfr Black's Law Dictionary*).

Aunque la ley prevé que la finalidad del contrato de depósito fiduciario puede ser tanto la administración o custodia de títulos o valores, como la constitución de garantías, en la práctica se le utiliza únicamente en este último supuesto, en especial en aquellos casos en los que el fideicomiso es inoperante porque la transmisión de las acciones esté limitada por la ley. (Por ejemplo, las acciones emitidas por empresas concesionarias del servicio público federal de autotransporte no pueden ser transmitidas a personas morales, lo que motiva que no puedan ser objeto de fideicomiso).

A nuestro modo de ver, no siendo traslativo de dominio el contrato de depósito fiduciario, la titularidad de las acciones depositadas en custodia o administración o en garantía, sigue perteneciendo al depositante a quien debe atribuírsele el ejercicio del derecho de voto, a menos que, por razones del propio negocio fiduciario se conceda tal facultad al depositario mediante mandato irrevocable.

Finalmente, conviene observar que la celebración del contrato de depósito fiduciario no está reservada a las sociedades nacionales de crédito autorizadas para actuar como fiduciarias y que por ello pueden contraerlo como depositarias, cualesquiera personas físicas o morales

*ii) Secuestro convencional* El secuestro convencional se verifica cuando los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero que se obliga a entregarla, concluido el pleito, a quien conforme a la sentencia tenga derecho a ella (art 2541, *CCDF*).

Dado que el secuestro convencional supone la dudosa titularidad de los bienes en litigio, parece que los litigantes no pueden ejercitar el derecho de voto que corresponde a las acciones litigiosas y que tampoco el depositario puede hacerlo porque no es el legítimo titular de ellas

*iii) Contratos bursátiles* Para dar fluidez a las operaciones que celebran por cuenta de terceros, las casas de Bolsa suelen celebrar con sus clientes contratos de comisión mercantil y de custodia y administración de acciones, mediante los cuales se confiere a aquellas amplias facultades de dominio y administración de los títulos. Al tenor de estos contratos, el derecho de voto puede ser ejercitado por conducto de los funcionarios de las casas de Bolsa, excepto cuando el accionista, o sea el cliente, reclame para él ese derecho

*iv) Usufructo* Siendo el usufructo un desmembramiento de la propiedad, en virtud del cual el derecho de disposición pertenece al nudo propietario y los derechos de uso y disfrute al usufructuario, doctrinalmente existen opiniones muy encontradas en lo que se refiere a determinar a quién corresponde el derecho de voto de las acciones afectas a este derecho real.

**Rodríguez**[25] y otros autores analizan la problemática que presenta el usufructo para determinar a quién pertenece el derecho de voto a la luz

[25] RODRÍGUEZ, *op cit*, t I, pp 444 y ss.

de varias hipótesis de las cuales, a nuestro entender, en la práctica solo se presentan dos

***Primera*** Cuando en el título constitutivo del usufructo se estipula a quién corresponde el derecho de voto, y
***Segunda*** Cuando el título constitutivo es omiso respecto a esta cuestión.

La primera hipótesis no ofrece dificultad alguna si el derecho de voto recae en el nudo propietario, toda vez que frente a la sociedad éste es el legítimo titular de las acciones; pero si el derecho de voto es atribuido al usufructuario, **Rodríguez** considera que esta atribución "implica la existencia de un mandato o una relación de representación, yuxtapuesta a las relaciones jurídicas propias del usufructo", motivo por el cual "La sociedad autorizará a votar al usufructuario, en atención al pacto con el nudo propietario, en cuyo nombre tendría que actuar". Disentimos de la opinión de **Rodríguez** por cuanto consideramos que en la hipótesis que se analiza no existe mandato alguno ni una relación de representación entre nudo propietario y usufructuario, sino una transmisión de *uso* del derecho de voto.

En la segunda hipótesis, o sea en aquella en la que en el título constitutivo del usufructo no se prevé a quién corresponde el derecho de voto, es evidente que éste pertenece al nudo propietario, no solo porque es el legítimo titular de las acciones, sino además porque el usufructo, según es regulado por la ley, en principio supone la transmisión de derechos patrimoniales (arts 990 a 1000, *CCDF*), pero no la de otra clase de derechos, como los de consecución, salvo estipulación expresa entre las partes (art 987, *CCDF*)

*v) Acciones sub judice* Un supuesto similar al de las acciones objeto de secuestro convencional se produce cuando éstas se encuentran *sub judice,* en virtud de que su pretendido titular ha ejercitado la acción reivindicatoria o la acción de reposición de los títulos a que se refiere el art 66 y sus correlativos de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.* En este caso consideramos que el derecho de voto no puede ser ejercitado por el actor, ni por el demandado u oposicionista

*vi) Cesión o transmisión legitimadora* La cesión o transmisión legitimadora es un negocio jurídico prácticamente desconocido en México. Procede del derecho germánico del cual se ha difundido a otros países, al parecer con algún éxito.

Al estudiar esta institución, **Rodríguez**[26] nos informa que la Cesión, o Transmisión Legitimadora como la llama **Frisch,**[27] es un acto jurídico

[26] *Ibídem*, pp 454 y ss.
[27] FRISCH PHILIPP, Walter, *La sociedad anónima mexicana,* Porrúa, 1970, pp 153, 154 y 265.

por el cual "se transmite la acción para que el adquirente pueda votar con ella como si fuese suya, a pesar de que el cedente es y quiere seguir siendo dueño". El primero de los autores citados también nos enseña que en la transmisión legitimadora

*a)* No hay transmisión de propiedad, porque falta el *animus domini*, toda vez que el que transmite la acción y el que la recibe convienen en que aquel seguirá siendo el dueño
*b)* Tampoco hay transmisión fiduciaria pues ésta implica una transmisión temporal de dominio, y
*c)* Por último, ni siquiera hay representación porque lo típico de ésta es obrar por cuenta ajena, en tanto que en la figura que nos ocupa el adquiriente obra en su propio interés.

**Rodríguez** considera que en la vida bancaria mexicana de hecho se produce la cesión legitimadora a través de la constitución de depósitos de acciones por los cuales la "institución depositaria se encuentra de hecho o de derecho autorizada y, a veces obligada, a concurrir a una asamblea general de accionistas de una sociedad anónima", opinión de la que disentimos porque a nuestro entender, el contrato de depósito de títulos, sea regular o fiduciario, por sí mismo no concede a la depositaria el derecho de voto, según hemos apuntado.

Por lo que se refiere a otras características de la cesión legitimadora, el autor en mención estima que para que no pugne con la *LGSM* debería ser libremente revocable y temporal y propone, como cuestión de *lege ferenda*, que sea recogida en un precepto concebido más o menos así
Los poseedores de acciones podrán votar con éstas, según su propio interés, cuando los titulares los hayan autorizado expresamente por escrito. Esta autorización solo es válida, salvo renovación igualmente expresa, para las asambleas que se celebren durante el ejercicio social en curso, y es libremente revocable. Los estatutos podrán prohibir estas cesiones del voto que, además, serán nulas, cuando se realicen por un estipendio, o para burlar cualquier precepto legal. El que vota responderá solidariamente con el accionista en los casos en que resulte responsabilidad por el voto emitido.

De lo expuesto, se infiere que la cesión legitimadora es una institución que puede propiciar abusos por parte de accionistas interesados en el control de la sociedad y que, en el fondo, constituye una cesión del derecho de voto, permitida por nuestra legislación en virtud del principio de autonomía de la voluntad, que puede otorgarse como contrato principal o como estipulación accesoria de otro contrato.

#### 12.2.2.1.1.6 Principio de la representación

El derecho de voto no es personalísimo y, en consecuencia, puede ejercitarse por conducto de representantes legales o convencionales. La representación le-

gal recae en los llamados representantes necesarios (padres de familia, tutores, administradores de sociedades, etc); la convencional necesariamente debe recaer en mandatarios, porque el art 192 prescribe que "Los accionistas podrán hacerse representar en las asambleas por *mandatarios*, ya sea que pertenezcan o no a la sociedad".

En el concepto *mandatarios* debe incluirse a los comisionistas, puesto que, por definición legal, la comisión es "*el mandato aplicado a actos concretos de comercio*" (art 273, *C Com*). Asimismo, es indudable que el concepto *mandatarios* también comprende a los apoderados, toda vez que si bien es cierto que el acto de apoderamiento es unilateral en su origen, también lo es que deviene en contrato de mandato en el momento en el que el apoderado acepta el encargo expresa o tácitamente (arts 1807 y 1803, *CCDF*),[28] de la misma manera en que se perfecciona el contrato de comisión mercantil cuando es aceptado por el comisionista (arts 275 y 276, *Co Com*).

*i) Forma de conferir la representación* La representación deberá conferirse de la forma que prescriban los estatutos y, a falta de estipulación, por escrito (art 192, primer párr, *in fine*). Por regla general, en los estatutos se prevé que la representación se confiera mediante simple carta poder, ratificada o no, ante dos testigos o bien mediante comunicación dirigida por el accionista a la sociedad por cualquier medio (correo simple, correo certificado, télex, telégrafo y, en los últimos tiempos, telefax). En los casos en que se prevea que la comunicación se haga por telégrafo y télex, es necesario estipular que ésta solo será eficaz siempre y cuando se reúnan las condiciones o se expresen los signos convencionales que previamente hayan establecido la sociedad y los accionistas (art 80, párr segundo, *C Com*).

La circunstancia de que el art 192 autorice que el mandato se otorgue libremente, sin observar formalidad alguna, establece una excepción a la exigencia del derecho común, de que el mandato se haga constar en escritura pública cuando el interés del negocio llegue a cinco mil pesos o exceda de esa cantidad (art 2555, frac II, *CCDF*), situación que se presenta frecuentemente en las asambleas que tienen por objeto decretar aumentos de capital social.

[28] MUÑOZ, Luis, estima que el mandato y el apoderamiento son cosas diferentes porque el primero "es un contrato con anudación de voluntades en forma bilateral, mientras que el apoderamiento es un acto jurídico unilateral" (*Teoría general del contrato*, Cárdenas, 1973, p 213). No estamos de acuerdo con MUÑOZ porque el apoderamiento, en tanto acto jurídico unilateral, no cumple función alguna sino hasta que se forma el contrato de mandato mediante la aceptación, expresa o tácita, del apoderado. Al margen de estas discrepancias de opinión, debe tenerse en cuenta que el *Código Civil para el Distrito Federal* atribuye naturaleza contractual al apoderamiento y a la procura (mandato) judicial, según se infiere de lo dispuesto en los arts 2554, 2585, 2586, 2587 y, especialmente, 2588 y 2589 de dicho ordenamiento.

Por otra parte, si la representación especial para ejercitar el derecho de voto puede otorgarse en simple carta poder, por mayoría de razón podrán representar a los accionistas todas aquellas personas a las que les hayan conferido poderes generales para actos de administración o de dominio

*ii) Prohibición legal* El segundo párr del art 192, *LGSM* enuncia que "*No podrán ser mandatarios* [de los accionistas] *los administradores ni los comisarios de la sociedad.*" Este dispositivo tiene razón de ser para los casos de las asambleas ordinarias que tengan por objeto aprobar los informes de los administradores y comisarios o resolver sobre su responsabilidad, por cuanto el art 197 les prohíbe participar en las deliberaciones de las mismas; pero carece de lógica en aquellos casos en los que las asambleas se reúnan para tratar otros asuntos, pues se supone que el accionista debe instruir al mandatario respecto al sentido en que deba emitir el voto, o bien dejar esta decisión a su buen criterio.

### 12.2.2.1.1.7 PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE VOTO

Puesto que un accionista puede llegar a ser titular de varias acciones, doctrinalmente se ha llegado a especular si con algunas de ellas puede emitir el voto en un sentido y con las restantes en otro o, por el contrario, está obligado a votar siempre en un mismo sentido. Las soluciones que propone la doctrina lo mismo son afirmativas que negativas.

La cuestión en sí misma nos parece un bizantinismo puesto que, excepto en los casos en los que el accionista padezca serios problemas de la conducta, difícilmente llegará a producirse este supuesto en la vida cotidiana.

### 12.2.2.1.1.8 PRINCIPIO DE LA SUBORDINACIÓN DE LA VOLUNTAD O LEY DE LA MAYORÍA

Según hemos visto en otras partes de esta obra, los miembros de toda sociedad mercantil están obligados a subordinar su voluntad a la de las mayorías. Pues bien, esta regla también rige para los accionistas y está contenida en el art 200, *LGSM*, que a la letra dice

> *Las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta Ley.*

### 12.2.2.1.1.9 PRINCIPIO DEL EJERCICIO POTESTATIVO DEL DERECHO DE VOTO

Algunos autores consideran que el derecho de voto es correlativo de un pretendido deber de colaboración que tienen los accionistas frente a la sociedad. Ninguna disposición de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* obliga a los accionistas a ejercitar el derecho de voto, lo que nos permite afirmar que éste es potestativo.

Ahora bien, dado que la ley contempla los supuestos de ausencia y de disidencia en el ejercicio del derecho de voto, pero no el de abstención, se plantea el siguiente problema: ¿la abstención de votar obliga al accionista a acatar las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas? A esta cuestión, debe darse una respuesta afirmativa mediante una simple operación lógica: si las resoluciones legalmente adoptadas obligan a los disidentes, por mayoría de razón también obligan a los abstencionistas. A mayor abundamiento, la *LGSM* no concede a los abstencionistas la acción de oposición a las resoluciones de la asamblea instituida en el art 201.

Analizados los principales principios que rigen el ejercicio del derecho de voto pasaremos a ocuparnos del otro derecho de consecución que consideramos importante, a saber: el derecho de impugnar las resoluciones de las asambleas el cual está íntimamente relacionado con el *Principio de subordinación de la voluntad* o *ley de las mayorías.*

### 12.2.2.2 DERECHO DE IMPUGNACIÓN

El derecho de impugnación es un medio de defensa que la ley concede a los accionistas frente a los abusos que puede ocasionar la *ley de la mayoría,* o sea el *principio de subordinación de la voluntad.*

Nuestro sistema jurídico, en general, y la *LGSM,* en particular, proveen a los accionistas de dos acciones para impugnar la validez de las asambleas y de las resoluciones que en ellas se adopten: la acción de nulidad y la acción de oposición. Al analizar la nulidad de las resoluciones de las asambleas nos ocuparemos con mayor detalle de ambas acciones. Respecto de ellas por ahora conviene hacer dos advertencias

***Primera*** Que la acción de nulidad puede ser ejercitada aun por el socio que sea titular de una sola acción, debido a que descansa en los supuestos de que el acto impugnado está viciado

*i)* De nulidad absoluta por ser contrario a una ley de orden público (imperativa o prohibitiva) o a las buenas costumbres y que, en consecuencia, puede ser invocada por todo interesado y no es susceptible de desaparecer por confirmación o prescripción (arts 8o, 1795, frac III, 1830, 1831 y 2226 CCDF), o

*ii)* De nulidad relativa cuya impugnación compete a quien haya sufrido el vicio, y

***Segunda*** Que la acción de oposición solo puede ser ejercitada por accionistas que representen treinta y tres por ciento del capital social (art 201, *LGSM*), porque descansa en el supuesto de que el acto impugnado es violatorio de un precepto legal permisivo, que pueda ser modificado por voluntad de los socios, o de una estipulación contractual susceptible de ser modificada o convalidada por la mayoría de los accionistas.

Desafortunadamente, en nuestro medio algunos jueces tienen dificultad para distinguir entre una y otra acción, por lo que es frecuente que no den entrada a demandas en las que se ejercita la acción de nulidad por uno o varios accionistas que no llegan a representar el porcentaje legal antes mencionado; es decir, porque no los consideran legitimados para ejercitar la acción.[29]

#### 12.2.2.2.1 Acción de nulidad

La *LGSM* consigna diversos casos en los que los accionistas y los acreedores de la sociedad pueden demandar la nulidad de los acuerdos de asamblea. La acción correspondiente a los acreedores será comentada en otras partes de este curso; aquí solo nos ocuparemos de la concedida a los accionistas.

Los actos imperativos o prohibitivos de la *LGSM* que confieren acción de nulidad a cualquier accionista son los contenidos en los siguientes arts: 17, 19 y 21 en relación con los numerales 20, 113 párr segundo, 133, 135 frac III, 179, 186 y 187.

Además, como antes se indica, en general cualquier accionista tendrá acción de nulidad contra los acuerdos de asamblea cuando éstos sean contrarios a disposiciones de orden público o a las buenas costumbres, pues no puede admitirse que la voluntad de los accionistas mayoritarios prevalezca sobre la ley.

#### 12.2.2.2.2 Acción de oposición

Conforme a lo que dejamos comentado, el ejercicio de la acción de oposición supone la infracción a un dispositivo legal permisivo o a una estipulación contractual, cuyo contenido puede ser modificado por el acuerdo de la mayoría de los accionistas.

Los arts 201 y 205, *LGSM* establecen los siguientes requisitos para el ejercicio de la acción de oposición

*a)* La demanda debe ser presentada dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea, en el concepto de que si esto no se hiciere la acción caducará
*b)* Únicamente los ausentes y disidentes, pero no los abstencionistas, estarán legitimados para ejercitar la acción
*c)* En la demanda debe señalarse la estipulación contractual o el precepto legal infringido y el concepto de violación
*ch)* Los accionistas deberán depositar sus títulos ante notario o en una institución de crédito quienes les expedirán el certificado correspondiente para acompañarse a la demanda, en el concepto de que las acciones depositadas no les serán devueltas sino hasta la conclusión del juicio, y

[29] Acerca de las cuestiones de la *legitimación procesal* y de la *legitimación en causa*, consúltese BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *La empresa*, Porrúa, 1979, pp 527 y ss.

*d)* No puede intentarse la acción en contra de las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios.

Todas las oposiciones contra una misma resolución deberán decidirse en una sola sentencia (art 204), la cual surtirá efectos respecto de todos los socios (art 203), en el concepto de que la ejecución de las resoluciones impugnadas puede suspenderse por el juez, si los actores constituyeren fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse en el caso de que se declare infundada la oposición (art 202).

## 12.3 OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ACCIONISTAS

### 12.3.1 Obligaciones

Las obligaciones de los accionistas son análogas a las de los socios de las otras especies de sociedades mercantiles en lo que corresponde a las aportaciones, a la subordinación de su voluntad a la de la mayoría y a reportar las pérdidas.

En cuanto al deber de lealtad, los accionistas se encuentran en una posición más holgada que la de los socios colectivos, los comanditados y los comanditarios, pues la ley no les prohíbe dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad. Sin embargo, debe recordarse que el art 196 les impone la obligación de abstenerse de votar en toda liberación relacionada con operaciones en las que tenga, por cuenta propia o ajena, un interés contrario al de la sociedad.

### 12.3.2 Responsabilidades

La limitación de la responsabilidad de los socios al pago de sus aportaciones es la característica más importante de las sociedades capitalistas y constituye, sin lugar a dudas, el principal motivo que impulsa a los inversionistas a participar en ellas.

En virtud de esta limitación, enunciada en el art 87, *LGSM,* los accionistas, a diferencia de lo que ocurre con los socios de la colectiva o con los comanditados, no adquieren responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada de las obligaciones sociales. No obstante, debe tenerse en cuenta que el beneficio de la limitación de la responsabilidad de los socios no es absoluto, en virtud de que, en ciertas circunstancias, es posible *levantar el velo corporativo,* por abuso de la persona moral, mediante la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad.

La desestimación o develación de la personalidad jurídica de la sociedad trae como consecuencia la imputación de responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada a los accionistas, según se expuso en la Sección 4.7 de esta obra.

Para concluir con este tema, creemos conveniente insistir en que no debe confundirse la responsabilidad de los socios con la de la sociedad. La de aquellos se limita al pago de las acciones que suscriban; la de la sociedad es ilimitada frente a terceros y frente a los mismos socios, conforme a lo dispuesto por el art 2964, *CCDF.*

## 12.4 OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

La definición que se propone al principio de este capítulo no comprende otras características de la sociedad anónima que le dan fisonomía propia, como lo son la de la subsistencia de la sociedad en caso de quiebra o de interdicción, inhabilitación o muerte de alguno o algunos de los accionistas.

Al estudiar las sociedades *intuitu personae* observamos que la quiebra, interdicción, inhabilitación o muerte de alguno de los socios puede llegar a ser causal de rescisión parcial del contrato respecto del quebrado, interdicto o inhabilitado y que eventualmente dicha rescisión puede dar lugar a la disolución y liquidación de la sociedad por reunirse en una sola persona todas las partes de interés (arts 50, 229, frac IV y 230, *LGSM*).

Pues bien, en el caso de la sociedad anónima ninguna de las causales señaladas produce la rescisión parcial del contrato, aunque algunos autores opinan que puede dar lugar a la disolución y liquidación de la sociedad cuando por motivo del fallecimiento de uno de los accionistas el número de ellos llegue a ser inferior al mínimo establecido por la ley (arts 89, frac I y 229, frac IV, *LGSM*).

Juzgamos que tal hipótesis es puramente teórica, ya que es imposible que se produzca el supuesto que contempla porque, en todo caso, si no hubiere un heredero legítimo o testamentario del *de cujus,* la beneficencia pública tendrá derecho a heredar las acciones de éste por sucesión legítima (art 1602, frac III).

CAPÍTULO
13

# SOCIEDAD ANÓNIMA. CAPITAL SOCIAL

## SUMARIO


**13.1 CONCEPTO DE CAPITAL SOCIAL**

**13.2 PRINCIPIOS QUE RIGEN AL CAPITAL SOCIAL**

13.2.1 Principio de la garantía del capital social

13.2.1.1 Subprincipio de la unidad del capital

13.2.1.2 Subprincipio de determinación del capital

13.2.1.3 Subprincipio de la estabilidad del capital

13.2.1.4 Subprincipio del capital mínimo

13.2.2 Principio de la realidad del capital social

13.2.2.1 Subprincipio de suscripción del capital

13.2.2.2 Subprincipio de exhibición del capital

13.2.3 Principio de la restricción de los derechos de los fundadores

13.2.4 Principio de la intervención privada

13.2.5 Principio de la intervención pública

**13.3 MODIFICACIONES DEL CAPITAL SOCIAL. AUMENTOS**

13.3.1 Aumentos del capital social

13.3.1.1 Aumentos reales del capital social

13.3.1.2 Aumentos nominales del capital social

13.3.1.3 Protección de los derechos de los socios y de los acreedores

13.3.1.3.1 Protección de los derechos de los socios

13.3.1.3.1.1 Derecho de preferencia

13.3.1.3.1.1.1 Titulares del derecho de preferencia

13.3.1.3.1.1.2 Transmisión del derecho de preferencia

13.3.1.3.1.1.3 Plazo de ejercicio del derecho de preferencia

13.3.1.3.1.1.4 Renuncia del derecho de preferencia

13.3.1.3.1.1.5 Modificación y supresión del derecho de preferencia

13.3.1.3.1.1.6 Excepciones legales al derecho de preferencia
Emisión de obligaciones convertibles en acciones
Emisión de acciones de tesorería
Conversión de pasivos
Fusión
Capitalización de utilidades y reservas

13.3.1.3.1.1.7 Infracción al derecho de preferencia

13.3.1.3.1.2 Derecho de acrecer

13.3.1.3.1.3 Acción de nulidad por disminución de la cuota social

13.3.1.3.1.4 Protección de los derechos de los acreedores por capitalización de superavits

**13.4 PROCEDIMIENTOS PARA AUMENTAR EL CAPITAL SOCIAL**

13.4.1 Emisión de nuevas acciones

13.4.2 Aumento del valor nominal de las acciones

**13.5 MODIFICACIONES DEL CAPITAL SOCIAL. REDUCCIONES**

13.5.1 Reducciones reales del capital social

13.5.1.1 Reducciones por exceso del capital social

13.5.1.2 Reducciones por separación de los socios

13.5.1.3 Adquisición por la sociedad de sus propias acciones

13.5.1.4 Reducciones por retiro parcial o total de las aportaciones

13.5.2 Reducciones nominales del capital social

13.5.2.1 Reducciones por liberación concedida a los accionistas

13.5.2.2 Reducciones por pérdidas

13.5.2.3 Protección de los derechos de los socios y de los acreedores

13.5.2.3.1 Protección de los derechos de los socios

13.5.2.3.2 Protección de los acreedores por reducciones reales del capital social
13.5.2.3.2.1 Requisitos de publicidad
13.5.2.3.2.2 Ejercicio de la acción de oposición
13.5.2.3.2.3 Conservación del capital fundacional
13.5.2.3.2.4 Autorización notarial
13.5.2.3.3 Protección a los acreedores por reducciones nominales del capital social
**13.6 PROCEDIMIENTOS PARA REDUCIR EL CAPITAL SOCIAL**
13.6.1 Cancelación o nulificación de las acciones
13.6.2 Extinción de las acciones
13.6.3 Reducción del valor nominal de las acciones
13.6.4 Fusión de acciones
**13.7 CASOS ESPECIALES DE INCREMENTO DEL PATRIMONIO SOCIAL**
**13.8 CASOS DE DISMINUCIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL**
13.8.1 Decreto de dividendos
13.8.2 Amortización de acciones con utilidades repartibles
13.8.2.1 Teoría del dividendo extraordinario
13.8.2.2 Teoría del reembolso
**13.9 NUESTRA OPINIÓN**

## 13.1 CONCEPTO DE CAPITAL SOCIAL

La doctrina, con frecuencia, comete el error de atribuir al capital social el carácter de elemento esencial del negocio social.[1] En realidad, *el capital social es la suma de las aportaciones de los socios,* las cuales, como ya hemos visto, constituyen uno de los elementos de existencia del contrato de sociedad mercantil porque sin ellas éste carecería de objeto indirecto y, en consecuencia, no nacería a la vida jurídica. Así pues, el capital social es un "concepto aritmético equivalente a la suma del valor nominal de las acciones en que está dividido".[2]

Como ya hemos dicho, no deben ser confundidos los conceptos capital social y patrimonio: aquel es la suma de las aportaciones de los socios; éste es la suma de los valores, incluido el capital social, de que es titular la sociedad en un momento determinado.

Generalmente, los conceptos de capital social y patrimonio coinciden en la época de constitución de la sociedad; pero esto no ocurre así cuando la integración del capital se realiza mediante la emisión de acciones sobre la par o *bajo la par.* Por ejemplo, supongamos que al constituirse una sociedad, emite mil acciones con valor nominal de mil pesos cada una con una prima de cien pesos por acción. Su capital social, es decir la suma de las aportaciones, será de un millón de pesos y su patrimonio, la suma de sus valores, será de un millón cien mil pesos. O bien, supongamos que la misma sociedad emite las acciones *bajo la par,* digamos a novecientos pesos cada una, entonces su capital social será de un millón de pesos y su patrimonio de novecientos mil pesos.

*La Ley General de Sociedades Mercantiles,* en su art 115, prohíbe a las sociedades anónimas emitir acciones *bajo la par,* razón por la cual afirmamos que, al menos en nuestro país, el capital social es la suma de las aportaciones de los socios.

[1] Algunos autores opinan que el capital fundacional, es decir, el capital mínimo legal que debe aportarse es un requisito esencial del contrato de sociedad; pero esta afirmación no es técnicamente correcta. Si el capital fundacional no alcanza el mínimo establecido por la ley se estará frente a un caso de nulidad, pero no de inexistencia del contrato.

[2] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles,* t I, Porrúa, 1965, p 243.

Por otra parte, habida cuenta de que en las sociedades *intuitu pecuniae* los socios solo están obligados al pago de sus aportaciones, el capital social, a la vez, es la suma de la responsabilidad de éstos[3] y como tal constituye una garantía frente a los acreedores, lo cual motiva que la ley subordine su integración, permanencia y modificabilidad a una variada gama de normas de protección, conocidas doctrinalmente como *Principios del Capital Social.*

## 13.2 PRINCIPIOS QUE RIGEN AL CAPITAL SOCIAL

La doctrina ha elaborado una enumeración más o menos extensa de las normas protectoras del capital social, clasificándolas en diversos principios que regulan su integración, permanencia y modificabilidad.[4] Por parecernos la más completa y adecuada a nuestra legislación, aquí analizaremos la clasificación de los principios que rigen al capital social ofrecida por **Rodríguez.**

Conforme a este autor, el capital social está regulado por cinco principios, a saber

*i)* De la garantía del capital
*ii)* De realidad del capital
*iii)* De restricción a los derechos de los fundadores
*iv)* De la intervención privada, y
*v)* De la intervención pública, algunos de los cuales se subdividen en otros subprincipios que también analizaremos.

### 13.2.1 Principio de la garantía del capital social

De la lectura de diversas disposiciones legales, se colige la intención y el interés del legislador en cuanto a que el capital social se constituya en una garantía de los acreedores de la sociedad "que asegure *la existencia permanente de un capital mínimo y determinado*". De lo anterior, **Rodríguez** deriva los siguientres cuatro subprincipios explícitamente regulados en la ley.

#### 13.2.1.1 SUBPRINCIPIO DE LA UNIDAD DEL CAPITAL

El subprincipio de unidad del capital encuentra su fundamento, entre otros, en los siguientes arts de la *Ley General de Sociedades Mercantiles:* 6o, frac V,

[3] La suma de la responsabilidad de los socios no debe ser confundida con la suma de responsabilidad de la sociedad, pues ésta, como cualquier otra persona física o moral responde de sus obligaciones con la totalidad de sus bienes, excepto aquellos que por ministerio de Ley son inalienables o no embargables (art 2964, *CCDF*).

[4] *Cfr* Entre otros, RODRÍGUEZ, *op cit*; pp 249 y ss, DE PINA VARA, Rafael, *Derecho mercantil mexicano*, Porrúa, 1985; pp 92 y 93; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, 1991, pp 430 y ss, etcétera.

que exige que en la escritura constitutiva se consigne el monto del capital social; 9o, que se refiere al capital de *cada* sociedad; 89, 91, 99 y 172 que aluden al capital social como un dato único.

Conforme a este subprincipio, la sociedad debe tener un solo capital social, lo que significa que las sucursales, agencias y otras dependencias no cuentan con un capital autónomo, distinto del de la casa matriz y que cada sociedad tenga un solo balance, cualquiera que sea el número de sus agencias o sucursales.

### 13.2.1.2 SUBPRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DEL CAPITAL

En los términos del art 89, fracs II y III, *LGSM*, el capital social debe estar íntegramente *suscrito,* pero puede estar total o parcialmente *pagado* (art 89, frac III), lo cual no significa que puede ser indeterminado, puesto que todas las sociedades deben tener un capital cierto cuyo monto exacto y exhibido están obligadas a declarar.

El subprincipio de determinación del capital social se establece en el art 91, fracs I y III, que exigen que en la escritura constitutiva de la sociedad anónima se consigne la parte exhibida del capital social y la forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones, así como en el art 125, frac V, que ordena que en los títulos de las acciones se expresen las exhibiciones que sobre el valor de la acción haya pagado el accionista o la indicación de que ésta es liberada.

### 13.2.1.3 SUBPRINCIPIO DE LA ESTABILIDAD DEL CAPITAL

Por regla general, el capital social debe ser intangible; esto es, debe ser un valor constante que sirva de garantía tanto a los acreedores de la sociedad como a los accionistas. Sin embargo, las vicisitudes adversas o venturosas de la empresa pueden forzar y aun obligar a los socios a aumentarlo o disminuirlo.

Y es precisamente que por ser una garantía de las obligaciones sociales y de los derechos de los socios, que la modificación del capital social está sujeta a una extensa serie de normas y formalidades que regulan sus aumentos y disminuciones. Tales reglas están contenidas en los arts 9o, 21, frac XII, 132, 135, 182, frac III y 260 al 264, *LGSM*, los cuales

*a)* Exigen que las reducciones efectuadas mediante reembolso de las aportaciones o liberación de la obligación de aportar que hayan contraído los accionistas, se publiquen por tres veces en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, a fin de que los acreedores, conjunta o separadamente, puedan oponerse a la disminución ante la autoridad judicial
*b)* Conceden a los accionistas el derecho de preferencia para suscribir las acciones que se emitan con motivo de aumentos de capital
*c)* Ordenan que en las reducciones realizadas mediante reembolso se designen por sorteo ante notario o corredor público las acciones que hayan de amortizarse

*ch)* Prescriben que los aumentos y disminuciones del capital social deben acordarse por la asamblea extraordinaria de accionistas, y
*d)* Exigen que los aumentos y disminuciones del capital social se inscriban en el Registro Público del Comercio.

La generalidad de la doctrina mexicana considera que el régimen de capital social variable que pueden adoptar todas las sociedades mercantiles constituye una excepción al subprincipio de estabilidad. A nuestro juicio, en las sociedades de capital variable el único requisito que dispensa la ley es el que se refiere a que las disminuciones se realicen por acuerdo de asamblea extraordinaria, toda vez que los accionistas tienen derecho a retirar total o parcialmente sus aportaciones (art 220), pero no los que se refieren a que los aumentos deben ser decretados por la asamblea extraordinaria (art 216, párr segundo) y las disminuciones inscritas en el Registro Público de Comercio y publicadas en el periódico oficial (arts 21, frac XII, *C Com*, y 9o, *LGSM*).[5]

#### 13.2.1.4 SUBPRINCIPIO DEL CAPITAL MÍNIMO

Por ser el capital social una garantía de las obligaciones sociales, el legislador ha querido que la constitución de las sociedades *intuitu pecuniae* se realice mediante la subscripción y exhibición de un capital social mínimo, llamado *capital fundacional,* que no puede ser reducido por abajo del límite legal. A esta exigencia, contenida en el art 89, frac I, de la Ley, se le conoce como subprincipio del capital mínimo.

Respecto a este subprincipio nos limitaremos a repetir que la cifra mínima que exige la ley para constituir el capital fundacional, en la actualidad es insuficiente para que represente una verdadera garantía de las obligaciones sociales y que por tal razón consideramos que es lícito estipular en el contrato social un capital social mínimo *intangible* superior al mínimo legal, de modo que los acreedores puedan oponerse a su reducción en los términos del art 9o, *LGSM*.[6]

### 13.2.2 Principio de la realidad del capital social

El principio de la realidad del capital social conlleva la noción de que éste debe estar íntegramente suscrito y efectivamente pagado, al menos en el mínimo que determina la ley. Por esta razón, el principio que nos ocupa suele dividirse en dos subprincipios: el de suscripción y el de exhibición del capital social.

#### 13.2.2.1 SUBPRINCIPIO DE SUBSCRIPCIÓN DEL CAPITAL

Antes de entrar a analizar este subprincipio, nos parece pertinente aclarar que en el contexto de la *LGSM* el verbo *suscribir* o *subscribir,* cuyas dos formas

[5] *Infra* Capítulo 19.
[6] *Supra* Sección 12.1.1.3.

son correctas, se utiliza en la acepción que significa: "obligarse uno a contribuir con otros al pago de una cantidad".[7] Ahora bien, conforme a lo previsto en el art 89, frac II, *LGSM,* el capital social fundacional debe estar *íntegramente* subscrito; lo cual significa que, al momento de la constitución de la sociedad, los accionistas deben quedar obligados a exhibir el importe de las aportaciones que hubieren ofrecido, aunque el pago no sea total en ese momento.

La razón de la exigencia legal de que el capital social sea íntegramente subscrito es fácil de comprender: si los socios no se obligaran a realizar aportación alguna es obvio que el contrato social no llegaría a cobrar vida jurídica por falta de objeto.

Un notable caso de excepción al subprincipio de subscripción del capital lo constituyen las llamadas *acciones de tesorería* que pueden crear las sociedades anónimas de capital variable, a las cuales nos referiremos más adelante.

### 13.2.2.2 SUBPRINCIPIO DE EXHIBICIÓN DEL CAPITAL

El art 89, en sus fracs III y IV, ordena que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos, veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario y que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse en todo o en parte con bienes distintos del numerario.

Lo mismo que en el caso anterior, la exigencia de que el valor de las acciones se exhiba total o parcialmente toma su razón de ser de la circunstancia de que si no se hiciere así el contrato social sería inexistente por falta de objeto.

En lo que se refiere a la posibilidad de que no se realice el desembolso total de las acciones pagaderas en numerario, **Bolaffio**[8] opina que en algunos casos puede ser no necesario que el capital social quede totalmente pagado al momento de constituir la sociedad y que, por consiguiente, lo que se pretende evitar son los sobrantes de caja improductivos.

Abundando sobre este tema, nos parece conveniente comentar que, en ciertas circunstancias, se puede convenir que algunos de los socios exhiban en su totalidad el importe de las acciones que subscriban y que otros lo hagan parcialmente. En estos casos, la ley prevé que los accionistas que hubieren pagado íntegramente sus acciones reciban los llamados *intereses constructivos* que de ninguna manera puedan calificarse de dividendos pues su monto debe cargarse a gastos generales (art 123).

En suma, lo que persigue el subprincipio de exhibición del capital es que éste sea real y tangible y no una mera cifra abstracta carente de substancia, razón por la cual la *LGSM,* en su art 134, prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial, en pago de cré-

[7] *Cfr Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* y el *Diccionario para juristas de* PALOMAR DE MIGUEL, Luis.

[8] BOLAFFIO, León. *Derecho mercantil,* Reus, 1935, p 86.

ditos de la sociedad, en cuyo caso ésta quedará obligada a venderlas dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que legalmente pueda disponer de ellas en el concepto de que si no lo hiciere en ese plazo deberá proceder a la consiguiente reducción del capital social.[9]

En este mismo orden de ideas, para prevenir que pudiera darse el caso de que la sociedad adquiera sus propias acciones y que con ello se produzca una descapitalización real de la sociedad, la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* en sus arts 138 y 139, adoptó las siguientes medidas

*a)* La de imputar responsabilidad personal y solidaria a los consejeros y directores que autoricen la adquisición de acciones en contravención a lo dispuesto en el art 134, por los daños y perjuicios que se causen a la sociedad o a los acreedores de ella

*b)* La de prohibir a las anónimas hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones; esto con la evidente intención de impedir que aquellas eventualmente le sean adjudicadas a la sociedad en pago de esos préstamos o anticipos.

### 13.2.3 Principio de la restricción de los derechos de los fundadores

Tratándose de constitución de sociedades anónimas por subscripción pública, la *LGSM* prevé la posibilidad de que a los fundadores se les conceda una participación excepcional en las utilidades anuales para retribuir de alguna manera los esfuerzos que realicen en la promoción, organización y puesta en marcha de la empresa. Tal participación no deberá exceder de diez por ciento ni de un periodo mayor de diez años, contados a partir de la fecha de constitución de la sociedad (art 105).

Pues bien, para evitar menoscabos al capital social mediante la práctica abusiva o fraudulenta de este beneficio establecido en favor de los socios fundadores, la *LGSM* además de limitarlo en cuanto a su monto y tiempo, prescribe

1 Que "*los fundadores no pueden estipular a su favor ningún beneficio que menoscabe el capital social, ni en el acto de la constitución ni para lo porvenir*" y que *todo pacto en contrario es nulo*" (art 104)

2 Que la participación concedida a los fundadores "*no podrá cubrirse sino después de haber pagado a los accionistas un dividendo de cinco por ciento sobre el valor exhibido de sus acciones*" (art 105, *in fine*).

Además, como una forma oblicua de proteger el capital social de la anónima, el art 102, *LGSM* estipula que

[9] Por excepción, el art 14-*Bis* de la *Ley del Mercado de Valores* autoriza a las sociedades inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios a adquirir temporalmente sus propias acciones conforme a las rigurosas reglas que en el propio numeral se establecen.

*Toda operación hecha por los fundadores, con excepción de las necesarias para constituirla, será nula con respecto a la misma, si no fuere aprobada por la asamblea general;*

De donde se deduce que si los fundadores realizan una o varias operaciones que menoscaben el capital social estarán obligados a reconstituirlo.

### 13.2.4 Principio de la intervención privada

La ley confiere a los accionistas un cúmulo de derechos inderogables que los facultan para cuidar y vigilar la buena marcha de la sociedad y, consecuentemente, para procurar que el capital social de ésta se aplique a la consecución del objeto social.

Entre tales derechos se encuentran los de nombramiento de comisarios, los de información, los de denuncia y otros a los que más adelante nos referiremos con algún detalle.

Por otro lado, cuando la sociedad haya emitido obligaciones, la *LGTOC*, en sus arts 210 *bis*, 212, 217 y 220, otorga al representante común de los obligacionistas y a la asamblea de éstos diversas facultades de vigilancia y de conservación de sus derechos, frente a la emisora.

### 13.2.5 Principio de la intervención pública

Para proteger los intereses de terceros y de los accionistas de las sociedades anónimas cuyas acciones se cotizan en Bolsa, el Estado, a través de la *Ley del Mercado de Valores* y por conducto de la Comisión Nacional de Valores, ha emitido una nutrida cantidad de disposiciones que tienden a evitar prácticas abusivas que lesionen los intereses del público inversionista.

Con el propósito de exponer, aunque sea en rasgos generales, la manera en que se produce la intervención pública en la constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas registradas en Bolsa, a continuación ofrecemos al lector, en forma sucinta, algunos de los *criterios* emitidos por la Comisión Nacional de Valores[10]

*i)* Se pueden inscribir para cotización en Bolsa las acciones exhibidas parcialmente, a condición de que las emisoras se sujeten a las normas de publicidad que les sean fijadas en cada caso

*ii)* Cuando en las escrituras (constitutivas) se establezcan limitaciones a los accionistas para el ejercicio del derecho de preferencia en la subscripción

[10] Al lector interesado en conocer la organización y funcionamiento de la Comisión Nacional de Valores y los principales criterios que ésta ha emitido, le recomendamos la lectura de la obra de HERRERA, Mario, precisamente titulada *La Comisión Nacional de Valores*, Copyright © del autor.

de nuevas acciones, no se aprobará la inscripción de dichos títulos en la Bolsa de Valores, ni para efectos de inversión

*iii)* Las acciones que hayan sido pagadas en especie no son títulos que puedan aprobarse para cotización en Bolsa, en tanto no se cumplan las prevenciones del art 141, *LGSM*

*iv)* El total de las acciones comunes no debe ser inferior al de las preferentes

*v)* Las acciones de voto pleno y dividendo limitado, son susceptibles de aprobarse para ofrecerse al público y como objeto de inversión institucional

*vi)* No se aprueba la inscripción en Bolsa de las acciones preferentes que no participen en el excedente de las utilidades

*vii)* Son de aprobarse las conversiones de acciones en obligaciones.[11]

Adicionalmente, la Comisión Nacional de Valores ejerce una vigilancia estricta sobre las sociedades emisoras cuyas acciones se cotizan en Bolsa requiriéndoles periódicamente una minuciosa información económica, contable, jurídica y administrativa.

## 13.3 MODIFICACIONES DEL CAPITAL SOCIAL. AUMENTOS

Los principios que rigen al capital social no son, ni conviene que sean, una especie de camisa de fuerza que paralice la vida económica de la sociedad. Por consiguiente, en el art 9o, *LGSM*, se prevé la posibilidad de que ésta sea aumentado o disminuido, a condición de que queden protegidos los intereses, tanto de los acreedores como de los socios, mediante la observancia de ciertos requisitos y formalidades de los cuales nos ocuparemos a continuación.

### 13.3.1 Aumentos del capital social

Las necesidades financieras de las empresas plantean a éstas una variada gama de opciones para incrementar sus recursos económicos, que van desde el aumento del capital social mediante nuevas aportaciones hasta la emisión de obligaciones y la contratación de diversas clases de créditos a corto y largo plazo. Aquí nos ocuparemos únicamente de los aumentos del capital social.

Los aumentos de capital social obedecen fundamentalmente a dos razones: una, la de incrementar los recursos económicos de la sociedad para que ésta pueda realizar adecuadamente el objeto de su institución y dos, la de mejorar su estructura financiera. En el primer caso, se trata de un aumento real del capital y, por ende, del patrimonio social que se realiza mediante aportaciones; en el segundo, se trata de un incremento nominal del capital social que se reali-

[11] Esta hipótesis no debe ser confundida con la de conversión de obligaciones en acciones.

za por la conversión en capital de utilidades, primas sobre acciones, reservas y otras partidas que ya forman parte del patrimonio; operación que es comúnmente conocida como *capitalización.*

Dicho de otra manera: los aumentos reales del capital social conllevan un incremento del patrimonio social, en tanto que los nominales solo elevan la cifra de aquel, pero no la de éste.

### 13.3.1.1 AUMENTOS REALES DEL CAPITAL SOCIAL

Los aumentos reales del capital incrementan el patrimonio social y solo pueden provenir de nuevas aportaciones de los socios o de terceros, ya sean éstas de numerario o de especie, incluidas entre las últimas las mal llamadas *capitalizaciones* de pasivos, las cuales en realidad son aportaciones de créditos a cargo de la sociedad y a favor de acreedores o de los mismos accionistas.[12]

### 13.3.1.2 AUMENTOS NOMINALES DEL CAPITAL SOCIAL

En la generalidad de los casos, los aumentos nominales del capital social obedecen a la necesidad que imponen los requerimientos de crédito de dar una mejor estructura financiera a la sociedad mediante la capitalización de ciertas partidas del patrimonio, por ejemplo, utilidades reales y reservas voluntarias, que pueden ser libremente distribuidas como dividendos a los accionistas, mientras no están integradas a aquel y que, una vez capitalizadas, se constituyen en garantía de las obligaciones sociales.

La capitalización de utilidades y de reservas voluntarias, lo mismo que la *capitalización* de pasivos a favor de los socios, son verdaderas aportaciones de éstos quienes transmiten a la sociedad el derecho de crédito que tienen sobre ellas. Esta circunstancia puede apreciarse fácilmente si se tiene en cuenta que las capitalizaciones de utilidades y de reservas voluntarias libremente distribuibles pueden realizarse de dos maneras: la primera consiste en que la asamblea extraordinaria decrete la capitalización de las utilidades y reservas voluntarias; la segunda, que se desarrolla en dos etapas, consiste en que, en un primer paso, la asamblea ordinaria decrete la distribución de dichas partidas como dividendos y, en un segundo paso, inmediatamente después, la asamblea extraordinaria decrete el aumento del capital mediante la aportación que hagan los accionistas de las utilidades y reservas que recibieron como dividendo.

[12] Toda vez que la *capitalización de pasivos* constituye una transmisión de los derechos de crédito que los acreedores y los socios tienen en contra de la sociedad es obvio que el contenido de la operación está constituido por aportaciones. En este caso, estimamos que no tiene aplicación lo dispuesto por el art 12, *LGSM*, que obliga al aportante a responder de la existencia y legitimidad de los créditos, así como de la solvencia del deudor. Asimismo, nos parece que no tiene aplicación lo dispuesto en el art 141, *LGSM*, que ordena que las aportaciones de no numerario queden depositadas en la sociedad durante dos años.

Por otro lado, la capitalización de otras partidas del patrimonio tales como primas sobre acciones, reservas legales y reservas de valuación o revaluación (superávits) no representan *per se* un incremento de garantía de las obligaciones sociales puesto que, conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados y a las reglas de una sana administración financiera, dichas partidas son intangibles; esto es, no son distribuibles como dividendos entre los accionistas.

Durante muchos años la doctrina mexicana discutió respecto si era lícito o ilícito capitalizar el fondo de reserva legal a que alude el art 20, *LGSM.* Esta cuestión quedó zanjada el 18 de dic 18 de 1981, al adicionarse al art 21 el siguiente párr

> *No se entenderá como reparto la capitalización de la reserva legal, cuando esto se haga, pero en este caso deberá volverse a constituir a partir del ejercicio siguiente a aquél en que se capitalice, en los términos del art 20.*

Desde luego, constituiría un *fraus legis* el que, después de capitalizadas las reservas legales, se decretara una reducción del capital social por reembolso a los accionistas, toda vez que, en el fondo, equivaldría a repartir dichas reservas.

La capitalización de las reservas de valuación o revaluación (superávits) puede dar lugar a que se incremente artificialmente el capital social estimando el valor de tales reservas en una cantidad superior a la real. Esta cuestión también quedó resuelta por las reformas de 1981 al art 116, *LGSM,* que acogió el llamado *principio de sinceridad de los superávits,* al establecer que las reservas de valuación o revaluación deberán estar apoyadas en avalúos efectuados por valuadores independientes autorizados por la Comisión Nacional de Valores, instituciones de crédito o corredores públicos titulados.

### 13.3.1.3 PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS Y DE LOS ACREEDORES

#### 13.3.1.3.1 Protección de los derechos de los socios

Los aumentos reales del capital social pueden afectar a los accionistas, ya sea disminuyendo la influencia que ejercen en la sociedad mediante el ejercicio del derecho de voto, o ya sea disminuyendo su participación en la cuota patrimonial que les corresponde. En ambos casos, la ley protege el *estatus* de los socios confiriéndoles el derecho de preferencia para suscribir las acciones que se emitan con motivo del aumento del capital social o dotándolos de una acción de nulidad para impugnar los acuerdos de asamblea que disminuyan su participación en el haber social.

### 13.3.1.3.1.1 DERECHO DE PREFERENCIA

Al estudiar la forma de acceder al negocio social mediante la suscripción de acciones, nos referimos brevemente al llamado derecho de preferencia o de opción.[13] Ahora nos corresponde ocuparnos de él con mayor amplitud.

La ley, en su art 132, previene, en forma imperativa, que

> *Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento del capital social.*

Y, además exige, como antes se dijo, que los aumentos se realicen mediante acuerdo de la asamblea extraordinaria de accionistas (art 182, frac III); exigencia ésta que constituye una protección indirecta del *estatus de socio.*

#### 13.3.1.3.1.1.1 Transmisión del derecho de preferencia

El ejercicio del derecho de preferencia para subscribir las acciones que se emitan con motivo de aumento de capital social corresponde, sin lugar a dudas, al propietario de ellas. No obstante, en algunos casos, como el del usufructuario, pudiera parecer que el derecho de preferencia pertenece a éste. Sin embargo, si consideramos que el usufructuario solo tiene derecho a percibir los frutos de las acciones (arts 990 y 995, *CCDF*) y que el derecho que nos ocupa de ninguna manera puede clasificarse como un fruto, es lógico concluir que no le corresponde el derecho en cuestión.

Por otra parte, en el caso de las acciones afectas a fideicomiso, la fiduciaria solamente podrá ejercitar el derecho de preferencia cuando el fideicomitente o el fideicomisario le hagan la correspondiente provisión de fondos.

#### 13.3.1.3.1.1.2 Transmisión del derecho de preferencia

En la legislación mexicana no existe prohibición expresa alguna a la facultad que tienen los accionistas para transmitir, onerosa o gratuitamente y por cualquier título legal translativo de dominio,[14] su derecho de preferencia para subscribir las acciones que se emitan en caso de aumento del capital social. Pero debe advertirse que, en ciertas circunstancias, la transmisión puede estar sujeta a limitaciones legales o estatutarias.

Entre las limitaciones legales encontramos, en primer lugar, las que, en forma absoluta, prohíben a los extranjeros adquirir acciones de empresas que sean propietarias de inmuebles en la zona costero-fronteriza o de empresas cu-

[13] *Supra* Sección 12.1.1.1.2.2.

[14] Conforme al art 753, *CCDF*, los derechos personales son bienes muebles y, en consecuencia, pueden transmitirse por compraventa, permuta, sucesión, etc (arts 2248, 2327 y 1281, *CCDF*); pero no por donación o mutuo (arts 2327 y 2387, *CCDF*). Además, desde luego, la transmisión puede hacerse por cesión (art 2029, *CCDF*).

yo ramo de actividad está reservado en forma exclusiva al Estado mexicano o a personas físicas de nacionalidad mexicana[15] y, en segundo lugar, las que, en forma relativa, prohíben a los extranjeros adquirir porcentajes de participación mayores a los establecidos por la ley, sin la autorización previa de la autoridad.[16]

En lo que corresponde a las limitaciones estatutarias, no cabe otra que no sea la que pudiera apoyarse en el art 130, *LGSM*, estipulando en el contrato social que no solo la transmisión de las acciones, sino también la de cualesquiera de los derechos a ellas incorporados se haga con la autorización del consejo de administración.[17]

Sobre este último particular, **Rodríguez**[18] opina que si en el contrato social se pacta que las acciones únicamente pueden transmitirse con el consentimiento del consejo de administración, el derecho preferente para subscribir las nuevas acciones no es transmisible en virtud de que se estaría burlando la intención de las partes de no admitir personas extrañas a la sociedad. A nuestro juicio, el argumento del ilustre maestro español carece de soporte legal, pues debe tenerse en cuenta que, conforme a lo previsto en el art 1852, *CCDF*, en el contrato no deberán entenderse comprendidos cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los cuales los interesados se propusieron contratar. En otras palabras, creemos que si en el contrato social no se estipula la intransmisibilidad del derecho de opción, no puede invocarse el pacto que limite la libre circulación de las acciones porque se trata de dos casos diferentes. En efecto, el derecho de opción protege el *estatus* del socio, en tanto que la limitación a la libre circulación de las acciones trata de impedir el acceso a la sociedad de personas extrañas a ella.

Fuera de los casos señalados, en el derecho mexicano tampoco hay nada que impida transmitir el derecho *futuro* a subscribir las acciones que se emitan.[19]

#### 13.3.1.3.1.1.3 Plazo de ejercicio del derecho de preferencia

Con arreglo a lo previsto en el art 132, *LGSM*, los accionistas deberán ejercitar el derecho de preferencia para subscribir las nuevas acciones dentro de los quince días siguientes a la publicación, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la asamblea que haya decretado el aumento del capital.

Por la redacción misma de dicho art, se colige que el plazo en cuestión es extintivo, motivo por el cual consideramos que, una vez transcurridos los quince

[15] Arts 5o, 6o, 7o y 9o de la *Ley de Inversión Extranjera*.

[16] *Ídem*.

[17] Cualquiera otra limitación podría ser eludida por el accionista recurriendo a la compraventa y apelando a lo dispuesto por el art 2301, *CCDF*, cuyo carácter imperativo es indudable.

[18] RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 188.

[19] *Cfr* Art 1826, *CCDF*.

días, el consejo de administración queda en libertad para ofrecer las acciones desiertas a cualquier interesado en suscribirlas.

El plazo de ejercicio del derecho puede ser ampliado en beneficio de los accionistas; pero no puede ser reducido, visto el carácter imperativo del art 132, *LGSM.*

#### 13.3.1.3.1.1.4 Renuncia del derecho de preferencia

El derecho de opción es de índole personal y privada y, en consecuencia, renunciable;[20] pero esto a condición de que la renuncia no afecte directamente el interés público, ni perjudique derechos de tercero (art 6o, *CCDF*). La renuncia puede hacerse al momento de celebración de la asamblea que decrete el aumento de capital o antes de la expiración del plazo para ejercitar el derecho.

#### 13.3.1.3.1.1.5 Modificación y supresión del derecho de preferencia

La asamblea de socios no puede suprimir ni modificar por *mayoría de votos* el derecho preferente de los accionistas, porque si lo hiciera los estaría privando de él ilícitamente; es decir, sin el debido proceso legal previsto en el art 14 constitucional. Pero esto no significa que no pueda acordar la supresión o modificación del derecho *plenariamente,* o sea, mediante el voto de la totalidad de las acciones en que se divida el capital social, por cuanto, en este supuesto, todos los socios estarían renunciando implícitamente a su ejercicio.

No obstante, la legislación mercantil prevé algunos casos excepcionales en que la asamblea necesariamente debe acordar la supresión del derecho de opción, aun por el voto favorable de las acciones que representen, por lo menos, la mitad del capital social.

#### 13.3.1.3.1.1.6 Excepciones legales al derecho de preferencia

El derecho de preferencia, como tantos otros derechos, no puede ir contra la fuerza de las cosas y por ello su ejercicio está sujeto a excepciones legales y lógicas. Entre tales excepciones encontramos las siguientes

*i) Emisión de obligaciones convertibles en acciones* El art 210 *bis,* frac II, *LGTOC,* previene que cuando se emitan obligaciones convertibles en acciones, los accionistas no tendrán el derecho de preferencia a que se refiere el art 132, *LGSM,* pues de no ser así, de hecho se estaría privando al obligacionista de su derecho de conversión

*ii) Emisión de acciones de tesorería* Como una verdadera excepción al régimen de las sociedades anónimas de capital *fijo,* el art 81 de la *Ley del Mercado de Valores* autoriza a éstas a emitir acciones de tesorería para ser colocadas entre el gran público inversionista y condiciona la emisión a la

[20] En contra RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit,* t II, p 179 y ss, y MANTILLA MOLINA, Roberto, *op cit,* p 361.

renuncia previa que hagan los accionistas al derecho de preferencia que les concede el art 132, *LGSM*

*iii) Conversión de pasivos* La capitalización de pasivos a cargo de la sociedad únicamente podría dar lugar al ejercicio del derecho de preferencia en el caso de que los accionistas fueran acreedores de la sociedad por una cantidad igual al monto del aumento del capital y en una proporción igual al monto de sus participaciones en el mismo. En consecuencia, si no se produce este supuesto, o sea en el caso de que uno o varios accionistas, pero no todos ellos, sean titulares de los créditos que se capitalicen o cuando los acreedores sean personas extrañas a la sociedad, es lógico concluir que el derecho de preferencia no se materializa en beneficio de los socios *no* acreedores

*iv) Fusión* En los casos de fusión deben distinguirse dos supuestos: el de la fusión por integración y el de la fusión por absorción. En el primer caso, que supone la constitución de una sociedad fusionante distinta a las fusionadas, el derecho de preferencia sí procede para los accionistas de éstas en proporción a la cuota accionaria que les corresponda con motivo de la fusión. Pero, en el caso de la fusión por absorción, el derecho de preferencia para suscribir las acciones que la fusionante emita para ser entregadas a los socios de la o las fusionadas, no tendrá lugar el derecho de preferencia porque, tal y como apunta **Rodríguez**

> Las nuevas acciones no se crean para destinatarios determinados, sobre los que han de tener preferencia los socios, sino para destinatarios forzosos, si la fusión ha de realizarse[21]

*v) Capitalización de utilidades y reservas* Tampoco tiene lugar el derecho de preferencia en esta hipótesis, en la cual las acciones les son atribuidas a los accionistas en proporción a los derechos que les corresponden sobre la cuota patrimonial; esto es, en proporción al número de acciones que poseen. Sin embargo, en el discutible caso de las acciones preferentes no participantes en el haber social, los tenedores de estos títulos no tendrían el derecho de preferencia para subscribir las acciones que se emitan con motivo de los aumentos del capital social por capitalización de utilidades y reservas puesto que no otorgan el derecho a participar de ellas.

#### 13.3.1.3.1.1.7 Infracción al derecho de preferencia

Las resoluciones de las asambleas de accionistas que desconozcan total o parcialmente el derecho de preferencia estarán viciadas de nulidad[22] y los socios

[21] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit*, p 188.

[22] No obstante el aparente carácter imperativo del art 132, *LGSM*, pensamos que se trata de una nulidad relativa en consideración a que las acciones de los socios contra la sociedad son prescriptibles (art 1045, frac I, *C Com*) y a que puede desaparecer por confirmación (art 2227, *CCDF*) mediante renuncia posterior del derecho de preferencia.

podrán ejercitar, individual o colectivamente, la acción correspondiente, cuidando solicitar la suspensión del acuerdo ilícito y la consecuente emisión de acciones, en los términos del art 202, *LGSM*,[23] o si las acciones ya hubieran sido puestas en circulación, demandando la nulidad del aumento del capital social y la de los títulos que las amparen, con lo que, en este último caso, no sería necesario ejercitar la acción contra los subscriptores, "porque la nulidad del aumento de capital, judicialmente decretada, entraña la nulidad de los títulos emitidos en ejecución del mismo".[24]

En este mismo órden de ideas, si la infracción al derecho de preferencia proviniera del administrador único o del consejo de administración, los accionistas no solo podrán ejercitar la acción de nulidad, sino que además podrán ejercitar la de responsabilidad, en la forma prevista en los arts 161 y 163, *LGSM*, sin perjuicio de ejercitar asimismo las acciones de daños y perjuicios que les competan contra los administradores.

### 13.3.1.3.1.2 DERECHO DE ACRECER

El derecho de preferencia que la ley concede a los accionistas es un derecho potestativo, que no es correlativo de un deber o de una obligación de realizar la aportación dado que, como ya se expuso, en la sociedad anónima los accionistas solo están obligados al pago de sus acciones; pero no a efectuar aportaciones suplementarias como sucede con los socios de la sociedad de responsabilidad limitada, cuando así lo previene el contrato social (art 70, *LGSM*).

Así pues, no siendo obligatorio para el accionista subscribir las acciones que se emitan con motivo de aumentos del capital social, en ocasiones sucede que no pueden subscritas la totalidad de las nuevas acciones. En esta hipótesis la ley nada nos dice acerca del destino que debe darse a las acciones desiertas. Pero, por una simple inferencia, podemos afirmar que, concluido el plazo legal para que los accionistas subscriban las nuevas acciones, el consejo de administración quedará en libertad para ofrecerlas a quienes se interesen en subscribirlas, ya sean otros accionistas o personas extrañas a la sociedad.

Sin embargo, ante la laguna de la ley, **Ascarelli** sostiene, y **Rodríguez**[25] parece adherirse a esta idea, que los demás accionistas tienen derecho de acrecer; es decir, tienen derecho a subscribir las acciones nuevas sobrantes en proporción a su participación en el capital, por ser la hipótesis similar a ciertas situaciones jurídicas que se producen en otros campos del derecho, tales como la de la comunidad de bienes.

[23] En un caso de nulidad tan obvio, ¿los accionistas deberán constituir la fianza a que se refiere el art 202? En nuestra opinión, no, puesto que no se le causaría ningún daño o perjuicio a la sociedad.

[24] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 191.

[25] *Ídem*, t II, pp 185 y 186.

La opinión del ilustre autor italiano es muy respetable; pero, conforme a la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, en nuestro país no tiene apoyo legal alguno, porque ni el capital social ni el patrimonio de la sociedad constituyen una comunidad de bienes. No obstante, nada impide que pueda estipularse el derecho de acrecer en el contrato social puesto que no existe prohibición legal para hacerlo.

A nuestro entender, en la realidad cotidiana esta cuestión doctrinal es irrelevante porque lo lógico es suponer que la sociedad preferirá ofrecer las acciones sobrantes a sus propios socios antes que a terceros extraños a ella. Sin embargo, también juzgamos que, en caso de conflicto, los accionistas solo podrán invocar el derecho de acrecer si éste ha sido establecido a su favor en el contrato social, porque no siendo el patrimonio social una comunidad de bienes es obvio que no se le pueden aplicar las reglas que rigen a ésta.

### 13.3.1.3.1.3 ACCIÓN DE NULIDAD POR DISMINUCIÓN DE LA CUOTA SOCIAL

Hemos dicho que los aumentos de capital social pueden afectar a los accionistas en su *estatus* de socios y en la participación que les corresponda en el hacer social.

La disminución de los derechos del socio en el haber social se produce únicamente cuando el patrimonio de la sociedad es mayor que el capital social. Por ejemplo, si el balance de la sociedad arroja un haber social (capital contable) de $1 200 000.00 de los cuales $1 000 000.00 corresponden al capital social, dividido en 1000 acciones con valor nominal de $1 000.00 cada una, y si se aumenta el capital social al doble, es decir a la cantidad de $2 000 000.00, por nuevas aportaciones, resultaría que el accionista vería reducido el valor en libros (contable) de sus acciones de $1 200.00 a $1 100.00, lo cual en sí mismo no tendría trascendencia alguna si las acciones emitidas en virtud del aumento fueran subscritas por *todos* los socios en proporción al número de las que posean al momento de decretarse el aumento de capital social.

Por el contrario, si las nuevas acciones fueran subscritas solo por una parte de los socios o por nuevos accionistas, los que no ejercieran su derecho de preferencia para subscribirlas sufrirían una disminución en su participación en el haber social, como ya se ha visto.

La *LGSM* no contiene disposición expresa alguna que proteja a los accionistas contra la disminución del derecho que les corresponde en el haber social. Sin embargo, en la práctica, se acostumbra seguir dos procedimientos para evitar que los socios que no subscriban las nuevas acciones sufran perjuicios patrimoniales. Uno de ellos consiste en capitalizar primero las partidas del patrimonio (utilidades retenidas, superávits, reservas, etc), que excedan al capital social y después decretar el aumento del mismo. El otro procedimiento consiste en emitir las nuevas acciones con una prima equivalente a la diferencia entre su valor nominal y su valor contable, de manera que siguiendo con

el ejemplo propuesto, se emiten las nuevas acciones a razón de $1200.00, de los cuales $1000.00 corresponderían a su valor nominal y $200.00 a la prima.

Ahora bien, el hecho de que la *LGSM* no estatuya medios para evitar los perjuicios patrimoniales a que pueden dar lugar los aumentos de capital, no significa que los accionistas están en un total estado de indefensión. En todo caso podrán ejercitar la acción de nulidad con base en lo previsto en los arts 1796 *CCDF*, que obliga a los contratantes a observar los usos y la buena fe, y 8o y 1830 del mismo ordenamiento que consideran nulos e ilícitos los hechos contrarios a las leyes de orden público y las buenas costumbres. Asimismo, en su caso, podrían ejercitar la acción de daños y perjuicios con fundamento en lo estipulado por los arts 20 y 1910 *CCDF*.[26,27]

#### 13.3.1.3.1.4 PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES POR CAPITALIZACIÓN DE SUPERÁVITS

Los aumentos del capital social únicamente pueden afectar a los intereses de los acreedores cuando provegan de la capitalización de *superávits* cuyo valor haya sido dolosamente incrementado, habida cuenta de que la sociedad daría la apariencia de que su capital y, en consecuencia, la garantía de las obligaciones sociales, es superior a la real.

Como quedó expuesto, a partir de las reformas a la *LGSM* de 1981, la posibilidad de inducir a error a los acreedores quedó eliminada con el reconocimiento del llamado *principio de sinceridad de los superávits,* que consiste en la exigencia legal de que las reservas de valuación o revaluación sean apoyadas en avalúos efectuados por valuadores independientes autorizados por la Comisión Nacional de Valores, por instituciones de crédito o por corredores públicos titulados (art 116, párr final, *LGSM*).

## 13.4 PROCEDIMIENTOS PARA AUMENTAR EL CAPITAL SOCIAL

Los aumentos de capital social suponen una modifcación a la escritura constitutiva, excepto en el caso de las sociedades que hayan adoptado el régimen de capital variable. En consecuencia, todo aumento del capital social, ya sea real o nominal, debe ser decretado por la asamblea general extraordinaria de accionistas, según previene el art 182, frac III, *LGSM*.

[26] Aunque la buena fe y los usos no constituyen ley, actuar de buena fe y observar los usos son una *obligación legal* cuyo incumplimiento produce otra *obligación legal:* la de reparar los daños que se causen a la víctima, según ordena el art 1910, *CCDF*. Asimismo, no nos cabe duda sobre la aplicabilidad del art 20, *CCDF*, porque en el caso que nos ocupa se producen todos los elementos de la hipótesis legal que éste contiene.

[27] Acerca de la obligatoriedad legal de los usos *véase supra* Sección 1.10.

La circunstancia de que los aumentos deban ser acordados por la asamblea extraordinaria constituye, como dejamos dicho, una garantía indirecta de los derechos de los accionistas puesto que éstos pueden oponerse a las resoluciones de la asamblea cuando consideren lesionados sus intereses por infracción al contrato social o a la ley (art 201, *LGSM*).

Ahora bien, la instrumentación[28] de los aumentos de capital social puede realizarse

*i)* Emitiendo nuevas acciones, o
*ii)* Aumentando el valor nominal de las mismas.

## 13.4.1 Emisión de nuevas acciones

La emisión de nuevas acciones es la forma más común de verificar los aumentos reales de capital provenientes

*a)* De nuevas aportaciones de los socios o de terceros
*b)* De la conversión de pasivos y de obligaciones en acciones, o sea, de *capitalizaciones* de pasivos
*c)* De la capitalización de utilidades y reservas legales o voluntarias
*ch)* De la capitalización de otras partidas del patrimonio, tales como reservas de valuación o revaluación, y
*d)* De fusión de la sociedad.

La emisión de nuevas acciones no siempre implica un aumento del capital social. Tal cosa sucede cuando se cancelan una o varias series de ellas que se encuentran en circulación para canjearlas por títulos de una nueva emisión que contengan actualizados los datos que según el art 125 deben expresar, o bien cuando se emiten acciones de goce en los términos de los arts 136 y 182, frac IX, *LGSM,* supuesto del que más adelante nos ocuparemos.

## 13.4.2 Aumento del valor nominal de las acciones

Este procedimiento es poco utilizado en la práctica por las dificultades que en nuestro medio conlleva determinar el llamado *valor fiscal* de las acciones; pero no está prohibido por la ley.

El aumento del valor nominal de las acciones, solo puede realizarse cuando el incremento del capital social provenga

*a)* De nuevas aportaciones de los socios
*b)* De la conversión de pasivos a favor de los accionistas, y
*c)* De la capitalización de las diversas partidas que forman el patrimonio social.

[28] Aunque la Real Academia Española de la Lengua no ha aceptado la palabra *instrumentación*, en el sentido de "llevar a efecto", o "poner en práctica", la preferimos al anglicismo "*implementación*".

Dicho en otras palabras, el aumento del valor nominal de las acciones únicamente procede cuando el incremento del capital social no proviene de aportaciones de terceros extraños a la sociedad.

## 13.5 MODIFICACIONES DEL CAPITAL SOCIAL. REDUCCIONES

Las reducciones del capital social, lo mismo que sus aumentos, pueden ser reales o nominales. La reducción es real cuando, por consecuencia de ella, se disminuye el patrimonio social, y es nominal cuando sólo se reduce la cifra del capital social, pero no el monto del patrimonio.

### 13.5.1 Reducciones reales del capital social

Las reducciones reales del capital social obedecen fundamentalmente a cuatro causas

*a)* A la sobrecapitalización de la sociedad
*b)* A la separación de los socios
*c)* A la adquisición por la sociedad de sus propias acciones, y
*ch)* Al retiro parcial o total de las aportaciones, cuando la sociedad haya adoptado la modalidad de capital variable.

#### 13.5.1.1 REDUCCIONES POR EXCESO DEL CAPITAL SOCIAL

Las reducciones por sobrecapitalización suponen que al constituir la sociedad o al incrementar posteriormente el capital social se realizó un mal cálculo acerca de las necesidades financieras de la empresa, o bien que las aportaciones en especie que hubieren hecho los accionistas se estimaron por debajo de su valor real. En ambas hipótesis, la disminución del capital social conlleva reembolsar a los accionistas total o parcialmente sus aportaciones.

#### 13.5.1.2 REDUCCIONES POR SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS

El art 206, *LGSM* concede a los socios el derecho de separación cuando la asamblea extraordinaria de accionistas resuelva el cambio de objeto o de nacionalidad de la sociedad o su transformación en otra especie de sociedad. En este supuesto, dicho precepto previene que si el accionista llegara a separarse tendrá derecho a que se le reembolse el importe de sus acciones en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea que haya tomado dichas resoluciones.

#### 13.5.1.3 ADQUISICIÓN DE LA SOCIEDAD DE SUS PROPIAS ACCIONES[29]

Como ya hemos visto, la ley, en su art 134, prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial, en pago de créditos de la sociedad y, además, en su art 138 estatuye que los consejeros y directores que hayan autorizado la adquisición de acciones en contravención a la prohibición legal serán personal y solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad y a los acreedores de ésta.

En el supuesto de que la sociedad adquiera sus propias acciones por adjudicación judicial, el propio art 134 estatuye que deberá venderlas dentro de los tres meses siguientes, contados a partir de la fecha en que legalmente pueda disponer de ellas, y que, si no lo hiciere en ese plazo, las acciones quedarán extinguidas y se procederá a la consiguiente reducción del capital, circunstancia ésta que, en el fondo, constituye también un reembolso del valor de las acciones a su legítimo tenedor, es decir, a la sociedad.

#### 13.5.1.4 REDUCCIONES POR RETIRO PARCIAL O TOTAL DE LAS APORTACIONES

Cuando la sociedad haya adoptado la modalidad de capital variable, el art 220, *LGSM* confiere a los accionistas el derecho de retirar total o parcialmente las aportaciones que hayan realizado para incrementar la parte variable de la sociedad, bajo ciertas condiciones que estudiaremos al ocuparnos de este régimen legal. En este caso, el retiro de las aportaciones también conlleva una reducción real del capital social por reembolso.

### 13.5.2 Reducciones nominales del capital social

A diferencia de las reducciones reales del capital social, las nominales *no* producen una disminución del patrimonio social, habida cuenta de que éste permanece en el mismo monto y lo único que se reduce es la cifra de aquel. En otras palabras, las reducciones nominales del capital social no implican un reembolso del capital social y, por ende, tampoco implican una reducción del patrimonio social.

Las reducciones nominales del capital social generalmente obedecen

*a)* A la liberación concedida a los accionistas de exhibiciones no realizadas, y
*b)* A pérdidas sufridas por la sociedad en el curso de sus operaciones.

[29] Como ya indicamos en la nota de pié de página número 9, el nuevo art 14-*Bis* de la *Ley del Mercado de Valores* autoriza a las sociedades inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios a adquirir temporalmente sus propias acciones.

#### 13.5.2.1 REDUCCIONES POR LIBERACIÓN CONCEDIDA A LOS ACCIONISTAS

Las reducciones del capital social por liberación concedida a los accionistas de exhibiciones no realizadas, supone que al constituir la sociedad o al incrementar el capital social aquellos subscribieron acciones pagadoras, es decir, que no exhibieron totalmente el importe de las acciones.

La liberación que se conceda a los accionistas, a su vez, puede obedecer a dos causas: a la sobrecapitalización de la sociedad o al incumplimiento de la obligación contraída por ellos de pagar el importe de las acciones en la forma y términos convenidos. La primera hipótesis, supone una reducción voluntaria del capital; la segunda, una reducción forzosa.

En efecto, conforme a lo dispuesto en los arts 118 a 121, *LGSM,* en el caso de que los accionistas no cumplan con su obligación de pagar íntegramente el valor de las acciones que hubieren suscrito, la sociedad podrá optar entre vender las acciones o exigir judicialmente el pago de la exhibición en la inteligencia de que, si las acciones no se vendieren en un precio que cubra el valor de la exhibición pendiente, o no se iniciare la reclamación judicial en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha en que debiera hacerse el pago, la sociedad necesariamente deberá declarar extinguidas las acciones pagadoras y deberá proceder a la consiguiente reducción del capital social.

#### 13.5.2.2 REDUCCIONES POR PÉRDIDAS

Si en virtud de vicisitudes adversas la sociedad llegara a perder parte de su capital social, no tendría sentido alguno que continuara manteniendo un capital irreal, toda vez que, conforme a lo previsto en el art 18, *LGSM,* no podría hacer repartición o asignación de utilidades hasta en tanto aquel no sea reintegrado o reducido.

#### 13.5.2.3 PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS Y DE LOS ACREEDORES

Las reducciones del capital social pueden afectar tanto los derechos de los socios como los de los acreedores: los de aquellos por una dilución de su grado de influencia dentro de la sociedad o por un menoscabo en su cuota social: los de los acreedores por una disminución de la garantía de las obligaciones sociales que representa el capital social.

##### 13.5.2.3.1 Protección de los derechos de los socios

De manera similar a lo que ocurre en los casos de aumentos del capital social, las disminuciones reales de éste, por reembolso a los socios, pueden diluir el

grado de influencia que los accionistas ejercen dentro de la sociedad, ya sea privándolos de votos o bien de los derechos que les corresponden sobre el haber social.

Para prevenir que los accionistas sean afectados en sus derechos, la ley ha instituido un procedimiento imparcial y aleatorio para designar las acciones que hayan de ser amortizadas por reembolso. A estos efectos, el art 135, *LGSM* previene que, en tal hipótesis, *"la designación de las acciones que hayan de nulificarse se hará por sorteo ante notario o corredor público"*.

En lo referente a la designación de las acciones por sorteo, **Rodríguez**[30] opina que es "La única forma de llegar a esta amortización, en el derecho mexicano". No participamos de esta opinión porque, a nuestro juicio, también puede lograrse una amortización justa e imparcial de las acciones si se estipula, estatutariamente o al momento de acordar la reducción del capital, que ésta se realice a prorrata entre todos los accionistas.

Asimismo, **Rodríguez** estima que, si hubiese acciones ordinarias y preferentes, "el principio de igualdad obliga a que ambas clases de acciones entren en el mismo sorteo", opinión de la cual disiente **Copper-Royer**[31] quien considera que en este caso deben amortizarse primero las acciones comunes.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con **Rodríguez** en que la amortización debe comprender tanto a las acciones comunes como a las preferentes; pero no por aplicación del principio de igualdad de *derechos,* que no existe entre ambas clases de acciones, sino por aplicación del principio de equidad consagrado en el art 20, *CCDF.* No obstante, también consideramos que estatutariamente puede estipularse que la reducción del capital social por reembolso primero afecte a una o a otra clase de acciones, puesto que la ley, en su art 112, párr segundo, permite atribuir derechos especiales a ciertas clases de acciones, a condición de que no se viole el principio de igualdad de *valor* de las mismas.[32]

Para concluir con el tema referente a la protección de los accionistas, solo nos queda decir que, en el caso de que la asamblea resuelva realizar el reembolso al valor nominal y no real o concreto de las acciones, éstos podrán impugnar los acuerdos que los priven de su derecho a la cuota social, mediante el ejerci-

[30] RODRÍGUEZ, *op cit,* t II, p 208.

[31] Citado por RODRÍGUEZ al pie de la p 209 de la obra mencionada.

[32] De hecho, ésta es una situación que se presenta frecuentemente en la práctica cuando el fin que persigue la sociedad es el de incrementar *temporalmente* sus recursos y flujos financieros mediante la emisión de acciones preferentes tanto para "capitalizar pasivos" como para captar aportaciones de terceros extraños a ella. En estos casos estimamos que no hay ilicitud alguna ni en el aumento ni en la reducción del capital social, puesto que los subscriptores de las acciones o sus causahabientes, lo mismo que los obligacionistas, conocen perfectamente que éstas han de ser amortizadas en el transcurso de cierto plazo o cuando se produzcan ciertas condiciones específicamente determinadas en el contrato social.

cio de la acción de nulidad que se deriva de lo dispuesto por los arts 20 y 1796, *CCDF*, que consagran el principio de equidad y la obligación legal de actuar de buena fe.

#### 13.5.2.3.2 Protección de los acreedores por reducciones reales del capital social

Por ser el capital social de la anónima la suma de la garantía de las obligaciones sociales, es lógico que el legislador se haya preocupado de proteger los intereses de los acreedores imponiendo a la sociedad ciertos requisitos especiales de publicidad del acuerdo de disminución del capital; proveyendo a los acreedores con una acción de oposición a la reducción acordada y facultando a los notarios públicos a autorizar el acuerdo de reducción del capital social (art 5o *LGSM*).

Aunque en diferentes partes de este curso nos hemos referido, directa o indirectamente, a los requisitos que deben observarse en caso de reducción del capital social, por la importancia que reviste el tema, consideramos conveniente repetir algunos de los conceptos antes expresados.

Respecto a las exigencias y a la acción de oposición a que antes nos referimos, la *Ley General de Sociedades Mercantiles* estatuye imperativamente los siguientes requisitos

1o) Que las reducciones del capital social efectuadas por reembolso a los socios deberá publicarse por tres veces en el periódico oficial de la entidad federativa en que tenga su domicilio la sociedad, con intervalos de diez días (art 9o, párr segundo)

2o) Que el acta de la asamblea extraordinaria que contenga el acuerdo de reducción se protocolice ante notario público y se inscriba en el Registro Público de Comercio (art 194, párr final, en relación con el art 21, frac XII, *C Com*).

3o) Que los acreedores de la sociedad podrán oponerse judicialmente, en la vía sumaria, a la reduccion desde el día en que se haya tomado la resolución, hasta cinco días después de la última publicación (art 9o, párr tercero)

4o) Que, habiendo oposición de los acreedores, la reducción no producirá efectos hasta en tanto la sociedad no pague los créditos de los opositores o no los garantice a satisfacción del juez que conozca del asunto o hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada (art 8o, párr tercero)

5o) Que la disminución no se realice por abajo del capital social fundacional que establece la ley (art 89, frac II) o del que convencionalmente se haya determinado

6o) Que la modificación a la escritura social implícita en la reducción del capital sea homologada por la autoridad judicial con intervención del Ministerio Público (arts 260 y 262).

### 13.5.2.3.2.1 REQUISITOS DE PUBLICIDAD

Los requisitos de doble publicidad y eficacia establecidos en los arts 9o, párr segundo y 194, párr final, *LGSM*, 21, frac XII, y 26, *C Com*, plantean el problema de determinar si uno de ellos es excluyente del otro. Esto es, si la publicidad del acuerdo de disminución del capital social hecha en el periódico oficial es suficiente para que la reducción sea eficaz frente a terceros, o bien, si además de ella, se requiere para tal eficacia que el acta que contenga el acuerdo de reducción se inscriba en el Registro Público de Comercio.

En lo referente a esta cuestión entendemos que la reducción del capital social solo será eficaz frente a terceros cuando se observen ambas formas de publicidad y, en consecuencia, que

*a)* Si la sociedad no hiciere las publicaciones ordenadas por el art 9o, los acreedores conservarán la acción de oposición, aun en el supuesto de que se hubiere hecho la correspondiente inscripción en el Registro Público de Comercio, y que

*b)* Si la sociedad no practicare la inscripción en el Registro Público de Comercio, los acreedores también conservarán la acción de oposición, a pesar de que se hubieren hecho las publicaciones previstas en el art 9o.

Estamos conscientes de que nuestra opinión puede parecer excesiva; sin embargo, nos atrevemos a aventurarla en vista de que, en primer lugar, la ley no estatuye expresamente que una forma de publicidad excluye a la otra y de que, en segundo lugar, no existiendo conflicto entre los arts 9o y 194, ni entre éstos y los arts 21, frac XII y 26, *C Com*, donde no distingue el legislador tampoco debe distinguir el intérprete.

### 13.5.2.3.2.2 EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN

Es evidente que una vez hecha la doble publicidad de la reducción del capital social, la acción de oposición corresponde únicamente a los acreedores anteriores a la misma, pues, si interpretaramos a *contrario sensu* el art 26, *C Com*, los acreedores posteriores no pueden reclamar la ineficacia del acuerdo de disminución, toda vez que ya debían conocerlo. Del mismo modo, entendemos que los acreedores anteriores a la reducción no pueden oponerse a ella respecto a los *créditos posteriores* que otorguen a la sociedad después de la doble publicación, porque atenta contra lo dispuesto por el citado art 26 y contra la lógica jurídica el pretender la ineficacia de un acto que surte efectos contra terceros precisamente por el hecho de su publicidad.[33]

[33] En contra, MANTILLA MOLINA y FRISCH PHILLIP, Walter, quienes consideran que la protección legal de los acreedores comprende tanto las *deudas* anteriores como las posteriores a la reducción. *Cfr La sociedad anónima mexicana*, Porrúa, 1979, p 311.

En cuanto al ejercicio de la acción de oposición, nos remitimos a lo expuesto en la sección 11.6 al tratar de las reducciones del capital social de la sociedad de responsabilidad limitada. Por tanto, nos concretaremos a repetir que la oposición debe intentarse en la vía ordinaria mercantil, por no estar regulada por el *Código de Comercio* la vía sumaria y que nuestro orden constitucional no faculta a las entidades federativas a legislar en materia procesal mercantil, según dejamos apuntando en la nota de pie de página núm 25 del capítulo 11.

#### 13.5.2.3.2.3 CONSERVACIÓN DEL CAPITAL FUNDACIONAL

De acuerdo con lo que dejamos expresado al tratar sobre el subprincipio del capital mínimo, consideramos que, ante la insuficiencia actual del capital fundacional que establece la ley, los accionistas pueden estipular que, como garantía de las obligaciones sociales, el capital fundacional sea *intangible* y superior al mínimo legal de veinticinco mil pesos. Ahora bien, si el contrato social contuviere tal estipulación, es obvio que la reducción del capital por abajo del mínimo convencional facultará a los acreedores a ejercitar la acción de oposición establecida en el art 9o.

#### 13.5.2.3.2.4 AUTORIZACIÓN NOTARIAL

La autorización notarial de la escritura que contenga el acuerdo de reducción del capital social, sólo cumple con su función protectora de los intereses de los acreedores cuando los notarios adviertan que la reducción se realizó por abajo del capital social fundacional, legal o convencional.

Por último, consideramos necesario puntualizar que, desde nuestro punto de vista, el derecho de oposición comprende todos los casos de reducción real del capital social por reembolso, inclusive los que se produzcan por separación de los socios o por retiro parcial o total de las aportaciones hechas respecto a la parte variable del capital.

### 13.5.2.3.3 Protección a los acreedores por reducciones nominales del capital social

El único caso de protección a los intereses de los acreedores que contempla la ley por reducciones nominales del capital social, es el que se produce como consecuencia de la liberación concedida a los socios de realizar exhibiciones pendientes y para el cual el art 9o establece los mismos requisitos que para el de reducción por reembolso del capital social.

La *ratio legis* del dispositivo en cuestión descansa en la circunstancia de que los accionistas solo están obligados al pago de sus aportaciones y de que los acreedores de la sociedad, además, tienen acción para exigirles que cumplan con tal obligación (art 24, párr final). Consecuentemente, en este supues-

to, los acreedores gozan de dos acciones: una, de oposición a la reducción del capital y, la otra, de cumplimiento de la obligación de aportar.

En cuanto al caso de reducción del capital social para absorber pérdidas, **Mantilla Molina**[34] considera que también está sujeto a las reglas del art 9o

> Ya que el mencionado precepto tiene como finalidad proteger a los acreedores sociales, que también pueden resultar perjudicados por una ampliación del capital social a las pérdidas sufridas por la sociedad, en cuanto deja a los socios en la posibilidad de repartirse las utilidades que en lo porvenir obtenga la sociedad, y que sin la reducción quedarían en el patrimonio social y aumentarían la garantía de los acreedores.

En contra de esta opinión, **Rodríguez**[35] sostiene que la aplicación del art 9o no atañe al caso, porque "la reducción, de hecho, ya estaba efectuada y solo se trata de poner de acuerdo, jurídicamente hablando, capital y patrimonio". Estamos de acuerdo con **Rodríguez** por las razones que expone y, además, porque la ley concede a los acreedores la acción de oposición *únicamente* en los casos de reembolso del capital y de liberación de la obligación de realizar las aportaciones prometidas. Abundando sobre esta idea, queremos puntualizar que la apoyamos no tanto en una interpretación judaica de la ley, sino también en el hecho de que, en todo caso, los acreedores tienen otros remedios para exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales aun antes de que exista la posibilidad de que se repartan las utilidades que en lo porvenir obtenga la sociedad.

Naturalmente, en los casos de reducción del capital social para absorber pérdidas, ésta ha de ser soportada por todos los accionistas a prorrata, salvo que en el contrato social se haya estipulado una distribución no proporcional de ellas (art 16, párr primero, frac I).

## 13.6 PROCEDIMIENTOS PARA REDUCIR EL CAPITAL SOCIAL

El acuerdo de reducción del capital social, real o nominal, debe tomarse por la asamblea general extraordinaria de accionistas, según dispone el art 182, frac III, *LGSM*. La exigencia legal de cumplir con esta formalidad, constituye una protección indirecta de los derechos de los accionistas dado que pueden oponerse al acuerdo de reducción, en los términos del art 201, *LGSM*, cuando consideren lesionados sus intereses.

La ejecución de las reducciones de capital se realiza

*i)* Por cancelación o nulificación de las acciones
*ii)* Por extinción de las acciones

[34] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 364.
[35] RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 205. *Cfr* Además, VÁZQUEZ ARMINIO, Fernando, *Sociedades mercantiles, en la reforma de la legislación mercantil*, Porrúa (sin fecha de edición), pp 204 y 205.

*iii)* Por reducción de su valor nominal, y
*iv)* Por fusión de las acciones.

### 13.6.1 Cancelación o nulificación de las acciones

En el caso de reducción del capital social mediante reembolso a los accionistas, previsto en el art 135, *LGSM,* la designación de las acciones que hayan de cancelarse o nulificarse puede realizarse por sorteo,[36] a prorrata o conforme a lo estipulado en el contrato social, según ya dejamos apuntado al ocuparnos de la protección de los derechos de los accionistas.

### 13.6.2 Extinción de las acciones

Si las reducciones de capital son forzosas, es decir, si obedecen a que la sociedad concedió a sus accionistas la liberación de realizar aportaciones no exhibidas o a que adquirió sus propias acciones, el procedimiento se reduce a declararlas extinguidas, según previenen los arts 121 y 134, *LGSM.*

### 13.6.3 Reducción del valor nominal de las acciones

Esta forma de reducción supone "que todos los accionistas soporten proporcionalmente al número de sus acciones el sacrificio que impone la reducción que ha sido acordada".[37] En consecuencia, este procedimiento solo puede ejecutarse en los casos en que la reducción provenga de reembolsos o de liberaciones concedidas a los accionistas hechos a prorrata, o bien, de la aplicación de pérdidas de forma proporcional a las aportaciones de cada socio.

### 13.6.4 Fusión de acciones

La reducción del capital social por fusión de acciones se realiza mediante la substitución de un número determinado de ellas por otro menor de igual valor nominal.[38]

[36] RODRÍGUEZ, *op cit,* t II, p 207, llama amortización de acciones al procedimiento de designar por sorteo las que hayan de reembolsarse. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el verbo *amortizar,* entre otras cosas, significa "recuperar los fondos invertidos en un negocio" y lo mismo se aplica a los reembolsos de las aportaciones que se realicen con capital o con utilidades distribuibles.

[37] RODRÍGUEZ, *op cit,* t II, p 210.

[38] En la práctica, este procedimiento es conocido como *contra-split,* en contraposición al procedimiento de *split* que consiste en sustituir las acciones en circulación por un número mayor de ellas con el objeto de reducir su valor nominal o de mercado y, con ello, de facilitar su colocación entre el gran público inversionista.

Este procedimiento presenta el inconveniente de que algunos socios no tengan el número de acciones en la proporción necesaria para canjearlas por las nuevas, lo cual los fuerza a vender las que posean o a aceptar, conjuntamente con otros socios, la copropiedad de ellas.

**Rodríguez** estima que el procedimiento de fusión de acciones en nada se opone a la ley y que puede aplicarse

> *Siempre que exista en los estatutos cláusula que permita expresamente la utilización del mismo,* y que todos los accionistas queden sometidos al procedimiento, para que se respete el principio de la igualdad.[39]

Esto no obstante, **Frisch Philipp** disiente de la opinión de **Rodríguez**, pues considera que la fusión de acciones no requiere de una disposición estatutaria para su procedencia, "dado que la ley no establece tal requisito", razón por la cual cree

> Que la asamblea que resuelva sobre una reducción de capital social puede servirse, según su libre voluntad, del medio de reducción del valor nominal de las acciones o de su fusión.

En lo que nos corresponde, compartimos la opinión de **Frisch Phillip** habida cuenta de que, efectivamente, la *LGSM* no establece el requisito de que se prevea en el contrato social la fusión de acciones. Por otra parte, **Frisch** participa de la opinión de **Rodríguez** en cuanto a que debe observarse el principio de igual trato entre los accionistas.[40]

## 13.7 CASOS ESPECIALES DE INCREMENTO DEL PATRIMONIO SOCIAL

El patrimonio social puede ser incrementado en dos casos especiales que no conllevan un aumento del capital social. Tales casos se producen

*i)* Cuando los socios realizan aportaciones para reintegrar el capital social que hubiera sufrido menoscabos por pérdidas (art 18, *LGSM*), y
*ii)* Cuando los socios realicen aportaciones para futuros aumentos de capital (art 116, párr primero, *LGSM*).

Aunque ambos casos no ameritan mayores comentarios, sí nos parece conveniente anotar que, para efectos fiscales, las aportaciones para futuros aumentos de capital no son consideradas partidas patrimoniales, sino créditos a cargo de la sociedad, motivo por el cual con frecuencia se les da contablemente el tratamiento de pasivos.

[39] Las cursivas son del autor, RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 210.
[40] *Ídem*, p 308.

## 13.8 CASOS DE DISMINUCIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL

El patrimonio social puede ser válidamente disminuido, sin que ello implique una reducción del capital social, en dos casos

*i)* Cuando la sociedad decrete el pago de dividendos, y
*ii)* Cuando acuerde amortizar sus acciones con utilidades repartibles.

### 13.8.1 Decreto de dividendos

En otro lugar nos hemos referido al derecho que tienen los accionistas a participar en la distribución de los beneficios y a los requisitos que deben cumplirse para que tal distribución sea válida, por lo que no habremos de insistir en este punto.[41] Empero, nos parece pertinente hacer notar que el derecho a participar en la distribución de los beneficios recibe en la sociedad anónima el nombre de derecho al dividendo y que, como consecuencia de su ejercicio, se produce una disminución del patrimonio social porque el reparto se aplica precisamente contra la cuenta de utilidades que, como es sabido, forma parte del haber social.

### 13.8.2 Amortización de acciones con utilidades repartibles

Según hemos visto con anterioridad,[42] el art 136, *LGSM* prevé la posibilidad de que la sociedad amortice sus acciones con utilidades repartibles, sin que ello conlleve una reducción del capital social.

Las reglas de amortización contempladas por el dispositivo legal en cuestión y en el art 137, *LGSM,* son las siguientes

*a)* La amortización deberá ser decretada por la asamblea extraordinaria de accionistas
*b)* Solo podrán amortizarse acciones íntegramente pagadas
*c)* La adquisición de las acciones para amortizarlas se hará en Bolsa; pero si en el contrato social o el acuerdo de la asamblea general fijaren un precio determinado, las acciones amortizadas se designarán por sorteo ante notario o corredor titulado, bien entendido que el resultado del sorteo deberá publicarse por una sola vez en el periódico oficial de la entidad federativa del domicilio de la sociedad
*ch)* Los títulos de las acciones amortizadas quedarán anulados y en su lugar *podrán* emitirse acciones de goce, cuando así lo prevenga expresamente el contrato social

[41] *Supra* Sección 5.2.4.2.
[42] *Ídem.*

*d)* En el evento de que se emitan acciones de goce, éstas *podrán conferir o no* a sus titulares el derecho de voto y *deberán* otorgarles un derecho limitado a las utilidades y al haber social (art 137)

*e)* La sociedad conservará a disposición de los tenedores de las acciones amortizadas, por el término de un año, contado a partir de la fecha de la publicación antes mencionada, el precio de las acciones sorteadas y, en su caso, las acciones de goce; si vencido este plazo no se hubieren presentado los tenedores de las acciones amortizadas a recoger su precio y las acciones de goce, aquel se aplicará a la sociedad y éstas quedarán anuladas.

En la hipótesis legal que nos ocupa también se produce una disminución del patrimonio social puesto que, como en el caso de la distribución de dividendos, la amortización se aplica contra la cuenta de utilidades, lo cual ha motivado que la doctrina difiera en cuanto a la naturaleza jurídica de la amortización. Acerca de esta cuestión se han propuesto básicamente dos puntos de vista contradictorios que son conocidos como *Teoría del Dividendo Extraordinario*, debida especialmente a **Thaller**, y como *Teoría del Reembolso*, atribuida a **Lyon Caen y Renault** y a **Valery y Batardon.**[43]

### 13.8.2.1 TEORÍA DEL DIVIDENDO EXTRAORDINARIO

Conforme al punto de vista de **Thaller**, la amortización de acciones con utilidades repartibles equivale a la distribución de un dividendo extraordinario por cuanto al titular de las acciones amortizadas se le restituye no su aportación, sino el equivalente de ella y conserva la posibilidad de recuperar su aportación cuando la sociedad entre en la etapa de liquidación. **Mantilla Molina**[44] parece aceptar esta tesis puesto que afirma que las acciones de goce tienen propiamente la categoría de tales y que

> Desde el momento en que el capital social permanece intacto, en realidad lo que se ha entregado al accionista no es una parte alícuota de dicho capital, y no hay por qué desconocerle el carácter de socio.

### 13.8.2.2 TEORÍA DEL REEMBOLSO

Según esta teoría, a la cual se adhiere **Rodríguez**, la amortización de las acciones con utilidades repartibles implica un reembolso del importe de la acción, por las siguientes razones

*a)* Al menos en México, "el texto de la Exposición de Motivos niega a las acciones de goce el carácter de acciones"

[43] Todos estos autores citados por RODRIGUEZ, *op cit*, t I, pp 305 y ss.

[44] MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 388.

*b)* La emisión de acciones de goce no es forzosa, sino potestativa para la sociedad, lo que sería ilógico si se tratase de un dividendo extraordinario, porque en virtud de este dividendo se privaría al socio de todos sus derechos

*c)* "Porque tampoco se explicaría que, en la participación de los beneficios y en la cuota de liquidación, queden pospuestos los titulares de las acciones de goce a los demás accionistas, sino se reconoce que la ley configuró así esta situación, porque, sin duda, entendió que la *acción quedaba reembolsada en su capital*", y

*ch)* Si se tratase de un dividendo extraordinario, tampoco sería concebible que pudiese privarse al accionista del derecho de voto.

## 13.9 NUESTRA OPINIÓN

A nuestro modo de ver, la amortización de acciones con utilidades repartibles constituye un reembolso de las aportaciones de los socios porque, siendo *potestativo* para la sociedad emitir acciones de goce, sería ilógico, cuando no las emitiera, atribuirles a los titulares de las acciones amortizadas el derecho de voto y de participar en las utilidades y en el haber social, como parecen insinuarlo **Thaller** y **Mantilla Molina**; además de que, como en la hipótesis de la amortización por reembolso prevista en el art 135, la amortización con utilidades repartibles supone la supresión del puesto de socio, aun en el caso de que se emitan acciones de goce.

En efecto, el hecho de que los titulares de las acciones de goce disfruten limitadamente de ciertos derechos económicos y de consecución no significa que tengan el carácter de socios, de la misma manera que no lo tienen los titulares de las acciones de trabajo.

CAPÍTULO
14

# SOCIEDAD ANÓNIMA. LA ACCIÓN

## SUMARIO


**14.1 SUS ORÍGENES Y SU CLASIFICACIÓN GENERAL**
- 14.1.1 Orígen histórico
- 14.1.2 Clasificación general

**14.2 LA ACCIÓN. SU CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN COMO PARTE ALÍCUOTA DEL CAPITAL SOCIAL**
- 14.2.1 La acción como parte alícuota del capital social
  - 14.2.1.1 Características de las acciones
    - 14.2.1.1.1 Igualdad de valor
      - 14.2.1.1.1.1 Valor nominal igual
      - 14.2.1.1.1.2 Valor nominal mínimo
    - 14.2.1.1.2 Indivisibilidad de las acciones
      - 14.2.1.1.2.1 Copropiedad
      - 14.2.1.1.2.2 Indivisión forzosa de los títulos

**14.3 CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN COMO TÍTULO-VALOR**
- 14.3.1 Clasificación de los títulos-valor
- 14.3.2 Clasificación de las acciones en cuanto títulos-valor corporativos
- 14.3.3 Clasificación de las acciones en cuanto a su *ley de circulación*
  - 14.3.3.1 Tesis doctrinales
  - 14.3.3.2 Legislación mexicana
    - 14.3.3.2.1 Clasificación de los títulos por su titular
      - 14.3.3.2.1.1 Títulos nominativos
      - 14.3.3.2.1.2 Títulos al portador
    - 14.3.3.2.2 Clasificación de los títulos por su forma de circulación
      - 14.3.3.2.2.1 Transmisión cambiaria (endoso)
      - 14.3.3.2.2.2 Transmisión no cambiaria (cesión ordinaria)
        - 14.3.3.2.2.2.1 Títulos negociables
        - 14.3.3.2.2.2.2 Títulos no negociables
        - 14.3.3.2.2.2.3 Títulos registrables
      - 14.3.3.2.2.3 Tradición de los títulos
- 14.3.4 Caracterización de las acciones

**14.4 LA ACCIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA CALIDAD DE SOCIO**

**14.5 OTRAS CLASIFICACIONES DE LAS ACCIONES**
- 14.5.1 Clasificación de las acciones por los derechos que atribuyen

14.5.1.1 Acciones comunes
14.5.1.2 Acciones preferentes
14.5.1.2.1 Acciones preferentes de voto pleno (también llamadas preferibles)
14.5.1.2.1.1 Acciones preferentes de voto limitado
14.5.1.2.1.2 Acciones preferentes de voto limitado no participantes
14.5.1.3 Acciones privilegiadas
14.5.2 Clasificación de las acciones por su característica de ser partes del capital social
14.5.2.1 Por la expresión de su valor
14.5.2.1.1 Acciones con expresión de valor nominal
14.5.2.1.2 Acciones sin expresión de valor nominal
14.5.2.2 Por la clase de aportación que representan
14.5.2.2.1 Acciones de numerario liberadas
14.5.2.2.2 Acciones de no numerario liberadas
14.5.2.2.3 Acciones de numerario pagadoras
14.5.2.2.4 Acciones de especie pagadoras
14.5.2.3 Por su valor de emisión
14.5.2.3.1 Acciones a la par
14.5.2.3.2 Acciones sobre la par
14.5.2.3.3 Acciones bajo la par

**14.6 ACCIONES IMPROPIAS**

14.6.1 Acciones de goce
14.6.2 Acciones de trabajo
14.6.3 Acciones de tesorería

**14.7 CREACIÓN Y EMISIÓN DE LAS ACCIONES**

**14.8 REPOSICIÓN Y REIVINDICACIÓN DE LAS ACCIONES**

14.8.1 Procedimiento de reposición de las acciones no cotizadas en bolsa
14.8.2 Reposición de acciones cotizadas en bolsa
14.8.3 Reivindicación de las acciones

## 14.1 SUS ORÍGENES Y SU CLASIFICACIÓN GENERAL

### 14.1.1 Origen histórico

No existe consenso entre los historiadores del derecho mercantil respecto al origen de la acción. Algunos autores creen encontrar su antecedente en los documentos probatorios de la calidad de socio que expedía el Banco de San Jorge de Génova, los cuales, al parecer, eran libremente transmisibles. Sin embargo, parece no haber duda de que las primeras acciones modernas fueron emitidas por la Compañía Holandesa de las Indias Orientales en los primeros años del siglo XVII.[1]

En sus orígenes, como quedó expresado, las acciones eran simples documentos probatorios de la calidad de socio, de manera que, cuando tal calidad se transmitía, era necesario cancelar el título anterior y expedir uno nuevo. Más tarde, a medida que avanzó la doctrina y práctica de la emisión de los títulos de crédito, la acción adquirió, en una primera etapa, las características propias de los títulos nominativos hasta que "se acabó por prescindir del nombre del titular para abrir una amplia vía a los documentos al portador".[2]

### 14.1.2 Clasificación general

Tradicionalmente, la doctrina[3] ha enfocado el estudio de la acción desde un triple punto de vista

*i)* Como parte alícuota del capital social
*ii)* Como título-valor, y
*iii)* Como expresión de la calidad de socio.

[1] GARRIGUES, Joaquín, afirma que "El uso de la palabra acción se remonta a 1606", *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, 1981, p 410.

[2] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t I, Porrúa, 1965, p 268.

[3] *Cfr* Entre otros,. RODRÍGUEZ, *op cit*, p 268; GARRIGUES, *op cit*, p 450; CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, Herrero, 1982, p 134; VÁZQUEZ ARMINIO, Fernando, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, 1985, etcétera.

## 14.2 LA ACCIÓN. SU CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN COMO PARTE ALÍCUOTA DEL CAPITAL SOCIAL

El triple enfoque de la acción que acabamos de señalar permite definirla como

> *La parte alícuota del capital social representada en un título-valor que atribuye a su tenedor legítimo la condición de socio y la posibilidad de ejercitar los derechos que de ella emanan, así como de transmitir dicha condición en favor de terceros.*

### 14.2.1 La acción como parte alícuota del capital social

En numerosas ocasiones hemos dicho que el capital social es la suma de las aportaciones de los socios. Pues bien, conforme a los arts 111 y 112, *LGSM*, el capital social se divide en títulos nominativos de igual valor, los cuales sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y reciben el nombre de acciones.

Por consiguiente, la acción es una parte fraccionaria del capital social que expresa en dinero el monto de las aportaciones de los socios, aun cuando las prestaciones sean de no numerario.[4]

Asimismo, dado que el capital social forma parte del patrimonio, la acción, además de expresar una fracción de aquel, también expresa una fracción del patrimonio, circunstancia que nos permite atribuirle dos valores: el nominal o abstracto, que es el que resulta de dividir el importe total del capital social entre el número de acciones y el real o concreto, también llamado valor contable o patrimonial, que resulta de dividir el monto total del patrimonio social entre el número de acciones.

Conforme a algunos sistemas legales, el capital social no está divido en acciones, sino en cuotas que expresan una parte de aquel de forma fraccionaria, ya sea decimal (un décimo, un centésimo), ya cardinal, (un dozavo) o simplemente fraccionaria (un cuarto, un medio). La principal distinción que se ha establecido entre acción y cuota estriba en que la primera *siempre* expresa una parte alícuota del capital social, en tanto que la segunda *puede* llegar a expresar una parte alicuanta del mismo,[5] es decir, que la cuota no forzosa o necesariamente tiene que representar una parte alícuota.

[4] Por excepción, las acciones sin expresión de valor nominal no expresan en dinero el monto de las aportaciones de los accionistas.

[5] Las *Reales Ordenanzas de Minería de la Nueva España* establecían que las minas se dividían idealmente en veinticuatro *barras*. Algunos autores consideran que las *barras* representaban cuotas del capital social. No estamos de acuerdo con esta opinión, porque de la lectura de las *Reales Ordenanzas de Minería*, se deduce que las *barras*, lo mismo que los actuales *quirates* de nuestra *Ley de Navegación y Comercio Marítimo* (arts 112 a 115) representaban fracciones ideales de la copropiedad.

### 14.2.1.1 CARACTERÍSTICAS DE LAS ACCIONES

Por el hecho de representar una parte alícuota del capital social, las acciones reúnen dos características esenciales: la de la igualdad de su valor nominal y la de su indivisibilidad.

#### 14.2.1.1.1 Igualdad de valor

##### 14.2.1.1.1.1 VALOR NOMINAL IGUAL

La *Ley General de Sociedades Mercantiles,* en su art 112, establece imperativamente que las acciones serán de igual valor y a continuación enuncia que conferirán iguales derechos, salvo que en el contrato social se estipule que el capital social se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase.

La circunstancia de que pueda haber acciones con derechos especiales no significa que pueda haberlas de valores desiguales, puesto que el art 113, *LGSM* estatuye, también imperativamente, que cada acción solo tendrá derecho a un voto, lo cual impide, lógicamente, que puedan emitirse acciones de valor desigual.

##### 14.2.1.1.1.2 VALOR NOMINAL MÍNIMO

La *LGSM* es omisa en cuanto al valor mínimo nominal que deben expresar las acciones. La omisión causa extrañeza máxime si se tiene en cuenta que, tratándose de las partes sociales que pueden emitir las sociedades de responsabilidad limitada, el art 62 establece que éstas ***"en todo caso serán de mil pesos o de un múltiplo de mil pesos"***.

En la práctica, las acciones suelen emitirse en múltiplos de cien, de mil o de diez mil pesos; pero, ante la omisión legal, nada impide que puedan emitirse con expresión de pesos y fracciones de pesos, a condición de que el valor de cada acción sea igual al de las otras.[6]

#### 14.2.1.1.2 Indivisibilidad de las acciones

##### 14.2.1.1.2.1 COPROPIEDAD

El art 122, *LGSM* dispone que

> *Cada acción es indivisible y, en consecuencia, cuando haya varios propietarios de una misma acción, nombrarán un representante común, y si no*

[6] De hecho, con motivo de la "reestructuración de pasivos" de una sociedad anónima, se planteó la posibilidad de emitir acciones cuyo valor nominal expresaría pesos y centavos; esto porque algunos de los acreedores extranjeros de la sociedad que se interesaban en aportarle los créditos que tenían contra ella consideraban que la "capitalización de pasivos" debería incluir hasta el último centavo. Las acciones en cuestión nunca llegaron a emitirse; pero, en todo caso, nada hubiera impedido que su valor se expresara en pesos y en fracciones de un peso.

*se pusieren de acuerdo, el nombramiento será hecho por la autoridad judicial.*

Y a continuación agrega que

*El representante común no podrá enajenar o gravar la acción, sino de acuerdo con las disposiciones del derecho en materia de copropiedad.*

Las disposiciones del art 122 son una consecuencia propia del mandato legal de que a cada acción corresponde un voto y del hecho de que la copropiedad, en principio, es indivisible. En efecto, si dos o más personas fueran propietarias de una sola acción y ésta fuera divisible, resultaría que la acción atribuiría tantos votos como copropietarios hubiera, lo cual es contrario al precepto legal en cuestión.

Por otra parte, la obligación impuesta a los copropietarios de una sola acción de nombrar un representante común tiene por objeto dar certeza a la sociedad respecto a la persona autorizada para ejercitar los derechos incorporados en el título.

La forma de administrar la acción y de ejercitar los derechos inherentes a ella se rige por las convenciones de los copropietarios y, a falta de contrato o de disposición especial, por las disposiciones del derecho común (art 941, *CCDF*).

### 14.2.1.1.2.2 INDIVISIÓN FORZOSA DE LOS TÍTULOS

Dado que el art 126, *LGSM* prevé que los títulos de las acciones podrán amparar una o varias de ellas, es frecuente que, cuando dos o más personas son propietarias de un título que ampara varias acciones, se considere que en este supuesto se aplica lo ordenado por el art 122.

En nuestra opinión, la hipótesis del art 122 se refiere a la *copropiedad de una sola acción,* en tanto que la del 126 alude a la *indivisión forzosa de un título que ampara varias acciones* y a la que, por consiguiente, no se le aplican las reglas del primero de los preceptos legales citados. Por ejemplo, si dos personas son propietarias a partes iguales de un solo título que ampara cien acciones, a cada una de ellas le corresponderán los votos y derechos de cincuenta acciones.[7]

[7] Los casos de indivisión forzosa de bienes son frecuentes. Considérese, por caso, dos personas que son propietarias de una misma casa de dos pisos de la cual la planta baja corresponde a una de ellas y la alta a la otra. En este supuesto, como en el del condominio de bienes, la porción que corresponde a cada persona es perfectamente identificable.

## 14.3 CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN COMO TÍTULO-VALOR

La característica esencial de los títulos-valor es la de que no solo son documentos probatorios, sino que además son constitutivos y dispositivos de los derechos que consignan.[8] En otras palabras, los títulos-valor son documentos

*a)* Que llevan incorporados los derechos que confieren a sus legítimos tenedores, y

*b)* Que son necesarios para ejercitar y transmitir los derechos en ellos consignados (arts 5o, 17 y 18, *LGTOC* y 111 *LGSM*).

### 14.3.1 Clasificación de los títulos-valor

Doctrinalmente los títulos-valor suelen clasificarse en *obligacionales, reales, de participación y corporativos.* Los *títulos obligacionales* son aquellos que contienen una promesa o una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero. Entre ellos se cuentan los títulos de crédito, como la letra de cambio y el pagaré. Los *títulos reales* son los que atribuyen a su legítimo tenedor el derecho exclusivo a disponer de los bienes que en ellos se mencionan. Se incluyen en ellos el conocimiento de embarque y el certificado de depósito. Los *títulos de participación* son aquellos que confieren a su legítimo tenedor el derecho a una parte alícuota de ciertos fondos o bienes, y de sus frutos y rendimientos. Se cuentan entre éstos los certificados de participación. Por último, los *títulos corporativos* son los que atribuyen a sus legítimos tenedores la calidad (*estatus*) de miembros de una corporación.

### 14.3.2 Clasificación de las acciones en cuanto títulos-valor corporativos

Una parte importante de la doctrina incurre en el error de considerar a las acciones como títulos de crédito,[9] es decir, como documentos obligacionales que consignan una promesa o una orden incondicional de pago. Este error proviene de que las acciones, en tanto que son títulos-valor, participan de algunas de las características de los títulos obligacionales. Sin embargo, debe advertirse que las acciones se rigen por las disposiciones relativas a los títulos de crédito

[8] *Cfr* TENA, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano,* Porrúa, 1964, pp 299 y ss; MANTILLA MOLINA, *op cit,* p 364; RODRÍGUEZ, *op cit,* t I, p 274; CERVANTES AHUMADA, *op cit,* p 134; FRISCH PHILIPP, Walter, *La sociedad anónima mexicana,* Porrúa, 1979, p 110; ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil,* Editora Nacional, 1981, p 251, etcétera.

[9] *Cfr* ASCARELLI, Tulio, *Derecho mercantil,* Porrúa, 1940, p 144; DE PINA VARA, Rafael, *Derecho mercantil mexicano,* Porrúa, 1984, p 100; MUÑOZ, Luis, *Derecho mercantil,* t II, Herrero, 1953, p 19.

*en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la Ley General de Sociedades Mercantiles* (arts 111, *LGSM* y 22, *LGTOC*).

En cuanto títulos-valor corporativos, doctrinalmente se ha clasificado a las acciones como

1 *Títulos* ***privados*** Porque se emiten por entidades de derecho privado y no por entidades de derecho público
2 *Títulos* ***seriales*** Porque, en todos los casos, forman parte de una serie de títulos iguales
3 *Títulos* ***únicos*** Porque no permiten que se emitan duplicados o copias de ellos
4 *Títulos* ***unitarios*** Porque no admiten división
5 *Títulos* ***principales*** Porque su existencia no depende de otros, como es el caso de los cupones y de los bonos de prenda
6 *Títulos* ***nominativos*** Porque están expedidos a favor de una persona, cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento (en virtud de las reformas a la *LGSM*, 30 dic 1982, quedó derogada la posibilidad de emitir acciones al portador por razones fiscales)
7 *Títulos* ***nominados*** Porque su nombre, emisión y características, están previstos y regulados expresamente por la ley
8 *Títulos* ***corporativos*** Porque una de sus funciones consiste en atribuir a su titular la calidad de socio, de miembro de una corporación
9 *Título* ***de especulación*** Porque por su función económica, su titular no conoce los frutos o rendimientos que eventualmente puede producir
10 *Títulos* ***causales*** Porque los derechos que conceden y las obligaciones que imponen están vinculados al contrato social, de manera que no son autónomos ni estrictamente literales, pues "en el caso de discrepancia entre el texto de la escritura constitutiva y el de la acción prevalecerá el de la escritura; y la nulidad de ésta acarreará la ineficacia del título".[10] A nuestro juicio, ésta es la característica más importante de las acciones.

## 14.3.3 Clasificación de las acciones en cuanto a su *ley de circulación*

### 14.3.3.1 TESIS DOCTRINALES

La doctrina, nacional y extranjera, ha propuesto una clasificación muy confusa de los títulos-valor en cuanto a su *ley de circulación.*[11] Sin embargo, en tér-

[10] CERVANTES AHUMADA, *op cit*, p 134. También consideran a la acción como título causal, RODRÍGUEZ, *op cit*, p 275; MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 345; FRISCH PHILIPP, *op cit*, p 113, etcétera.

[11] *Cfr* MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 369; FRISCH PHILIPP, *op cit*, p 127; RODRÍGUEZ, *op cit*, p 310; TENA, *op cit*, p 391; GARRIGUES, *op cit*, p 463; ABASCAL ZAMORA, José María, "Los títulos nominativos en México", en *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, 1984, p 11, LABARIEGA V., Pedro Alfonso, "La cláusula a la orden", en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vázquez del Mercado*, Porrúa, 1982, pp 670 y ss; I. JELONCHE, Edgar y MARTÍN, José María, *La nominatividad de las acciones y trascendencia tributaria*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

minos generales, podemos decir que los títulos-valor, en especial los de crédito, han sido doctrinalmente clasificados en nominativos; a la orden; no a la orden (no negociables) y al portador.

*a)* Los *títulos* ***nominativos*** Son aquellos que están expedidos a nombre de persona determinada y cuya transmisión se realiza por endoso, tradición e inscripción de la transmisión en un libro de registro del emisor

*b)* Los *títulos* ***negociables o a la orden*** Son los que también están expedidos a nombre de persona determinada, y cuya transmisión se perfecciona por endoso y tradición

*c)* Los *títulos* ***no negociables o no a la orden*** Son aquellos expedidos a favor de persona determinada cuyo nombre se consigna en el texto del documento y cuya transmisión *sólo* se realiza por cesión y entrega del título

*ch)* Los *títulos* ***al portador*** Son los que no están expedidos a nombre de persona determinada y cuya transmisión se perfecciona por la simple entrega del título.

En este mismo orden de ideas, algunos tratadistas llaman *registrables* a los títulos cuya transmisión se perfecciona mediante su inscripción en un registro del emisor y *autónomos* o *no causales* a los *negociables,* porque se transmiten por endoso y, en consecuencia, conservan las características de incorporación, literalidad, autonomía, abstracción y legitimación, propias de los títulos obligacionales transmitidos por ese medio.

### 14.3.3.2 LEGISLACIÓN MEXICANA

Nuestra legislación no ha recogido, ni sistemática ni íntegramente, ninguno de los criterios de clasificación que ha propuesto la doctrina acerca de la *ley de circulación* de los títulos-valor. No obstante, de la lectura de los arts 21, 23 al 27, 69 y 70, *LGTOC,* se infiere que el legislador clasifica los títulos-valor atendiendo tanto a su titular como a su forma de circulación.

#### 14.3.3.2.1 Clasificación de los títulos por su titular

Por su titular, los títulos de crédito se subclasifican en nominativos y al portador.

##### 14.3.3.2.1.1 TÍTULOS NOMINATIVOS

Como su nombre lo indica, son aquellos expedidos a favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento (art 23).

##### 14.3.3.2.1.2 TÍTULOS AL PORTADOR

Son los que no están expedidos a favor de persona determinada, contengan o no la *cláusula al portador* (art 69). Dado que la legislación en su estado actual no admite la emisión de acciones al portador, no habremos de ocuparnos de esta clase de títulos.

#### 14.3.3.2.2 Clasificación de los títulos por su forma de circulación

Antes de abordar el tema de la forma de circulación de los títulos-valor, nos parece conveniente desarrollar los conceptos que bosquejamos al tratar de las partes sociales respecto a los efectos que producen su transmisión cambiaria y su opuesta, la transmisión no cambiaria.

##### 14.3.3.2.2.1 TRANSMISIÓN CAMBIARIA (ENDOSO)

La transmisión cambiaria también es llamada por la doctrina *cesión especial* o, más comúnmente, *endoso*. La transmisión cambiaria produce el efecto de que el obligado (deudor) *no* puede oponer al endosatario (cesionario) las excepciones que tuviere contra el endosante (cedente) antes de la transmisión del título, según dispone, *a contrario sensu*, el art 27, *LGTOC*. No obstante, debe tenerse en cuenta que la transmisión por endoso de los títulos *no negociables* produce el efecto de una cesión ordinaria, como veremos más adelante.

##### 14.3.3.2.2.2 TRANSMISIÓN NO CAMBIARIA (CESIÓN ORDINARIA)

La transmisión no cambiaria también es denominada *cesión ordinaria*. En virtud de ella, la transmisión del título se realiza por cualquier medio legal distinto del endoso. Produce el efecto de una cesión ordinaria, toda vez que sujeta al adquirente (cesionario) a todas las excepciones que el obligado (deudor) habría podido oponer al autor de la transmisión (cedente) antes de ésta, conforme a lo previsto por el art 27, *LGTOC*.

Puntualizado lo anterior, pasaremos a analizar los títulos-valor por la forma de su circulación

La *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, en su art 25, establece que los títulos nominativos se entenderán siempre extendidos *a la orden*, salvo inserción en su texto, o en el de un endoso, de la cláusula *no a la orden* o su equivalente *no negociable*. Además, la *LGTOC* en su art 24 estatuye que

> *Cuando por expresarlo el título mismo, o prevenirlo la ley que lo rige, el título deba ser inscrito en un registro del emisor, éste no estará obligado a reconocer como tenedor legítimo sino a quien figure como tal, a la vez en el documento y en el registro.*

En consecuencia, por su forma de circulación los títulos nominativos se subclasifican en

*i)* Títulos que contienen la cláusula *a la orden*, llamados por la ley y la doctrina *negociables*
*ii)* Títulos que contienen la cláusula *no a la orden* o *no negociable*, denominados por la ley y la doctrina *no negociables* o *causales*, y
*iii)* Títulos cuya transmisión se perfecciona por su inscripción en un registro del emisor, a los que, por tal circunstancia, suele llamarse *registrables*.

#### 14.3.3.2.2.2.1 Títulos negociables

Los títulos *negociables* a que se refiere el art 28, *LGTOC,* son aquellos cuya forma típica, *pero no única,* de transmisión es el endoso; es decir, la *cesión especial,* la cual, como ya se vio, produce el efecto de impedir que el obligado oponga al endosatario las excepciones que tuviere contra el endosante antes de la transmisión. Por este motivo también se conoce a los títulos negociables como *no causales* o *autónomos.*

Si los títulos *negociables* se transmiten por cualquier medio legal distinto del endoso, inclusive por cesión ordinaria, pierden su característica de títulos *no causales* o *autónomos,* pues quedan sujetos a los efectos de una cesión ordinaria, habida cuenta de que el obligado (deudor) puede oponer al adquirente (cesionario) todas las excepciones que tuviere contra el autor de la transmisión (cedente), antes de ésta (art 27, *LGTOC*).

En otras palabras, los títulos *negociables* que se transmiten por medio diverso del endoso pierden su nota característica de autonomía, como consecuencia de lo dispuesto en el citado art 27, y por ministerio de ley se convierten en títulos *no negociables,* de la misma manera en que, por disposición explícita de la ley, adquieren tal naturaleza cuando en un endoso de ellos se inserta la cláusula *no a la orden.*

Esta última posibilidad, o sea la que se refiere a insertar la cláusula *no a la orden* en el texto de un endoso, ha suscitado las más encontradas y confusas opiniones de la doctrina, nacional y extranjera, opiniones que no tienen cabida en esta obra por ser ajenas a los propósitos que perseguimos.

#### 14.3.3.2.2.2.2 Títulos no negociables

Los títulos *no negociables* a que se refiere el art 66, *LGTOC,* son aquellos cuya forma típica, *pero no única,* de transmisión es la cesión ordinaria. En efecto, a pesar de que el art 25, *LGTOC,* enuncia, *in fine,* que el título que contenga las cláusulas *no a la orden* o *no negociable solo* será transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria, lo cierto es que los títulos *no negociables* pueden transmitirse por cualquier medio legal,[12] inclusive el endoso, toda vez que su característica esencial es la de ser *causales* pues, cualquiera que sea la forma de su transmisión, ésta siempre produce los efectos de una cesión ordinaria.

No puede afirmarse que los títulos *no negociables,* o sea los causales, que se transmiten por endoso se convierten por ministerio de ley en negociables porque la *LGTOC* ni implícita ni explícitamente prevé esa consecuencia.

[12] *Cfr* LABARIEGA (*op cit,* p 67) quien atinadamente señala que no es cierta la declaración contenida en el art 25, *LGTOC, in fine,* en el sentido de que los títulos no negociables sólo serán transmisibles en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria, puesto que los arts 26 y 27 admiten que *todos* los títulos nominativos, sean negociables (*a la orden*) o no negociables (*no a la orden*), pueden ser transmitidos por endoso o cualquier otro medio legal.

Por último, debe advertirse que la expresión *no negociable,* en contra de lo que algunos creen, no es equivalente a *inalienable,* pues la ley solo dificulta pero no prohíbe la circulación de los títulos *no negociables.*

#### 14.3.3.2.2.2.3 Títulos registrables

Los títulos *registrables* a que se refieren, entre otros, los arts 24, *LGTOC* y 128 y 129, *LGSM,* son aquellos cuya transmisión se perfecciona por su inscripción en un libro de registro del emisor y produce el efecto de obligar a éste a reconocer y considerar tenedor legítimo, o sea dueño del título, a quien figure como tal, a la vez, en el documento y en el registro.

Los títulos *registrables* pueden ser, además, *negociables* o *no negociables,* sin que esto signifique que estos últimos, por el hecho de su inscripción en el registro del emisor, pierdan las notas características que les atribuye la ley.

#### 14.3.3.2.2.3 TRADICIÓN DE LOS TÍTULOS

Para concluir, solo nos queda apuntar que la nota común que caracteriza a todos los títulos-valor es la de su *tradición;* esto es, la de su entrega (arts 17 y 27, *in fine, LGTOC*).

### 14.3.4 Caracterización de las acciones

Con base en la clasificación de los títulos-valor contenida en los arts de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* antes analizados y a la luz de lo dispuesto por los arts 111, 128, 129 y 131 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* consideramos que las acciones pueden ser caracterizadas como títulos *nominativos, no negociables* y *registrables,* por las siguientes razones

1a) *Nominativos* Porque se expiden a favor de persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento (arts 23, *LGTOC* y 111 y 125, frac I, *LGSM*)

2a) *No negociables* Es decir, *causales,* porque su transmisión, ya sea por endoso o por cualquier otro medio legal, inclusive cesión, siempre produce el efecto de sujetar al adquirente a las excepciones que tuviere la sociedad contra el autor de la transmisión antes de ésta (arts 26 y 27, *LGTOC* y 131, *LGSM*).

En otras palabras, estimamos que las acciones son títulos-valor a los que no se les pueden aplicar las reglas de la *ley de circulación* de los títulos *negociables*

*a)* Porque, aunque se transmitan por endoso, son *causales;* esto es, porque carecen de autonomía, y

*b)* Porque careciendo de autonomía, la transmisión del título por endoso no libra al adquirente de quedar sujeto a todas las excepciones que la emisora hubiera podido oponer al autor de la transmisión antes de su inscripción en el registro de acciones

3a) *Registrables* Porque su transmisión se perfecciona por su inscripción en un registro del emisor (arts 24, *LGTOC* y 128 y 129, *LGSM*).

En cuanto al carácter de registrable de las acciones, debe tenerse en cuenta que conforme a lo previsto en los arts 128 y 129, *LGSM,* la legítima posesión del título, mediante una serie ininterrumpida de endosos o de anotaciones, no es suficiente para el ejercicio de los derechos incorporados en la acción, sino que, además, se requiere que las acciones se encuentren inscritas en un libro de registro del emisor que debe contener

*i)* El nombre, la nacionalidad y el domicilio del accionista y la indicación de las acciones que le pertenezcan, expresándose los números, las series, las clases y demás particularidades de los títulos
*ii)* La indicación de las exhibiciones que se efectúen
*iii)* Las transmisiones que se realicen en los términos que prescribe el art 129.

A los efectos antes indicados, el art 129, *in fine,* estipula que la sociedad deberá inscribir en dicho registro, a petición de cualquier titular, las transmisiones que se efectúen. Ahora bien, para que la sociedad pueda inscribir válidamente las transmisiones, se requiere que el tenedor del título esté debidamente legitimado; es decir que el título contenga una serie ininterrumpida de endosos o de anotaciones, en los términos de lo dispuesto por los arts 28, 29 y 39, *LGTOC* y 131, *LGSM.*

La inscripción de las transmisiones en el registro de la emisora, produce la consecuencia de que ésta considere dueño de las acciones a quien aparezca inscrito en tal registro.

Los requisitos impuestos por los arts 128 y 129 son prácticamente imposibles de cumplir en el caso de las acciones cotizadas en Bolsa, pues en este supuesto la *Ley del Mercado de Valores,* en sus arts 67, 68, 69, 74, 78, 79 y otros, previene que las casas de bolsa deberán depositar las acciones, mediante endoso *en administración,* en ciertos organismos, actualmente privados, llamados institutos para el depósito de valores, haciendo referencia expresa a las acciones depositadas por cuenta propia y por cuenta ajena; pero sin necesidad de mencionar en este último caso, quién es el titular de ellas. Asimismo, la *LMV* establece que las transmisiones de acciones se hagan mediante simples asientos contables y que, cuando sea necesario el ejercicio de alguno de los derechos incorporados en los títulos, los institutos para el depósito de valores expidan a las casas de Bolsa constancias de la cantidad de títulos que tuvieran depositados por cuenta propia o ajena o ambas, para el efecto de que estas últimas, a su vez, expidan constancias a los propietarios de las acciones a fin de que puedan ejercitar sus derechos, sin exhibir los títulos. Además, la *LMV* contempla la posibilidad de que, en ciertas circunstancias, las emisoras expidan acciones con la anotación *para depósito en el instituto de depósito de valores* sin

mencionar el nombre, domicilio y nacionalidad del titular, circunstancia que complica más el control del registro de acciones que debe llevar la emisora.[13]

Para evitar estos problemas y cumplir adecuadamente con lo dispuesto en los arts 128 y 129, *LGSM,* quizá sería conveniente recoger, como cuestión de *lege ferenda,* que la *LMV* obligara a las casas de Bolsa a informar cotidianamente a las emisoras acerca de las transmisiones que hubieren realizado, o bien que la *LGSM* permitiera que se emitan al portador las acciones que coticen en Bolsa.

## 14.4 LA ACCIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA CALIDAD DE SOCIO

Etimológicamente la palabra acción deriva del verbo latino *agere* y, en este sentido, da a entender que el socio tiene una acción, esto es, un derecho, frente a la sociedad que deviene precisamente su calidad de socio.[14] Esta característica de la acción, de ser un documento que expresa el *estatus* de socio, proviene de que es un título-valor; es decir, un título constitutivo, que confiere a su legítimo titular una gama de derechos en él incorporados, y *dispositivo,* que faculta a este último a transmitir su calidad de socio.

Los derechos que confiere y las obligaciones que impone la acción forman un dilatado complejo de relaciones de los accionistas entre sí y de éstos con la sociedad, cuyo análisis ya hemos hecho en el capítulo 12 y en otras partes de esta obra.

## 14.5 OTRAS CLASIFICACIONES DE LAS ACCIONES[15]

La clasificación de las acciones no se agota en el triple enfoque que hemos analizado, sino que, además, puede proponerse atendiendo

*a)* A los derechos que atribuyen, y
*b)* A su característica de ser partes del capital social.

[13] En la práctica, suele suceder que el derecho de voto de numerosas acciones que se encuentran inscritas a nombre de una o varias personas en el registro del emisor sea ejercitado por otras, en virtud de las constancias que les expiden las casas de Bolsa.

[14] *Cfr* GARRIGUES, *op cit,* p 451.

[15] En la redacción de esta sección seguimos los criterios de clasificación propuestos por MANTILLA MOLINA, CERVANTES AHUMADA, GARRIGUES y, en especial, RODRÍGUEZ, cuyas obras ya hemos mencionado. La ley no habla de acciones preferentes, sino de acciones de voto limitado. Pero la doctrina y la práctica prefieren la primera denominación, a la cual nos apegamos.

## 14.5.1 Clasificación de las acciones por los derechos que atribuyen

Por los derechos que atribuyen las acciones, suelen ser clasificadas en comunes y preferentes y estas últimas en acciones preferentes de voto pleno y de voto limitado, las cuales, a su vez, son subclasificadas en acciones preferentes participantes y no participantes.

### 14.5.1.1 ACCIONES COMUNES

Son aquellas que confieren a sus legítimos tenedores iguales derechos y les imponen iguales obligaciones (art 112).

### 14.5.1.2 ACCIONES PREFERENTES

Son las que otorgan el derecho a recibir un dividendo mínimo legal o convencional, *antes* que se haga distribución de utilidades a las acciones comunes. Si en algún ejercicio no hubiere utilidades o el dividendo preferente fuere inferior al mínimo, éste se acumulará y será pagado en ejercicios posteriores con la prelación indicada (art 113, párr segundo). En otras palabras, el dividendo que pagan esta clase de acciones es preferente y acumulativo. Suele subclasificárseles en preferentes de voto pleno, de voto limitado y no participantes.

#### 14.5.1.2.1 Acciones preferentes de voto pleno (también llamadas preferibles)

Son aquellas que confieren derecho a un dividendo, generalmente inferior al mínimo legal, acumulativo o no acumulativo y, como su nombre lo indica, no imponen limitación alguna al ejercicio del derecho de voto (art 112, segundo párr, que permite emitir acciones con derechos especiales). En la práctica no suele emitirse este tipo de acciones.

##### 14.5.1.2.1.1 ACCIONES PREFERENTES DE VOTO LIMITADO

Son las que confieren los siguientes derechos

*a)* A un dividendo acumulativo mínimo de cinco por ciento
*b)* A ser reembolsadas antes que las acciones ordinarias al hacerse la liquidación de la sociedad, y
*c)* A participar en el excedente de las utilidades junto con las acciones ordinarias, razón por la que se les llama *preferentes participantes* (art 113, párrs segundo y tercero).

El derecho de voto incorporado en esta clase de acciones solo puede ejercitarse en las asambleas extraordinarias que se reúnan para conocer cualquiera de los siguientes asuntos: prórroga de la duración de la sociedad, disolución anticipada de la sociedad, cambio de objeto o de nacionalidad de la sociedad y transfor-

mación y fusión de la sociedad (art 113, párr primero, en relación con el 182, fracs I, II, IV, V, VI y VII). En el contrato social, puede estipularse que esta clase de acciones reciban un dividendo superior al de las ordinarias (art 113, párr cuarto).

#### 14.5.1.2.1.2 ACCIONES PREFERENTES DE VOTO LIMITADO NO PARTICIPANTES

Son las que imponen las mismas limitaciones al derecho de voto y conceden los mismos derechos que las anteriores, *excepto el de participar en los excedentes de las utilidades.* En la práctica, suele estipularse que esta clase de acciones tampoco concedan derecho a participar en el haber social, lo cual nos parece francamente violatorio de lo dispuesto por el art 113, párr tercero, cuyo enunciado imperativo es indudable.

La emisión de acciones preferentes no participantes en el excedente de las utilidades ha suscitado enconadas polémicas entre los tratadistas mexicanos. Por lo general se las considera ilícitas, aduciendo que son violatorias del art 17, *LGSM.*[16] A nuestro juicio, la cuestión ha quedado definitivamente zanjada por Arturo **Salinas Martínez,**[17] quien sostiene la tesis de que tales acciones son lícitas atendiendo, fundamentalmente, a lo dispuesto por el art 16, *LGSM,* que permite una distribución *no proporcional* de las utilidades. En pocas palabras, Salinas afirma que las acciones preferentes no participantes, no violan la prohibición de pacto leonino estatuida en el art 17, *LGSM,* porque *no excluyen* a los accionistas de su derecho a participar en las utilidades, sino que le confieren derecho a una distribución *no proporcional* de ellas.

**Rodríguez** nos dice que las acciones preferentes no participantes "proceden del derecho americano[18] y han sido acogidas en los estatutos de algunas sociedades del norte del país" y que "su legalidad es harto dudosa"; pero no nos explica la razón por la que han sido aceptadas en la práctica.

Respecto a esta cuestión, un distinguido abogado regiomontano, Virgilio **Garza,** tuvo la amabilidad de ilustrarnos en cuanto a que la principal función de las acciones preferentes no participantes, tal como la entendieron originalmente los hombres de negocios de Monterrey, fue la de colocar, *interempre-*

[16] La Comisión Nacional de Valores sistemáticamente ha considerado ilícitas a las acciones preferentes no participantes y, en consecuencia, niega su inscripción en Bolsa. *Memoria anual,* 1953, p 26; *Boletín Mensual* 7, 1956, p 274. *Boletín Mensual* 11, 1956, p 432, etcétera.

[17] "Sobre la Pretendida Ilicitud de las Acciones Preferentes No Participantes", en *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina,* Porrúa, 1984. En contra, MANTILLA MOLINA, *op cit,* p 387; RODRÍGUEZ, *op cit,* t I, p 412; BARRERA GRAF, *Las sociedades en derecho mexicano,* p 97, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, etcétera.

[18] *Op cit,* t I, p 412. *Cfr* Además, ANDERSON, Ronald A., *Business law,* 11a ed, South Western Publishing, 1980, p 653.

*sas,*[19] recursos excedentes a una tasa baja de rendimiento y a plazo indeterminado.

Por último, siguiendo con el tema de las acciones preferentes, conviene advertir que, en todos los casos, incorporan los derechos que la *LGSM* confiere a las minorías para oponerse a las decisiones de las asambleas y para revisar el balance y los libros de la sociedad (art 113, párr final). Al ocuparnos de las asambleas especiales de accionistas habremos de tratar con alguna extensión estos derechos.

#### 14.5.1.3 ACCIONES PRIVILEGIADAS

La *LGSM*, art 182, frac VIII, llama *acciones privilegiadas* a aquellas que, como las preferentes, conceden derechos económicos especiales; pero esta denominación no corresponde al concepto doctrinal, toda vez que la generalidad de los tratadistas nombran *privilegiadas* a las acciones de voto múltiple, o bien a las de voto acumulativo, a las que nos hemos referido en la sección 5.3.1.4. Esta clase de acciones no son admitidas por nuestra ley, puesto que el art 113 declara imperativamente que cada acción *sólo* tendrá derecho a un voto.

Respecto a las muy discutidas ventajas o desventajas que implica emitir acciones de voto múltiple, nos concretaremos a repetir lo que ya dejamos dicho respecto a las partes sociales privilegiadas, en el sentido de que no es posible determinar apriorísticamente la conveniencia o inconveniencia de su función.[20]

### 14.5.2 Clasificación de las acciones por su característica de ser partes del capital social

En cuanto a su característica de ser fracciones del capital social, las acciones suelen ser clasificadas

*i)* Por la expresión de su valor
*ii)* Por la clase de aportación que representan, y
*iii)* Por su valor de emisión.

#### 14.5.2.1 POR LA EXPRESIÓN DE SU VALOR

Las acciones se subclasifican en acciones con expresión de valor nominal y acciones sin expresión de valor nominal.

[19] La comunidad financiera llama operaciones *interempresas* a las efectuadas entre controladora y subsidiarias o bien entre filiales. La emisión de acciones preferentes no participantes ha propiciado las llamadas *reestructuraciones de deuda* celebradas entre diversas empresas mexicanas y acreedores nacionales y extranjeros.

[20] *Véase supra*, Sección 11.3.

#### 14.5.2.1.1 Acciones con expresión de valor nominal

Son aquellas en cuyo texto se consigna expresamente su valor abstracto o nominal, así como el importe del capital social y el número total de las acciones en que éste se divide (art 125, frac IV, *LGSM*). La ley no establece un valor nominal mínimo alguno para esta clase de acciones, lo que puede motivar que eventualmente se lleguen a emitir con un valor expresado en fracciones de pesos, según hemos dejado apuntado.

Las acciones con expresión de valor nominal presentaban la desventaja de que en cada caso de aumento de capital había necesidad de cancelar los títulos en circulación y emitir otros nuevos. Por tal circunstancia el *DO*, 31 dic 1956, se adicionó el siguiente párr a la frac IV del art 125

> *Si el capital social se integra mediante diversas o sucesivas series de acciones, las menciones del importe del capital social y del número de las acciones se concretarán en cada emisión a los totales que alcancen cada una de dichas series.*

La defectuosa redacción del párr en cuestión, puede dar lugar a que se le interprete en el sentido de que es aplicable cuando se realice *simultáneamente* la emisión de diversas series de acciones puesto que así parece autorizarlo el uso de la partícula disyuntiva *o*. Sin embargo, **Mantilla Molina** atinadamente observa que el dispositivo sólo es aplicable cuando el capital social se integre mediante diversas y sucesivas series de acciones.[21]

#### 14.5.2.1.2 Acciones sin expresión de valor nominal

Son aquellas en cuyo texto no se expresa su valor ni el importe del capital social. A ellas se refiere el art 125, frac IV, párr tercero, *LGSM*. Proceden del derecho estadounidense que las denomina *non par value shares*.

Al menos téoricamente, la principal ventaja de las acciones sin expresión de valor nominal consiste en evitar los fraudes que pudieran propiciarse por la discrepancia entre el valor real y el valor nominal de las acciones, cuando éste fuera artificiosamente elevado mediante sobrevaloraciones de los activos aportados de la sociedad. Esta clase de acciones han sido severamente criticadas tanto por la doctrina del país de origen como por la doctrina mexicana,[22] pues no solamente contrarían los principios de determinación y estabilidad del capital social a que antes nos hemos referido, sino que, además, facilitan la comisión de los abusos que tratan de evitar.

[21] *Op cit*, p 377.

[22] *Cfr* Entre otros RODRÍGUEZ, *op cit*, t I, p 284 y ss; MANTILLA MOLINA, *op cit*, pp 374 y ss; FRISCH PHILIPP, *op cit*, pp 121 y 122 y muy especialmente BARRERA GRAF, Jorge, en *Estudios de derecho mercantil*, Porrúa, 1956, pp 375 y ss, que contiene una interesante monografía acerca del tema.

Por otro lado, el propósito para el que fueron ideadas las acciones sin expresión de valor nominal se cumple de manera más satisfactoria estableciendo reglas precisas para valorar las aportaciones de bienes y para capitalizar las llamadas reservas de valuación y de revaluación (superávits), tal como se estipula en los arts 6o, frac VI, 11, 12, 93, frac IV, 95, 96, 100, frac II, 116 y 141, *LGSM*, cuya clara finalidad es la de proteger los derechos de los accionistas que aporten numerario.

### 14.5.2.2 POR LA CLASE DE APORTACIÓN QUE REPRESENTAN

Las acciones se subclasifican en acciones de numerario y de no numerario, también llamadas de aportaciones en especie (art 141, *LGSM*) o simplemente de especie. Esta clase de acciones a su vez sufre otra subclasificación en acciones liberadas y pagadoras.

#### 14.5.2.2.1 Acciones de numerario liberadas

Son aquellas cuyo importe ha sido íntegramente pagado mediante aportaciones en dinero (art 116, párr primero).

#### 14.5.2.2.2 Acciones de no numerario liberadas

Son aquellas

*a)* Cuyo importe debe ser exhibido íntegramente con bienes distintos del numerario (art 89, frac IV), razón por la cual se les llama acciones de especie, y

*b)* Las que se entregan a los accionistas como resultado de la capitalización de primas sobre acciones, o bien las que provienen de la capitalización de utilidades retenidas o de reservas de valuación o revaluación (art 116, párr primero), a las que también se denomina acciones de capitalización.

Por mandato legal, las acciones de especie deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años y si en ese plazo resultare que el valor de los bienes aportados es menor en un veinticinco por ciento, el accionista quedará obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas (art 141, *LGSM*). Por supuesto, esta regla no es aplicable a las acciones de capitalización.

#### 14.5.2.2.3 Acciones de numerario pagadoras

Son aquellas cuyo importe en dinero ha sido desembolsado por lo menos en veinte por ciento al momento de *constituir* la sociedad (arts 89, frac III y 117). A nuestro juicio, *después de constituida* la sociedad pueden emitirse acciones pagadoras cuyo importe se exhiba en menos de dicho porcentaje, tanto porque la ley no lo prohíbe ni ordena expresamente lo contrario, como porque cuanto

no se vulnera el principio de realidad del capital social, toda vez que el supuesto contenido en la frac III del art 89 se refiere al capital social *fundacional.*

Por otra parte, pero en este mismo orden de ideas, consideramos conveniente hacer notar que, en contra de la opinión generalizada de la doctrina mexicana,[23] nos parece que, en todos los casos, es obligatorio establecer *al menos en la escritura constitutiva* la forma y los términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones, también llamada dividendo pasivo, según dispone expresamente el art 91, frac III, *LGSM.* La afirmación de que no es necesario fijar plazo para el pago del dividendo pasivo deriva de lo dispuesto por el art 119, *LGSM,* el cual contempla el supuesto de que *en las acciones* no conste el mismo; lo cual de ninguna manera significa que al momento de constituir la sociedad o de aumentar el capital social se pueda omitir tal requisito.

Las acciones pagadoras solo dan derecho a participar en la distribución de las utilidades y del haber social en proporción al importe exhibido de ellas, sin que, en este caso, sea lícito estipular en contrario, visto el carácter imperativo del art 117, párr primero, *LGSM.*

Adicionalmente, el segundo párr de este último precepto legal establece una excepción a la prescripción general estatuida en el art 1045, frac I, *C Com,* al disponer que

> *Los suscriptores y adquirentes de acciones pagadoras serán responsables por el importe insoluto de la acción durante cinco años, contados desde la fecha del registro de traspaso,*

y no desde la fecha en que el suscriptor hubiere quedado obligado a pagar el dividendo pasivo. La responsabilidad del suscriptor, según previene dicho precepto, *in fine,* es subsidiaria, puesto que *no podrá reclamarse el pago al enajenante sin que antes se haga excusión en los bienes del adquirente.*

Indudablemente, la redacción del segundo párr del art 117, además de desafortunada, es incongruente con el sistema general de prescripciones contemplado por el *Código de Comercio* y por el *Código Civil para el Distrito Federal.* La incongruencia salta a la vista si se considera el supuesto de que las acciones pagadoras sean objeto de múltiples transmisiones, en el cual podría suceder que nunca se consumara la prescripción.

#### 14.5.2.2.4 Acciones de especie pagadoras

Nuestra legislación no permite la emisión de esta clase de acciones, porque establece de manera imperativa que debe exhibirse íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse en todo o en parte con bienes distintos del numerario (arts 89, frac IV y 100, fracs I y II, *LGSM*).

[23] *Cfr* Entre otros RODRÍGUEZ y SALINAS, obras citadas.

#### 14.5.2.3 POR SU VALOR DE EMISIÓN

Se clasifican en acciones

*a)* A la par
*b)* Sobre la par, y
*c)* Bajo la par.

##### 14.5.2.3.1 Acciones a la par

Son aquellas que se emiten con un valor igual a su valor nominal.

##### 14.5.2.3.2 Acciones sobre la par

Son las que se emiten con un valor superior a su valor nominal; es decir, aquellas que se colocan a su valor nominal más una prima. Por regla general, la emisión de esta clase de acciones se realiza cuando se presenta cualquiera de las siguientes circunstancias

*a)* Cuando el valor patrimonial (contable) de las acciones en circulación es mayor al valor nominal de las nuevas acciones, y
*b)* Cuando se realizan emisiones destinadas a ser colocadas en Bolsa.

En el primer supuesto se trata de evitar que los derechos de los accionistas al haber social sufran perjuicio; en el segundo supuesto, por el contrario, se trata de producir un beneficio a los socios mediante la colocación especulativa de las acciones en el mercado.

La emisión de acciones *sobre la par,* también, se ha utilizado excepcionalmente para *capitalizar* pasivos a cargo de la sociedad con un valor inferior a su monto real. Por ejemplo, se ha dado el caso de que los acreedores han convenido con la sociedad en que sus pasivos sean *capitalizados* a setenta y cinco por ciento de su valor y que el restante veinticinco por ciento se considere el pago de una prima sobre las acciones emitidas.

##### 14.5.2.3.3 Acciones bajo la par

La *LGSM*, en su art 115, prohíbe a las sociedades anónimas emitir acciones por una suma menor a su valor nominal.

## 14.6 ACCIONES IMPROPIAS

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* contempla la emisión de ciertos títulos que por no formar parte del capital social han sido denominados por la doctrina como *acciones impropias.* Entre esta clase de acciones se cuentan las de goce, las de trabajo y las de tesorería.

### 14.6.1 Acciones de goce

Al analizar el derecho que tienen los socios al reembolso de sus aportaciones y a los casos de reducción del patrimonio social, hicimos referencia a esta clase de acciones y expusimos las razones por las que no forman parte del capital social.[24, 25]

La emisión de las acciones de goce es potestativa para la sociedad y está prevista en los arts 136, fracs I y IV y 182, frac IX, *LGSM,* que estatuyen, respectivamente, que cuando se amorticen acciones con utilidades repartibles *"los títulos de las acciones amortizadas quedarán anulados y en su lugar* **podrán** *emitirse acciones de goce, cuando así lo prevenga expresamente el contrato social"* y, que la facultad de autorizar su emisión corresponde a la asamblea general extraordinaria de accionistas. Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el art 137, *LGSM,* si la sociedad resuelve emitir acciones de goce será *potestativo* concederles el derecho de voto; pero será *obligatorio* otorgarles derecho a las utilidades líquidas, después de que se haya pagado a las acciones no reembolsadas el dividendo señalado en el contrato social, así como el derecho de concurrir en el reparto del haber social después de que las acciones no reembolsadas hayan sido íntegramente cubiertas, salvo que se establezca un criterio diverso para el reparto del excedente.

Las características de las acciones de goce que acabamos de señalar nos permiten afirmar que pueden ser clasificadas como títulos-valor de participación y que, en consecuencia, pueden ser transmitidas libremente, salvo que en el contrato social se pacte que la transmisión solo se haga con la autorización del consejo de administración (art 130, *LGSM*). Sin embargo, se les considera acciones impropias porque no son representativas de porciones del capital social y porque no confieren a sus titulares el *estatus* de socio.

### 14.6.2 Acciones de trabajo

La emisión de este tipo de acciones está prevista en el art 114, *LGSM*, cuyo texto es el siguiente

> *Cuando así lo prevenga el contrato social podrán emitirse en favor de las personas que presten sus servicios a la sociedad, acciones especiales en las que figurarán las normas respecto a la forma, valor, inalienabilidad y demás condiciones particulares que les correspondan.*

La doctrina y el legislador denominan *de trabajo* a esta clase de acciones las cuales son típicas del derecho mexicano, puesto que su principal finalidad

[24] *Supra* Secciones 5.2.4.2 y 13.8.2.

[25] A pesar de que en la Exposición de Motivos de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* se declara expresamente que las acciones de trabajo y de goce *"no son representativas de porciones del capital social"*, Mario HERRERA sostiene lo contrario (*El dividendo,* p 61, copyright © del autor).

consistía en facilitar el cumplimiento del mandato constitucional que obliga a conceder una participación en las utilidades a los trabajadores. En la práctica, esta categoría de acciones no ha tenido aceptación, especialmente en la actualidad en que el Congreso de la Unión ha establecido los mecanismos legales necesarios para otorgar a los trabajadores cierta participación en las utilidades de las empresas en general.

La doctrina mexicana es unánime en no considerar a las de trabajo auténticas acciones, porque no forman parte del capital social y porque, aun cuando conceden a sus titulares ciertos derechos económicos, no les confieren el *estatus* de socio.

### 14.6.3 Acciones de tesorería

Tratándose de sociedades anónimas y en comandita por acciones que hayan adoptado la modalidad de capital variable, el art 216, párr segundo, *in fine, LGSM,* contempla la posibilidad de que se creen acciones no subscritas que se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a los socios a medida en que vaya realizándose la subscripción, razón por la cual doctrinalmente se les llama *acciones de tesorería.*

Por lo que se refiere a estos títulos, también cabe considerarlos acciones impropias porque no son representativas de porciones del capital social.

## 14.7 CREACIÓN Y EMISIÓN DE LAS ACCIONES

### 14.7.1 Creación de las acciones

Siendo atribución exclusiva de la asamblea extraordinaria de accionistas el decretar los aumentos del capital social (arts 182, frac III y 216, párr segundo, *LGSM*), se deduce que también corresponde a dicho órgano la creación de las acciones.

### 14.7.2 Emisión de las acciones

La emisión de las acciones, entendida como la puesta en circulación de los títulos que las representan, también es atribución exclusiva de la asamblea general extraordinaria de accionistas (art 182, fracs VIII y IX) si bien legalmente es posible, como se acostumbra en la práctica, que la asamblea delegue en los administradores la ejecución del acto concreto de expedición de los títulos, en la forma, los términos y las condiciones previamente determinados por la propia asamblea en el momento de tomar el acuerdo de emisión.

#### 14.7.2.1 Plazo para la expedición de los títulos

Conforme a lo dispuesto por el primer párr del art 124, *LGSM,* los títulos representativos de las acciones *deberán* estar expedidos dentro de un plazo que no exceda de un año, contado a partir de la fecha del contrato social o de la modificación de éste en que se formalice el aumento de capital, si se tratare de constitución simultánea de la sociedad y dentro de un plazo que no excederá de dos meses, contados a partir de la fecha del contrato social, si se tratare de constitución sucesiva.

La falta de expedición oportuna de los títulos representativos de las acciones constituye una violación al derecho que tienen los accionistas a la emisión de los títulos y, en consecuencia, es causa de responsabilidad imputable a la persona o al órgano social al que la asamblea la haya encomendado. En el evento de que la asamblea hubiere sido omisa en encomendar la expedición de las acciones a persona u órgano determinado de la sociedad, la responsabilidad de hacerlo recae en los administradores, según previene el art 158, frac IV, *LGSM.*

### 14.7.3 Certificados provisionales

Mientras se entregan a los accionistas las acciones, *podrán* expedirse certificados provisionales que, lo mismo que aquellas, serán siempre nominativos y que deberán canjearse por los títulos *definitivos* de las acciones en su oportunidad (art 124, párr segundo, *LGSM*).

La confección de los certificados provisionales por lo general es menos cuidadosa que la de los títulos de las acciones. En la práctica suele expedírseles redactados en máquina de escribir en cualquier papel o en *papel seguridad.*

Los certificados provisionales, al igual que las acciones, son títulos-valor *nominativos, no negociables* y *registrables.* Por consiguiente, esta categoría de títulos puede transmitirse por endoso, cesión o cualquier otro medio legal con la consecuencia de que la sociedad podrá oponer al adquirente todas las excepciones que tuviere contra el enajenante al momento de realizarse la transmisión, según dispone el art 27, *LGTOC.*

La circunstancia de que la expedición de las acciones debe realizarse en un plazo máximo de un año, con frecuencia induce a creer que los certificados provisionales pierden su eficacia y validez una vez que ha transcurrido dicho plazo. Esta idea es errónea, en primer lugar, porque los certificados provisionales no son títulos obligacionales que se expidan a plazo; en segundo lugar, porque su vida jurídica está subordinada a la condición resolutoria de que se expidan las acciones y, en tercer lugar, porque pugna contra la lógica jurídica negar la eficacia y validez de un título que sirve a los accionistas para acreditar y transmitir su calidad de socios por causas imputables a terceros; es decir, por una infracción a lo dispuesto en el art 124 cometida por el o los encargados de realizar la expedición de las acciones.

La expedición de certificados provisionales es potestativa, para el caso de las sociedades que se constituyen de forma simultánea, y obligatoria para el caso de las que se constituyen por suscripción pública (art 124, *LGSM*).

### 14.7.4 Cupones

Los títulos de las acciones llevarán adheridos cupones que se desprenderán del título y que se entregarán a la sociedad contra el pago de dividendos o intereses. Los certificados provisionales podrán tener también cupones (art 127, *LGSM*). En la práctica se han utilizado los cupones para ejercer otros derechos de los accionistas, en especial, el de recibir las acciones que se emiten con motivo de aumentos de capital por capitalizaciones de partidas del patrimonio, con lo cual se desvirtúa su función legal.

Los cupones son títulos-valor accesorios de las acciones a los cuales están adheridos. En consecuencia, una vez desprendidos de los títulos, en principio, podrían circular libremente. Sin embargo, para evitar fraudes fiscales, la circulación de los cupones se encuentra actualmente restringida, habida cuenta de que la emisora debe pagar los dividendos con cheque nominativo expedido a nombre de quien aparezca como titular de las acciones en el libro de registro de la sociedad. Esta limitación obedece a que los cupones, de hecho, son títulos al portador por cuanto en ellos, por su tamaño, no se consigna el nombre del accionista.

La *LGSM* no señala las menciones que deben contener los cupones; pero, por ser títulos accesorios, se infiere que las menciones mínimas que deben contener son: el nombre de la sociedad, el número del título de las acciones a que están adheridos y su propio número progresivo, la cantidad de acciones que ampara el título principal y la fecha de emisión de éste.

Por razones prácticas y de espacio, los cupones no suelen llevar la firma de las personas a quienes se haya encomendado la expedición de los títulos de las acciones. Empero, es conveniente que, como medida de seguridad e identificación, se estampe la firma mediante sellos o bien que se protejan con los llamados *sellos de agua.*

### 14.7.5 Títulos múltiples

La *Ley General de Sociedades Mercantiles,* en su art 126, contempla la posibilidad de que los títulos de las acciones y de los certificados provisionales amparen una o varias acciones. Cuando los títulos amparan varias acciones reciben el nombre de *múltiples.*

La propiedad de un título múltiple puede recaer en dos o más personas, en cuyo supuesto se estará frente a una situación de indivisión forzosa, a la que no se aplican las reglas de la copropiedad de las acciones estipuladas en el art 122 *LGSM,* según dejamos anotado en la sección 14.2.

## 14.7.6 Contenido de los títulos

Tanto los certificados provisionales como los títulos de las acciones deberán contener todos los requisitos previstos en el arts 125, *LGSM.* Tales requisitos han sido agrupados por la doctrina en tres categorías a saber: personales, reales y funcionales.

### 14.7.6.1 REQUISITOS PERSONALES

Dentro de esta categoría se consideran requisitos relativos: al titular de la acción (frac I); la denominación, el domicilio, la duración y las fechas de constitución y de inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio (fracs II y III), y los representantes de la sociedad que deban subscribir el documento (frac VIII).

### 14.7.6.2 REQUISITOS REALES

Son considerados dentro de esta categoría los referentes al título mismo, como el importe del capital social, el número total y el valor nominal de las acciones, la serie y número de éstas o del certificado provisional, con indicación de las acciones que correspondan a cada serie (fracs IV y VI) y, finalmente, la mención de que las acciones son liberadas o pagadoras y el importe del dividendo pasivo (frac V).

### 14.7.6.3 REQUISITOS FUNCIONALES

Por último, dentro de esta categoría se incluyen los requisitos contenidos en la frac VII del art 125 que dispone que en los títulos deberán consignarse *"los derechos concedidos y las obligaciones impuestas al tenedor de la acción y, en su caso, las limitaciones del derecho de voto"*.

#### 14.7.6.3.1 Omisión de alguno o algunos de los requisitos

Parece estar fuera de toda duda que la omisión de cualquiera de las menciones y los requisitos antes indicados produce la ineficacia del título, tanto porque el enunciado del art 125 es imperativo como porque la *LGSM,* a diferencia de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,* no prevé ninguno de los supuestos en que pueden llenarse los títulos incompletos o suplirse sus menciones.

#### 14.7.6.3.2 Modificación de las menciones

Cuando por cualquier causa se modifiquen las menciones que deben contener los títulos, la sociedad podrá optar por emitir nuevos títulos y cancelar los primitivos o, por hacer constar en éstos las modificaciones, previa certificación notarial o de corredor público titulado (art 140, *LGSM*).

## 14.7.7 Condiciones de emisión

La emisión de las acciones está subordinada a ciertas reglas legales y estatutarias de las cuales las siguientes son las más importantes.

### 14.7.7.1 PROHIBICIÓN DE NUEVAS EMISIONES

El art 108, *LGSM* previene que: "*No podrán emitirse nuevas acciones, sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas*". El propósito de este dispositivo es evidente: lo que se trata de evitar es que se cometan fraudes y abusos mediante aumentos irreales del capital social.

### 14.7.7.2 EMISIONES *PARI PASSU*

Hasta donde tenemos conocimiento, la doctrina mexicana no se ha preocupado por estudiar a fondo el problema que suscita la emisión de una o varias series de acciones con mayores derechos que las precedentes, quizá porque este fenómeno rara vez se presentaba en la práctica. No obstante, no puede soslayarse el hecho de que en la actualidad, para compensar los efectos de la inflación, las sociedades mexicanas frecuentemente recurren a la emisión de nuevas acciones preferentes que conceden mayores derechos que otras de la misma clase, puestas en circulación previamente por la propia sociedad. Ante esta situación conviene dilucidar si una nueva emisión de acciones preferentes debe realizarse *pari passu*, o bien si es lícito estipular que paguen un dividendo superior al que pagan otras acciones preferentes emitidas con anterioridad.

A primera vista nos parece que, por razones de equidad, toda nueva emisión de acciones debería hacerse *pari passu*. Sin embargo, no encontramos disposición legal alguna que prohíba emitir acciones con mayores ventajas que las precedentes, lo que nos permite inferir la licitud de la nueva emisión. En todo caso, los titulares de las acciones preferentes en circulación pueden oponerse a la nueva emisión , en los términos de los arts 113, párr final, y 195, *LGSM*, si consideran perjudicados sus derechos.

## 14.8 REPOSICIÓN Y REIVINDICACIÓN DE LAS ACCIONES

La *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* establece dos procedimientos para los casos de robo, extravío, destrucción total, mutilación o deterioro grave de los títulos *nominativos negociables*. Dichos procedimientos son

*a)* El de ***cancelación***, que lleva aparejado el pago o, en su caso, la reposición o la restitución del documento, y
*b)* El ***reivindicatorio*** que, como su nombre lo indica, tiene por objeto restituir la posesión del título a su legítimo propietario.

En lo que concierne al robo, extravío, destrucción total, mutilación o deterioro grave de los títulos *nominativos no negociables*, la *LGTOC*, en su art 66, insti-

tuye un solo procedimiento, el de reposición del título, el cual, por su notable sencillez, contrasta sensiblemente con el establecido para la cancelación de los títulos *negociables.*

### 14.8.1 Procedimiento de reposición de las acciones no cotizadas en Bolsa

A nuestro juicio, el dilatado y criticable[26] procedimiento de cancelación y reposición de los títulos de crédito *nominativos negociables* establecido en la *LGTOC* no es aplicable a las acciones, por cuanto éstas, según hemos expresado en la sección 14.3, son títulos *nominativos no negociables y registrables.*

Por consiguiente, consideramos que en los casos de robo, extravío, destrucción total, mutilación y deterioro grave de las acciones debe observarse, en lo conducente, el sencillo *procedimiento de reposición* de los títulos *nominativos no negociables* previsto en el art 66 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* y sus correlativos los arts 28, 56, 57 y 63 del mismo ordenamiento.[27]

Ahora bien, si nuestra apreciación es correcta, con arreglo a lo dispuesto en dichos preceptos legales y en los arts 128 y 129, *LGSM,* quien se encuentre en cualquiera de los supuestos antes mencionados y aparezca inscrito como dueño de las acciones en el registro de la emisora

*a)* Tendrá derecho a exigir que ésta le expida un duplicado de ellas, *sin que necesite cancelarlas previamente,* y

*b)* Para el caso de que la emisora no se allanara a hacerlo, podrá pedir al juez que suscriba el duplicado de las acciones conforme al siguiente procedimiento

1 La demanda de reposición se presentará ante el juez del domicilio de la emisora (art 57, párr segundo)

2 A la demanda se acompañarán todas las constancias y los documentos que acrediten el derecho del demandante, según ordena el art 57, párr segundo, *LGTOC* (entre esas constancias deberá presentarse una certificación, ratificada ante notario, expedida por el administrador único o el secretario del consejo de administración en la que se declare que el demandante aparece como dueño de las acciones en el registro de la emisora)

[26] *Cfr* TENA, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano,* Porrúa, 1964, pp 443 y ss; HERNÁNDEZ, Octavio, *Derecho bancario mexicano,* p 190, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, 1956 y ABASCAL ZAMORA, José Ma. y LÓPEZ ROMERO, Guillermo, *La reforma de la legislación mercantil, reforma de los títulos valor,* Porrúa, p 124.

[27] No son aplicables a las acciones los arts 59, 60 y 61, *LGTOC,* porque no hay demanda de cancelación, ni orden de suspensión previa; además de que las acciones no son títulos exigibles a plazo.

3 Se correrá traslado de la demanda a la emisora y, después de tres días, el negocio será recibido a prueba por un término que el juez fijará atendiendo a las circunstancias del caso y que nunca excederá de veinte días (art 57, párr tercero)
4 El término para alegar será de cinco días para cada parte, y la resolución se pronunciará dentro de diez días, en el entendido de que ninguno de estos términos puede suspenderse o prorrogarse (art 57, párr tercero)
5 Las providencias y los fallos que se pronuncien en el procedimiento de reposición admitirán los recursos previstos para los juicios mercantiles (art 63, párr final)
6 Substanciado el procedimiento, el juez decretará la cancelación de los títulos y si la emisora se negare a suscribir los duplicados correspondientes, el juez lo hará por ella y los documentos producirán, conforme a su texto, los mismos efectos que los títulos cancelados (arts 56 y 66, *in fine*)
7 La firma del juez debe legalizarse (arts 28, *in fine*, y 56, párr segundo)
8 En el caso de que compareciese al juicio un tercerista, deberá justificar su derecho a las acciones exhibiendo los títulos y probando
   *a)* Que es su tenedor legítimo, mediante una serie ininterrumpida de endosos (art 38, párr segundo), y
   *b)* Que no incurrió en culpa grave; es decir, que los adquirió de quien aparecía como propietario en el registro de la emisora (arts 43, párr segundo).

En el supuesto de que el tercerista no pueda probar que no incurrió en culpa grave (art 43, párrs primero y segundo), puede ser obligado a devolver las acciones, mediante la reconvención que interponga el actor para reivindicar los títulos.

### 14.8.2 Reposición de acciones cotizadas en Bolsa

Se aduce que el procedimiento de reposición de los títulos nominativos *no negociables* contemplado en el art 66, *LGTOC*, no es aplicable a las acciones cotizadas en Bolsa

*i)* Porque éstas son intrínsecamente negociables y de fácil circulación, y
*ii)* Porque no ofrece ninguna garantía o protección para el tercero de buena fe que adquiere, mediante Bolsa, acciones robadas o extraviadas.

Ambos argumentos carecen de base por las siguientes razones

***Primera*** Porque el carácter de *no negociables*, que se imputa a las acciones, de ninguna manera significa que sean *inalienables*, sino que su transmisión está sujeta a mayores limitaciones que la de los títulos negociables.

***Segunda*** Porque, como ya se vio, la transmisión de las acciones dentro de Bolsa no está sujeta a las reglas de su circulación fuera de ella y tercera, porque si bien es cierto que puede darse el caso de que quien encontró o robó las acciones pretenda negociarlas en el mercado, también es cierto que para tal fin deberá recurrir a una o varias casas de bolsa y que éstas están obligadas a cerciorarse

*i)* De la continuidad de los endosos
*ii)* De la *autenticidad* del último endoso que aparezca en los títulos, y
*iii)* De que su último titular aparezca inscrito en el libro de registro de la emisora, según dispone el art 26 de la *Ley del Mercado de Valores;* de manera que si un tercero de buena fe adquiere en el mercado acciones extraviadas o robadas tendrá acción de responsabilidad contra la casa de bolsa que no haya cumplido con los requisitos establecidos en el precepto legal antes mencionado.

Por otra parte, si las acciones cotizadas en Bolsa extraviadas o robadas se negocian fuera de ella, el adquirente incurrirá en culpa grave y podrá ser obligado a devolverlas, en los términos del art 43, *LGTOC,* mediante el procedimiento de reivindicación antes mencionado.

### 14.8.3 Reivindicación de las acciones

El procedimiento de reposición de las acciones a que nos hemos venido refiriendo no tiene lugar, desde luego, cuando la persona que haya sufrido el robo o extravío de los títulos no aparece inscrito como su dueño en el registro de la emisora. Este supuesto puede producirse cuando la emisora haya incumplido con lo dispuesto por el art 39, *LGTOC,* esto es, cuando no haya verificado la continuidad de los endosos ni la identidad de la persona que presente el título para inscripción como su último tenedor.

En consecuencia, en el caso planteado, quien haya sufrido el robo o extravío de sus acciones deberá intentar la acción reivindicatoria en contra de quien aparezca como dueño de ellas en el registro de la emisora y, para el caso de que no obtuviere sentencia, la de daños y perjuicios en contra de la propia emisora.

CAPÍTULO
15

# ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. ASAMBLEAS

## SUMARIO


**15.1 ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS**
- 15.1.1 Concepto
- 15.1.2 Naturaleza. Órgano transitorio
- 15.1.3 Definición

**15.2 CLASES DE ASAMBLEAS**
- 15.2.1 Asambleas constitutivas
- 15.2.2 Asambleas generales
- 15.2.3 Asambleas especiales

**15.3 REGLAS COMÚNES A LA CONSTITUCIÓN DE LAS ASAMBLEAS**
- 15.3.1 Domicilio
- 15.3.2 Convocatoria
  - 15.3.2.1 Convocatoria potestativa
  - 15.3.2.2 Convocatoria obligada
  - 15.3.2.3 Publicidad de la convocatoria
  - 15.3.2.4 Plazo para publicar la convocatoria
  - 15.3.2.5 Contenido de la convocatoria
  - 15.3.2.6 Defectos u omisión de la convocatoria
  - 15.3.2.7 Segunda convocatoria
  - 15.3.2.8 Ulteriores convocatorias
- 15.3.3 Exhibición y depósito de las acciones
- 15.3.4 Presidencia de las asambleas
- 15.3.5 Escrutinio
  - 15.3.5.1 Listas de asistencia
- 15.3.6 *Quórumes* legales y estatutarios
  - 15.3.6.1 Clases de *quórumes*
  - 15.3.6.2 Modificación de los *quórumes*
  - 15.3.6.3 Cómputo de las acciones
    - 15.3.6.3.1 Acciones suscritas y no suscritas (pagadoras y de tesorería)
    - 15.3.6.3.2 Acciones en poder de la sociedad
    - 15.3.6.3.3 Acciones de voto limitado
    - 15.3.6.3.4 Acciones ausentes y abstenidas
    - 15.3.6.3.5 Acciones morosas
    - 15.3.6.3.6 Acciones de goce
    - 15.3.6.3.7 Acciones de trabajo y bonos de fundador

15.3.6.4 Subsistencia de los *quórumes*. Abandono y expulsión de las asambleas
15.3.7 Instalación de la asamblea
15.3.8 Aplazamiento de las asambleas
15.3.9 Delegación de funciones
**15.4 ASAMBLEAS GENERALES ORDINARIAS DE ACCIONISTAS**
15.4.1 Asamblea ordinaria anual
15.4.1.1 Competencia de la asamblea ordinaria anual
15.4.1.2 Discusión, aprobación y modificación de informes
15.4.1.2.1 Falsedad de la información
15.4.1.2.2 Modificación de la información
15.4.1.2.3 Oportunidad de la información
15.4.1.2.4 Publicidad de la información
15.4.1.2.4 Derecho de información de los acreedores
15.4.1.3 Designación de administradores y comisarios
15.4.1.4 Aplicación de resultados
15.4.2 Otras asambleas ordinarias
15.4.2.1 Competencia
15.4.2.2 *Quórumes* de deliberación y votación en las asambleas ordinarias
15.4.2.3 Restricciones legales al derecho de voto
15.4.2.4 Prohibición de representación
**15.5 ASAMBLEAS GENERALES EXTRAORDINARIAS DE ACCIONISTAS**
15.5.1 Competencia
15.5.1.1 Límites a la competencia de las asambleas extraordinarias
15.5.2 Atribuciones legales de la asamblea extraordinaria de accionistas
15.5.2.1 Prórroga de la duración de la sociedad
15.5.2.2 Disolución anticipada de la sociedad
15.5.2.3 Aumento o reducción del capital social
15.5.2.4 Cambio de objeto de la sociedad

15.5.2.5 Cambio de nacionalidad de la sociedad
15.5.2.6 Transformación de la sociedad
15.5.2.7 Fusión con otra sociedad
15.5.2.8 Emisión de acciones privilegiadas
15.5.2.9 Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce
15.5.2.10 Emisión de bonos
15.5.2.11 Cualquiera otra modificación al contrato social
15.5.2.12 Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exijan un *quórum* especial
15.5.2.13 *Quórumes* de deliberación y votación de la asamblea extraordinaria
15.5.2.14 Restricciones legales al derecho de voto
15.5.2.15 Prohibición legal de representación

**15.6 ASAMBLEAS ESPECIALES DE ACCIONISTAS**
15.6.1 Competencia
15.6.2 Presidencia de la asamblea
15.6.3 *Quórumes* de deliberación y votación
15.6.4 Otros requisitos de constitución de las asambleas especiales

**15.7 ASAMBLEAS MIXTAS**

**15.8 ACTAS DE ASAMBLEA**
15.8.1 Contenido de las actas
15.8.2 Errores en el acta
15.8.3 Valor probatorio de las actas. Libros de actas
15.8.4 Documentos accesorios de las actas

**15.9 VALIDEZ E INVALIDEZ DEL VOTO; DE LAS ASAMBLEAS Y DE SUS RESOLUCIONES**

**15.10 IMPUGNACIÓN DE LOS *ACTOS SOCIALES*. SUSPENSIÓN DE ACUERDOS. OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES. EFECTOS DE LAS ACCIONES JUDICIALES. SUJETOS PASIVOS**

**15.11 ACUERDOS TOMADOS FUERA DE ASAMBLEA**

**15.12 RECAPITULACIÓN**

## 15.1 ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS

### 15.1.1 Concepto

La *Ley General de Sociedades Mercantiles*, en su art 178, enuncia que la asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad y que podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta, y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración.

La declaración legal de que la asamblea es el *órgano supremo* de la sociedad, debe interpretarse en el sentido de que, jerárquicamente, goza de mayores atribuciones que los demás órganos sociales, es decir, que sus resoluciones pueden convalidar o dejar sin efectos las resoluciones de los otros órganos sociales (administradores, gerentes y comisarios) y no en el sentido de que es un órgano omnímodo, pues sus facultades encuentran su límite en los derechos inderogables de los socios y de terceros, así como en las disposiciones de orden público y las buenas costumbres.

En lo que concierne a la afirmación de que la asamblea está facultada para acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad, también debe entenderse que tal atribución se encuentra enmarcada dentro de los mismos límites que hemos señalado; esto es, que solo puede ejercerse cuando no se afecten el orden público y las buenas costumbres, o los derechos de los socios y de terceros.

Por lo que se refiere a la ejecución de las resoluciones o acuerdos de la asamblea, tal función debe realizarse por conducto de delegados que, en ciertas circunstancias, actúan como representantes de la sociedad, y no de la asamblea, habida cuenta de que ésta carece de personalidad jurídica.

La obligación impuesta al administador único o al consejo de administración de ejecutar las resoluciones de las asambleas, cuando no se hubieren designado delegados, es concomitante de la obligación que les impone el art 158, frac IV, de cumplir con exactitud los acuerdos en cuestión. En este supuesto, los administradores actúan en calidad de delegados *ex oficio* de la asamblea y, si el caso lo amerita, como representantes de la sociedad.

Aunque la ley no nos dice expresamente la manera en que deben ejecutar los acuerdos de asamblea el o los administradores, es lógico inferir que, cuando sean dos o más, a su vez, pueden hacerlo por conducto de delegados, según previene el art 148, *LGSM.* Por ejemplo, si la asamblea decreta un aumento de capital social y no designa delegados para realizar la correspondiente expedición de los títulos de las acciones, nada obsta para que el consejo de administración confíe a uno o varios de sus miembros la expedición y subscripción de los títulos.

### 15.1.2 Naturaleza. Órgano transitorio

La asamblea de accionistas, ya sea general o especial, ordinaria o extraordinaria, es un órgano transitorio de la sociedad puesto que su funcionamiento no es *permanente,* como en el caso de los administradores.

La función específica del órgano transitorio que denominamos asamblea es la de que cada accionista declare su voluntad para que, sumada a la voluntad de todos o de la mayoría de los demás socios, se forme la llamada *voluntad colectiva* de la sociedad.

### 15.1.3 Definición

Conceptualmente, el término *asamblea* evoca dos ideas: la de un grupo de personas reunidas transitoriamente con un fin determinado y la de que la reunión fue convocada. Por consiguiente, en el contexto del asunto que estamos tratando y conforme a lo que acabamos de exponer, se puede decir que la asamblea es el conjunto de accionistas legalmente convocados y transitoriamente reunidos para formar y expresar la llamada *voluntad colectiva* de la sociedad, en la resolución de los asuntos que les tiene encomendados la ley o el contrato social.

## 15.2 CLASES DE ASAMBLEAS

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* clasifica las asambleas en constitutivas, generales y especiales y a las segundas, o sea a las generales, en ordinarias y extraordinarias. Además, la doctrina también suele ocuparse de las llamadas asambleas *mixtas,* a las cuales nos referiremos más adelante.

### 15.2.1 Asambleas constitutivas

Los arts 172 y 176 del derogado Libro Segundo, Título Segundo, del *Código de Comercio* preveían la celebración de asambleas constitutivas, tanto en el caso de constitución simultánea como sucesiva de la sociedad.[1] La *LGSM* únicamente regula la celebración de la asamblea constitutiva para el caso de constitución sucesiva de la sociedad, en sus arts 99, 100 y 101. Con arreglo a lo dispuesto en el art 100, la asamblea constitutiva es competente para comprobar la existencia de la primera exhibición prevenida en el proyecto de estatutos; para examinar y, en su caso, aprobar el avalúo de los bienes distintos de numerario que uno o más socios se hubieren obligado a aportar, en la inteligencia de que los subscriptores del programa no tendrán derecho de votar en relación con sus respectivas aportaciones en especie; para deliberar acerca de la participación que los fundadores se hubieren reservado en las utilidades y para nombrar a los administradores y comisarios, con la designación de quienes, entre los primeros, han de usar la firma social.

La ley es omisa respecto a los *quórumes* de asistencia y votación de las asambleas constitutivas, cuestión de la que tampoco se ocupa nuestra doctrina porque ésta es una forma de constitución de la sociedad casi desconocida en la actualidad.[2]

De los asuntos de que debe ocuparse la asamblea constitutiva, uno, el del nombramiento de administradores y comisarios, corresponde a la asamblea general ordinaria de accionistas y, los restantes, por sus efectos económicos y patrimoniales, son de la competencia de la asamblea extraordinaria, la cual, en los casos de aumento del capital social, se ocupa, entre otras cosas, de deliberar acerca de la integración de éste y de comprobar los criterios seguidos en la valuación de las aportaciones en especie, si las hubiere, así como de las participaciones especiales que algunos socios (los titulares de acciones preferentes) tienen en las utilidades. En otras palabras, la asamblea constitutiva se clasifica dentro de las llamadas asambleas *mixtas*, y por tal razón, nos parece que en ellas deben reunirse, por lo menos, los *quórumes* de las asambleas extraordinarias.

[1] El art 176 del *Código de Comercio* disponía que la constitución simultánea de la sociedad se realizara mediante la subscripción de una escritura pública a la cual se agregaban las comprobaciones de las aportaciones en especie. Cumplido esto, los estatutos se aprobaban por la primera asamblea, convocada en los términos establecidos en la escritura.

[2] A nuestro modo de entender las cosas, una forma cómoda de evitar los inconvenientes de la constitución sucesiva podría lograrse mediante la aplicación del mecanismo de colocación de acciones entre el gran público inversionista previsto en el art 81 de la *Ley del Mercado de Valores*. Con arreglo a este art, las sociedades de capital fijo constituidas de forma simultánea pueden emitir acciones no subscritas para su colocación en el mercado, siempre que los títulos se mantengan depositados en el o los institutos para el depósito de valores regulados por la propia ley y se cumplan los requisitos que se establecen en el dispositivo en cuestión.

### 15.2.2 Asambleas generales

Las asambleas generales son aquellas cuyos *quórumes* de asistencia y votación se computan teniendo en cuenta la *totalidad* de las acciones en que se divide el capital social, según veremos al ocuparnos de este tema.

Las asambleas generales se subclasifican en ordinarias y extraordinarias (art 179). Lo que distingue a unas de otras no es la periodicidad con que deben reunirse, sino la competencia que tienen para ocuparse de diversos asuntos (arts 180, 181 y 182, fracs I a XI) o bien, los *quórumes* de asistencia y votación que la ley o el contrato social exigen para su validez (art 182, frac XII).

### 15.2.3 Asambleas especiales

Las asambleas especiales son las que se integran con una categoría especial de accionistas. Deben celebrarse en el domicilio de la sociedad y su constitución y funcionamiento se rigen por las normas comunes a todas las asambleas, en cuanto al domicilio en que deben celebrarse y en lo que toca a su convocatoria, y por las especiales de las asambleas extraordinarias, en lo que concierne a sus *quórumes* de asistencia y votación.

## 15.3 REGLAS COMUNES A LA CONSTITUCIÓN DE LAS ASAMBLEAS

Antes de analizar la competencia y funcionamiento de las diversas clases de asambleas, nos ocuparemos de comentar los requisitos de constitución que les son comunes a todas ellas, como el domicilio en que deben verificarse, la convocatoria, la exhibición de las acciones, la presidencia, el escrutinio, la integración de los *quórumes* legales, la instalación de la asamblea, el aplazamiento de la asamblea y, por último, también nos ocuparemos de la delegación de funciones.

### 15.3.1 Domicilio

El art 179, *LGSM* previene que las asambleas generales de accionistas, ya sean ordinarias o extraordinarias, deben celebrarse en el domicilio de la sociedad y que, sin este requisito, serán nulas, salvo caso fortuito o de fuerza mayor. Igual requisito establece el art 195, párr segundo, para las asambleas especiales, por remisión expresa al art 179. A nuestro juicio, la nulidad en cuestión es relativa tanto porque la correspondiente acción es prescriptible (art 1045, frac I, *C Com*), como porque los acuerdos de la asamblea celebrada fuera del domicilio social pueden ser ratificados o confirmados por la *totalidad* de los socios.

Es de conocida doctrina que para el legislador mexicano los conceptos *caso fortuito* y *fuerza mayor* son sinónimos, si bien tradicionalmente se conside-

ra que el primero se refiere a acontecimientos de la naturaleza y el segundo a actos o a hechos de los hombres.

La ley es omisa en lo que concierne al domicilio en el que debe celebrarse la asamblea constitutiva; sin embargo, ha tenerse en cuenta que debe convocarse a ella de la forma prevista en el programa (art 99, *in fine*), de manera que si se celebrara en un domicilio diverso al señalado en dicho documento sería nula.

## 15.3.2 Convocatoria

La convocatoria es el aviso, publicado en el o los medios de comunicación previstos por la ley o por ésta y el contrato social, por el cual se llama a los accionistas a reunirse en asamblea. Conforme a la ley, la convocatoria puede ser potestativa u obligada y debe cumplir con ciertos requisitos legales.

### 15.3.2.1 CONVOCATORIA POTESTATIVA

En principio, la facultad de convocar a toda clase de asambleas, ya sean generales o especiales, ordinarias o extraordinarias, corresponde al administrador único o, en su caso, al consejo de administración los cuales podrán ejercer esta atribución cuando lo estimen pertinente (art 183). No obstante, los comisarios también tienen la facultad legal de convocar a asambleas ordinarias o extraordinarias si así lo juzgan conveniente (art 166, frac VI).

### 15.3.2.2 CONVOCATORIA OBLIGADA

Tanto los administradores como los comisarios pueden hacer la convocatoria *motu proprio,* como quedó dicho, o bien a instancias de uno o varios accionistas o porque las circunstancias y la ley así lo exijan. En estos dos últimos supuestos se trata de convocatorias obligadas.

Los accionistas en ningún caso tienen derecho a convocar a asamblea, pero sí a pedir por escrito a los administradores, al comisario o a la autoridad judicial que hagan la convocatoria (arts 184 y 185, *LGSM*).

El derecho de pedir que se convoque a asamblea podrá ser ejercitado por el titular de una sola acción

*a)* Cuando no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios sociales consecutivos, o
*b)* Cuando las asambleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores o de nombrar administradores y comisarios o de determinar los emolumentos de éstos (art 185, *LGSM*).

En cualquier otro caso se requerirá que la solicitud de convocatoria sea hecha por accionistas que representen por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social (art 184, párr primero, *LGSM*).

Presentado el pedido de convocatoria por los accionistas, los administradores y comisarios deberán llamar a asamblea dentro de un término de quince días desde que hayan recibido la solicitud y, si no lo hicieren dentro del mismo, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad.

En el supuesto de que la solicitud fuere hecha por el titular de una sola acción, el juez correrá traslado de la petición al administrador o consejo de administración y a el o los comisarios, para que el punto se decida siguiéndose la tramitación prevista en los arts 1349 a 1358 *C Com*, a los efectos de los incidentes de los juicios mercantiles (art 185, *in fine*). Desde luego, si los administradores o comisarios no pudieren probar sus defensas o excepciones el juez hará la convocatoria del caso.

La razón por la cual la solicitud del titular de una sola acción debe decidirse siguiendo el procedimiento incidental es obvia: se trata de evitar que los accionistas que representan un escaso interés en la sociedad abusen del derecho que les confiere la ley. Esta situación no se produce, por supuesto, cuando *un* solo accionista es titular de treinta y tres por ciento de las acciones en que se divida el capital social, pues en este caso el juez deberá hacer la convocatoria sin substanciar el incidente.

Debe advertirse que, si la acción judicial para solicitar la convocatoria a asamblea fuera hecha por accionistas que representen treinta y tres por ciento del capital social, éstos deberán exhibir ante el juez los títulos de las acciones y que en el otro caso, o sea, cuando la solicitud la hiciere el titular de una sola acción, éste deberá depositar el título de su acción ante notario o ante una institución de crédito que expedirán el certificado correspondiente para ser acompañado a la demanda, bien entendido que las acciones depositadas no se devolverán hasta la conclusión del procedimiento (art 205, párr segundo, *LGSM*).

La Suprema Corte de Justicia ha establecido, en una tesis por demás audaz, en cuanto es derogatoria de la ley, que los accionistas quedarán dispensados de la exhibición o depósito de las acciones cuando los títulos no les hubieren sido expedidos por la sociedad y que podrán acreditar su calidad de socios mediante el contrato social.[3]

Los otros casos en los cuales los administradores están obligados a convocar a asamblea, son

[3] Inserta en el t XLVI, p 2242, 1948. Es claro que la Suprema Corte de Justicia, consciente o inconscientemente, fundó su decisión en la *epiqueya*, entendida no como "interpretación prudente o moderada de la ley" o como simple equidad, sino como inaplicación de la norma jurídica a aquellos casos concretos en los que la estricta observancia de ésta perjudica a partes inocentes o a terceros ajenos al negocio debatido.

*a)* Cuando se trate de la asamblea general ordinaria anual, la cual debe celebrarse por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social (art 181), y
*b)* Cuando por cualquier causa faltaren la totalidad de los comisarios (art 168).

Por su parte, los comisarios estarán obligados a convocar a asamblea

*a)* En caso de omisión de los administradores (art 166, frac VI), y
*b)* En los casos en que la falta de los administradores, por cualquier causa, impida que los restantes desempeñen la administración por no reunirse el *quórum* legal o estatutario (art 155).

### 15.3.2.3 PUBLICIDAD DE LA CONVOCATORIA

La convocatoria a asamblea deberá hacerse mediante la publicación de un aviso en el periódico oficial de la entidad federativa del domicilio de la sociedad o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio, sin perjuicio de que, *adicionalmente,* se estipule en el contrato social que la publicación se haga en otros periódicos o por otros medios, por ejemplo, mediante télex, telegrama o telefax.

La Comisión Nacional de Valores favorece el requisito estatutario de que las sociedades cuyas acciones cotizan en Bolsa publiquen la convocatoria en el *Diario Oficial de la Federación* y exige que se le remita un ejemplar de ella *"a más tardar el día hábil inmediato anterior al de su publicación".*[4]

### 15.3.2.4 PLAZO PARA PUBLICAR LA CONVOCATORIA

La convocatoria deberá publicarse con la anticipación que fijen los estatutos. Sin embargo, tratándose de la asamblea general ordinaria anual, que se reúna para conocer los asuntos enumerados en el art 181, *LGSM,* la convocatoria *siempre* deberá hacerse con quince días de anticipación a la fecha en que haya de verificarse la reunión, habida cuenta de que, según dispone el art 186, *in fine,* durante todo ese tiempo deberán estar a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, el informe de los administradores y el dictamen del comisario a que se refiere el art 172, *LGSM.* Por consiguiente, con excepción del caso citado, las asambleas, sean ordinarias, extraordinarias o especiales, pueden ser convocadas con menos días de anticipación.

En el supuesto de que en el contrato social no se hubiere fijado el plazo de convocatoria, ésta será hecha quince días antes de la fecha señalada para la reunión (art 186).

Por lo que se refiere al cómputo del plazo, es conveniente advertir que no cuenta el día de la publicación, según dispone el art 84, *C Com,* para las obli-

[4] *Circular 11-12,* publicada en el *Diario Oficial de la Federación,* 18 ene 1985.

gaciones mercantiles, ni el día de la reunión, puesto que la convocatoria debe publicarse con la *anticipación* que prevean los estatutos o, en su defecto, quince días *antes* de la fecha de su celebración.

### 15.3.2.5 CONTENIDO DE LA CONVOCATORIA

La *Ley General de Sociedades Mercantiles,* en su art 187, prescribe que la convocatoria deberá contener *la*[5] orden del día. Ahora bien, dado que la orden del día es la lista de los asuntos que han de tratarse en la asamblea, hacemos nuestra la opinión de **Rodríguez**, en el sentido de que su contenido debe ser claro y preciso, por lo que estimamos ilícita la práctica de incluir en ella referencias vagas respecto a los asuntos que se van a tratar o el punto de *asuntos generales,* toda vez que consideramos que se viola el derecho que tienen los accionistas de ser informados cabalmente en lo que se refiere a la marcha de la sociedad. En efecto, la circunstancia de que la orden del día sea oscura o imprecisa puede dar lugar a que sorprenda a los accionistas planteándoles cuestiones que ignoran o respecto de las cuales tienen un concepto erróneo o no están bien informados, o bien que no se motive en ellos interés de acudir a la asamblea.

Esto no obstante, Joaquín **Rodríguez**[6] considera que, a pesar de que la asamblea no puede resolver sino sobre los asuntos contenidos en la orden del día, en el sistema de la *LGSM* caben cuatro excepciones, a saber

1 Cuando se tratan cuestiones conexas con otros asuntos clara y precisamente establecidos en el aviso
2 Cuando la asamblea es totalitaria, o mejor dicho plenaria, pues en este supuesto el autor interpreta literalmente la parte final del art 188 como sanatoria de cualquier vicio de que pudiera adolecer la convocatoria
3 Cuando se ocupa de asuntos comprendidos *ope legis* en la orden del día, como es el caso de la asamblea ordinaria anual, y
4 Cuando se trata de conocer de asuntos que no requieren de resolución; esto es, cuando se trata de asambleas informativas.

De las cuatro excepciones que señala **Rodríguez**, cabe observar que la primera y la cuarta no constituyen por sí mismas casos excepcionales y que la tercera, aunque sería una forma poco común de convocar, solo tendría sentido si en el aviso se advierte que la asamblea se ocupará de los asuntos a que se refiere el art 181, *LGSM.* Por lo que concierne a la segunda excepción, entendemos

[5] El *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* distingue entre *el* y *la* orden del día. El orden del día es la lista de los asuntos que se han de tratar en una junta; la orden del día es un término militar que se refiere a la orden "dada diariamente a los cuerpos de un ejército". Sin embargo, el error gramatical del legislador y la fuerza de la costumbre han hecho tomar carta de naturalización a la expresión "la orden del día" para referirse a la lista de los asuntos que han de tratarse en las asambleas de socios.

[6] *Tratado de sociedades mercantiles,* t II, Porrúa, 1965, pp 31 y ss.

que el hecho de que una asamblea sea plenaria no purga el vicio de que nos estamos ocupando, porque admitir lo contrario sería tanto como admitir la validez de convocatorias confusas o vagas, si en la correspondiente asamblea estuvieran presentes la totalidad de los accionistas.

Además de la orden del día, la convocatoria debe contener la firma de quien la haga. Este requisito, también establecido en el art 187, *LGSM,* tiene un doble propósito: por una parte, el de darle autenticidad a la convocatoria y, por la otra, probar que quien la suscribe está facultado por la ley o por los estatutos para hacerla.

Por último, la convocatoria también debe contener la mención de la hora y del lugar en que se celebrará la asamblea, no solo para evitarles molestias inncesarias a los accionistas, sino también para no impedirles su derecho de participar en la deliberación y resolución de los asuntos que en ella se van a tratar. En lo que se refiere al lugar de la reunión, no es necesario señalar con exactitud la dirección del local en que se celebrará la asamblea, pues basta indicar que la reunión se verificará en *las oficinas de la sociedad* o en el *auditorio municipal,* etc, esto a condición de que tales sitios sean públicamente conocidos. No es necesario que la asamblea se reúna en horas hábiles; pero no parece lícito que se celebre en horas inusitadas, especialmente si lo que se busca con ello es impedir a ciertos accionistas su concurrencia a ella.

### 15.3.2.6 DEFECTOS U OMISIÓN DE LA CONVOCATORIA

El art 188, *LGSM* preceptúa que si la convocatoria no se hiciere por persona autorizada o no cumpliere con los requisitos de publicación, plazo, contenido y firma que antes se mencionan, producirá el efecto de viciar de nulidad absoluta toda *resolución* que llegare a tomarse, *salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones.* Respecto a esta disposición creemos oportuno remitirnos a lo que dejamos dicho respecto a las convocatorias confusas o vagas.

La circunstancia de que sean válidas las resoluciones de las asambleas que se tomen por las asambleas plenarias que no fueren legalmente convocadas reviste una gran importancia práctica para las sociedades familiares o cerradas en las que resulta innecesario y económicamente inconveniente cumplir con todos los requisitos señalados por la ley.

### 15.3.2.7 SEGUNDA CONVOCATORIA

La *Ley General de Sociedades Mercantiles*, en su art 191, estipula que en el caso de que la asamblea no pudiere celebrarse el día señalado para su reunión deberá hacerse una segunda convocatoria, con expresión de dicha circunstancia. Una interpretación adecuada de este precepto legal nos lleva a concluir que es ilícita la práctica de publicar en un solo aviso la primera y segunda convocatorias, porque, en primer lugar, el supuesto del dispositivo en cuestión es el

de que debe publicarse otra convocatoria *después* de ocurrido el evento que impidió celebrar la asamblea y porque, en segundo lugar, bien pudiera suceder que uno o varios accionistas importantes se vieran impedidos para concurrir a la asamblea en primera convocatoria y que los socios restantes, a sabiendas, aprovecharan esa circunstancia para excluirlos de las deliberaciones y resoluciones de ella.

#### 15.3.2.8 ULTERIORES CONVOCATORIAS

En consideración a que la ley en ciertas circunstancias permite elevar estatutariamente los *quórumes* de asistencia y votación, en la práctica también se estila estipular en el contrato social *quórumes* especiales que se van reduciendo de forma gradual, hasta alcanzar los mínimos legales, según sea que la asamblea sea convocada en segunda, tercera o cuarta convocatoria. En nuestra opinión, tratándose de asambleas ordinarias, esta práctica es ilícita, en virtud de que el primer párr del art 191 no admite la posibilidad de que se celebren nuevas asambleas ordinarias después de haber sido convocadas por segunda vez, pues es obvio que la *ratio legis* de esta disposición es la de no entorpecer la marcha de la sociedad.

### 15.3.3 Exhibición y depósito de las acciones

Al ocuparnos de las acciones dejamos asentado que son los documentos necesarios para acreditar y transmitir los derechos de socio, según dispone el art 111, *LGSM.* Asimismo, precisamos que la transmisión de las acciones se perfecciona con su inscripción en el libro de registro del emisor. Ahora bien, para acreditar el derecho de participar en la deliberación y resolución de los asuntos que se van a tratar en la asamblea, se requiere que el accionista exhiba y deposite en la sociedad los títulos de sus acciones y que, además, se encuentre inscrito como tal en el libro de registro del emisor.

El requisito de exhibir y depositar en la sociedad las acciones puede suplirse estatutariamente, estipulando que el accionista acreditará su derecho mediante la presentación de una constancia de que sus acciones se encuentran depositadas en una institución o persona de confianza (bancos, institutos para el depósito de valores, casas de Bolsa, notarios, etc), o que se encuentran afectas en garantía, ya sea porque están en poder de un acreedor prendario, de una institución fiduciaria o de un juzgado.

Fuera de los casos citados o de otros similares que puedan preverse estatutariamente, consideramos que *no* es dispensable el requisito de exhibir los títulos y que, por consiguiente, es viciosa la costumbre de conceder el derecho de deliberación y voto a las personas que se encuentran inscritas en el libro de registro de la emisora sin necesidad de exhibir las acciones. En efecto, en la práctica suele ocurrir, especialmente en los casos de las acciones cotizadas

en Bolsa, que el nuevo titular de ellas no haya practicado la inscripción correspondiente, lo que motivaría reconocerles derechos de socio a quienes han dejado de serlo y continúen inscritos como accionistas en el registro de la emisora.[7]

### 15.3.4 Presidencia de las asambleas

La celebración de las asambleas tropezaría con múltiples dificultades si sus deliberaciones no fueran presididas o dirigidas por un grupo reducido de personas.

En principio, la presidencia de las asambleas corresponde al administrador único o, en su caso, al consejo de administración, por cuanto aun en el supuesto de que los administradores no fueren accionistas están legitimados para concurrir a ellas (art 193). Sin embargo, la ley, en el mismo art 193, previendo posibles conflictos de interés entre los administradores y los socios, permite que se estipule en los estatutos que las asambleas sean presididas por otras personas. En este caso, la designación debe recaer en una o varias personas previamente designadas en los estatutos o en uno o varios de los accionistas presentes o sus representantes pues, en última instancia, los socios, o quienes comparezcan por ellos, son los únicos legitimados para concurrir a las asambleas.

En todo caso, la ausencia de los administradores o de las personas estatutariamente designadas para presidir las asambleas, motiva que quienes deban desempeñar dichas funciones sean designados por los accionistas presentes.

El precepto legal que comentamos permite estipular en el contrato social que las asambleas sean presididas únicamente por el presidente y el secretario del consejo de administración cuando éste se integre con un número elevado de miembros.

### 15.3.5 Escrutinio

Dado que para la validez de las asambleas se requieren ciertos *quórumes* de asistencia, es requisito indispensable que antes de la constitución de ellas se haga un escrutinio, es decir, un recuento de los votos presentes.

El escrutinio generalmente es practicado por el secretario de la asamblea; pero también se estila que, por costumbre o disposición estatutaria, lo realicen uno o varios escrutadores designados por la propia asamblea, a propuesta de la presidencia.

El o los escrutadores hacen constar el *quórum*, ya sea redactando una lista de asistencia en el momento de celebración de la asamblea, o bien comprobando que se encuentra debidamente firmada por los accionistas presentes una

[7] Nos consta que, al menos en un caso concreto que conocimos, esta costumbre dio lugar a que en una asamblea ordinaria de accionistas estuviera reunido *¡ciento seis por ciento!* de las acciones en que se dividía el capital social de la sociedad en cuestión.

lista previamente preparada por el secretario del consejo de administración, con base en la exhibición y depósito de las acciones que hayan hecho los socios.

### 15.3.5.1 LISTAS DE ASISTENCIA

La circunstancia de que el art 41 del *Código de Comercio* exija que en el libro de actas de las asambleas debe expresarse, entre otras cosas, el nombre de los asistentes y el número de acciones y de votos que a cada uno de ellos corresponda, ha hecho dudar a la doctrina mexicana acerca de la licitud de la costumbre, muy difundida, de levantar listas de asistencia para acreditar los *quórumes* en las asambleas de accionistas.[8]

Respecto de esta cuestión, conviene advertir que el art mencionado nunca ha sido aplicable a las actas de las sociedades anónimas. En efecto, en los derogados arts 173 y 211 del *Código de Comercio,* contemporáneos del referido art 41, encontramos

*a)* Que las sociedades anónimas no estaban obligadas a llevar un libro de actas, sino que éstas se levantaban por duplicado, y

*b)* Que de cada acta de asamblea debería formar parte una lista de asistencia, firmada por los accionistas concurrentes, en la cual se expresaba el número de acciones y de votos que éstos representaban. Esta circunstancia nos permite concluir que las actas y acciones a que se refiere el legislador en el art 41 son las correspondientes a las sociedades cooperativas, reguladas en los arts 238 a 259 del propio ordenamiento, o bien que el autor del Código cometió el error de llamar acciones a las *representaciones*[9] o partes de interés de los socios colectivos, comanditados y comanditarios.

A mayor abundamiento, la Comisión Nacional de Valores reconoce implícitamente la validez de las listas de asistencia al exigir a las emisoras cuyas acciones se coticen en Bolsa, que le proporcionen, entre otros documentos, copias autenticadas por el secretario del consejo de administración o por la persona

[8] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 37.

[9] Éste es el nombre que se aplica a las partes de interés, o sea a las participaciones de los socios en el capital social de las colectivas y comanditas simples, en el art 107 del *Código de Comercio.* En este mismo orden de ideas, tenemos conocimiento que la defectuosa redacción de los arts 41 y 95, frac IV, *C Com,* motivó que algunas sociedades colectivas y comanditas simples indebidamente emitieran acciones. El texto de este último dispositivo, aplicable a toda clase de sociedades, era el siguiente: "Art 95. Las escrituras públicas de sociedad deberán contener para su validez: . . . IV. El capital social especificando la naturaleza, número y valor de las acciones en que se dividiere; valor e importe subscrito, si se tratare de sociedades anónimas o en comandita por acciones; o la manifestación de lo que cada socio lleve a la compañía, ya en industria, dinero efectivo, créditos o efectos, con expresión del valor que se diere a unos y a otros, en todo género de sociedades".

autorizada para ello, de las actas de asambleas de accionistas, generales o especiales, ordinarias o extraordinarias, acompañadas de las listas de asistencia a dichas reuniones

> *Firmadas por los accionistas concurrentes o sus representantes y por los escrutadores designados al efecto, indicándose el número de acciones correspondientes a cada socio y, en su caso, por quien está representado, así como el total de las acciones representadas.*[10]

Aunque **Rodríguez** considera que las listas de asistencia "son documentos que carecen de significación especial", compartimos la opinión de Oscar **Vázquez del Mercado** en el sentido de que "su fuerza probatoria es absoluta, en cuanto se refiere al número de los accionistas presentes y de acciones representadas",[11] porque, como antes se indicó, deben ser firmadas por los accionistas o sus representantes.

## 15.3.6 *Quórumes* legales y estatutarios

La ley exige diversos *quórumes* mínimos de asistencia y votación para las diferentes clases de asambleas. Al analizar cada una de ellas habremos de referirnos específicamente a los *quórumes* legales: de momento nos concretaremos a exponer algunos conceptos generales que los rigen.

### 15.3.6.1 CLASES DE *QUÓRUMES*

La *Ley General de Sociedades Mercantiles*, en sus arts 189 a 191 y 195, establece dos clases de *quórumes:* el de asistencia o presencia y el de votación, a los cuales nosotros también llamamos de deliberación y de resolución, respectivamente, por parecernos más adecuados.

Por *quórum* de deliberación se entiende el número mínimo de acciones que deben estar representadas[12] en una asamblea para que sus deliberaciones sean válidas y, por *quórum* de resolución, el número mínimo de votos necesario para que una resolución de la asamblea sea válidamente adoptada.

### 15.3.6.2 MODIFICACIÓN DE LOS *QUÓRUMES*

La doctrina mexicana es unánime en el criterio de que los *quórumes* mínimos legales de deliberación y resolución no pueden ser reducidos estatutariamente;

[10] *Circular 11-11,* publicada en el *Diario Oficial de la Federación,* 18 ene 1985. Aunque la Comisión Nacional de Valores acepta que las copias de las listas de asistencia sean fotostáticas o xerográficas, algunas emisoras suelen solicitar a sus accionistas que firmen original y copia de ellas para dar cumplimiento exacto a lo dispuesto en dicha *Circular.*

[11] *Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles,* Porrúa, 1980, p 84.

[12] Hablando con propiedad, solo las personas físicas o morales pueden ser representadas. Sin embargo, en este caso, como en otros, preferimos utilizar el lenguaje del legislador.

pero admite que, en algunos casos, pueden ser elevados. **Rodríguez y Mantilla Molina**[13] afirman que no es válido elevar los *quórumes* de las asambleas ordinarias porque la ley no lo permite, pues estiman que, de hacerlo, se entorpecería la marcha de la sociedad. Pero en lo que toca a las extraordinarias, ambos admiten la elevación convencional de los *quórumes*. Por su parte, Walter **Frisch Philipp**[14] sostiene que en los estatutos se puede fijar un *quórum* mayor al legal respecto de las asambleas ordinarias y extraordinarias que se celebren en *primera* convocatoria.

A la luz de lo dispuesto por los arts 189 y 191, párr primero, consideramos que **Frisch** tiene razón en lo que concierne a las asambleas ordinarias. En efecto, en virtud que el art 189 establece que en las asambleas ordinarias que se celebren en primera convocatoria debe estar representada *por lo menos* la mitad del capital social, y que el art 191, párr primero, ordena que en segunda convocatoria se resolverá sobre los asuntos contenidos en la orden del día, *cualquiera que sea el número de acciones representadas,* inferimos

*a)* Que los *quórumes* de las asambleas ordinarias solo pueden ser elevados cuando se celebren en virtud de primera convocatoria (en cuyo caso la asamblea será considerada como extraordinaria, según previene la frac XII del art 182), y

*b)* Que es ilícito elevarlos en segunda convocatoria, según dejamos expresado al ocuparnos de las llamadas ulteriores convocatorias.

Por lo que se refiere a las asambleas extraordinarias, visto que el art 190 permite elevar los *quórumes* de deliberación y resolución y de que en el segundo párr del art 191 se confunden dichos *quórumes* en uno solo, consideramos que también es lícito elevarlos en segunda convocatoria puesto que "Tratándose de asambleas extraordinarias, las decisiones se tomarán siempre por el voto favorable del número de acciones que representen, *por lo menos,* la mitad del capital social".

### 15.3.6.3 CÓMPUTO DE LAS ACCIONES

#### 15.3.6.3.1 Acciones suscritas y no suscritas (pagadoras y de tesorería)

Para efectos de determinar los *quórumes* de deliberación y resolución deben tomarse en cuenta todas las acciones subscritas, ya sean liberadas o pagadoras. El hecho de que las acciones pagadoras solo confieran derecho a participar

[13] RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 43; MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, p 404. Incidentalmente, cuando MANTILLA MOLINA desempeñó el cargo de director general de Inversiones Extranjeras, en una opinión particular expresó (contrariando su propia opinión y el texto del art 190, *LGSM*) que los *quórumes* de las asambleas extraordinarias tampoco podían ser válidamente elevados.

[14] *La sociedad anónima mexicana*, Porrúa, 1979, p 260.

en las utilidades en la proporción de su importe exhibido no significa que no gocen de voto pleno pues, con arreglo a lo previsto en el art 113, primer párr, cada acción concede derecho a un voto.

Por carecer de titular, las acciones de tesorería no pueden ser computadas para integrar los *quórumes* de deliberación y votación.

#### 15.3.6.3.2 Acciones en poder de la sociedad

Cuando la sociedad hubiere adquirido sus propias acciones por adjudicación judicial en pago de créditos a su favor, no podrán ser representadas en las asambleas de accionistas mientras sigan perteneciendo a aquella (art 134, párr segundo, *in fine*).

#### 15.3.6.3.3 Acciones de voto limitado

En opinión de **Rodríguez** y Mario **Bauche Garciadiego,**[15] las acciones de voto limitado deben tomarse en cuenta para formar el *quórum* de asistencia; pero no para determinar el *quórum* de votación en las asambleas en las que, legal o estatutariamente, no se les concede el derecho de voto. Acerca de este particular **Rodríguez** comenta lo siguiente

> Parece ser que esta última solución [la de computar sólo las acciones que tengan derecho a voto] es la correcta, pues de lo contrario la existencia de acciones de voto limitado implicaría, en contra del propósito del legislador, una mayor dificultad en la vida ordinaria de las sociedades anónimas,

y agrega

> Las acciones de voto limitado, por definición, no intervienen en la mayor parte de las asambleas extraordinarias, ¿a título de qué habían de dar voto en ellas?

Respecto a esta cuestión debe advertirse, en primer lugar, que la *LGSM* no reprodujo el art 205 del Código de Comercio cuyo texto era el siguiente: "Las resoluciones de las asambleas generales se tomarán, cuando menos, a mayoría absoluta de votos de las acciones *computables*" y, en segundo lugar, que los arts 189 a 191 se refieren no a las acciones con derecho a voto, sino al número de ellas que integran el *capital social.* No obstante, la ley, en su art 189, establece una notable diferencia en lo que concierne a los *quórumes* de deliberación y votación en las asambleas ordinarias. Efectivamente, en dicho precepto se establece que para que una asamblea ordinaria se considere legalmente reunida en primera convocatoria, deberá estar representada, por lo menos, *la mitad del capital social,* y que las resoluciones solo serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes. Esta importante distinción nos permite concluir

[15] RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 42; BAUCHE, *La empresa,* Porrúa, 1979, p 516.

*a)* Que en las asambleas ordinarias celebradas en primera convocatoria deben computarse tanto las acciones comunes como las de voto limitado para formar el *quórum* de asistencia y solo las comunes para determinar el *quórum* de votación, y

*b)* Que, para determinar la validez de las resoluciones que adopten las asambleas ordinarias que se celebren en segunda convocatoria, no importa el número de las acciones comunes y de voto limitado que se encuentren representadas en la junta, sino la mayoría de las acciones con derecho a voto (art 191, párr primero). Por consiguiente, consideramos que la objeción de **Rodríguez** carece de fundamento.

Otra cuestión diferente es la que plantean los *quórumes* de asistencia y votación de las asambleas extraordinarias, según sea que se celebren en primera o segunda convocatoria. Con arreglo a lo dispuesto por los arts 190 y 191, párr segundo

*a)* En las asambleas extraordinarias que se verifiquen en primera convocatoria deben estar representadas por lo menos, las tres cuartas partes del *capital* (*quórum* de asistencia) y las resoluciones que se tomen deben contar con el voto favorable de las acciones que representen la mitad del *capital social* (*quórum* de votación), y

*b)* En las que se celebren en segunda convocatoria las resoluciones deben tomarse siempre por el voto de las acciones que representen la mitad del *capital social* (*quórum* mínimo tanto de asistencia como de votación).

Ante el texto de los arts 190 y 191, consideramos que no cabe otra interpretación que no sea la literal y que, en consecuencia, en las asambleas extraordinarias deben computarse tanto las acciones comunes como las de voto limitado para integrar los *quórumes* de asistencia y votación.[16] Cualquiera otra interpretación sería meramente especulativa, pues lo mismo se podría decir que el legislador por omisión no reprodujo el art 205, *C Com,* o que quiso derogarlo expresamente para proteger a los titulares de las acciones de voto limitado, puesto que este último art prácticamente está reproducido en el 195, *LGSM,* que estipula que las mayorías de las asambleas *especiales* se deberán computar *con relación al número total de acciones de la categoría de que se trate.*

Pero, al margen de estas cuestiones de índole especulativa, es indudable que, si nos atenemos al texto de los arts 190 y 191, *LGSM,* debemos admitir que ambos preceptos establecen un límite a la emisión de acciones preferentes de voto limitado, toda vez que si éstas constituyeran más de la mitad del capital social resultaría prácticamente imposible integrar los *quórumes* de votación establecidos por la ley para la validez de las resoluciones de las asambleas extraordinarias que no se ocupen de los asuntos comprendidos en las fracs I,

[16] En el mismo sentido VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *op cit,* p 89.

II, IV, V, VI y VII del art 182, porque en aquellas, como quedó indicado, las decisiones deben tomarse *siempre* por el voto favorable del número de acciones que representen, por lo menos, la mitad del *capital social.*[17]

#### 15.3.6.3.4 Acciones ausentes y abstenidas

Es obvio que las acciones que no están representadas en la asamblea no pueden ser tomadas en consideración para integrar los *quórumes* de asistencia y votación. Sin embargo, en los estatutos de algunas sociedades anónimas se estipula que se computará como emitido en forma afirmativa el voto de las acciones que se ausenten durante el curso de la asamblea. También suele estipularse que se estimará emitido en sentido afirmativo el voto de los abstencionistas.

Por supuesto, estas costumbres son contrarias a nuestro sistema legal, toda vez que, conforme al mismo, el que calla no afirma ni niega; es decir, el que calla, contra lo que popularmente se cree, *no* otorga.[18] En todo caso, las resoluciones de las asambleas obligarán a los ausentes y abstencionistas cuando hayan sido válidamente adoptadas mediante los *quórumes* de asistencia y votación establecidos en la ley o en el contrato social (arts 200 y 201, *LGSM*).[19]

#### 15.3.6.3.5 Acciones morosas

Las acciones morosas, es decir aquellas cuyos dividendos pasivos no han sido pagados oportunamente por sus titulares, confieren el derecho de voto hasta en tanto no sean extinguidas en los términos del art 121, *LGSM.* En consecuencia, deben computarse para determinar los *quórumes* de asistencia y votación.

[17] La Comisión Nacional de Valores tiene establecido el siguiente criterio general: "Debe existir una proporción conveniente entre el monto de las diversas clases de acciones que forman el capital; en todo caso, el total de las acciones comunes no debe ser inferior al monto de las preferentes" (*Memoria Anual*, 1952, p 55). Las razones que tuvo la Comisión para emitir dicho criterio nos son desconocidas y solo podemos conjeturar que mediante el mismo se persigue proteger a los titulares de las acciones preferentes, puesto que la principal función de este organismo es velar por los intereses del gran público inversionista. Por otra parte, pero en el mismo orden de ideas, permítasenos exponer el siguiente caso que nos tocó conocer según el proyecto de constitución de una sociedad anónima, el capital social eventualmente pudo estar dividido en un noventa por ciento por acciones de voto limitado y el resto por acciones comunes, circunstancia que, de aceptarse la opinión de RODRÍGUEZ y de BAUCHE, hubiera permitido que las resoluciones de las asambleas extraordinarias fueran válidas mediante el voto de las acciones que representaran el cinco por ciento del total de las emitidas por la sociedad.

[18] *Cfr* BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, t I, Porrúa, 1962, p 210.

[19] Los abstencionistas, quedan obligados a acatar las resoluciones válidamente adoptadas por la asamblea porque en el art 201, *LGSM*, no se les concede el derecho de oposición a ellas.

#### 15.3.6.3.6 Acciones de goce

Para el caso de que la sociedad hubiere emitido acciones de goce con derecho a voto (art 137, *in fine*), también deberán computarse para integrar los *quórumes* de deliberación y resolución.

#### 15.3.6.3.7 Acciones de trabajo y bonos de fundador

Puesto que las acciones de trabajo y los bonos de fundador no se computan en el capital social y solo confieren el derecho de percibir cierta participación en las utilidades (arts 107 y 117 y Exposición de Motivos de la *LGSM*), no son computables para integrar los *quórumes* de las asambleas.

### 15.3.6.4 SUBSISTENCIA DE LOS *QUÓRUMES*. ABANDONO Y EXPULSIÓN DE LAS ASAMBLEAS

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* no obliga a los accionistas a permanecer en la asamblea hasta que ésta concluya, ni prohíbe expresamente que la presidencia expulse a algunos de los presentes cuando no guarden el orden ni el decoro necesario para el buen funcionamiento de la junta.[20] Ahora bien, ambas circunstancias plantean el problema de dilucidar si en los casos de abandono de la asamblea o de expulsión de ella deben respetarse los *quórumes* de asistencia y votación.

La validez de las resoluciones de las asambleas exige el concurso de dos mayorías: la de asistencia o de deliberación y la de votación. En otras palabras, la *LGSM* supone, por un lado, que los asuntos propuestos en la asamblea fueron debidamente deliberados por los asistentes (*quórum* de asistencia o deliberación) y aprobados por las mayorías legales o estatutarias (*quórum* de votación), de manera que si algunos accionistas abandonan la junta o son expulsados de ella debe realizarse un nuevo escrutinio para determinar si está reunido el *quórum* de deliberación y, en su caso, el de votación. Si el *quórum* de deliberación no llegara a integrarse, la asamblea deberá ser disuelta y nuevamente convocada aun en el caso de que se encuentre reunido el *quórum* de votación. Por el contrario, si el *quórum* de asistencia estuviere integrado, se

[20] Algunas legislaciones extranjeras facultan expresamente a la presidencia para expulsar de las asambleas a los accionistas que, por no guardar el orden y decoro necesarios, entorpezcan su funcionamiento (*cfr* VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *op cit*, p 83). Parece ser que en nuestro país la presidencia de la asamblea también está autorizada para expulsar a los accionistas, cuando se presenten las circunstancias mencionadas porque su conducta, en cuanto contraria a las buenas costumbres, sería ilícita.

procederá a continuar la asamblea y sus resoluciones únicamente serán válidas si son adoptadas por las mayorías de votación legales y estatutarias.[21]

### 15.3.7 Instalación de la asamblea

Cumplidos todos y cada uno de los requisitos a que antes hemos aludido, o sea los referentes a domicilio, convocatoria, exhibición de las acciones, presidencia, escrutinio e integración del *quórum* de deliberación, la presidencia deberá declarar legalmente instalada la asamblea para prevenir con ello a los accionistas de que las deliberaciones que se susciten y las resoluciones que se adopten serán válidas y obligatorias para los abstencionistas y para los ausentes y disidentes.

Como antes quedó expuesto, solo por excepción podrá declararse instalada una asamblea cuando, sin cumplir con los requisitos de convocatoria, en el momento de la reunión y de la votación se encuentre representada la totalidad de las acciones en que se divida el capital social (art 188, *LGSM*).

### 15.3.8 Aplazamiento de las asambleas

El aplazamiento de las asambleas puede ser obligado o potestativo. Es obligado cuando, a solicitud de los accionistas que reúnan treinta y tres por ciento de las acciones representadas en la asamblea, se aplaza la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados. En este supuesto, el aplazamiento será para dentro de tres días y no requerirá nueva convocatoria, y el derecho para solicitarlo no podrá ejercitarse sino una sola vez para el mismo asunto (art 199).

El aplazamiento potestativo puede obedecer a numerosas causas y supone el consentimiento unánime de los presentes. En este caso no parece que haya necesidad de publicar nueva convocatoria.

Llegada la fecha de reanudación de la asamblea deben reunirse los *quórumes* legales y estatutarios para que sus resoluciones sean válidas para los ausentes y disidentes.

### 15.3.9 Delegación de funciones

Las funciones o facultades de las asambleas son de deliberación, resolución y ejecución de los asuntos que les competen conforme a la ley o al contrato so-

[21] En contra. RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 54, y VÁZQUEZ DEL MERCADO, *op cit*, p 91, quienes opinan que una vez integrado el *quórum* de asistencia, la ausencia posterior no desintegra la asamblea. BOLAFFIO, HOUPIN y BOSVIEUX, citados por VÁZQUEZ DEL MERCADO, sostienen, que cuando por expulsión de algunos accionistas se reduzca el *quórum* de deliberación, debe darse por concluida la asamblea por no ser posible tomar resoluciones válidas.

cial. Las facultades de deliberación y resolución de las asambleas son necesarias y estatutarias. Son necesarias en aquellos casos en los que la *LGSM* expresamente se las atribuye (arts 19, 121, *in fine*, 136, fracs III y IV, 137, 161, 181, 182 195, 216, párr segundo, 232, párr segundo, 242, frac V, etc), y estatutarias en los demás casos en que convencionalmente se reserva la deliberación y resolución de ciertos asuntos a la junta de socios (art 10, *in fine*).

A nuestro juicio, la asamblea no puede delegar sus facultades de deliberación y resolución en otros órganos de la sociedad en aquellos asuntos en que su competencia es necesaria, habida cuenta de que tales asuntos están legalmente tasados para proteger los derechos de los accionistas, según se desprende de la interpretación teleológica de numerosas disposiciones que tienden a tal fin.[22] Y es precisamente por estas mismas razones por lo que consideramos que tampoco pueden delegarse en la asamblea ordinaria la deliberación y resolución de los asuntos que por ley competen a la extraordinaria.[23]

En cuanto a la competencia estatutaria, es obvio que tampoco es delegable porque presupone que las facultades de los administradores han sido convencionalmente restringidas con el propósito de proteger los derechos de todos los socios o de ciertos grupos de accionistas.

Por último, la facultad de ejecución sí es delegable con arreglo a lo prescrito por el art 178, *LGSM*, del que ya nos hemos ocupado.

## 15.4 ASAMBLEAS GENERALES ORDINARIAS DE ACCIONISTAS

La *Ley General de Sociedades Mercantiles*, en sus arts 180 y 181, subclasifica las asambleas generales ordinarias de accionistas tanto por su competencia como por la época de su reunión. El primero de los preceptos citados enuncia que "*Son asambleas ordinarias las que se reúnan para tratar de cualquier asunto que no sea de los enumerados en el art 182*" y el otro, o sea el art 181, ordena que "*La asamblea ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social*". Por razón de la época de su celebración a esta última categoría de asambleas suele dársele el nombre de asanblea ordinaria anual.

[22] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, pp 10 y 11.

[23] Es una costumbre muy difundida estipular en el contrato social de las anónimas de capital variable que los aumentos y disminuciones de éste pueden ser acordados por la asamblea ordinaria y aun por el consejo de administración. Consideramos esta práctica como ilícita por ser notoriamente contraria al texto de los arts 216, párr segundo, y 220, *LGSM*, según veremos al ocuparnos de este tema.

## 15.4.1 Asamblea ordinaria anual

La celebración de la asamblea ordinaria anual no es potestativa sino obligatoria, visto el carácter imperativo del art 181, y la facultad que confiere la *LGSM* a los titulares de una sola acción para solicitar que se celebre cuando no se haya verificado durante dos ejercicios consecutivos o cuando no se haya ocupado de los asuntos a que se refiere el precepto citado (art 185).

### 15.4.1.1 COMPETENCIA DE LA ASAMBLEA ORDINARIA ANUAL

La asamblea ordinaria anual tiene competencia para conocer de los siguientes asuntos, enumerados en el art 181

*a)* Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del art 172, tomando en cuenta el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas
*b)* En su caso, nombrar al administrador o consejo de administración y a los comisarios
*c)* Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos, y
*ch)* Conocer de cualquier otro asunto incluido en la orden del día.

Por razones lógicas y fiscales, la asamblea anual también se ocupa de la aplicación de los resultados (ganancias o pérdidas) del ejercicio. Así pues, la asamblea ordinaria anual tiende a satisfacer los siguientes derechos de los accionistas: de información, de participar, directa o indirectamente, en la administración y vigilancia de la sociedad mediante la designación de administradores y comisarios, y, de participar en el reparto de utilidades.

### 15.4.1.2 DISCUSIÓN, APROBACIÓN Y MODIFICACIÓN DE INFORMES

Con arreglo a lo previsto por el art 172, *LGSM,* cuya redacción y orden son de suyo bastante pobres, los administradores están obligados a presentar anualmente a la asamblea de accionistas un informe que incluya por lo menos

1 Un informe sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como sobre las políticas seguidas por aquellos en el desempeño de sus funciones y, en su caso, sobre los principales proyectos existentes. Evidentemente, el ejercicio a que se refiere la ley es el anterior, puesto que la asamblea debe celebrarse dentro de los cuatro meses siguientes a la clausura de cada ejercicio, los cuales, por simple inferencia lógica, son anuales
2 Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio; es decir, el balance general anual. Desde luego, el estado de situación financiera, lo mismo que los demás estados financieros que deben presentar los administadores debe ser veraz y exacto en cuanto a la relación de las partidas que forman el activo y el pasivo, así

como en cuanto a la diferencia de ambos, esto a pesar de que el legislador haya derogado el *principio de sinceridad del balance* que estuvo estatuido en el art 38, *LGSM*[24]

3 Un estado que muestre, debidamente explicados y clasificados, los resultados de la sociedad durante el ejercicio anterior; esto es, el estado de pérdidas y ganancias. De los estados financieros éste es, sin lugar a dudas, el más importante, toda vez que de los criterios y políticas que se hayan seguido en su preparación, depende en gran medida que la sociedad muestre utilidades o pérdidas y, consecuentemente, su verdadero estado de situación financiera y su capacidad de distribuir dividendos
4 Un estado que muestre los cambios en la situación financiera durante el ejercicio, o sea, el llamado estado de *origen y aplicación de recursos*
5 Un estado que muestre los cambios en las partidas que integran el patrimonio social, acaecidos durante el ejercicio, es decir, el estado de situación patrimonial
6 Un informe en que se declaren y expliquen las principales políticas y criterios contables y de información seguidos en la preparación de la información financiera
7 Las notas que sean necesarias para completar o aclarar la información que suministren los estados financieros anteriores.

A este informe de los administradores debe agregarse un informe del o los comisarios que, con arreglo a lo dispuesto por el art 166, frac IV, debe contener

1 La opinión del comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por los administradores de la sociedad son adecuados y suficientes, tomando en consideración las circunstancias particulares de ella
2 La opinión del comisario sobre si esas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores
3 La opinión del comisario sobre si, como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.

#### 15.4.1.2.1 Falsedad de la información

La falsedad de la información presentada a la asamblea por los administradores, da lugar a que los accionistas ejerciten en su contra la acción de responsa-

[24] En la actualidad, los estados financieros se preparan conforme a los llamados *Principios de contabilidad generalmente aceptados* que periódicamente emite el Instituto Nacional de Contadores Públicos, cuya aplicación no es legalmente obligatoria. No obstante, dichos principios son aplicados por la inmensa mayoría de contadores públicos de nuestro país, haciendo gala con ello de una acendrada ética profesional que mucho honra a su gremio.

bilidad a que se refieren los arts 161 y 162, *LGSM,* sin perjuicio de que también se les impute la responsabilidad penal en que pudieran incurrir. En igual responsabilidad incurren los comisarios que no adviertan o informen a la asamblea sobre la falsedad de la información (art 169).

#### 15.4.1.2.2 Modificación de la información

En todo caso, la asamblea anual de accionistas tiene la facultad de modificar la información que le haya sido presentada por los administradores y los comisarios (art 181, frac I).

#### 15.4.1.2.3 Oportunidad de la información

Los informes a que se refiere el enunciado general del art 172 deben estar a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, quince días antes de la fecha de reunión de la asamblea ordinaria anual (art 186, *in fine*). Esta exigencia legal, determina que, en todos los casos, la asamblea anual deba convocarse cuando menos con quince días de anticipación.

No deben confundirse los conceptos *domicilio social* y *oficinas de la sociedad,* pues muy bien pudiera suceder que el primero se localizara en una población y las segundas en otra. A este respecto, la Suprema Corte de Justicia ha establecido que no es ilícito poner los informes a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad aun en el caso de que su domicilio se localice en otra adscripción judicial.[25]

La falta de presentación oportuna de los informes de los administradores y comisarios motiva que la asamblea acuerde su remoción, sin perjuicio de que se les exijan las responsabilidades en que hubieren incurrido (art 176).

#### 15.4.1.2.4 Publicidad de la información

Tanto el informe de los administradores como el del comisario deben publicarse, quince días después de la fecha de la asamblea que los hubiere aprobado, en el periódico oficial de la entidad federativa en que tenga su domicilio la sociedad, o si se trata de sociedades que tengan oficinas o dependencias en varias entidades, en el *Diario Oficial de la Federación.*

Adicionalmente, la sociedad debe depositar en el Registro Público de Comercio de su domicilio una copia autorizada de los informes en cuestión (art 177).

Si los accionistas que representen treinta y tres por ciento del capital social hubieran formulado en término alguna oposición contra la aprobación en la información financiera,[26] se hará la publicación y el depósito de la misma

[25] *A D 4429/1961, Boletín de Información Judicial,* 1961, p 356.

[26] El art 177 se refiere a la oposición al *balance.* Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el art cuarto transitorio del decreto del 18 de dic de 1980, que derogó y modificó diversas disposiciones mercantiles, establece que cuando la legislación mercantil se refiera a "balances", "inventarios", etc, tales expresiones deben entenderse referidas a la información financiera enumerada en el art 172, *LGSM.*

con la anotación relativa al nombre de los opositores y el número de acciones que representen (art 177, *in fine*).

Con excepción de las sociedades cuyas acciones se cotizan en Bolsa, en nuestro medio prácticamente no se cumple con la obligación establecida en el art 177 de publicar y depositar la información financiera, porque este precepto no establece sanción alguna para el caso de que no sea observado.[27] Sin embargo, consideramos que cualquier accionista, en ejercicio de su derecho de información, puede demandar judicialmente la publicación y depósito previstos en dicho dispositivo.

#### 15.4.1.2.5 Derecho de información de los acreedores

La obligación establecida en el art 177 es de carácter general y por ello no solo se estatuye en favor de los accionistas, sino también en beneficio de terceros interesados. Por consiguiente, estimamos que cualquier acreedor puede demandar judicialmente la publicación y depósito de los estados financieros de la sociedad, en especial en aquellos casos en los que, como el de quiebra, el ejercicio de las acciones que tuvieren contra la sociedad depende de la solvencia o insolvencia de ésta.[28]

### 15.4.1.3 DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADORES Y COMISARIOS

Al ocuparnos de los derechos de consecución de los accionistas señalamos el de participar en la administración y vigilancia de la sociedad. Ahora bien, este derecho solo puede ser ejercido por acuerdo de la asamblea ordinaria, pues la ley, en su art 181, fracs II y III, le atribuye competencia para designar administradores así como comisarios y para determinar sus emolumentos.

Entendemos que, tratándose de la designación de administradores y comisarios, los accionistas pueden votar a favor de su propio nombramiento puesto que no se trata de una *operación* determinada en la que tenga un interés contrario al de la sociedad.

Cuando los administradores sean tres o más, el derecho a participar, directa o indirectamente, en la administración y vigilancia[29] de la sociedad puede ser ejercido, en general, por las minorías que representen veinticinco por ciento del capital social y, en especial, por las minorías que representen diez por ciento del capital social, cuando se trate de sociedades cuyas acciones se encuentren inscritas en Bolsa (art 144).

[27] Las sociedades cuyas acciones cotizan en Bolsa están obligadas a suministrar a la Comisión Nacional de Valores un ejemplar del periódico en donde se haya publicado la información financiera. *Circular 11-11.*

[28] Otro caso podría ser el de que la sociedad se hubiera obligado con uno o varios acreedores a mantener ciertas "razones" (proporciones) entre sus pasivos y el capital social.

[29] Estimamos que no es correcto afirmar que las minorías solo tienen derecho a designar un comisario cuando los comisarios sean tres o más, según se verá al tratar lo referente a este órgano social.

Aun cuando representen veinticinco o diez por ciento *del capital social,* los tenedores de acciones de voto limitado, a que se refiere el primer párr del art 113, *LGSM,* no tienen derecho a designar administradores y comisarios por la sencilla razón de que esta facultad es exclusiva de las asambleas ordinarias respecto de las cuales tienen derecho de asistencia, pero no de resolución, según hemos dejado apuntado.

### 15.4.1.4 APLICACIÓN DE RESULTADOS

Una consecuencia lógica de la aprobación de los estados financieros es la de determinar el destino que ha de darse a los resultados, pérdidas o ganancias, del ejercicio, motivo por el cual generalmente se incluye en la orden del día el punto de *aplicación de resultados.*

En efecto, toda vez que, si la sociedad obtuvo utilidades, los accionistas tienen un derecho abstracto al dividendo, es lógico concluir que la asamblea debe determinar la aplicación que debe dárseles a los beneficios; es decir, debe resolver si éstos se distribuyen total o parcialmente como dividendos, o bien, si se aplican a otros fines, como los de formar reservas voluntarias o restituir pérdidas.

De acuerdo con lo dispuesto por los arts 18, 19, 20 y 113, *LGSM,* la distribución de las utilidades está subordinada a las siguientes condiciones

*i)* Que los estados financieros *efectivamente* las arrojen[30]
*ii)* Que la asamblea decrete el pago de dividendos
*iii)* Que si hay pérdidas de ejercicios anteriores, el capital social sea restituido o reducido, o bien, que sean absorbidas mediante su aplicación a otras partidas del patrimonio
*iv)* Que se separe como mínimo cinco por ciento de las utilidades para formar el fondo de reserva, hasta que importe la quinta parte del capital social, y
*v)* Que si hubiere emitidas acciones de voto limitado, se les asigne el dividendo preferente que les corresponde con la prelación indicada en el art 113.

Conviene recordar que en la distribución de las utilidades las acciones pagadoras únicamente participan en la proporción exhibida de su importe (art 117, *LGSM*).

Por otro lado, si la sociedad sufrió pérdidas, los accionistas deben decidir sobre el destino que deba dárseles, ya sea aplicándolas contra otras partidas del patrimonio (art 19, párr primero), ya sea ordenando su restitución o, ya sea dejándolas pendientes de aplicar contra utilidades futuras.

[30] *Supra* Capítulo 5, pie de página núm 10.

## 15.4.2 Otras asambleas ordinarias

### 15.4.2.1 COMPETENCIA

La propia ley y los estatutos de la sociedad determinan la competencia de otras asambleas ordinarias. Entre los asuntos cuyo conocimiento y resolución le son reservados por la ley a las asambleas ordinarias encontramos los siguientes

*a)* Decretar el pago de dividendos cuando no lo hubiere hecho la asamblea anual (art 19)
*b)* Revocar los nombramientos de administradores y comisarios (arts 142 y 155)
*c)* Nombrar gerentes y revocar su nombramiento (art 145)
*ch)* Remover a los administradores y comisarios (art 175) y de exigirles responsabilidades (arts 161 y171)
*d)* Designar administradores y comisarios cuando falten por causa de revocación, remoción, inhabilitación o muerte (arts 142 y 168), etcétera.

Por lo que toca a la competencia reservada estatutariamente a la asamblea general ordinaria, en ella cabe comprender una gran variedad de asuntos cuya determinación queda a la libre voluntad de los accionistas, por lo que enumerarlos de forma casuística es prácticamente imposible.

### 15.4.2.2 *QUÓRUMES* DE DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN EN LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS

A lo que ya dejamos asentado, respecto a los *quórumes* de deliberación y votación de las asambleas ordinarias, únicamente queremos añadir que, si por disposición legal o estatutaria, aquellos se elevan, la asamblea será considerada como extraordinaria, según dispone el art 182, frac XII. Por ejemplo, si se estipula que, en primera convocatoria, los *quórumes* de la asamblea anual sean mayores que los establecidos por el art 189, estaremos frente a un caso de asamblea extraordinaria por más que el plazo de convocatoria y los asuntos de su competencia sean aquellos que la ley estatuye para las asambleas ordinarias.

### 15.4.2.3 RESTRICCIONES LEGALES AL DERECHO DE VOTO

De la lectura íntegra del art 196, se deduce que los accionistas no solo deben abstenerse de participar en las deliberaciones de las asambleas ordinarias que se ocupen del conocimiento de operaciones en las que por cuenta propia o ajena, tengan un interés contrario al de la sociedad, sino también de emitir el voto correspondiente a sus acciones.

En las asambleas anuales ordinarias, los accionistas que además sean administradores o comisarios tienen prohibido votar en las deliberaciones relativas a la aprobación de los informes que deben presentar en ellas (art 197).

A pesar de que el art 166, frac VIII, declara que los comisarios tendrán la facultad de asistir con voz, *pero sin voto,* a las asambleas de accionistas, creemos que, si se interpreta lógica y sistemáticamente la ley, tal restricción se refiere únicamente a los casos establecidos en los arts 196 y 197 antes mencionados. En efecto, si la restricción fuera absoluta pugnaría con lo dispuesto en los arts 113, párr primero, y 164, porque, al privar del derecho de voto al accionista-comisario, de hecho se le privaría de su derecho a participar en la vigilancia de la sociedad, habida cuenta de que es lógico suponer que ningún socio pretendería ocupar dicho cargo, especialmente si su participación en el capital social es determinante para la validez de las decisiones de las asambleas.

#### 15.4.2.4 PROHIBICIÓN DE REPRESENTACIÓN

El art 192, párr segundo, enuncia que, para efectos de representación en las asambleas, los administradores y comisarios no podrán ser mandatarios de otros accionistas. A nuestro juicio, esta prohibición tampoco es absoluta, pues solo cobra significado cuando se trata de los supuestos comprendidos en los arts 196 y 197.

En efecto, el otorgamiento del mandato presupone

*a)* Que el mandatario fue debidamente instruido sobre el sentido en que debe emitir el voto, en cuyo caso no incurrirá en responsabilidad alguna, o
*b)* Que el mandante dejó al arbitrio del mandatario la emisión del voto, en cuyo supuesto el apoderado deberá abstenerse de emitirlo cuando se actualicen las hipótesis contempladas en los dos arts antes indicados.

## 15.5 ASAMBLEAS GENERALES EXTRAORDINARIAS DE ACCIONISTAS

Las asambleas generales de accionistas son extraordinarias en razón de su competencia (art 182, fracs I a XI) o de los *quórumes* especiales de deliberación y resolución exigidos por la ley o por el contrato social (art 182, frac XII).

### 15.5.1 Competencia

En términos generales, se puede afirmar que la asamblea extraordinaria es competente para modificar todas las estipulaciones contenidas en la escritura constitutiva de la sociedad, es decir, el contrato social y los estatutos. Esta facultad de la asamblea encuentra su fundamento legal en la llamada *ley de la mayoría* (*Lex majoris partis*), consignada en el art 200, *LGSM*, y constituye una excepción al principio de derecho común que establece que la validez y cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art 1798, *CCDF*).

En ciertas circunstancias, las resoluciones de las asambleas extraordinarias no implican necesariamente una modificación de la escritura constitutiva. Tal cosa sucede en los siguientes casos

*a)* En los de aumento y disminución del capital social variable, cuando las sociedades hayan adoptado dicha modalidad
*b)* El de fusión por incorporación con otra sociedad de idéntico objeto social, cuando la fusionante sea de capital variable y éste sea suficiente para emitir las acciones derivadas de la fusión
*c)* El de amortización por la sociedad de sus propias acciones con utilidades repartibles, cuando está prevista en el contrato social[31]
*ch)* El de emisión de obligaciones, y
*d)* En general, todos aquellos casos en los que estatutariamente se hayan estipulado *quórumes* especiales para conocer y resolver asuntos que no conllevan una modificación a la escritura constitutiva.

#### 15.5.1.1 LÍMITES A LA COMPETENCIA DE LAS ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS

La facultad de modificar la escritura constitutiva que la *LGSM* atribuye a la asamblea extraordinaria no es ni puede ser a tal grado absoluta que su ejercicio conduzca a conculcar los derechos inderogables que la ley confiere a los socios o a violar disposiciones de orden público. Por consiguiente, la asamblea extraordinaria puede limitar o modificar, pero no suprimir, entre otros, los siguientes derechos de los accionistas

*a)* De voto
*b)* De participar en las utilidades
*c)* De transmitir las acciones
*ch)* De igualdad de trato, y
*e)* De nombrar administradores y comisarios y revocar sus cargos.

De la misma manera, la asamblea extraordinaria en ningún caso puede derogar los derechos de subscribir las nuevas acciones que se emitan con motivo de aumentos del capital social; de aportación limitada; de información y de aprobación o modificación de los informes de los administradores y comisarios; de obtener los títulos de las acciones y, en su caso, de canjearlas; de solicitar que

[31] La amortización de acciones con utilidades repartibles no implica *necesariamente* una modificación al contrato social: *a)* porque no conlleva una reducción del capital social; *b)* porque en el mismo contrato social puede determinarse la cantidad de acciones por amortizar; *c)* porque en el acta de la asamblea que decrete la amortización solo se hace constar el nuevo valor nominal de las acciones; *ch)* porque no es necesario emitir nuevas acciones dado que sus indicaciones pueden ser modificadas en la forma prevista en el art 140, *LGSM*, y *d)* porque en el caso de que se emitan acciones de goce su número también puede estar previsto en el contrato social.

se convoque a asamblea; de denuncia; de impugnación a los acuerdos sociales; de exigir responsabilidad a los administradores; de participar en el haber social, etcétera.[32]

Por último, la asamblea extraordinaria tampoco puede delegar sus facultades de deliberación y resolución en la asamblea ordinaria, ni en otros órganos de la sociedad, como los administradores y comisarios, según dejamos asentado al ocuparnos de la delegación de funciones.

## 15.5.2 Atribuciones legales de la asamblea extraordinaria de accionistas

La *Ley General de Sociedades Mercantiles,* en las doce fracs que forman el art 182, atribuye a las asambleas generales extraordinarias de accionistas competencia para conocer y resolver lo relativo a algunos asuntos a los cuales ya nos hemos referido, por ejemplo, los de aumentos y reducciones del capital social y de amortización de acciones, y respecto de otros que habremos de tratar más adelante con algún detalle: de disolución, liquidación, transformación y fusión de la sociedad.

Por ahora, nos basta con mencionar someramente los asuntos contenidos en el referido art 182.

### 15.5.2.1 PRÓRROGA DE LA DURACIÓN DE LA SOCIEDAD

La asamblea extraordinaria debe ocuparse de la prórroga de la duración de la sociedad cuando esté próximo a expirar el término fijado en el contrato social. En este supuesto, si no se prorrogase oportunamente el término, la sociedad quedaría disuelta *ope legis,* según se verá al ocuparnos de este tema (art 232, párr primero).

### 15.5.2.2 DISOLUCIÓN ANTICIPADA DE LA SOCIEDAD

Al constituirse la sociedad por tiempo determinado o indeterminado, su disolución anticipada conlleva no solo una modificación de la cláusula que contenga la duración del contrato social, sino también la cesación de las actividades que, en la vida normal de la empresa, constituyen su objeto social y, por ende, la suspensión de las funciones de los administradores.

### 15.5.2.3 AUMENTO O REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Conforme a lo que hemos expuesto con anterioridad, los aumentos y reducciones del capital social constituyen una facultad exclusiva de la asamblea gene-

[32] La emisión de acciones preferentes no participantes en el haber social es ilícita. *Véase supra* Sección 14.5.

ral extraordinaria de accionistas, que únicamente sufre excepciones cuando se trata de reducciones de la parte variable del capital social por retiro parcial o total de las aportaciones de los socios (art 220).

### 15.5.2.4 CAMBIO DE OBJETO DE LA SOCIEDAD

La vida normal de la sociedad no puede quedar perpetuamente encasillada dentro de los límites que sus fundadores establecieron al determinar el objeto de su institución. Por tal razón, la ley permite modificar, total o parcialmente, el objeto social.

El cambio del objeto social reviste tal trascendencia que, cuando éste se modifica total o substancialmente, los accionistas disidentes quedan facultados para separarse de la sociedad. Este derecho de separación no les es concedido a los socios ausentes, ni a los abstencionistas (art 206, *LGSM*).

### 15.5.2.5 CAMBIO DE NACIONALIDAD DE LA SOCIEDAD

Hemos dicho en otra parte que la ley considera como mexicanas a las sociedades constituidas con arreglo a las leyes del país que, además, tengan su domicilio en el mismo. Por ende, el cambio de nacionalidad supone que la sociedad quede subordinada a las disposiciones de cualquier legislación extranjera o que cambie su domicilio al extranjero. En este supuesto, los accionistas disidentes también tienen derecho de separación.

### 15.5.2.6 TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD

Las sociedades mercantiles no solo pueden adoptar la forma de otras sociedades de la misma especie, sino que, además "*pueden adoptar cualquier otro tipo legal*" (art 227), inclusive el de asociaciones y sociedades civiles.[33]

El art 206, *LGSM*, también concede a los accionistas disidentes el derecho de separarse de la sociedad por causa de su transformación, sin distinguir si la transformación implica o no un incremento en las obligaciones y responsabilidades de los socios.

### 15.5.2.7 FUSIÓN CON OTRA SOCIEDAD

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* regula dos clases de fusión: por integración y por incorporación. Ambas clases de fusión implican la extinción sin liquidación de la o las fusionadas. La fusión por incorporación, por lo general motiva una modificación a la escritura constitutiva de la fusionante. Por

[33] En dos ejecutorias recientes, aún no publicadas al momento de redactar esta obra, la Suprema Corte de Justicia ha establecido que es lícito que las sociedades anónimas adopten la forma de sociedades civiles.

ello y por la trascendencia que puede tener la fusión respecto a los derechos de los socios y de los acreedores, no es de extrañar que la ley reserve la deliberación y resolución de este asunto a la asamblea extraordinaria.

Joaquín **Rodríguez** opina que en el caso de fusión los accionistas disidentes tienen el derecho de separación.[34] Disentimos de esta opinión por las razones que dejaremos expuestas al tratar sobre la fusión de sociedades.

### 15.5.2.8 EMISIÓN DE ACCIONES PRIVILEGIADAS

El legislador, indistintamente, llama privilegiadas o de voto limitado a las acciones preferentes que confieren a sus tenedores el derecho a percibir, con la prelación establecida en la ley, un dividendo preferente y acumulativo (art 113). La emisión de acciones privilegiadas conlleva tanto un aumento del capital social, como la concesión de derechos especiales a un grupo de accionistas, lo cual también implica una modificación al contrato social. No obstante podría darse el raro caso de que una sociedad de capital variable tenga previsto el incremento de éste mediante la emisión de acciones preferentes, en cuyo supuesto no se produciría la consecuente modificación a la escritura constitutiva.

### 15.5.2.9 AMORTIZACIÓN POR LA SOCIEDAD DE SUS PROPIAS ACCIONES Y EMISIÓN DE ACCIONES DE GOCE

La amortización por la sociedad de sus propias acciones y la emisión de acciones de goce están sujetas a las condiciones estipuladas en los arts 136 y 137, *LGSM,* a los cuales ya nos hemos referido al tratar sobre el caso en que el reembolso a los accionistas no implica una reducción del capital social y sobre la facultad potestativa de emitir dicha clase de acciones por lo que no habremos de abundar acerca del tema.

### 15.5.2.10 EMISIÓN DE BONOS

La única alusión expresa que hace la *LGSM* al concepto *bonos* es la que se refiere a los *bonos de fundador* (arts 106 a 110), cuya autorización y emisión corresponde a la asamblea constitutiva (art 100, frac III). En consecuencia, es claro que el legislador, en la frac X del art 182, utilice el concepto *bonos* para referirse a otra clase de títulos-valor.

La doctrina mexicana[35] interpreta unánimemente el concepto *bonos* como equivalente al de *obligaciones,* contenido en la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,* dado que esta clase de títulos sólo pueden ser emitidos por las sociedades anónimas (art 208, *LGTOC*). No obstante, en la práctica ha lle-

[34] RODRÍGUEZ, *op cit,* t II, p 513.

[35] *Cfr* entre otros: RODRÍGUEZ, *op cit,* t II, pp 215 y ss; MANTILLA MOLINA, *op cit,* p 388; etcétera.

gado a darse el caso de que se interprete literalmente la frac X del art 182 y que, por consiguiente, se afirme que la emisión de obligaciones puede acordarse tanto por la asamblea ordinaria como por el consejo de administración.[36] En nuestra opinión, esta costumbre también es ilícita pues del contexto general del cap V de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* se deduce que la emisión de obligaciones acarrea una limitación a los derechos de los accionistas, conforme ya hemos visto al estudiar el derecho de voto, lo cual, sin lugar a dudas, amerita acuerdo de la asamblea extraordinaria.[37]

### 15.5.3 Cualquiera otra modificación al contrato social

Entre las numerosas modificaciones al contrato social no mencionadas específicamente por el art 182 se encuentran las siguientes

*a)* Cambio de denominación social
*b)* Cambio de domicilio
*c)* Adopción de la cláusula de exclusión de extranjeros por la de extranjería y viceversa, inserción de la cláusula de extranjería por la de exclusión de extranjeros
*ch)* Modificación a las facultades de los administradores y comisarios, en cuanto sean compatibles con la ley
*d)* Cambio de las fechas de apertura y cierre del ejercicio social
*e)* Modificación o limitación de los derechos derogables de los socios
*f)* Estipulación o derogación de *quórumes* especiales de deliberación y de votación, tanto de las asambleas ordinarias, extraordinarias y especiales de accionistas como de las juntas del consejo de administración, y
*g)* Modificación sobre la manera de administrar la sociedad, etcétera.

#### 15.5.3.1 LOS DEMÁS ASUNTOS PARA LOS QUE LA LEY O EL CONTRATO SOCIAL EXIJAN UN *QUÓRUM* ESPECIAL

En virtud de que en la frac XII del art 182, *LGSM*, el legislador no distingue entre los *quórumes* de deliberación y votación que deben reunirse para la validez de las resoluciones de las asambleas de accionistas, la elevación o de cualquiera de ellos, amerita acuerdo de asamblea extraordinaria y produce el efecto de que, como quedó indicado, la asamblea se considere extraordinaria aun en el caso de que los asuntos de su competencia sean de aquellos que la ley atribuye a la ordinaria.

[36] El criterio en cuestión se utiliza especialmente en la práctica en el caso de emisión de obligaciones realizadas para ser colocadas en forma privada o para documentar pasivos a favor de los accionistas, toda vez que, tratándose de emisiones públicas de obligaciones, la Comisión Nacional de Valores exige que el acuerdo se tome por la asamblea general extraordinaria de accionistas.
[37] Sección 12.2.2.1.1.2.

#### 15.5.3.3 *QUÓRUMES* DE DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN DE LA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA

Nada tenemos que agregar a lo que ya hemos dejado expuesto respecto a los *quórumes* de deliberación y votación que deben observarse para la validez de las resoluciones de las asambleas extraordinarias.

#### 15.5.3.4 RESTRICCIONES LEGALES AL DERECHO DE VOTO

La única restricción que cabe al derecho de voto en las asambleas extraordinarias es la contemplada por el art 196, *LGSM,* al cual ya nos hemos referido al analizar esta cuestión en las asambleas ordinarias.

#### 15.5.3.5 PROHIBICIÓN LEGAL DE REPRESENTACIÓN

Según la opinión que tenemos externada, la prohibición legal de representación impuesta a los administradores en el art 192, párr segundo, no tiene sentido tratándose de asambleas extraordinarias, máxime si el accionista representado instruyó de forma precisa al administrador respecto al sentido en que deba emitir el voto.

## 15.6 ASAMBLEAS ESPECIALES DE ACCIONISTAS

Las asambleas especiales, a diferencia de las generales, no ameritan del concurso de la totalidad de los accionistas, sino de una sola categoría de ellos, es decir, de un grupo de accionistas a los que el contrato social confiere derechos especiales.

El único caso de accionistas con derechos especiales que contempla la ley es el de los tenedores de acciones preferentes, ya sean de voto pleno o de voto limitado. Por consiguiente, la reunión de asambleas especiales está reservada precisamente para esta clase de accionistas.

### 15.6.1 Competencia

Con arreglo a lo dispuesto por el art 195, la única competencia que atribuye la *LGSM* a las asambleas especiales es la de aceptar *previamente* toda proposición de las otras categorías de accionistas que pueda perjudicar a sus derechos.

La circunstancia de que la aceptación de las asambleas especiales deba ser previa a cualquier resolución de la asamblea general extraordinaria de accionistas que pueda perjudicar sus derechos, obliga a que, cronológicamente, aquellas se celebren antes que éstas. Por esta razón, no pueden celebrarse asambleas *mixtas* en las que participen simultáneamente las acciones preferentes y las ordinarias para deliberar y resolver lo referido a cuestiones que pueden afectar los derechos conferidos a las primeras.

Por otra parte, pero en este mismo orden de ideas, no tiene sentido que se reúna la asamblea extraordinaria para modificar los derechos de los accionistas preferentes si de antemano no se conoce la aceptación de la proposición que pueda perjudicar los derechos de éstos, habida cuenta que la no aceptación de la proposición impide que la asamblea extraordinaria acuerde la modificación propuesta.

### 15.6.2 Presidencia de la asamblea

La presidencia de las asambleas especiales debe recaer en el accionista que designen los socios presentes (art 195, párr segundo). Por tanto, ni el administrador único ni el consejo de administración están legitimados para asistir a las asambleas especiales o para presidirlas.

### 15.6.3 *Quórumes* de deliberación y votación

Los *quórumes* de deliberación y votación de las asambleas especiales son los mismos que se establecen en los arts 190 y 191, *LGSM*, para las extraordinarias, con la única salvedad, que ya apuntamos, de que en las asambleas especiales el cómputo de los *quórumes* se hace en relación con el número de acciones de la categoría de que se trate (art 195, párr primero, *in fine*) y no en relación con el monto del capital social.

### 15.6.4 Otros requisitos de constitución de las asambleas especiales

Son aplicables a la constitución de las asambleas especiales los mismos requisitos de domicilio, de convocatoria, exhibición de las acciones, escrutinio y representación que señala la ley para las asambleas generales (arts 179, 183 y 192, *LGSM*).

Inexplicablemente, la ley no considera aplicables a las asambleas especiales los requisitos de publicación y contenido de la convocatoria prescritos en los arts 186 y 187, ni las consecuencias previstas en el art 188. No obstante, estimamos que tales requisitos y consecuencias también deben observarse en las asambleas especiales.

Asimismo, la inexplicable remisión que hace el art 195, *LGSM*, al 193 del propio ordenamiento carece de sentido, puesto que, en el primero se afirma que las asambleas especiales serán presididas por el accionista que designen los socios presentes y, en el segundo, se establece que las asambleas, salvo estipulación contraria en los estatutos, serán presididas por el administrador o por el consejo de administración. Ante esta contradicción de la ley consideramos que debe prevalecer lo dispuesto en el art 195, visto su carácter excepcional (art

11, *CCDF*), motivo por el cual afirmamos con anterioridad que el administrador o el consejo de administración no están legitimados para asistir o presidir las asambleas especiales.

## 15.7 ASAMBLEAS MIXTAS

Doctrinalmente suele hablarse de asambleas mixtas para referirse a aquellas reuniones de accionistas en las que participan diferentes categorías de socios, o bien, en las que se delibera y resuelve sobre materias que corresponden a las asambleas ordinarias y a las extraordinarias.[38]

Por las razones que antes expusimos, estimamos que no cabe la celebración al mismo tiempo, de asambleas especiales y extraordinarias y que, por ello, en ese caso no es permisible hablar de asambleas mixtas.

En cuanto a las asambleas mixtas convocadas y reunidas para deliberar y resolver simultáneamente, lo concerniente a asuntos que corresponden a las asambleas ordinarias y a las extraordinarias, cabe señalar que, aunque la ley no prohíbe su celebración, las pretendidas ventajas que pudiera representar el reunir dos asambleas en una sola, quedan sobradamente mediatizadas por las desventajas que implican la instalación de la asamblea y el cómputo de los *quórumes* de asistencia y votación.[39]

## 15.8 ACTAS DE ASAMBLEA

Concluida la asamblea, ya sea especial o general, ordinaria o extraordinaria, es obligatorio levantar un acta de ella que se asentará en el libro respectivo que al efecto debe llevar la sociedad. Cuando por cualquier circunstancia no pudiere asentarse el acta en libro se protocolizará ante notario. En todo caso, las actas de las asambleas extraordinarias, además de ser asentadas en el libro, deben protocolizarse ante notario e inscribirse en el Registro Público de Comercio (art 194).

La obligación de asentar las actas de las asambleas de accionistas en un libro es una innovación de la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* pues el Código de Comercio, en su art 211, ordenaba que todas las actas de las asambleas, ya fueran ordinarias o extraordinarias, se levantaran por duplicado y que a un ejemplar de ellas se agregara la lista de asistencia.

El acta es un documento que, como todos los documentos mercantiles, reviste la importante peculiaridad de servir como medio de prueba no solo con

[38] *Cfr* RODRÍGUEZ, *Curso de derecho mercantil,* Porrúa, 1976, p 114; VÁZQUEZ DEL MERCADO, *op cit*, p 37, etcétera.

[39] *Cfr* VÁZQUEZ DEL MERCADO, *op cit*, pp 38 y 39. Incidentalmente, son tantas las desventajas que plantean las asambleas mixtas que, quizá por esta razón, RODRÍGUEZ se desentiende de ellas en el *Tratado de sociedades mercantiles,* aunque sí las menciona de paso en el *Curso de derecho mercantil.*

efectos internos, sino también externos,[40] conforme a lo previsto en los arts 1295 y 1299 del *Código de Comercio*, que derogan la prohibición general de autoproducción de pruebas y en los arts 42, 43 y 44 del mismo ordenamiento que consagran los llamados *principios de exhibición y comunicación de libros.*

### 15.8.1 Contenido de las actas

Antes de pasar a considerar el contenido de las actas de asamblea, nos parece oportuno repetir la opinión que externamos al ocuparnos de las listas de asistencia, en el sentido de que estimamos que el art 41, *C Com*, nunca ha sido aplicable a las sociedades anónimas y que, por ende, nos parece que no es obligatorio hacer constar en ellas los nombres de los asistentes a la asamblea, los números de acciones que cada uno represente y el número de votos de que pueden hacer uso.

Por otra parte, pero en este mismo orden de ideas, conviene advertir que también es aplicable a las actas el reformado art 36, *C Com*, el cual prescribe escuetamente que en el libro correspondiente se harán constar todos los acuerdos relativos a la marcha del negocio que tomen las asambleas de socios, sin hacer mención a otras circunstancias que por razones de prueba deben consignarse en el acta.

Tocante al contenido de las actas de asamblea, consideramos indispensable hacer constar en ellas el lugar, la hora y la fecha de la reunión, así como el nombre y la fecha del periódico en que se haya publicado la convocatoria, pues todas estas menciones sirven para probar que la asamblea fue convocada en tiempo y celebrada en el domicilio de la sociedad. También debe hacerse constar el escrutinio, para acreditar que se encontró reunido el *quórum* de asistencia legal y estatutario.

Aunque no es necesario insertar en el acta la Orden del Día, es útil hacerlo para referir los diversos acuerdos que se lleguen a tomar a la secuencia establecida en aquella. Asimismo, es conveniente hacer constar si las resoluciones fueron tomadas por unanimidad de votos o por mayoría y en forma económica o nominal. En caso de que la votación se hiciere en forma nominal, es necesario, además, hacer constar el nombre de los accionistas y el número de acciones que cada uno de ellos representó en la votación y el sentido en que emitieron el voto.

No es preciso que en el acta se transcriban literalmente los acuerdos tomados; pero sí es necesario que se redacten en forma clara y precisa, de manera que permitan conocer con certeza su sentido y contenido.

[40] *Cfr* MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 143; BAUCHE GARCIADIEGO, *op cit*, p 561, etcétera.

### 15.8.2 Errores en el acta

Los errores materiales de redacción del acta deben testarse y salvarse al final de la misma y las testaduras deben autorizarse por el presidente y el secretario de la asamblea y, en su caso, por los comisarios que hubieren concurrido a ella. Es dudoso que los administradores y comisarios tengan facultades para corregir los errores conceptuales contenidos en el acta sin el consentimiento de los accionistas. Por todas estas razones es prudente someter el acta, o al menos un proyecto de ella, a la aprobación de la asamblea.

### 15.8.3 Valor probatorio de las actas. Libros de actas

Las actas solo tendrán valor probatorio si se asientan en el libro respectivo y si están firmadas por el presidente y el secretario de la asamblea y, en su caso, por los comisarios que concurran.[41] No obstante, a raíz de las reformas de dic 18 de 1980, al art 34 del *Código de Comercio*, las actas también podrán levantarse en hojas sueltas, a condición de que sean debidamente foliadas y se empasten dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio. Por supuesto, estas actas *sueltas,* como se les llama, también deben estar firmadas por el presidente y el secretario de la asamblea y por el o los comisarios.

Cuando por cualquier circunstancia no pudiere asentarse el acta de una asamblea en el libro respectivo, deberá protocolizarse ante notario. Todas las actas de las asambleas extraordinarias deben protocolizarse e inscribirse en el Registro Público de Comercio, contengan o no modificaciones a la escritura constitutiva (art 194, párr final).

En cuanto al valor probatorio de las actas, **Rodríguez**[42] apunta

*a)* Que son un simple medio de prueba de los acuerdos sociales
*b)* Que contra lo declarado en ellas se admite prueba en contrario
*c)* Que las modificaciones estatutarias que no consten en acta crean una situación de irregularidad
*ch)* Que la irregularidad de las actas solo enerva su fuerza probatoria, y
*d)* Que la validez de la asamblea no depende de la del acta.

### 15.8.4 Documentos accesorios de las actas

En la parte final del primer párr del art 194, se ordena que a las actas se agreguen los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos establecidos por la ley. La única manera que parece haber para cumplir con esta exigencia, es la de adherir la convocatoria a las hojas del libro mediante cualquier proceso mecánico, precisamente en el lugar que ocupe cada acta.

[41] *Cfr* BAUCHE GARCIADIEGO, *op cit*, p 56.
[42] RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 45.

En la práctica, cuando es necesario, suele formarse un apéndice de cada acta en cuyo expediente se archivan no solo las convocatorias, sino además cualesquiera otros documentos discutidos en la asamblea, en especial los informes de los administradores y comisarios.

Las reformas al art 34, *C Com*, antes citadas, facilitan agrupar en un libro tanto las actas como sus documentos accesorios.

## 15.9 VALIDEZ E INVALIDEZ DEL VOTO; DE LAS ASAMBLEAS Y DE SUS RESOLUCIONES

La *LGSM* y la doctrina mercantil mexicana se ocupan en forma muy desigual y confusa de las cuestiones relativas tanto a la nulidad del voto como a la nulidad de las asambleas y de las resoluciones que en ellas se adoptan. Aquí, sin pretender añadir algo nuevo a lo ya estudiado por numerosos mercantilistas y civilistas respecto a la validez e invalidez de los actos jurídicos, trataremos de analizar sucintamente cada una de las cuestiones antes enumeradas, a la luz de lo dispuesto por la *Ley General de Sociedades Mercantiles* y por el *Código Civil para el Distrito Federal.*

Como cuestión previa, queremos dejar asentado que en la materia que nos ocupa rige el llamado *principio de adquisición* el cual significa

> Que resuelto un punto en la votación correspondiente, no podrá volverse sobre él en la asamblea [. . .] y que salvo declaración judicial, la voluntad declarada triunfante es la voluntad social.[43]

Expresado de otra manera, el principio de adquisición significa que la nulidad de las resoluciones de una asamblea, ya provenga de la invalidez de la propia resolución o de la invalidez del voto o de la asamblea misma, no puede ser declarada por otra asamblea, sino por el Poder Judicial, según lo ha dejado establecido la Suprema Corte de Justicia.[44]

### 15.9.1 Nulidad del voto

El voto es un acto jurídico unilateral mediante el cual el accionista declara su voluntad en el sentido de que la sociedad ejecute o se abstenga de cumplir los asuntos deliberados por la asamblea.

Como todos los actos jurídicos, para que el voto sea válido se requiere

*a)* Capacidad del votante (art 1795, frac I, *CCDF*)
*b)* Ausencia de vicios del consentimiento (art 1795, frac II, *CCDF*)
*c)* Licitud en el objeto o en el motivo o fin determinante (art 1795, frac III, *CCDF*), y

[43] *Ibídem*, p 41.
[44] Véase Sección 5.4.3, pie de página núm 28.

*ch)* Apego a las leyes de orden público y de las buenas costumbres (arts 8o, 1830 y 1831, *CCDF*)

Además, la validez del voto exige que quien lo emita esté legitimado para hacerlo, es decir, que sea el auténtico titular de las acciones o su representante legalmente nombrado (arts 111, 129 y 192, *LGSM*), y que la libertad de emitirlo no se encuentre restringida convencionalmente (art 198, *LGSM*).

De lo expuesto se deduce que el voto puede estar viciado de nulidad relativa o absoluta. Estará viciado de nulidad relativa en los casos de incapacidad o de vicios del consentimiento del votante y en el de defectos en la representación, porque en todos estos supuestos cabe la confirmación o ratificación del acto (arts 2227, 2228, 2233 y 1807, *CCDF*). En los restantes casos, o sea en los de ilicitud en el objeto o en el motivo o fin determinante y en los de infracción a leyes de orden público o a las buenas costumbres, la nulidad será absoluta.

Por lo que se refiere a la falta de legitimación del votante, es evidente que se trata, más que de una nulidad, de un caso de inexistencia del voto.

En cuanto a los convenios que restrinjan la libertad de voto de los accionistas, **Mantilla Molina**[45] opina que "Tales convenios son nulos, aunque no los votos emitidos para darles cumplimiento". Disentimos de tan respetable opinión por la sencilla razón de que no puede alegarse la validez de un acto (el voto) cuya causa (el convenio restrictivo) es nula. Por consiguiente, nos parece que los votos emitidos en ejecución de un pacto restrictivo de la libertad de voto son nulos absolutos.

El art 196, *LGSM* establece una excepción a la regla general de las nulidades estatuida en el art 8o del *Código Civil para el Distrito Federal,* conforme al cual "*Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público* (imperativas) *serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario*". En efecto, con arreglo a lo dispuesto por el art 196, la consecuencia de que un accionista vote en favor de una operación en la que tenga un interés contrario al de la sociedad, no es la de la nulidad del voto, sino la de responsabilidad civil del infractor de dicho precepto.

Para concluir, dadas las características especiales del negocio social, debe tenerse en cuenta que la nulidad de uno o varios votos no produce necesariamente la nulidad de la resolución adoptada, habida cuenta de que ésta solo será nula si no cuenta con la mayoría de los votos válidos.

## 15.9.2 Nulidad de las asambleas

La *LGSM* parece considerar como sinónimos los conceptos *nulidad de las asambleas* y *nulidad de las resoluciones de las asambleas,* sin embargo, del texto del art 201 es posible inferir que se trata de dos nociones diferentes. En efecto,

[45] MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 401.

el dispositivo legal en cuestión concede a las minorías el derecho de oponerse a las resoluciones adoptadas por las asambleas de accionistas; esto es, a oponerse a los acuerdos de las asambleas *legalmente* convocadas y reunidas, lo cual nos permite deducir, en primer lugar, que la hipótesis legal alude a asambleas válidas y a resoluciones nulas y, en segundo lugar, que, a *contrario sensu,* serán nulas las asambleas *ilegalmente* convocadas o reunidas, es decir, aquellas

a) Que no sean debidamente convocadas (art 188),

*b)* Que se celebren fuera del domicilio social sin causa justificada o sin el consentimiento de todos los socios (art 179), y

*c)* Que no reúnan los *quórumes* de asistencia exigidos imperativamente por la ley (arts 189, 190 y 191, *LGSM*) o por el contrato social (arts 182, frac XII, *LGSM* y 1796 y 1797, *CCDF*).

La nulidad de las asambleas es de carácter absoluto e implica la nulidad de *todas* las resoluciones que en ella se llegaren a adoptar. De esta nulidad puede prevalerse cualquier accionista, sin importar que sea titular de una sola acción. No obstante, por excepción, no estarán viciadas de nulidad absoluta las asambleas que se celebren fuera del domicilio social cuando así lo consientan *todos* los socios.

### 15.9.3 Nulidad de las resoluciones de la asamblea

Por razones de método nos hemos referido a la nulidad del voto y de las asambleas; pero, en realidad, lo que se impugna en ambos casos es la nulidad de los acuerdos de la asamblea. Esto es, lo que en último término se objeta son los acuerdos inválidos por causa de vicios en la emisión del voto o de defectos en la convocatoria o reunión de la asamblea.

No se ha logrado una unificación doctrinal en lo concerniente a la naturaleza de las resoluciones de la asamblea. Distintos tratadistas consideran los acuerdos de asamblea, ya como actos simples, ya como colectivos o bien, como complejos. Algunos autores más nos hablan de actos unilaterales o plurilaterales, sin que falten aquellos que los consideran bilaterales, es decir, como contratos. A nuestro juicio, la opinión más acertada parece ser la que sustenta, entre otros, Joaquín **Rodríguez**[46] quien considera las resoluciones de la asamblea actos *complejos unilaterales*. Sostiene este autor que los acuerdos de asamblea son actos complejos porque en los actos simples hay una sola declaración de voluntad y porque en los colectivos las declaraciones de voluntad, aunque unidas, se mantienen distintas, en tanto que en los complejos

> La fusión de voluntades está encaminada a un fin único e implica el ejercicio de un poder único o derecho en ellos, como en los actos simples, el efecto de la declara-

[46] RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, pp 21 y ss.

ción de la voluntad se refiere al sujeto o al órgano titular del poder o derecho ejercidos.

Asimismo, **Rodríguez** caracteriza como unilaterales los acuerdos de asamblea porque "se trata de una declaración de la voluntad que se realiza en el marco de la sociedad ya organizada", a diferencia de lo que sucede en el acto constitutivo del negocio social en el que figuran partes aún no vinculadas entre sí.

Para expresar la opinión de **Rodríguez** con otras palabras: las resoluciones de las asambleas

*a)* No son actos simples porque en éstos se produce la declaración de una sola persona y tampoco son colectivos porque en los actos complejos las declaraciones de voluntad no se mantienen distintas, sino unificadas en un mismo sentido, en virtud de la *ley de la mayoría* que obliga a los ausentes y disidentes, y

*b)* No son actos plurilaterales porque la declaración de la voluntad social emana de varias voluntades de contenido igual que tienden al mismo fin.

En principio, las resoluciones de la asamblea, en cuanto actos unilaterales, solo tienen eficacia interna y por sí mismos no son vinculatorios frente a terceros, aunque pueden adquirir eficacia externa al devenir en elemento de otro negocio jurídico bilateral o plurilateral, mediante su ejecución por los delegados de aquella o por los administradores. Tal cosa sucede, por ejemplo, cuando la asamblea resuelve celebrar un contrato, bilateral o plurilateral, en el que la *voluntad social* manifestada por los accionistas llega a ser uno de los elementos del consentimiento declarado en el contrato.

También, debe notarse que ciertas resoluciones de las asambleas, a pesar de que son unilaterales y de que no llegan a convertirse en elemento de un contrato o de cualquier otro acto jurídico, forman y declaran la voluntad con eficacia externa, como ocurre en el caso de nombramiento de los administradores o de los gerentes y en el de aumentos y disminuciones del capital social, esto a condición de que se les dé la publicidad ordenada por la ley.

Expresados los anteriores conceptos, ahora nos toca analizar las nulidades de los acuerdos de la asamblea. Hacer un estudio casuístico de las circunstancias que los invalidan es tarea que escapa a los alcances de esta obra. Por consiguiente, aquí nos ocuparemos de exponer los casos más comunes que los vician de nulidad, ya sea absoluta o relativa.

### 15.9.3.1 NULIDAD ABSOLUTA DE LOS ACUERDOS DE ASAMBLEA

La nulidad absoluta de los acuerdos de asamblea se origina

*a)* Cuando son contrarios a leyes de orden público o a las buenas costumbres (arts 8o, 1830, 2225 y 2226, *CCDF*)

*b)* Cuando su objeto, su motivo, su fin determinante o su condición son ilícitos (arts 1831 y 2225, *CCDF*)

*c)* Cuando violen los derechos inderogables de los accionistas establecidos en la ley, como el de preferencia para suscribir las nuevas acciones que se emitan con motivo de aumentos de capital social (art 132), o el de que sus acciones sean amortizadas por sorteo en el caso de reducción del capital social (arts 135 y 136, frac III), etcétera

*ch)* Cuando alguno o algunos de los votos están viciados de nulidad absoluta y la resolución, deducidos los votos nulos, se adopta sin alcanzar los *quórumes* legales o estatutarios de votación (art 2238, *CCDF*, a *contrario sensu*). En este supuesto la invalidez proviene de la circunstancia de que los votos viciados de nulidad absoluta no son convalidables y del hecho de que no se reúne el *quórum* de votación imperativamente establecido por la ley o por los estatutos

*d)* Cuando se excluya a uno o más socios de participar en las ganancias o de reportar las pérdidas (arts 17, *LGSM* y 2696, *CCDF*)

*e)* Cuando se decrete el pago de dividendos en contravención a lo dispuesto por los arts 18, 19 y 113, párr segundo, *LGSM*)

*f)* Cuando sean contrarios a la constitución de la reserva legal (art 21, *LGSM*)

*g)* Cuando se adopten sin observar los *quórumes* de votación establecidos en los arts 189, 190 y 191 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*

*h)* Cuando se adopten infringiendo la prohibición de votar impuesta por el art 197 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*

*i)* Cuando se tomen en ejecución de pactos que restrinjan la libertad de voto de los accionistas (art 198, *LGSM*)

*j)* Cuando se adopten por una asamblea ordinaria respecto de asuntos que no son de su competencia (arts 181 y 182)

*k)* Cuando se emitan acciones bajo la par (art 115) o antes de que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas (art 133).

### 15.9.3.2 NULIDAD RELATIVA DE LOS ACUERDOS DE ASAMBLEA

En virtud de que la sociedad carece de voluntad propia, la nulidad relativa de los votos, por causa de incapacidad o de vicios del consentimiento de los votantes, puede ocasionar la nulidad relativa de los acuerdos de asamblea, puesto que esos vicios en la declaración de la voluntad son convalidables, o bien la nulidad absoluta, como antes indicamos, cuando los votos anulados son decisivos para alcanzar los *quórumes* legales y estatutarios de votación.

La omisión de asentar las actas de asamblea en el libro respectivo vicia de nulidad relativa los acuerdos de la asamblea, por falta de forma, aunque éstos hayan sido válidamente adoptados. Fundamos esta opinión en la circunstancia de que la ley exige que los actos complejos unilaterales que llamamos acuerdos de asamblea revistan la forma escrita, lo cual se cumple mediante la redacción del acta en el libro correspondiente.

De la misma manera, la falta de protocolización de las actas de las asambleas extraordinarias vicia de nulidad relativa los acuerdos de asamblea, habida cuenta de que la ley exige que se reduzcan a escritura pública (arts 1833, 2228, 2229 y 2231 *CCDF*).

## 15.10 IMPUGNACIÓN DE LOS *ACTOS SOCIALES*. SUSPENSIÓN DE ACUERDOS. OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES. EFECTOS DE LAS ACCIONES JUDICIALES. SUJETOS PASIVOS

La ley concede a los socios dos acciones para impugnar los llamados *actos sociales*, es decir, los votos, las asambleas y los acuerdos de asamblea. Tales acciones son la de nulidad y la de oposición. Lo que distingue a una de otra es que la primera puede ser ejercitada aun por el titular de una sola acción, en tanto que la segunda solo puede ser invocada por accionistas que representen por lo menos treinta y tres por ciento del capital social (art 201, *LGSM*).[47]

### 15.10.1 Acciones de anulabilidad y de nulidad

La acción de nulidad, como su nombre lo indica, procede contra todos aquellos actos que están viciados ya sea de nulidad absoluta o de nulidad relativa. Por razones de comodidad, suele llamarse *acción de anulabilidad* a aquella que se endereza contra los actos que pueden ser invalidados por causa de nulidad relativa y se reserva el nombre de *acción de nulidad* para los impugnables por causa de nulidad absoluta.

#### 15.10.1.1 ACCIÓN DE ANULABILIDAD

La acción de anulabilidad por incapacidad o por vicios del consentimiento únicamente puede ser invocada por el incapaz o por quien ha sufrido esos vicios (arts 1799 y 2230, *CCDF*). La acción y la excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados (art 2229, *CCDF*).

#### 15.10.1.2 ACCIÓN DE NULIDAD

La acción de nulidad puede ser invocada por cualquier interesado, inclusive por los administradores, los comisarios[48] y los acreedores de la sociedad (arts 19, 22, 157 y 169, *LGSM*, y 2226 *CCDF*), y procede contra todos los actos sociales

[47] Se trata de un presupuesto procesal al que la doctrina llama *legitimación procesal*. *Cfr* BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *op cit*, pp 527 y ss.

[48] *Cfr* MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 405.

que sean contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres y contra aquellos cuyo objeto, motivo, fin determinante o condición sean ilícitos.

## 15.10.2 Acción de oposición

Según quedó indicado, la acción de oposición solo puede invocarse por accionistas que representen por lo menos treinta y tres por ciento del capital social. En el cómputo de treinta y tres por ciento del capital social no deben tenerse en cuenta las acciones abstenidas, porque la *LGSM* no les concede a los abstencionistas el derecho de oponerse a las resoluciones de la asamblea.

Por otra parte, una interpretación adecuada del último párr del art 113, *LGSM*, nos lleva a concluir que los tenedores de acciones de voto limitado también tienen derecho de oposición, aun en el caso de que no lleguen a reunir treinta y tres por ciento del capital social.

La acción de oposición se ejercita únicamente contra los acuerdos de asamblea que sean violatorios de leyes permisivas o de estipulaciones derogables del contrato social; esto es, de estipulaciones susceptibles de ser modificadas o convalidadas por la mayoría de los accionistas. Para decirlo de otra manera, la acción de oposición solo puede ser invocada cuando no sean procedentes las acciones de anulabilidad o nulidad, pues afirmar que éstas no proceden en los casos de nulidad absoluta o relativa, sería tanto como postular que los accionistas que controlen más de sesenta y siete por ciento del capital social pueden derogar los preceptos de derecho común que tutelan la validez de los actos jurídicos.

Con arreglo a lo dispuesto por el art 201, *LGSM*, el ejercicio de la acción de oposición además está condicionado

*a)* A que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea
*b)* A que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución impugnada, y
*c)* A que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación.

Los accionistas deberán depositar los títulos de sus acciones ante notario o ante una institución de crédito, quienes les expedirán el certificado correspondiente para acompañarse a la demanda y las demás constancias que sean necesarias para hacer efectivos los derechos sociales. Las acciones depositadas no se devolverán sino hasta la conclusión del juicio (art 205, *LGSM*).

La acción de oposición es improcedente contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o los comisarios (art 201, párr final).

El art 204, *LGSM* dispone que "*Todas las oposiciones contra una misma resolución deberán decidirse en una sola sentencia*", lo cual hace suponer que los accionistas que representen treinta y tres por ciento o más del capital so-

cial pueden tener diversas causas de oposición contra un mismo acuerdo. Si éste es el caso, parece estar fuera de duda que el juez deberá desestimar todas las oposiciones si ninguna de ellas reúne dicho porcentaje.

La sentencia que se dicte con motivo de la oposición surtirá efectos respecto de todos los socios (art 203); es decir, contra los que adoptaron la resolución impugnada y los abstencionistas, y en favor de los oposicionistas.

### 15.10.3 Suspensión de ejecutar las resoluciones impugnadas

A nuestro entender, el art 202, *LGSM* es aplicable tanto para el caso de ejercicio de las acciones de anulabilidad y nulidad, como para el de procedencia de las acciones de oposición. En consecuencia

> La ejecución de las resoluciones impugnadas podrá suspenderse, a petición de parte, por el juez, siempre que los actores dieren fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad por la inejecución de dichas resoluciones, en caso de que la sentencia declare infundada la oposición.

En relación con esta exigencia cabe comentar, incidentalmente, que parece excesivo que el ejercicio de las acciones de anulabilidad y nulidad amerite la constitución de fianza.

La suspensión de ejecutar las resoluciones impugnadas, en el fondo es una providencia precautoria que trata de prevenir un *periculum in mora.* A la luz de lo dispuesto por el art 1168, *C Com,* es dudoso que pueda pedirse la suspensión como un acto prejudicial, motivo por el cual estimamos que debe substanciarse en incidente por cuerda separada, ya sea al iniciar el juicio o una vez iniciado éste.[49]

### 15.10.4 Oposición de los acreedores

La *Ley General de Sociedades Mercantiles,* en su art 9, concede a los acreedores de la sociedad el derecho de oponerse a las resoluciones de la asamblea que tengan por objeto reducir el capital social por reembolso a los socios o por liberación concedida a éstos de realizar exhibiciones pendientes. Conforme a la hipótesis prevista en el art mencionado, la oposición puede ser planteada por un solo acreedor y la ejecución del acuerdo de disminución del capital social por ministerio de ley, deberá suspenderse hasta en tanto la sociedad no pague los créditos de los opositores o no los garantice a satisfacción del juez que conozca del asunto, o hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada. Obviamente, el o los opositores no están obligados a constituir fianza para garantizar los daños y perjuicios que la suspensión pudiera causar a la sociedad.

[49] En contra, RODRÍGUEZ, *op cit,* t II, p 79.

Asimismo, el art 224 concede a los acreedores el derecho a oponerse a la fusión.

### 15.10.5 Efectos de las acciones de anulabilidad, nulidad y oposición

Mientras no sean impugnados, los acuerdos de asamblea tienen la apariencia de legalidad, porque conforme a lo dispuesto por el art 2226, *CCDF*, las resoluciones de asamblea viciadas de nulidad absoluta o relativa surten provisionalmente sus efectos, los cuales solo podrán ser destruidos de forma retroactiva cuando se pronuncie por el juez la nulidad.

Es cierto que la sentencia pronunciada con motivo de las demandas de nulidad y de oposición es declarativa; pero no es menos cierto que también puede ser condenatoria cuando simultáneamente se demande del pago de daños y perjuicios. Otros posibles efectos de la sentencia son los contemplados por los arts 2238 a 2242, *CCDF*, cuyo texto no amerita mayores comentarios.

La sentencia que declare fundada la oposición o la nulidad de las resoluciones de asamblea al causar ejecutoria tiene autoridad de cosa juzgada frente a cada uno de los socios, frente a la sociedad, frente a los órganos sociales y frente a terceros.

### 15.10.6 Sujeto pasivo de los juicios de nulidad y de oposición

El sujeto pasivo del juicio de nulidad o del de oposición no puede ser la asamblea porque carece de personalidad jurídica y, por consiguiente, de legitimación procesal pasiva; ni aun los accionistas individualmente considerados porque la voluntad de cada uno de ellos no constituye la llamada *voluntad social*. Por consiguiente, el sujeto pasivo será siempre la sociedad, la cual será representada en juicio por el órgano encargado de hacerlo, o bien por un delegado rado especial designado al efecto.

## 15.11 ACUERDOS TOMADOS FUERA DE ASAMBLEA

Por decreto del 11 de junio de 1992 se adicionó al art 178 *LGSM* el siguiente párrafo:

> *En los estatutos se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de asamblea, por unanimidad de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto o de la categoría especial de acciones de que se trate, en su caso, tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas reunidos en asamblea general o especial, respectivamente, siempre que se confirmen por escrito. En lo*

*no previsto en los estatutos serán aplicables en lo conducente, las disposiciones de esta ley.*

En nuestra opinión, en estos casos el Administrador Único o el Consejo de Administración deben levantar una acta en la que consten las resoluciones tomadas, acta a cuyo expediente se deben agregar las confirmaciones escritas de los accionistas.

## 15.12 RECAPITULACIÓN

*a)* La nulidad del voto *no* produce necesariamente la nulidad de las resoluciones de la asamblea. Para que esto último suceda se requiere que el número de votos válidos no sea suficiente para integrar los *quórumes* de votación legales o estatutarios

*b)* La nulidad de las asambleas produce la nulidad de *todas* las resoluciones en ellas adoptadas

*c)* La nulidad, absoluta o relativa, de los acuerdos de asamblea puede ser demandada por cualquier socio, aun cuando sea titular de una sola acción

*ch)* La acción de oposición solo puede ser ejercitada por accionistas que representen cuando menos el treinta y tres por ciento del capital social

*d)* Los titulares de acciones de voto limitado pueden ejercitar la acción de oposición aunque no reúnan dicho porcentaje

*e)* Los acuerdos de asamblea nulos tienen la apariencia de legalidad y producen provisionalmente sus efectos, hasta en tanto no sean destruidos retroactivamente por la autoridad judicial.

CAPÍTULO
16

# ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. ADMINISTRADORES

## SUMARIO


**16.1 CONCEPTOS DOCTRINALES**
- 16.1.1 Función de gestión de los negocios sociales
- 16.1.2 Función de representación
- 16.1.3 Caracterización de los administradores

**16.2 CONCEPTO LEGAL**
- 16.2.1 Número de administradores
- 16.2.2 Carácter jurídico de los administradores
  - 16.2.2.1 Administración
  - 16.2.2.2 Representación social
- 16.2.3 Temporalidad del cargo
- 16.2.4 Revocabilidad del nombramiento
- 16.2.5 Socios o personas extrañas a la sociedad

**16.3 REQUISITOS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE ADMINISTRADOR**
- 16.3.1 Tener capacidad para ejercer el comercio
- 16.3.2 Ser personas físicas
- 16.3.3 Prestar la garantía

**16.4 NOMBRAMIENTO DE LOS ADMINISTRADORES**
- 16.4.1 Sistema de cooptación
  - 16.4.1.1 Nombramiento inicial
  - 16.4.1.2 Nombramiento por la asamblea
  - 16.4.1.3 Nombramiento de consejeros suplentes
  - 16.4.1.4 Nombramiento por las minorías
- 16.4.2 Excepción al sistema de cooptación. Nombramiento provisional

**16.5 CONCLUSIÓN DEL ENCARGO**
- 16.5.1 Revocación del nombramiento
- 16.5.2 Inhabilitación para ejercer el comercio
- 16.5.3 Muerte
- 16.5.4 Renuncia
- 16.5.5 Responsabilidad
- 16.5.6 Transcurso del plazo
- 16.5.7 Disolución de la sociedad
- 16.5.8 Quiebra y suspensión de pagos de la sociedad
- 16.5.9 Fusión
- 16.5.10 Otras causas de conclusión del cargo
  - 16.5.10.1 Inasistencia reiterada a las juntas de consejo
  - 16.5.10.2 Conflicto de intereses

**16.6 ATRIBUCIONES DE LOS ADMINISTRADORES. LIMITACIONES**
- 16.6.1 Atribuciones concretas de los administradores

16.6.2 Límites a las atribuciones de los administradores
16.6.2.1 Límites legales
16.6.2.2 Límites estatutarios.

**16.7 DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES. PROHIBICIONES**

16.7.1 De buena gestión de los negocios sociales
16.7.2 De buena representación
16.7.3 Obligaciones concretas de los administradores
16.7.4 Prohibiciones

**16.8 CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN**

16.8.1 Constitución del consejo
16.8.1.1 Convocatoria
16.8.1.2 Tiempo de reunión
16.8.1.3 Lugar de reunión
16.8.2 Funcionamiento del consejo
16.8.2.1 *Quórum* de asistencia
16.8.2.2 Presidencia y Secretaría
16.8.2.3 *Quórum* de votación
16.8.2.4 Voto de calidad
16.8.2.5 Prohibición de votar
16.8.2.6 Reunión necesaria. Voto oral *pro cápite*
16.8.2.7 Actas de consejo
16.8.2.8 Ejecución de los acuerdos del consejo
16.8.2.9 Consejero delegado ejecutivo
16.8.2.10 Comités

**16.9 ÓRGANOS SECUNDARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN**

16.9.1 Gerentes generales y especiales
16.9.1.1 Nombramiento de los gerentes
16.9.1.2 Número y clases de gerentes
16.9.1.3 Requisitos para desempeñar el cargo de gerente
16.9.1.4 Temporalidad, indelegabilidad y revocabilidad del cargo
16.9.1.5 Atribuciones de los gerentes
16.9.1.6 Carácter jurídico de los gerentes
16.9.1.7 Deberes y obligaciones de los gerentes
16.9.1.8 Remuneración
16.9.1.9 Conclusión del encargo de gerente
16.9.2 Apoderados
16.9.3 Reglas comunes a los consejeros delegados, a los gerentes y a los apoderados

**16.10 RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. CONCEPTO**

16.10.1 Por actos dolosos
16.10.2 Por actos ilícitos
16.10.3 Por actos culposos
16.10.4 Clases de responsabilidad
16.10.4.1 Responsabilidad individual
16.10.4.2 Responsabilidad solidaria
16.10.4.3 Responsabilidad interna y externa de los administradores
16.10.4.3.1 Responsabilidad solidaria frente a la sociedad
16.10.4.3.2 Responsabilidad solidaria frente a los acreedores de la sociedad
16.10.4.3.3 Responsabilidad mancumunada frente a la sociedad
16.10.4.3.4 Responsabilidad solidaria o mancomunada frente a los socios
16.10.5 Responsabilidad penal de los administradores

**16.11 ACCIONES DE RESPONSABILIDAD. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD**

16.11.1 Acción de la sociedad
16.11.2 Acción directa de los socios
16.11.3 Acción de los acreedores
16.11.4 Exclusión de responsabilidad

## 16.1 CONCEPTOS DOCTRINALES

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* establece en su art 142 que la administración de la sociedad puede ser encargada a un órgano unitario, es decir, a una sola persona, la que recibe el nombre de administrador o administrador único, o bien, a un órgano colegiado, denominado consejo de administración, el cual se integra con dos o más personas llamadas consejeros.

La generalidad de la doctrina caracteriza al administrador o al consejo de administración como el órgano permanente de gestión de los negocios sociales y de representación de la sociedad;[1] sin embargo, consideramos conveniente hacer notar que dicha caracterización no es del todo exacta porque confunde en un solo concepto las funciones de los dos posibles órganos de administración, administrador único o consejo, con la forma de ejercerlas. Por tal motivo, con el propósito de intentar una caracterización más adecuada del órgano de administración de la sociedad, a continuación analizaremos por separado la naturaleza de dichas funciones y la forma de ejercerlas.

### 16.1.1 Función de gestión de los negocios sociales

La función de gestión de los negocios sociales, o sea, la de administración *stricto sensu,* comprende las facultades de decidir y de ordenar la ejecución de las actividades que constituyen el objeto social. Esta función atiende a la vida interna de la sociedad por lo que, en principio, no afecta a la esfera jurídica de terceros por más que éstos puedan eventualmente conocer el alcance y contenido de ella.

La función de gestión de los negocios sociales es ejercida de forma permanente e individual por el administrador único y de forma transitoria y colegiada por el consejo, según se infiere de la lógica, en el primer caso, y de lo dispuesto por el art 143, párr final. en el segundo.

[1] *Cfr* entre otros, RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles,* t II, Porrúa, 1965, p 85.

La gestión de los negocios sociales es privativa de los administradores y solo puede ser limitadamente delegada en gerentes, en los casos y circunstancias previstos por la *Ley* (arts 144 y 145, *LGSM*).

### 16.1.2 Función de representación

La función de representación, es decir, la facultad de obrar en nombre e interés de la sociedad, atiende a la vida externa de la compañía y, en consecuencia, incide en la esfera jurídica de los terceros a quienes está destinada.

Es incuestionable que cuando la administración está confiada a un administrador único, a éste compete la función de usar la firma social. Pero, cuando el órgano encargado de la administración es un consejo, la *Ley General de Sociedades Mercantiles* nos ofrece dos soluciones para determinar a quién corresponde el ejercicio de la facultad de representación

1 La que establece que la firma social pertenece a él o los consejeros designados en la escritura constitutiva (art 6o, frac IX), y
2 La que estatuye que la representación corresponde a un consejero delegado nombrado al efecto por el consejo o, a falta de designación especial, al presidente del propio consejo (art 148, *LGSM*).

Desde luego, esta última solución presupone que no se hizo nombramiento alguno en la escritura constitutiva, o que él o los consejeros designados para llevar la firma social han cesado en sus funciones, por cuanto los administradores no pueden contravenir las decisiones de los accionistas.

Así, pues, de las disposiciones transcritas se infiere que no todos los administradores son representantes, ya que tal facultad sólo puede ser ejercida por quienes estén autorizados, por la escritura constitutiva, por el consejo o por la ley para llevar la firma social, bien entendido que los consejeros, en todo caso, deben proceder en ejecución de acuerdos previamente tomados por el consejo.

Respecto a esta última cuestión, **Rodríguez**[2] opina que

> quien usa de la firma de la sociedad [sin mediar previo acuerdo del consejo] obliga a ésta, puesto que los acuerdos internos de la sociedad no podrán oponerse a terceros.

Disentimos de esta opinión por la sencilla razón de que, conforme a lo dispuesto por el art 21, *CCDF*, los terceros no pueden alegar que desconocen la *Ley*, es decir, las reglas generales de la representación y las de validez de los acuerdos del consejo contenidas en el art 143, *LGSM*.

Para concluir, debe notarse que la facultad de representación no es exclusiva de los administradores porque, por disposición legal, éstos pueden dele-

[2] *Ibidem*, p 84.

garla limitadamente en otros órganos secundarios de la administración, gerentes generales y especiales, a cuyas atribuciones oportunamente nos referiremos (art 145).

### 16.1.3 Caracterización de los administradores

De lo expuesto, se desprende que la administración de la sociedad puede ser confiada a un órgano, unitario o colegiado, que ejerce las funciones de gestión de los negocios sociales de forma permanente, si es unitario o transitoria, si es colegiado y las de representación de forma individual, ya sea por conducto del administrador único o por medio de un consejero designado por la escritura constitutiva o por el consejo, o a falta de designación especial, por el presidente del propio consejo.

La caracterización que acabamos de ofrecer tiene el propósito de disipar la generalizada y errónea creencia de que, en las sociedades cerradas o familiares administradas por un consejo, el presidente de éste tiene facultades de gestión y de representación omnímodas, similares a las del administrador único, circunstancia ésta que frecuentemente motiva en la práctica la celebración de contratos nulos por ser éstos contrarios a lo dispuesto en el mencionado párr tercero del art 143, *LGSM.*

## 16.2 CONCEPTO LEGAL

El art 142, *LGSM,* enuncia que

> *La administración de la sociedad anónima estará confiada a uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.*

De este concepto legal podemos aislar las siguientes notas

*i)* La del número de administradores
*ii)* La de su carácter jurídico
*iii)* La de la temporalidad del cargo
*iv)* La de la revocabilidad del nombramiento, y
*v)* La de su carácter de socios o de personas extrañas a la sociedad, todas las cuales analizaremos a continuación.

### 16.2.1 Número de administradores

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* es omisa, pues no establece un límite máximo al número de administradores que pueden integrar el consejo de administración, lo mismo que en precisar si tal número debe ser par o impar, tal y como lo estipula, entre otros ordenamientos, la *Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito,* en su art 24.

Algunos autores, al parecer fundados en lo dispuesto por el art 6o, frac IX, *LGSM,* opinan que el número de administradores debe determinarse en el contrato social y por ello consideran que la práctica de fijarlo por la asamblea de socios no es estrictamente apegada a la ley, aunque su uso sea muy generalizado.[3] No estamos de acuerdo con este punto de vista, porque ni el dispositivo legal citado ni ningún otro art de la *LGSM* establecen la exigencia de que se fije el número de consejeros en la escritura constitutiva. Por consiguiente, tan lícito es que el número de consejeros se fije en el contrato social como que se deje en libertad a la asamblea de accionistas determinarlo.

En la práctica, suele designarse un número impar de consejeros, que por lo general no excede de cinco, con el propósito de evitar empates en la votación y dificultades en la integración de los quórumes de asistencia y votación.[4]

## 16.2.2 Cáracter jurídico de los administradores

La legislación y la doctrina extranjeras atribuyen a los administradores ya el carácter de mandatarios, ya el de representantes legales de la sociedad. En nuestro país, a pesar de que el art 142 atribuye a los administradores el carácter de mandatarios, la doctrina se inclina a considerarlos como representantes legales de la sociedad.[5] A estos efectos, se afirma que las notas que distinguen al mandato de la representación legal son las siguientes

*a)* Los mandatarios solo están obligados a realizar actos jurídicos, en tanto que los administradores también están obligados a realizar *actos materiales*

*b)* El mandato puede ser *no representativo;* la representación legal, siempre es *representativa*

*c)* El mandante puede realizar por sí mismo los actos que confía al mandatario, mientras que la sociedad nunca puede actuar si no es por medio de sus administradores, y

*ch)* El mandato tiene por origen un contrato, en tanto que la representación emana de un acto unilateral de la asamblea.

A nuestro juicio, el primer argumento carece de base porque no es exacto que los administradores estén obligados a realizar actos materiales, pues este tipo

[3] *Cfr* entre otros RODRÍGUEZ, *op cit,* p 87.

[4] De hecho, la experiencia nos demuestra que cuando la gestión de los negocios sociales se confía a un consejo de administración, en la mayoría de los casos, el número de consejeros no excede de cinco. Por otra parte, dado que en la actualidad la anónima puede constituírse con sólo dos socios, últimamente se ha venido generalizando la práctica de confiar la administración de la sociedad a un administrador único.

[5] *Cfr* entre otros RODRÍGUEZ, *op cit.* p 120, y MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil,* Porrúa, 1961, p 414.

de actos supone que quien los realiza no tiene facultades de decisión, ni de representación, ya que "no pone a servicio ajeno más que su aptitud para realizar una obra material no jurídica",[6] tal y como ocurre en el caso de los empleados y obreros de la sociedad. Dicho de otra manera, en la representación se presupone que el agente, al actuar, manifiesta no la voluntad del representado, sino su propia voluntad; en los actos materiales, por el contrario, se presume que quien los realiza es un simple *vehículo* o *portador* de la voluntad del que los ordena.

En lo que se refiere a las otras notas, estamos de acuerdo en que la representación de la sociedad es *representativa* y *necesaria,* tanto porque los administradores siempre actúan a nombre de la sociedad como porque ésta no puede actuar por sí misma; pero diferimos en considerar que tenga su origen en un acto unilateral. En efecto, la aceptación, tácita o expresa, de la propuesta unilateral que la asamblea dirige a los administradores para que desempeñen el cargo tiene la virtud de convertir el negocio en un *contrato,* según se deduce de lo previsto en los arts 1803 y 1807, *CCDF.*

Pero, antes de continuar, conviene advertir que en los conceptos doctrinales expuestos se confunden nuevamente las funciones de los administradores, pues al caracterizarlos, *grosso modo,* ya sea como *mandatarios* o como *representantes legales* de la sociedad, se incurre en el olvido de que *no todos los administradores tienen facultades de representación.* En consecuencia, para precisar el carácter jurídico de los administradores, es necesario tener en cuenta que los negocios que los vinculan con la sociedad pueden ser

1 De administración, y
2 De representación, si bien en los casos del administrador único y del consejero delegado ambos negocios se reúnen en uno solo.

### 16.2.2.1 ADMINISTRACIÓN

Según hemos visto, la función de administración *stricto sensu,* o sea, la de gestión de los negocios sociales, no implica necesariamente la de representación de la sociedad, pues esta última recae en el administrador único, en los consejeros delegados o, en su defecto, en el presidente del consejo. Ahora bien, a nuestro entender, esta función toma su origen en un *contrato bilateral atípico de administración* que tiene por objeto la prestación de servicios periciales en el arte del comercio, el cual se perfecciona en el momento en que la proponente, es decir, la sociedad, recibe la aceptación tácita o expresa de los administradores de desempeñar el cargo.

[6] *Cfr* ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil,* Editora Nacional, 1981, p 280, y SÁNCHEZ CORDERO, Jorge, "La noción de la representación", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado.*

### 16.2.2.2 REPRESENTACIÓN SOCIAL

Como una cuestión previa tendiente a explicar nuestra opinión referida a que la representación de los administradores también nace de un contrato, nos parece pertinente hacer algunas observaciones respecto a dicha institución.

Por definición, la representación, *lato sensu,* es la facultad que tiene una persona, llamada representante o agente, para actuar a nombre y en interés de otra, llamada representado, por estar autorizada para hacerlo por la *Ley* o por el propio representado (art 1801, *CCDF*).[7]

De la definición propuesta se infiere que nuestra legislación reconoce dos especies de representación

1 La *legal,* atribuida por la *Ley* al padre de familia y al tutor, especialmente, y
2 La *voluntaria,* atribuida al mandatario, al comisionista, al apoderado y al procurador, entre otros representantes.

En este mismo orden de ideas, de la lectura de diversos dispositivos legales se concluye que entre la representación legal y la voluntaria existen notables diferencias, a saber

*a)* La primera es obligada; la segunda, como su nombre lo indica, es consensual
*b)* La representación legal solo puede renunciarse por causas extraordinarias; la voluntaria es libremente renunciable
*c)* La representación legal no es delegable; la voluntaria es delegable si así lo autoriza el acto que le da origen o la *Ley*
*ch)* La representación legal es *necesaria;* la voluntaria no lo es, porque el representado, si así lo desea, puede actuar por sí mismo
*d)* La representación legal es *representativa* pues el agente siempre obra a nombre del representado; la voluntaria puede ser *representativa* o *no representativa,* y
*e)* Las facultades del representante legal están tasadas por la ley; las del representante voluntario están tasadas en el acto que da origen a la representación y, por excepción, en la *Ley.*

Ahora bien, si aplicamos los anteriores conceptos a la representación social, o sea a la representación que la *Ley General de Sociedades Mercantiles* atribuye a los administradores, encontraremos que ésta tiene una naturaleza híbrida

[7] En virtud de que el art 1801, *CCDF,* presupone, pero no declara expresamente que el representante actúa en interés del representado, algunos tratadistas mexicanos parecen considerar, erróneamente, que lo que distingue a la representación del mandato es que en la primera el agente actúa a nombre del representado, mientras que en el segundo actúa en interés del mandante. *Cfr* BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *La empresa,* Porrúa, 1977, pp 504 y ss.

porque participa de algunas de las notas características de la representación legal y de otras de la voluntaria. En efecto, el carácter híbrido de la representación social se revela en que tiene en común con la legal las características de ser *necesaria* y *representativa* y con la voluntaria las de ser consensual, renunciable y limitadamente delegable. Pero, además, también contribuye a resaltar dicho carácter la circunstancia de que, en la representación social, las facultades de los administradores están tasadas tanto en el contrato social como en la ley (art 10, *LGSM*).

Por consiguiente, estimamos que la función de la figura que nos ocupa, en el caso de los administradores, emana de un *contrato bilateral atípico de representación,* de naturaleza híbrida, que participa tanto de algunas características del mandato como de otras de la representación legal; contrato que se perfecciona en el momento en que el proponente, es decir, la asamblea o el consejo de administración, reciben la aceptación tácita o expresa del administrador único o del consejero delegado, de ejecutar actos jurídicos a nombre y en interés de la sociedad.

En conclusión, los administradores no son mandatarios, ni representantes legales de la sociedad, en el sentido estricto de ambos conceptos, sino prestadores de servicios periciales en el arte del comercio, que tienen la facultad de gestionar los negocios sociales y, en su caso, la de actuar a nombre y en interés de la sociedad en las circunstancias previstas por la ley o por el contrato social.[8]

Por otra parte, también es necesario hacer notar que los administradores no son empleados de la sociedad porque no realizan *actos materiales*; esto es, porque, para decirlo en los términos de la *Ley Federal del Trabajo,* no actúan bajo la dirección y dependencia económica directa de aquella.[9]

Finalmente, es de suma importancia tener en cuenta que las disquisiciones, respecto a la naturaleza jurídica de los negocios que vinculan a los administradores con la sociedad, tienen escaso valor práctico ante el hecho de que la *Ley* los caracteriza como *mandatarios,* circunstancia ésta que nos obliga a aplicarles supletoriamente las disposiciones de la comisión mercantil y, en su defecto, las del mandato de derecho común.

[8] La figura del representante *necesario* no mandatario no es ajena a nuestro sistema jurídico, según puede apreciarse en el caso del representante común de los obligacionistas a que se refieren los arts 216 y 217, *LGTOC.*

[9] La Suprema Corte de Justicia ha sustentado criterios muy erráticos en cuanto a la naturaleza del negocio que vincula a los administradores con la sociedad, pues en algunos casos ha dicho que se trata de un contrato laboral y en otros ha negado que exista una relación laboral entre la sociedad y sus administradores.

### 16.2.3 Temporalidad del cargo

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, inclusive mexicanos,[10] la *Ley General de Sociedades Mercantiles* no establece un límite a la duración del cargo de administrador, si bien en su art 142 señala la temporalidad como nota característica del mismo.

En virtud de que el art 181, frac II, *LGSM*, le concede a la asamblea ordinaria anual la facultad de designar administradores, comúnmente se cree que deben durar en su cargo un año. Sin embargo, en dicha frac se establece que la asamblea anual se ocupará, *en su caso,* de designar a los administradores, lo cual debe interpretarse en el sentido de que la designación solo debe hacerse cuando sea oportuno el nombramiento. De hecho, el art 154 admite la designación por tiempo indeterminado al establecer que los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones, aun cuando haya concluido el plazo para el que hayan sido designados. Asimismo, nada impide que se pueda estipular la reelección al cargo, pues la *Ley* no lo prohíbe expresamente.

### 16.2.4 Revocabilidad del nombramiento

Por disposición legal, el nombramiento de administrador es libremente revocable, con causa o sin ella (art 142). Por tanto, en la sociedad anónima no es lícito estipular la inamovilidad de los administradores.

La *Ley* llama *remoción* a los dos únicos casos de revocación con causa que contempla. Tales casos son el de responsabilidad (art 162) y el de falta de presentación oportuna del informe anual (art 176). En ambas hipótesis se presupone que la remoción no implica responsabilidad alguna para la sociedad.

La acción de responsabilidad puede ser ejercitada por acuerdo de la asamblea, o directamente por los accionistas que representen treinta y tres por ciento del capital social. En el primer caso, los administradores cesarán en el desempeño de su encargo inmediatamente después de la resolución de la asamblea que tenga por objeto exigirles la responsabilidad; en el segundo, cesarán en el desempeño de sus funciones después de la sentencia que declare fundada la acción de responsabilidad (arts 162 y 163).

Los administradores removidos por causa de responsabilidad solo podrán ser nombrados nuevamente en el caso de que la autoridad judicial declare infundada la acción ejercitada en su contra (art 162, primer párr). La revocación del nombramiento sin causa puede dar lugar a que él o los administradores re-

[10] *Cfr* entre otros, los arts 18 de la *Ley de las Cámaras de Comercio y de Industria*, que fija un plazo máximo de dos años para el desempeño del cargo: 74 de la *Ley de Sociedades de Producción Rural*, que establece un plazo de tres años; 22 de la *Ley de Sociedades de Solidaridad Social*, que fija un plazo de dos años, etcétera.

movidos demanden el pago de daños y perjuicios a la sociedad (art 2596, párr final, *CCDF*).

La libre revocación del nombramiento de administrador encontraba un límite expreso en el segundo párr del art 144, *LGSM,* el cual establecía que solo podría revocarse el nombramiento del administrador o administradores designados por las minorías cuando se revocara el nombramiento de todos los demás administradores. Desafortunadamente, al parecer por un imperdonable error del redactor de las reformas hechas a la *Ley* en diciembre de 1981, dicho párr fue eliminado. Nó obstante, no ofrece dudas, que las mayorías no podrán revocar el nombramiento de los administradores designados por las minorías, porque ello implicaría un abuso del derecho y una infracción a la obligación legal de buena fe que les impone el art 1796, *CCDF.*

### 16.2.5 Socios o personas extrañas a la sociedad

Siendo la anónima la sociedad *intuitu pecuniae* por excelencia, no es de extrañar que la *Ley* estipule que la administración puede ser confiada a los socios o a personas extrañas a la sociedad. Por consiguiente, a diferencia de lo que ocurre en las demás sociedades mercantiles, en la anónima (y, dicho sea de paso, en la comandita por acciones) los accionistas no tienen derecho de separación cuando el o los nombramientos de administradores recaen en personas extrañas a la sociedad.

La posibilidad de encargar la administración de la sociedad a terceros no socios ofrece la ventaja de poner en manos de expertos, la gestión de los negocios sociales, en especial en aquellos casos en los cuales los accionistas carecen de experiencia comercial o en los que sólo tienen interés en participar como simples inversionistas.

## 16.3 REQUISITOS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE ADMINISTRADOR

Para poder desempeñar el cargo, los administradores, sean socios o personas extrañas a la sociedad, deben reunir los siguientes requisitos: tener capacidad para ejercer el comercio; ser personas físicas y prestar la garantía que determinen los estatutos o la asamblea para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el ejercicio de sus funciones.

### 16.3.1 Tener capacidad para ejercer el comercio

La *Ley General de Sociedades Mercantiles,* en su art 151, prohíbe desempeñar el cargo de administradores a quienes estén inhabilitados para ejercer el comercio. Esto no significa que la *Ley* considere comerciantes a los administra-

dores, sino que no pueden serlo los incapaces y aquellos a los que las mismas leyes prohíben la profesión del comercio, como es el caso de los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados y los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión (arts 5o y 12, *Co Com*).

En principio, los extranjeros pueden desempeñar el cargo de administradores porque la ley no los inhabilita para ejercer el comercio (art 13, *Co Com*). Sobre este particular debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la abrogada *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera*, la nueva *Ley de Inversión Extranjera* no prohibe que el número de extranjeros que pueden participar en el consejo de administración exceda al del porcentaje de inversión que tengan en el capital de la sociedad, lo cual no significa necesariamente que los extranjeros puedan llegar a controlar el consejo en aquellos casos en que las sociedades se dediquen a realizar las llamadas *actividades de regulación específica* a que nos hemos referido en la sección 12.1.1.1.1 o en aquellos casos en que constituyan una minoría, pues es evidente que los accionistas mexicanos difícilmente accederán a conferirles mayores derechos que los establecidos en el art 144 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*.

### 16.3.2 Ser personas físicas

Los puestos de administrador único o consejero siempre deben desempeñarse por personas físicas, toda vez que, con arreglo a lo dispuesto por el art 147, *LGSM*, los cargos son personales y no pueden ejercerse por medio de representantes. La razón de ser de este precepto legal descansa en la circunstancia de que el negocio jurídico que vincula a la sociedad con los administradores es *intuitu personae*.

Tanto la doctrina nacional como la extranjera ha esgrimido muy variados e interesantes argumentos en contra de esta limitación legal, cuya exposición escapa a los alcances de este curso.[11]

Prosiguiendo en este mismo tema, nos parece pertinente referirnos aquí al problema que plantea el determinar si son violatorios de lo dispuesto por el art 147, *LGSM*, los llamados *contratos de administración y operación de empresas*, celebrados frecuentemente entre sociedades anónimas y otras personas morales, y cuyo objeto consiste, según los expertos en la materia, en la prestación de servicios que reciben la sonora denominación de *tecnología gerencial*, razón por la cual eran regulados por la abrogada *Ley Sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas*, que aludía a ellos en su art 2o, inciso *f)*.

[11] *Cfr* especialmente, BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *op cit*, pp 532 y ss.

En lo que concierne a esta cuestión, Jaime **Álvarez Soberanis,**[12] mediante un laborioso ejercicio intelectual, pretende distinguir las funciones que realizan los administradores de las que ejecuta la *proveedora* de la *tecnología gerencial*, y al efecto propone que el concepto *administración* se considere a la luz de dos sentidos diversos: el *jurídico* y el *económico-funcional.* Conforme a esta tesis, el concepto *administración*, en su acepción jurídica, se refiere a las funciones de gestión de los negocios sociales y de representación de la sociedad que realizan los administradores, mientras que, en su connotación económico-funcional, alude a *una función de carácter técnico*[13] mediante la cual la *proveedora* toma decisiones y *ejerce el mando* necesario para alcanzar los fines del giro social de la sociedad *administrada.*

Como se puede apreciar, la distinción propuesta por **Álvarez Soberanis** entre los sentidos jurídico y económico-funcional del concepto administración no es adecuada para resolver el problema planteado porque, en el fondo, ambas acepciones son coincidentes, pues tanto los administradores de la sociedad como la *proveedora* de la tecnología gerencial ejercen una función técnica, es decir, pericial, que implica la toma de decisiones y el ejercicio del mando para la consecución del objeto social. Tan es así, que el propio autor reconoce que "ambos sentidos están de tal manera vinculados que no es fácil distinguir en la práctica, en un determinado contrato, cuál fue la intención de las partes".[14]

Por consiguiente, nos parece que para dilucidar si los contratos de administración y operación de empresas son nulos absolutos (por contravención a la prohibición establecida en el art 147, *LGSM*), debe estarse a la naturaleza de los actos ejecutados por la *proveedora* de la tecnología gerencial. De modo que

*a)* Si tales actos son de gestión de los negocios sociales, esto es, si implican una función de decisión y mando de carácter pericial en el arte del comercio, el contrato estará viciado de nulidad absoluta, y
*b)* Si, por el contrario, los actos son *materiales,* el contrato será válido, porque la *proveedora,* al no suministrar tecnología gerencial, solo estaría poniendo al servicio de la sociedad su aptitud para realizar actos no jurídicos, similares a los prestados por los empleados y obreros de ésta.

Desde luego, las observaciones que acabamos de hacer nos llevan a la extraordinaria conclusión de que los autores de la *Ley Sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas,*[15] en su

[12] ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, *La regulación de las invenciones y marcas y de la transferencia tecnológica,* Porrúa, 1979, pp 330 y ss.
[13] Las itálicas son de ÁLVAREZ SOBERANIS.
[14] *Ibidem,* p 337.
[15] Sin ánimo de ofender a nadie, confesamos que pertenecemos a la copiosa legión de mexicanos que nunca ha encontrado una explicación plausible al curioso fenómeno de que algunas leyes expedidas durante la administración del presidente Echeverría hayan recibido nombres kilométricos.

desmesurado afán de controlar indiscriminadamente las actividades de los particulares incurrieron en el absurdo de pretender reglamentar contratos que, si implicaban transferencia de *tecnología gerencial*, eran nulos desde la óptica de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* o que, si no la implicaban, no eran inscribibles en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.

Por otra parte, para que se aprecie en toda su magnitud el afán intervencionista revelado en la *Ley* en cuestión, debe tenerse en cuenta que una interpretación estricta de ella nos llevaba a la absurda conclusión de que el acto de designación de los administradores, aun en el supuesto de que fuera unilateral, también debía inscribirse en el Registro mencionado puesto que era obligatoria la inscripción

> *de los documentos en que se contengan los actos, convenios o contratos de cualquier naturaleza que deban surtir efectos en el territorio nacional y que se realicen o celebren con motivo de:* [la prestación] *de servicios de administración y operación de empresas.*
> (Art 2o, inciso *f*).

### 16.3.3 Prestar la garantía

En su redacción original el art 152 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* establecía la obligación de los administradores de prestar la garantía que determinaran los estatutos sociales o, en su defecto, la asamblea general de accionistas. Sin embargo, dado que en la práctica los estatutos o la asamblea solían determinar una garantía irrisoria que, por regla general, consistía en la constitución de prenda sobre una sola acción de las emitidas por la propia sociedad o bien, si los administradores no eran accionistas, en el otorgamiento por un tercero de una *carta-fianza* limitada a una cantidad insignificante, el numeral en cuestión fue modificado para dejar esta obligación como potestativa.

## 16.4 NOMBRAMIENTO DE LOS ADMINISTRADORES

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* establece el llamado *sistema de cooptación*, el cual consiste en elegir los órganos de administración y vigilancia, mediante el ejercicio del derecho de voto que compete a los socios. Por tanto, la facultad de nombrar administradores corresponde a los accionistas quienes la ejercen al momento de constituir la sociedad o, posteriormente, reunidos en asamblea (arts 6o, frac IX, 180 y 181, frac II). Sin embargo, en circunstancias excepcionales, los comisarios pueden designar administradores con carácter provisional (art 155, frac II).

### 16.4.1 Sistema de cooptación

Conforme al sistema de cooptación, las disposiciones estatutarias que confieran a ciertos órganos gubernamentales o a los acreedores de la sociedad la fa-

cultad de designar uno o varios administradores, deben reputarse viciadas de nulidad porque aquellos carecen del derecho de voto.

### 16.4.1.1 NOMBRAMIENTO INICIAL

Con arreglo a lo dispuesto por el art 6o, frac IX, *LGSM,* la escritura constitutiva de toda sociedad debe contener el nombramiento de los administradores y la designación de los que hayan de llevar la firma social. Por lo general, se cumple con esta exigencia haciendo la designación en una cláusula transitoria de la escritura constitutiva, con el fin de evitar las formalidades que conlleva su reforma. El mismo dispositivo legal en su frac VIII, establece que debe hacerse constar en la escritura constitutiva la manera en que haya de administrarse la sociedad, lo cual significa que debe estipularse en los estatutos, si la sociedad será administrada por un administrador único o por un consejo de administración.

En la práctica se acostumbra estipular que la administración de la sociedad se confiará a un administrador único o a un consejo, según lo determine la asamblea que haga el nombramiento de administradores. Esta costumbre nos parece lícita porque la *Ley* no exige de forma disyuntiva que la sociedad sea administrada por uno u otro órgano.

Con el propósito de asegurar a las minorías una participación equilibrada en la administración de la sociedad, en algunos casos suele pactarse que la sociedad será siempre administrada por un consejo integrado por un número fijo de miembros. Desde luego, este tipo de estipulaciones suele complementarse con otras que conceden a las minorías mayores derechos que los previstos en el art 144, *LGSM,* al que más adelante nos referiremos.

### 16.4.1.2 NOMBRAMIENTO POR LA ASAMBLEA

Como hemos visto, dos de las características esenciales del puesto de administrador son su temporalidad y revocabilidad. Por tanto, corresponde a la asamblea ordinaria hacer nuevos nombramientos, cuando los administradores designados en el contrato social, por cualquier causa, cesen en el desempeño de sus funciones (arts 180 y 181, frac II, *LGSM*). La asamblea ordinaria puede reunirse en cualquier tiempo, toda vez que no es obligatorio que la designación se haga por la asamblea anual.

En este mismo orden de ideas, en algunos casos se ha llegado a estipular que los administradores deberán ser electos o reelectos anualmente por la asamblea ordinaria anual mediante quórumes de votación superiores a los establecidos por la *Ley* para esa clase de reuniones. En este supuesto es incuestionable que, conforme a lo prescrito por el art 182, frac XII, en realidad, tales asambleas tienen el carácter de extraordinarias.

### 16.4.1.3 NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS SUPLENTES

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* no prevé la posibilidad de que las vacantes temporales o definitivas de los administradores sean cubiertas por suplentes. Empero, gracias al principio de autonomía de la voluntad consagrado en el derecho común, nada impide que en los estatutos de la sociedad se estipule la ocupación de las vacantes mediante la designación de administradores únicos o de consejeros suplentes.

La ocupación de las vacantes puede preverse en dos circunstancias: cuando temporal o definitivamente falte un administrador o cuando la falta de uno o más administradores impida la reunión de los quórumes legales o estatutarios.

Los administradores suplentes tienen los mismos derechos y obligaciones que los *propietarios*. En consecuencia, cuando cubren las vacantes gozan, entre otros, del derecho a percibir proporcionalmente los emolumentos asignados a aquellos a quienes suplen, de manera que cualquier acuerdo o pacto que prive a los suplentes de este derecho debe considerarse ilícito.

Generalmente, por cada consejero propietario se designa un suplente, en cuyo supuesto éste sustituye a aquel a quien fue adscrito. No obstante, los suplentes también pueden ser designados en un número menor al de los administradores propietarios, en cuyo caso las vacantes son cubiertas por el orden de designación.

### 16.4.1.4 NOMBRAMIENTO POR LAS MINORÍAS

En la Exposición de Motivos de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, se advierte cierta preocupación del legislador por proteger los intereses de los accionistas minoritarios de la anónima. Tal preocupación quedó plasmada en los arts 144, que concede a las minorías el derecho de designar administradores, y 163 que faculta a los accionistas que representen treinta y tres por ciento del capital social para ejercitar directamente la acción de responsabilidad contra los administradores cuando la asamblea haya resuelto no hacerlo.

En su redacción original, el art 144, *LGSM* constaba de dos párr, cuyo tenor era el siguiente

> Cuando los administradores sean tres o más , el contrato social determinará los derechos que correspondan a las minorías en la designación, pero en todo caso *la minoría* que represente veinticinco por ciento del capital social nombrarán cuando menos un consejero (párr primero).
>
> Sólo podrá revocarse el nombramiento del administrador o administradores designados por *las minorías* cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás administradores (párr segundo).

Por reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, el 31 de diciembre de 1956, el primer párr fue adicionado con el siguiente: "*Este porcentaje será de diez por ciento, cuando se trate de aquellas sociedades que tengan*

*inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores*", esto con el evidente propósito de brindar una protección mayor a los intereses del gran público inversionista.

La defectuosa redacción del primer párr del art 144 podría dar lugar a que se le interprete en el sentido de que, aunque sean varios los grupos minoritarios, solo tienen derecho a designar *un* administrador, puesto que se refiere a ellos en singular. Sin embargo, visto lo declarado por el legislador en la Exposición de Motivos y en la redacción original de este precepto, es indudable que cada minoría tiene derecho a designar un administrador; es decir, que cada grupo de accionistas que representen veinticinco o diez por ciento del capital social tiene derecho a nombrar un consejero.

Finalmente, según ya hemos hecho notar en la sección 16.2.4, al ocuparnos de la revocabilidad del nombramiento de los administradores, al parecer por error no intencional del redactor de las reformas de diciembre de 1981 a la *LGSM,* se eliminó el último párr del art 144, sin que esto signifique que las mayorías puedan revocar el nombramiento de los administradores designados por las minorías.

### 16.4.2 Excepción al sistema de cooptación. Nombramiento provisional

El único caso de excepción al sistema de cooptación establecido por la *Ley* es el previsto en el art 155, frac II, con arreglo al cual los comisarios tienen la facultad de designar *provisionalmente* administradores, cuando se revoque el nombramiento del administrador único o el de todos los consejeros o el de un número tal de éstos que los restantes no reúnan el quórum legal o estatutario. Asimismo, la facultad excepcional de nombrar provisionalmente a los administradores podrá ser ejercida por los comisarios en los casos en los que la falta de aquellos sea ocasionada por muerte, impedimento u otra causa. Por supuesto, esta atribución toma su razón de ser en la conveniencia de evitar que la marcha de la sociedad se vea afectada por la falta de los encargados de gestionar los negocios sociales y de representar a la sociedad.

Es obvio que si estatutariamente se prevé la designación de administradores suplentes, los comisarios no tendrán la facultad de hacer la designación provisional, a menos que, a pesar de la suplencia, se produzca la hipótesis prevista en el precepto legal antes mencionado.

La *Ley* es omisa en cuanto al tiempo en que deberán desempeñar el cargo los administradores provisionalmente designados, pues a diferencia de lo que ocurre con la falta de comisarios, no establece plazo para que se convoque a asamblea que haga el nombramiento definitivo, ni prevé el caso de que la asamblea no llegara a reunirse. No obstante esto, nos parece que los comisarios, en cumplimiento del deber general que les impone la *Ley* de velar por la buena marcha de la sociedad, están obligados a convocar a asamblea de inmediato, en los términos de lo dispuesto por los arts 166, frac VI y 169, *LGSM.* En el

supuesto de que los comisarios no convocaran a asamblea, los accionistas que representen por lo menos treinta y tres por ciento del capital social podrán solicitar a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad que haga la convocatoria correspondiente (art 184, párr segundo).

## 16.5 CONCLUSIÓN DEL ENCARGO

El art 155, *LGSM* señala como causas de conclusión del encargo de administrador la revocación del nombramiento, la inhabilitación para ejercer el comercio y la muerte. Sin embargo, de la lectura de otras disposiciones legales se desprende que también son causas de conclusión del encargo: la renuncia, la responsabilidad de los administradores, el transcurso del plazo para el cual fueron nombrados y la disolución, quiebra y fusión de la sociedad, esto sin perjuicio de que en los estatutos sociales se incluyan otras causas que motiven la cesación de las funciones de los administradores, como la inasistencia reiterada a las juntas del consejo y el conflicto de intereses con la sociedad.

### 16.5.1 Revocación del nombramiento

Nos hemos referido con algún detenimiento a la revocación como causa de conclusión del encargo en la sección 16.2.4, por lo que no habremos de insistir acerca del tema.

### 16.5.2 Inhabilitación para ejercer el comercio

El art 155 en su párr final señala como causa de conclusión del encargo el *impedimento* de los administradores, sin precisar a qué tipo de impedimento se refiere. En virtud de que más adelante nos habremos de referir a algunos de los impedimentos legales y convencionales para desempeñar el puesto de administrador, aquí nos ocuparemos únicamente de uno de ellos: la inhabilitación para ejercer el comercio.

Ya que la capacidad para ejercer el comercio es un requisito indispensable para desempeñar el puesto de administrador, es lógico concluir que, cuando se actualiza alguna de las causas de inhabilitación a que antes nos hemos referido, el o los administradores que queden legalmente inhabilitados deberán cesar en sus funciones.

La *LGSM* es omisa en cuanto a si la inhabilitación motiva la conclusión del encargo *ope legis* o si, por el contrario, amerita la renuncia del inhabilitado o bien, la revocación del nombramiento por la asamblea. No obstante, atentos a lo dispuesto en el art 308, *Co Com,* cuya aplicación supletoria es obligada,[16]

[16] *Cfr infra* Sección 16.2.2, lo que hemos propuesto en cuanto a la aplicación supletoria de las disposiciones que rigen a la comisión mercantil y al mandato de derecho común.

no ofrece dudas que el inhabilitado cesa en sus funciones por ministerio de *Ley*, habida cuenta de que el negocio jurídico que lo vincula a la sociedad queda automáticamente rescindido. La insistencia del inhabilitado para continuar en el ejercicio de sus funciones lo sujeta a las responsabilidades en que pudiera incurrir.

### 16.5.3 Muerte

La muerte del administrador produce la rescisión *ope legis* del negocio jurídico que lo une a la sociedad (art 308, *Co Com*). En este caso, los herederos del administrador, al contrario de lo que ocurre con los del mandatario de derecho común (art 2602, *CCDF*), no están obligados a practicar las diligencias que sean necesarias para evitar cualquier perjuicio a la sociedad porque, por una parte, el cargo de administrador es personalísimo y, por la otra, ni la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, ni el *Código de Comercio* les imponen tal obligación.

### 16.5.4 Renuncia

Por disposición constitucional (art 5o, párr tercero), nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento, salvo en el caso de los trabajos forzados impuestos como pena por la autoridad judicial. En consecuencia, los administradores pueden renunciar libremente a su cargo.

En lo que concierne al momento en que deba surtir efectos la renuncia, entendemos que deben distinguirse tres hipótesis:

***Primera*** La renuncia no impide la marcha de la sociedad cuando hayan sido designados un administrador único suplente o consejeros suplentes;
***Segunda*** La renuncia no impide la continuación de los negocios sociales porque los consejeros restantes pueden formar los quórumes legales o estatutarios; y
***Tercera*** La renuncia impide la marcha de la sociedad por falta del administrador único o por imposibilidad de integrar los quórumes.

En la primera hipótesis, la renuncia surte sus efectos desde el momento en que el administrador propietario la notifica al suplente; en la segunda, desde que es notificada al consejo de administración y, en la tercera, después de notificada al comisario y de que éste haya hecho la designación provisional prevista en el art 155, *LGSM*.

Mientras la renuncia no surta efectos y si de ella se sigue algún perjuicio a la sociedad (art 2603, *CCDF*), el administrador tiene la obligación de continuar en sus funciones hasta en tanto se provea la nueva designación.

### 16.5.5 Responsabilidad

Conforme a lo previsto en el segundo párr del art 162, *LGSM,* los administradores cesan en el desempeño de su encargo inmediatamente después de que la asamblea general de accionistas pronuncie resolución en el sentido de exigirles la responsabilidad en que hubieran incurrido.

Por otra parte, como ya hicimos notar, si la responsabilidad de los administradores es exigida directamente por los accionistas que representen treinta y tres por ciento del capital social, los administradores cesarán en sus funciones al momento en que la autoridad judicial declare fundada la acción ejercida en su contra.

### 16.5.6 Transcurso del plazo

Si los administradores hubieren sido nombrados para desempeñar el puesto durante un plazo determinado, el simple transcurso del término establecido no es suficiente para considerar concluido el encargo, pues con arreglo a lo dispuesto por el art 154, *LGSM,*

> *Los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones, aun cuando hubiere concluido el plazo para el que hayan sido designados, mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus cargos.*

Según puede apreciarse, este dispositivo legal también tiene como razón de ser el evitar que se afecte la marcha de los negocios sociales.

### 16.5.7 Disolución de la sociedad

La disolución de la sociedad por vencimiento de su plazo de duración, por acuerdo de la asamblea o por la comprobación de una causa de disolución, impone a los administradores la prohibición de iniciar nuevas operaciones, según dispone el art 233, *LGSM,* lo que produce como consecuencia la conclusión del desempeño del cargo.

La contravención a lo prescrito por el art en cuestión obliga solidariamente a los administradores por las nuevas operaciones efectuadas.

### 16.5.8 Quiebra y suspensión de pagos de la sociedad

La *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos* establece en su art 89 que, tratándose de quiebras de sociedades, éstas serán representadas por quienes determinen sus estatutos y, en su defecto, por sus administradores, gerentes o liquidadores; pero esto no significa que los administradores continúen en el de-

sempeño de sus funciones sino que quedan sujetos a todas las obligaciones que dicha *Ley* impone a los fallidos, habida cuenta de que el efecto inmediato de la declaración de quiebra es el de privar al quebrado del derecho de administración y disposición de sus bienes (art 83, *LQSP*). Por tanto, la declaración de quiebra es causa de conclusión de los cargos de administradores, quienes solo estarán legitimados procesalmente para representar a la sociedad en el juicio concursal.

La declaración de suspensión de pagos no es causa de terminación del cargo de administrador, pues "*Durante el procedimiento el deudor conservará la administración de los bienes y continuará las operaciones ordinarias de su empresa bajo la vigilancia del síndico*" (art 410, *LQSP*).

## 16.5.9 Fusión

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* reconoce y regula dos especies de fusión: por integración y por incorporación. En ambos casos, la fusión produce el efecto de extinguir las sociedades fusionadas. Por consiguiente, los administradores de estas últimas cesan en sus funciones desde el momento en que aquella surte efectos.

## 16.5.10 Otras causas de conclusión del cargo

En la práctica suelen estipularse estatutariamente numerosas causas de conclusión del cargo de administrador. Aquí solo nos referiremos a las dos más comunes.

### 16.5.10.1 INASISTENCIA REITERADA A LAS JUNTAS DE CONSEJO

Cuando en los estatutos sociales se prevé el nombramiento de consejeros suplentes, es común que simultáneamente se estipule que la inasistencia de los propietarios a dos o tres juntas del consejo, de forma consecutiva, será causa automática de cese de sus funciones y de ocupación definitiva del puesto por el suplente asignado al consejero faltista. A nuestro modo de ver las cosas, tal estipulación es lícita porque, en el fondo, de lo que se trata es de un nombramiento subordinado a condición resolutoria, no prohibido por la *Ley*, que tiene por objeto asegurar la buena marcha de la sociedad.

### 16.5.10.2 CONFLICTO DE INTERESES

De la lectura del art 156 se deduce que la *Ley General de Sociedades Mercantiles* no impide a los administradores dedicarse, por cuenta propia o ajena, a negocios similares a los que constituyen el objeto de la sociedad, a condición de que, cuando tengan un interés opuesto al de ella, lo notifiquen a los demás administradores y se abstengan de toda deliberación y resolución.

Esto no obstante, en los estatutos de algunas sociedades familiares o cerradas se estipula que será impedimento para desempeñar el puesto de administrador precisamente, dedicarse a negocios del mismo género que aquellos que constituyen el principal objeto de la sociedad. En este supuesto, parece ser que la estipulación entra en conflicto con el derecho a designar administradores que concede el art 144 a las minorías, cuando un accionista que reúna los porcentajes de capital previstos en ese precepto pretenda *autoelegirse* como consejero; aunque, por otra parte, también podría argumentarse que no hay tal conflicto, toda vez que el accionista minoritario no se vería privado de su derecho, si designara a otra persona para ocupar el cargo de administrador.

## 16.6 ATRIBUCIONES DE LOS ADMINISTRADORES. LIMITACIONES

Las atribuciones de los administradores se encuentran enunciadas, de forma general, en el art 10, *LGSM,* cuyo texto es el siguiente

> *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.*

De lo que dejamos establecido en la sección 16.1, se deduce que en el art 10 se encuentran reunidas las dos funciones que antes hemos atribuido a los administradores, a saber: la de representación, que como ya se vio, corresponde solo a algunos de ellos y la de gestión de los negocios sociales, o sea, la de administración *stricto sensu,* que se refiere precisamente a la realización de todas las operaciones inherentes al objeto social.

En cuanto a los alcances de la facultad de administración, nos parece pertinente advertir que la conferida por la *LGSM* y el *Código de Comercio* a los administradores y a los factores tiene un contenido más amplio que la imputada por el derecho común a los representantes y mandatarios civiles. En efecto, conforme al derecho común, la facultad de administración comprende únicamente la realización de aquellos actos que tengan por objeto aprovechar y conservar ciertos bienes individualizados, no fungibles, que forman un patrimonio estable del representado; mientras que, conforme al derecho mercantil, la facultad de administración abarca no solo tales actos y bienes, sino también los actos de disposición del llamado *patrimonio de especulación* de los comerciantes, el cual, en palabras de **Bonnecase,** está constituido por

> un conjunto de bienes considerados en su valor más bien que en su individualidad, y esencialmente destinados, bajo el imperio de la noción de circulación de las riquezas, a ser reemplazados por otros considerados eventualmente como más ventajosos.[17]

[17] BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil,* t I, Cárdenas, 1985, pp 401 y ss.

En otras palabras, la facultad de administración, desde la óptica del derecho mercantil, comprende no solo los actos de aprovechamiento y conservación de los bienes no fungibles de la sociedad, sino además los de disposición, o sea de dominio, de todos los bienes, fungibles o no fungibles, que forman el patrimonio de especulación,[18] salvo las limitaciones impuestas por la ley o por el contrato social. Desde luego, entre estos actos se incluyen los de constituir gravámenes; los de hacer cesión de los bienes de la sociedad; los de transigir y hacer remisión de deudas; los de realizar operaciones cambiarias (art 85, *LGTOC*) y de crédito y, en general, todos aquellos a los cuales tradicionalmente se atribuye el carácter de actos de dominio.[19]

### 16.6.1 Atribuciones concretas de los administradores

Además de la atribución general de facultades enunciada en el art 10, la *LGSM* confiere a los administradores ciertas atribuciones concretas, que la doctrina llama *poderes-deberes,*[20] porque implican tanto el ejercicio de un derecho como el cumplimiento de un deber. Entre ellas encontramos las siguientes

1 De exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas de accionistas (art 158, frac IV), en el concepto de que no están obligados a cumplir las resoluciones ilegales
2 De convocar a asamblea de accionistas (art 183, *LGSM*)
3 De redactar y autorizar con su firma las actas de asamblea y de consejo que se asienten en los libros respectivos (arts 194, *LGSM* y 41, *Co Com*)
4 De hacer las anotaciones a que se refiere el art 128, *LGSM,* en el libro de registro de acciones y, de facilitar a los socios y a terceros la inspección del mismo (art 43, párr segundo, *LGTOC*)
5 De suscribir los títulos de las acciones y, en su caso, de los certificados provisionales (art 125, frac VIII, *LGSM*)
6 De solicitar la declaración de quiebra o, en su caso, la suspensión de pagos (arts 7o y 402, *LQSP*)[21]
7 De ejecutar las resoluciones de la asamblea cuando ésta no hubiere designado delegados especiales (art 178, *LGSM*)
8 De nombrar uno o varios gerentes generales o especiales (art 145, *LGSM*).

A los poderes-deberes que antes mencionamos, **Rodríguez** añade el de formalización de la escritura constitutiva en el caso de que los fundadores no hubieren

[18] En las empresas inmobiliarias comprende los inmuebles que forman precisamente el "patrimonio de especulación", pero no los que están destinados a otros fines.
[19] *Cfr* RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit,* t II, p 102.
[20] *Ibidem,* p 103.
[21] Dada la brevedad del término para solicitar la suspensión de pagos, los administradores podrán hacerlo a condición de que la asamblea ratifique la solicitud (art 402, *LQSP*).

atendido a ello y el de inscripción de su nombramiento en el Registro Público de Comercio. En nuestra opinión, a la luz de lo dispuesto por el art 7o, *LGSM*, los administradores no tienen la primera de las facultades señaladas por Rodríguez, a menos que sean accionistas, ni la segunda, salvo que la asamblea no haya designado delegados para hacer la inscripción del nombramiento en el Registro (art 178; *LGSM*).

## 16.6.2 Límites a las atribuciones de los administradores

El art 10, *LGSM, in fine,* da a entender claramente que las atribuciones de los administradores no son absolutas, pues señala que la facultad de éstos para realizar todas las operaciones inherentes al objeto social, encuentra su límite en las diposiciones legales y estatutarias.

### 16.6.2.1 LÍMITES LEGALES

Los administradores, por supuesto, no están facultados para conocer y resolver de los asuntos que la *Ley* confía a las asambleas generales, ordinarias o extraordinarias, y especiales de accionistas, a los que nos hemos referido en el capítulo 15.

Pero, asimismo, mediante una interpretación a *contrario sensu* del art 10 se infiere que los administradores tampoco están facultados para realizar todas aquellas operaciones que *no* sean inherentes al objeto de la sociedad, de manera que, si contravienen esta disposición, deberá considerarse que han traspasado los límites de sus facultades y que se producen las consecuencias a que nos hemos referido al tratar sobre los actos *ultra vires* en la sección 4.5 de esta obra.

Por otro lado, es evidente que la amplia facultad de administración del *patrimonio de especulación* de la sociedad que la *Ley* confiere a los administradores no los autoriza a enajenar, en un solo acto, la totalidad del patrimonio social, pues con ello se suscitaría una situación que es contraria a la consecución del objeto social que, de hecho, la colocaría en estado de disolución (art 229, frac II, *LGSM*). El mismo criterio debe sustentarse para el caso de que los administradores pretendieran enajenar una parte substancial de los bienes de la sociedad, de manera que tal enajenación la colocara en la imposibilidad de seguir realizando su objeto social. En consecuencia, nos parece que en ambos supuestos las enajenaciones deben ser acordadas por la asamblea extraordinaria de accionistas, la cual, por disposición legal, es el órgano competente para resolver sobre la disolución anticipada de la sociedad (art 182, frac II).

### 16.6.2.2 LÍMITES ESTATUTARIOS

Dada la gran variedad de consideraciones que pueden inducir a los accionistas a limitar las facultades de los administradores, no es posible hacer ni siquiera

una enumeración suscinta de ellas, aunque sí nos parece oportuno comentar que las principales restricciones que se les imponen se refieren a la celebración de contratos por encima de determinadas sumas o plazos y, a la constitución de gravámenes sobre los bienes de la sociedad.

## 16.7 DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES. PROHIBICIONES

El art 157, *LGSM* estipula que "*Los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen*".

De acuerdo con lo que hemos dejado establecido, este precepto debe entenderse en el sentido de que los administradores tienen un deber general de buena gestión; esto es, que son responsables en lo que concierne a la gestión de los negocios sociales y a la representación de la sociedad.

### 16.7.1 Deber de buena gestión de los negocios sociales

En virtud de que, como hemos visto, son aplicables a los administradores las disposiciones relativas a la comisión mercantil y al mandato de derecho común, consideramos que el deber general de buena gestión de los negocios sociales consiste, en primer lugar, en actuar conforme a las instrucciones generales que se establezcan en el contrato social y, en segundo lugar, con apego a las instrucciones que dicten las asambleas de accionistas, sin que en ambos casos puedan proceder contra ellas (arts 286, *Co Com* y 2562, *CCDF*).

Ahora bien, en virtud de que resulta materialmente imposible prever en el contrato social todas las circunstancias que pudieran ameritar instrucciones de los accionistas y de que sería impráctico convocar a la asamblea para recibirlas, debe entenderse que en lo no previsto y prescrito expresamente por el contrato o por la asamblea, los administradores estarán autorizados para actuar a su arbitrio, conforme a lo que la prudencia les dicte y cuidando el negocio como propio (arts 287, *Co Com* y 2562, *CCDF*).

En pocas palabras, el deber general de buena gestión de los negocios sociales que la ley impone a los administradores implica que éstos actúen con apego a las instrucciones que reciban de los accionistas y, en su defecto, en forma prudente y diligente.

En cuanto al grado de responsabilidad derivada del deber de buena gestión, la doctrina nacional y extranjera coinciden en considerar que los administradores responden de su negligencia o imprudencia en grado de culpa leve en abstracto; es decir, como buenos padres de familia.[22]

[22] *Véase supra* capítulo 9, nota de pie de página núm 14.

### 16.7.2 Deber de buena representación

Cuanto hemos dicho del deber de buena gestión de los negocios sociales es aplicable, en principio, al deber general de buena representación que la ley impone a los administradores de la sociedad, a quienes se confía tal función. Empero, en virtud de que los actos concretos cuya ejecución se encomienden al representante puede estar afectada por muy variadas circunstancias, éste, como mínimo, deberá observar lo siguiente.

*a)* Si un accidente imprevisto hiciere a su juicio perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, deberá suspender su cumplimiento, comunicándolo así a la sociedad por el medio más rápido posible (arts 288 *Co Com* y 2564 *CCDF*), y

*b)* Si se produjeren hechos o circunstancias que pudieran determinar a la sociedad a revocar o modificar el encargo, el representante estará obligado a darle oportuna noticia de tales hechos o circunstancias.
Además, el representante está obligado a dar noticia sin demora de la ejecución de su encargo (arts 298, *Co Com* y 2566, *CCDF, in fine*) y a entregar oportunamente a la sociedad todo lo que hubiere recibido en virtud del mismo (arts 298, *Co Com* y 2570, *CCDF*), en el concepto de que si incurriere en mora y de que si invierte en su provecho las sumas recibidas abonará intereses al tipo legal (arts 298, *C Com, in fine,* y 2572, *CCDF*).

Para concluir, el consejero delegado o, en su defecto, el presidente del consejo no pueden delegar la ejecución de los actos concretos que se les hayan encomendado (art 147, *LGSM*).

### 16.7.3 Obligaciones concretas de los administradores

Adicionalmente al deber general de buena gestión de los negocios sociales y de buena representación, la *Ley* impone a los administradores otras obligaciones concretas, entre las que se encuentran las siguientes

1 De procurar la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la *Ley* (arts 158, frac III, *LGSM* y 33 a 41, *Co Com*)
2 De guarda y custodia de los libros y documentos de la sociedad (arts 157, *LGSM* y 46, *Co Com*)
3 De comprobar la realidad de las aportaciones hechas por los socios (art 158, frac I, *LGSM*)
4 De cumplir con los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a la distribución de dividendos (arts 17, 19, 113, párr segundo, y 158, frac II, *LGSM*)
5 De constituir el fondo de reserva legal (arts 20 y 21, *LGSM*)

6 De preparar oportunamente el informe a que se refiere el art 172, *LGSM*
7 De convocar a la asamblea ordinaria anual de accionistas, dentro de los cuatro meses siguientes a la clausura del ejercicio social (art 181, *LGSM*)
8 De convocar a asamblea de accionistas en los casos previstos por los arts 184 y 185, *LGSM*
9 De conservar en depósito las acciones pagadas mediante aportaciones en especie durante el plazo legal (art 141, *LGSM*)
10 De expedir oportunamente los títulos representativos de las acciones, cuando tal obligación no hubiere sido confiada a un delegado de la asamblea (art 124, *LGSM*)
11 De proporcionar a los comisarios una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados (art 166, frac II, *LGSM*)
12 De rendir cuentas cuando lo pida la mayoría de los socios, aun cuando no sea la época fijada por la Ley o por el contrato social (art 2718, *CCDF*).

### 16.7.4 Prohibiciones

Directa o indirectamente, la ley impone a los administradores, entre otras, las siguientes prohibiciones

1 Autorizar la adquisición de acciones de la propia sociedad (arts 134 y 138, *LGSM*)
2 Hacer préstamos o anticipos sobre las acciones de la propia sociedad (art 139, *LGSM*)
3 Participar en las deliberaciones y resoluciones de aquellos asuntos en los que tengan un interés opuesto al de la sociedad (art 156, *LGSM*)
4 Autorizar el reparto de dividendos con cargo a la reserva legal (art 21, *LGSM*)
5 Iniciar nuevas operaciones con posterioridad a la disolución de la sociedad (art 233, *LGSM*)
6 Votar en las deliberaciones de las asambleas relativas a la aprobación del informe anual (art 197, *LGSM*)
7 Delegar el cargo (art 147, *LGSM*)
8 Adquirir para sí o para otro lo que se le hubiere ordenado enajenar, o, de vender lo que se le haya ordenado comprar (art 299, *Co Com*)
9 Contrariar o entorpecer las gestiones de los otros administradores (art 2709, *CCDF*).

## 16.8 CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

En la sección 16.1 quedó establecido que el administrador único es un órgano permanente en el que se concentran las funciones de gestión de los negocios

sociales y de representación, y que el consejo, es un órgano colegiado transitorio en el que se encuentran distribuidas tales funciones.

Aquí enfocaremos nuestra atención sobre la forma en que se constituye y funciona el consejo de administración, asuntos de los que se ocupa poco la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, por lo que habremos de recurrir frecuentemente a las soluciones que nos ofrecen la costumbre y los usos mercantiles.

## 16.8.1 Constitución del consejo

La constitución del consejo, como la de la asamblea, está sujeta a ciertos requisitos de convocatoria, de tiempo y lugar de reunión y de integración de los quórumes de asistencia legales y estatutarios.

### 16.8.1.1 CONVOCATORIA

La *Ley* es omisa en lo que se refiere a determinar a quién corresponde convocar a las juntas de consejo y la forma en que debe hacerse la convocatoria. Estatutariamente, por lo general, se concede esta facultad al presidente del propio consejo o, en su defecto, a dos o más consejeros, a quienes se autoriza a convocar mediante simple escrito dirigido a los restantes administradores.

Cuando no se han determinado previamente las fechas de reunión, se usa estipular que la convocatoria se hará mediante aviso escrito, por carta, télex o telefax, dirigido a los consejeros con cierta antelación.

La falta de convocatoria vicia de nulidad los acuerdos del consejo, salvo que al momento de la votación se encuentre reunida la totalidad de sus miembros. La ilicitud de la reunión deviene del hecho de que la *LGSM*, en su art 143, párr segundo, implícitamente estatuye que los administradores deben ejercer la facultad de gestión de forma colegiada; es decir, que dos o más administradores no pueden actuar sin el concurso de los otros, fuera de los casos previstos por la *Ley* o las buenas costumbres (arts 1830 y 2715, *CCDF*).

Es dudoso que la falta de la orden del día en la convocatoria vicie de nulidad las reuniones del consejo, pues en todo caso sus miembros tienen la más amplia facultad de que se les informe con detalle sobre los asuntos deliberados antes de la emisión de su voto (art 43, *Co Com*).

Nada dice la ley en cuanto a si la orden del día debe ser firmada por quien la hace. La falta de firma, a nuestro entender, no tiene trascendencia jurídica alguna.

### 16.8.1.2 TIEMPO DE REUNIÓN

En circunstancias normales, el consejo de administración se reúne periódicamente en los plazos o fechas específicas determinadas por el mismo o por los estatutos sociales, aunque es frecuente encontrar en éstos la estipulación de

que el consejo se reunirá cuantas veces lo estime necesario su presidente o dos o más de sus miembros. La determinación previa de las fechas de reunión cumple las funciones de la convocatoria.

#### 16.8.1.3 LUGAR DE REUNIÓN

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* concede a los accionistas absoluta libertad para determinar el lugar de reunión del consejo. Por esta razón, especialmente en las sociedades en cuyo capital participa inversión extranjera, es común encontrar la estipulación de que el consejo se reunirá alternativamente en una ciudad de la República y en otra del extranjero.

La falta de pacto del lugar de reunión hace presumir que el consejo deberá constituirse en las oficinas sociales o en el domicilio social o, al menos, en el lugar en el que la sociedad tenga el principal asiento de sus negocios.

La costumbre de facultar al presidente del consejo para fijar el lugar de reunión puede dar lugar a abusos, en especial en aquellos casos en que no se hace provisión de viáticos a los consejeros.

### 16.8.2 Funcionamiento del consejo

Las reglas de funcionamiento del consejo están consignadas en escasos tres renglones del art 143, por lo que en este caso también habremos de recurrir a las soluciones que nos ofrecen los usos y costumbres mercantiles y, además, otros ordenamientos jurídicos.

#### 16.8.2.1 *QUÓRUM* DE ASISTENCIA

El quórum de asistencia a las juntas de consejo se integra, *por lo menos,* con la mitad de sus miembros (art 143, párr segundo). Como ya vimos al ocuparnos de los quórumes de las asambleas ordinarias y extraordinarias, el uso de la expresión *por lo menos* autoriza a fijar quórumes de asistencia más elevados.

#### 16.8.2.2 PRESIDENCIA Y SECRETARÍA

Con arreglo a lo previsto en el segundo párr del art 143, *LGSM*

> *Salvo pacto en contrario, será presidente del consejo el consejero primeramente nombrado* [por la asamblea, se entiende] *y, a falta de éste el que le siga en el orden de su designación.*

En virtud de que el dispositivo legal mencionado permite establecer otros procedimientos de designación del presidente del consejo, se acostumbra estipular

*a)* Que corresponderá a la asamblea hacer el nombramiento, o
*b)* Que, si la asamblea no hace la designación, el consejo, en su primera reunión, nombrará al presidente de entre sus miembros.

La *Ley* también es omisa en lo que concierne a la designación de un secretario del consejo, lo que motiva que suela crearse este puesto estatutariamente. En algunos casos, la creación del puesto de secretario del consejo no solo es conveniente, sino necesaria, puesto que diversas disposiciones legales y administrativas le confieren facultades de fedatario.[23]

En la práctica, además, se estila confiar el puesto de secretario del consejo de administración a personas extrañas al mismo, a las que se les confieren ciertas facultades específicamente tasadas en los estatutos, como las de expedir certificaciones de las actas y de las resoluciones de las asambleas y del consejo, así como las de autorizar con su firma dichas actas y otros documentos y libros sociales, entre ellos el de registro de acciones. En este supuesto, nos parece que no se puede hablar con propiedad de un secretario o de un delegado del consejo, sino más bien de un *secretario de actas*[24] investido de facultades especiales de representación similares a las de los apoderados.

### 16.8.2.3 *QUÓRUM* DE VOTACIÓN

En lo que se refiere al quórum de votación, el último párr del art 143 enuncia que las resoluciones del consejo *serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes.* De la redacción de ese párr *no* puede deducirse la licitud de estipular quórumes de votación más elevados que el de la mayoría de los consejeros presentes, porque la expresión *por lo menos* está referida *únicamente a los quórumes de asistencia.*

Desde nuestro punto de vista, la razón por la que no se pueden elevar los quórumes de votación es sencilla: como en el caso de las vacantes de los administradores, lo que el legislador trata de evitar es que se entorpezca la buena marcha de la sociedad. En consecuencia, consideramos que no es lícito pactar quórumes de votación más elevados que los establecidos en el art 143, independientemente de que la práctica, y aun la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, hayan sancionado lo contrario.

Hemos aludido a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, porque en algunas escrituras constitutivas de sociedades en que participaba inversión foránea de esta dependencia, con fundamento en lo dispuesto en el tercer párr[25] del art 8o de la abrogada Ley para Promover la Inversión Mexicana y

[23] *Cfr* entre otros: art 20 del *Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Minera; Circular 11-11* de la Comisión Nacional de Valores, etcétera.

[24] El concepto *secretario de actas* está tomado de diversas disposiciones del derecho administrativo que le atribuyen a dicho funcionario la única facultad de redactar las actas de consejo de los organismos públicos descentralizados. Los secretarios de actas no tienen voz ni voto en las deliberaciones y decisiones de los órganos a los cuales están adscritos, aunque sí asisten a las juntas de los mismos con el exclusivo fin de poder cumplir con sus funciones.

[25] El párr en cuestión dice: "*También deberán someterse a la autorización los actos por medio de los cuales la administración de una sociedad recaiga en inversionistas extranjeros o por los que la inversión extranjera, por cualquier título, tenga la facultad de determinar el manejo de la empresa*". Y el párr final de dicho art reza: "*Serán nulos los actos que se realicen sin esta autorización*".

Regular la Inversión Extranjera, autorizó el establecimiento de quórumes de asistencia y votación superiores a los previstos por el art 143, *LGSM,* a fin de asegurarles a los extranjeros una participación superior a la proporcional que les atribuía el art 5o del mismo ordenamiento.[26]

De cualquier manera, dado que el art 143 permite elevar los quórumes de asistencia a las juntas del consejo, en la vida ordinaria de los negocios con frecuencia se burla el espíritu de la *Ley* estableciendo quórumes de presencia, de tal modo elevados, que prácticamente impiden la buena marcha de la sociedad mediante el simple expediente de no asistir a las reuniones o de ausentarse de ellas.

### 16.8.2.4 VOTO DE CALIDAD

La *LGSM* confiere *imperativamente* al presidente del consejo el privilegio de decidir las deliberaciones con voto de calidad (art 143, *in fine*). En este caso, como en los otros a que antes nos hemos referido, la *ratio legis* que sustenta al precepto es la de evitar que se entorpezca la buena marcha de la sociedad. Por tanto, consideramos ilícita la estipulación que prive del voto de calidad al presidente del consejo.

Cuando la administración se confía a dos consejeros es lógico concluir que el presidente del consejo, para todos los efectos prácticos, actúa como administrador único pues puede decidir por sí solo en el caso de que el otro consejero disienta y aun en el supuesto de que éste no asistiera a la junta, toda vez que el quórum de asistencia se integra con la mitad de los miembros del consejo.[27]

### 16.8.2.5 PROHIBICIÓN DE VOTAR

La prohibición de votar impuesta a los administradores por el art 156, *LGSM,* puede dar lugar a que se entorpezcan las operaciones de la sociedad. Por ejemplo, si el consejo se integra con tres miembros y dos de ellos tienen un interés opuesto al de la sociedad, la prohibición de participar en las deliberaciones y votaciones relativas a la operación en cuestión impide la integración de los quórumes de deliberación y votación exigidos por la *Ley.* En este caso, puede recurrirse a la asamblea ordinaria de accionistas, a condición de que no se produzca el supuesto contemplado por el art 196, *LGSM*; esto es, a condición de que los consejeros, si son accionistas, no puedan decidir con su voto respecto a la operación que motiva el conflicto de intereses.

[26] La elevación de los quórumes con el fin de controlar la administración de la empresa, es conocida como *control negativo.* La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras se ha resistido a emitir un criterio general respecto a los casos en que es procedente la autorización de los *controles negativos* porque las circunstancias que motivan su establecimiento son muy diversas. Sin embargo, por regla general no la niega.

[27] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit,* t II, p 111.

### 16.8.2.6 REUNIÓN NECESARIA. VOTO ORAL *PRO CÁPITE*

De lo dispuesto por el art 143, párr III, se infiere que el voto debe emitirse oralmente en presencia de los administradores que concurran a las juntas de consejo, habida cuenta de que la validez de las deliberaciones y acuerdos de este órgano exige la constitución de una junta a la que deben *asistir*, por lo menos, la mitad de sus miembros y en la que las resoluciones se toman por la mayoría de los *presentes*. No obstante, por decreto el 11 de junio de 1992, se adicionó un párrafo a el art 143 que permite dispensar la reunión del consejo.

Asimismo, del precepto legal aludido se deduce que el voto de los administradores es *pro cápite*.

### 16.8.2.7 ACTAS DE CONSEJO

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* no previene que los acuerdos del consejo deban hacerse constar en acta y que ésta deba asentarse en un libro especial. No obstante, en los arts 36 y 41, *C Com*, se alude a los libros de actas que deben llevar las sociedades, en los que deben asentarse las resoluciones que se tomen en las asambleas de socios y en las juntas del consejo de administración.

En las actas de las juntas del consejo de administración solo se expresará: *la fecha, nombre de los asistentes y relación de los acuerdos aprobados* (art 41).

Las actas de las juntas de consejo deben ser autorizadas con las firmas de las personas a quienes los estatutos confieran esta facultad (art 41, *in fine*). Los autorizados para firmar las actas en realidad actúan como fedatarios de derecho privado frente a la sociedad y frente a los terceros interesados en la comunicación y exhibición de los libros de ésta, pues, como hemos apuntado en otro lugar, los libros de los comerciantes no solo hacen fe en contra de ellos, sino que sus registros se tienen por verdaderos en lo que los favorece (art 1295, frac I, *Co Com*). Si los estatutos son omisos en este punto, las actas deben ser autorizadas con las firmas de todos los consejeros que hubieran asistido a la junta.

### 16.8.2.8 EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS DEL CONSEJO

La ejecución de los acuerdos del consejo corresponde a los administradores designados en el contrato social (art 6o IX), o bien, a los consejeros especialmente designados por el consejo al efecto. A falta de unos y otros, la representación recaerá en el presidente del consejo (art 148).

La costumbre de designar a personas extrañas al consejo como delegados para la ejecución de actos concretos no se conforma con lo dispuesto por la *Ley*. En todo caso, cuando esto sucede, el representante en realidad desempeña su encargo como mandatario especial.

Los encargados de ejecutar los acuerdos actúan en representación de la sociedad y no del consejo, como comúnmente se dice, pues éste carece de personalidad jurídica.[28]

En todo caso, el consejero designado en el contrato social, el consejero delegado o el presidente del consejo deben obrar en ejecución de los actos concretos que haya acordado el consejo, pues de otra manera estarían actuando como administradores únicos, en contravención a lo dispuesto por el art 143, *LGSM,* según hemos dejado establecido.

#### 16.8.2.9 CONSEJERO DELEGADO EJECUTIVO

En la vida ordinaria de los negocios se conoce con el nombre de *consejero delegado ejecutivo* o *director ejecutivo* a un miembro del consejo en quien éste delega, *en abstracto,* la resolución y ejecución de ciertos actos específicamente determinados en los estatutos.

La figura del consejero delegado ejecutivo ha sido recogida por la práctica mexicana de la legislación y de la experiencia extranjera. Bien entendida, esta figura en realidad equivale a la del gerente general de nuestra *Ley,* en quien es lícito delegar, *limitadamente,* algunas de las funciones del consejo. Cuando la delegación de funciones es *general,* el consejero delegado ejecutivo de hecho actúa como administrador único y el consejo como una simple alegoría, en contravención a lo dispuesto por la *Ley General de Sociedades Mercantiles* en lo que concierne a las atribuciones y reglas de constitución y funcionamiento de los órganos de administración de la sociedad.[29]

#### 16.8.2.10 COMITÉS

En los estatutos de algunas sociedades se prevé la creación de comités especiales, integrados por los mismos consejeros, cuyas funciones son de simple asesoría en ciertas áreas específicas de la empresa, como las de producción, finanzas y relaciones laborales. La formación de comités obedece por lo general a la necesidad de especializar y dividir las funciones de los administradores.

## 16.9 ÓRGANOS SECUNDARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN. GERENTES Y APODERADOS

En la sección 16.1 hemos dejado establecido que las funciones de gestión de los negocios sociales y de representación de la sociedad pueden ser *limitada-*

[28] *Cfr* BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *op cit,* p 518.

[29] Con sobrada razón, RODRÍGUEZ pone en tela de duda la legalidad de la delegación general de funciones que se acostumbra hacer en favor del Consejero Delegado Ejecutivo. *Cfr op cit,* t II, p 106. Por su parte MANTILLA MOLINA parece aceptar sin reservas esta figura. *Cfr op cit,* p 422.

*mente* delegadas en los casos y condiciones establecidos por la *Ley*. Pues bien, el art 145 autoriza al administrador único y al consejo de administración a delegar parte de sus funciones en uno o varios gerentes generales o especiales, sean o no accionistas de la sociedad.

## 16.9.1 Gerentes generales y especiales

La designación de gerentes por lo común obedece a dos razones: la de auxiliar al administrador único o al consejo y, la de dar continuidad a las funciones de administración y representación cuando éstas han sido confiadas a un órgano transitorio; esto es, a un consejo que actúa discontinuamente.

La figura del gerente se asemeja a la del factor del comerciante individual. Sin embargo, las principales diferencias que existen entre ambas instituciones consisten

*a)* En que la representación del gerente siempre se desempeña a nombre de la sociedad, en tanto que la del factor puede desempeñarse a nombre propio (art 311, *in fine, Co Com*)
*b)* En que el factor está facultado para contratar respecto a *todos* los negocios concernientes a las empresas o establecimientos de sus principales, en tanto que el gerente solo puede contratar en forma limitada, en función de las facultades que *expresamente se les confieran* (art 146, *LGSM*), y
*c)* En que entre el factor y el principal no hay ningún órgano intermedio, mientras que entre los gerentes de la anónima y la sociedad se interpone el administrador único o el consejo de administración.

### 16.9.1.1 NOMBRAMIENTO DE LOS GERENTES

El nombramiento de gerentes corresponde a la asamblea ordinaria de accionistas, al administrador único y al consejo de administración (art 145, *LGSM*).

En virtud de que entre los gerentes y la sociedad se interponen el administrador único o el consejo, debe estimarse que aquellos son órganos de la administración subordinados a éstos, aun en el caso en que hayan sido nombrados por la asamblea. Por esta razón suele llamarse a los gerentes órganos *secundarios o mediatos de la administración.*[30]

[30] *Cfr* Exposición de Motivos, *LGSM;* RODRÍGUEZ, *op cit,* t II, p 107; MANTILLA, *op cit,* p 423, etc. Esto no obstante, MANTILLA incurre en una contradicción al llamar a los gerentes "órganos secundarios de la administración", a la vez que afirma que "Es indudable que si el gerente es nombrado por la asamblea, su cargo es de mayor importancia que si la designación la hace el consejo de administración; en el primer caso, su carácter de órgano social se acentúa, y por el contrario, en el segundo, es más bien un auxiliar del consejo, un órgano *mediato* de la sociedad". A nuestro entender, los gerentes en todos los casos son auxiliares y órganos mediatos de la administración,

### 16.9.1.2 NÚMERO Y CLASES DE GERENTES

Si bien es cierto que la *Ley* permite que se designen simultáneamente uno o varios gerentes generales y uno o varios gerentes especiales, no por ello es menos cierto que, por admonición de la experiencia, se considera incongruente nombrar varios gerentes generales. Por tal motivo en la práctica suele designarse un solo gerente general y varios gerentes especiales que tienen a su cargo un departamento o una sucursal de la sociedad. Desde luego, las atribuciones de los gerentes generales son más amplias que las de los especiales.

Existe la opinión de que, cuando los gerentes sean dos o más, es posible establecer que actúen como consejo; es decir, colegiadamente.[31] Desde nuestro punto de vista, no tiene sentido estipular la actuación colegiada de los gerentes por la única razón de que la colegiación supone igualdad de facultades y de responsabilidades, circunstancias que no se producen cuando han sido designados un gerente general y varios especiales.

### 16.9.1.3 REQUISITOS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE GERENTE

En principio, son los mismos que se exigen para desempeñar el cargo de administrador, por lo que nos remitimos a lo que hemos expresado respecto de ese tema.

### 16.9.1.4 TEMPORALIDAD, INDELEGABILIDAD Y REVOCABILIDAD DEL CARGO

Cuanto hemos dicho acerca de la temporalidad, indelegabilidad y revocabilidad del cargo de los administradores es aplicable a los gerentes y, por ello, no habremos de insistir sobre tales cuestiones. Sin embargo, nos parece pertinente advertir que los nombramientos de gerente hechos por la asamblea no pueden ser revocados por el administrador único o por el consejo, y, que los gerentes nombrados por éstos si pueden ser removidos por la asamblea en su carácter de órgano supremo de la sociedad (art 178, *LGSM*).

### 16.9.1.5 ATRIBUCIONES DE LOS GERENTES

Según quedó expresado, las facultades de los gerentes son más restringidas que las de los administradores. Consecuentemente, los gerentes tendrán las fa-

pues de no ser así existiría el riesgo de que con frecuencia entraran en conflicto con el administrador único o con el consejo. La única diferencia que existe entre los gerentes designados por la asamblea y los designados por los administradores estriba que, en el primer caso, la revocación del nombramiento corresponde a la asamblea.

[31] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 107. No cabe duda que en el caso de la Sociedad de Responsabilidad Limitada los gerentes deben actuar de forma colegiada porque las decisiones se toman por mayoría de votos o por unanimidad y porque la *LGSM* supone en este caso la igualdad de facultades y responsabilidades (art 75).

cultades limitadas que expresamente se les confieran en el contrato social o en el acto de su nombramiento (art 146, *LGSM*).

En virtud de que los gerentes son órganos permanentes, aunque limitados y secundarios de la administración, no es de extrañar que la ley enuncie que

> *no necesitarán de autorización especial del administrador o* [del] *consejo de administración para los actos que ejecuten y que gozarán, dentro de la órbita de las atribuciones que* [se] *les hayan asignado, de las más amplias facultades de representación y ejecución.*
> (Art 146).

Por razón de que la ley hace coincidir en los gerentes las facultades de gestión de los negocios sociales y de representación de la sociedad, pudiera parecer que la figura del gerente es equiparable a la del administrador único. Sin embargo, si se analizan bien las cosas, se verá que ambas figuras difieren

*a)* En que las facultades del gerente son más limitadas, pues *no* puede realizar *todas* las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, y
*b)* En que la ley no atribuye a los gerentes los *poderes-deberes* a que antes nos hemos referido.

### 16.9.1.6 CARÁCTER JURÍDICO DE LOS GERENTES

Tanto la doctrina como la jurisprudencia mexicanas han sustentado los más encontrados criterios en cuanto a la naturaleza del negocio jurídico que vincula a los gerentes con la sociedad, pues del mismo se ha dicho que se trata de un mandato o de un contrato de prestación de servicios profesionales[32] o de un contrato laboral.[33]

Por nuestra parte, consideramos que los gerentes no son mandatarios ni representantes legales de la sociedad en el sentido estricto de ambos términos, por las razones que antes hemos expuesto respecto a los administradores. Asimismo, estimamos que tampoco son empleados o trabajadores porque no realizan *actos materiales,* en el sentido que también hemos dejado expresado. En

[32] *Cfr* MANTILLA MOLINA, *op cit,* p 424, y muy especialmente DE LA CUEVA, Mario, *Derecho mexicano del trabajo,* Porrúa, 1961, pp 556 y ss, quien esgrime los siguientes argumentos para considerar que no se trata de un contrato laboral: *a)* los altos empleados, a diferencia de los trabajadores, no se obligan a poner al servicio de la empresa determinada cantidad de energía de trabajo; *b)* no existe una relación de subordinación jurídica del obligado porque el gerente no pone a disposición de la empresa su energía de trabajo; *c)* hay una sustitución de la persona del propietario por la del gerente; *ch)* los altos empleados son responsables del resultado de su gestión y *d)* en consecuencia, el contrato de los altos empleados "mucho se parece al concepto clásico de prestación de servicios profesionales".

[33] Este es el criterio predominante de la Suprema Corte de Justicia que considera que el único caso en que no existe relación laboral entre el gerente y la sociedad es cuando el gerente a la vez es socio.

consecuencia, nos parece que el negocio jurídico que vincula a los gerentes con la sociedad es un contrato atípico de administración y de representación, de iguales características que el celebrado entre los administradores y la sociedad.

#### 16.9.1.7 DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS GERENTES

En virtud de que los gerentes también son administradores y de que el art 157 no establece distinción alguna entre los conceptos *órgano principal* y *órgano secundario* de la administración, es pertinente considerarlos incluidos en dicho precepto y, en consecuencia, imputarles el deber general de buena gestión y representación que la ley impone al administrador único y a los consejeros. Por tal motivo, nos remitimos, en lo conducente, a lo que hemos expuesto acerca de este tema en la sección 16.7.

Por otra parte, visto que la *LGSM* no impone obligaciones concretas a los gerentes, para determinar el alcance y contenido de éstas debe estarse a lo estipulado en el contrato social o en el acto de su nombramiento.

#### 16.9.1.8 REMUNERACIÓN

Dado que los gerentes tienen el carácter de administradores, corresponde a la asamblea de accionistas determinar sus emolumentos (art 181, frac II, *LGSM*).

#### 16.9.1.9 CONCLUSIÓN DEL ENCARGO DE GERENTE

El desempeño del cargo de gerente concluye por las mismas causas que el de los administradores. En virtud de que el puesto no es esencial para la marcha de la sociedad, la *Ley* no confiere a los comisarios la facultad de designar provisionalmente gerentes cuando éstos falten por cualquier causa.

### 16.9.2 Apoderados

El art 149, *LGSM*, enuncia que

> *El administrador o el consejo de administración y los gerentes podrán, dentro de sus respectivas facultades, conferir poderes en nombre de la sociedad, los cuales serán revocables en cualquier tiempo.*

La frase *dentro de sus respectivas facultades* puede interpretarse en dos sentidos, a saber

> ***Primero*** Que el administrador, el consejo y los gerentes solo podrán otorgar poderes si así estuvieren facultados; y
> ***Segundo*** Que por ministerio de ley están autorizados para otorgar poderes para la ejecución de todos aquellos actos comprendidos en la órbita de sus atribuciones.

A nuestro entender, esta última interpretación es la correcta. Empero, no es raro encontrar escrituras constitutivas en las que se reserva a la asamblea ordinaria la facultad de designar apoderados. Asimismo, en otra posición extrema, también es común encontrar que el consejo otorga *poderes generales ilimitados* para actos de administración lo cual, a nuestro juicio, no se conforma con lo dispuesto por el art 147, *LGSM*, porque tales poderes implican una *delegación total* de las facultades de gestionar los negocios sociales y de representar a la sociedad, prohibida por dicho precepto. A mayor abundamiento, de la lectura del primer párr del art 150, *LGSM* se deduce que los administradores solo pueden hacer una delegación *limitada* de sus facultades, puesto que las designaciones de consejeros delegados y gerentes y el otorgamiento de poderes *no restringen sus facultades.*

En conclusión, el consejo de administración solo puede otorgar poderes especiales o bien, poderes generales *limitados* a la ejecución de ciertos actos repetitivos específicamente determinados (art 2554, párr tercero, *CCDF*).[34]

Desde nuestra óptica, los apoderados no pueden ser considerados como órganos secundarios de la administración, porque son simples ejecutores de los actos concretos que se les encomiendan.[35]

Por último, nos parece pertinente recordar que el apoderamiento se origina en un acto unilateral que deviene en bilateral, esto es, en contrato de mandato, cuando el proponente recibe la aceptación, tácita o expresa, de la persona a quien está destinada la declaración unilateral de la voluntad (art 1807, *CCDF*).

### 16.9.3 Reglas comúnes a los consejeros delegados, a los gerentes y a los apoderados

1a) La designación de consejeros delegados, el nombramiento de gerentes y el otorgamiento de poderes no restringe las facultades del consejo de administración, según hemos anotado. El otorgamiento de poderes por los gerentes, tampoco restringe las facultades de éstos (art 150, párr primero, *LGSM*)

2a) El nombramiento de gerentes y el otorgamiento de poderes, son libremente revocables (arts 145 y 149, *LGSM*)

3a) Los gerentes y los apoderados no cesan en el desempeño de sus encargos porque hayan concluido las funciones de quienes los nombraron, porque son representantes de la sociedad y no del órgano que los designó (art 150, párr segundo, *LGSM*).

[34] RODRÍGUEZ parece desechar la idea de que se designen apoderados generales, pues cuando trata el tema se refiere únicamente a los apoderados especiales (*op cit*, t II, p 110). En cambio, MANTILLA parece opinar lo contrario (*op cit*, p 425).

[35] Al parecer RODRÍGUEZ opina lo contrario, *op cit*, t II, p 110.

## 16.10 RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. CONCEPTO

El enunciado del art 157, *LGSM,* en el sentido de que *"Los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen"*, significa que el administrador único, los consejeros y los gerentes tienen la obligación de reparar los daños y perjuicios que causen a la sociedad como consecuencia de los actos dolosos, ilícitos y culposos que ejecuten en contra de la ley y del contrato social en el desempeño de sus funciones.

La teoría y el régimen legal de la responsabilidad y de los actos dolosos, ilícitos y culposos son de tal manera extensos que prácticamente imposibilitan su exposición y análisis en una obra de este alcance, si bien, es pertinente notar que la distinción doctrinal entre tales actos es un tanto artificiosa, porque en el fondo, todos ellos son actos ilícitos por ser contrarios a la ley o al contrato social.

En razón de lo expuesto, nos concretaremos a referirnos a las responsabilidades derivadas de la comisión de actos dolosos, ilícitos y culposos y a sus clases en forma por demás suscinta, casi telegráfica.

### 16.10.1 Responsabilidad por actos dolosos

Dentro del concepto *actos dolosos* se comprende tanto a aquellos de índole criminal (fraude, abuso de confianza, administración fraudulenta) como los de naturaleza civil (dolo, mala fe y abuso de la firma social en interés propio).

El grado de responsabilidad y las consecuencias de los actos dolosos, criminales y civiles, están específicamente determinados por la *Ley* y comprenden tal variedad de situaciones y circunstancias que nos vemos impedidos de hacer su enunciación casuística.

### 16.10.2 Responsabilidad por actos ilícitos

Los actos ilícitos, por definición legal, son aquellos que contravienen las leyes de orden público (imperativas o prohibitivas) y las buenas costumbres (art 1830, *CCDF*). En esta categoría, se incluyen todos aquellos actos que constituyen una infracción a la mayor parte de los poderes-deberes de los administradores y a todas las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen.

La doctrina suele incluir entre los actos ilícitos a los gratuitos, pues éstos implican una liberalidad contraria al fin determinante del negocio social, o sea, la obtención de ganancias, en perjuicio de los accionistas.

### 16.10.3 Responsabilidad por actos culposos

Hemos dejado asentado que los administradores deben actuar conforme a las instrucciones que reciban o, en su defecto, con prudencia y diligencia, cuidando los intereses de la sociedad como propios (arts 287, *Co Com* y 2563, *CCDF*). En consecuencia, si los administradores actúan contraviniendo las instrucciones recibidas o de forma imprudente o negligente deberán responder por su culpa.

Por lo que se refiere al grado de responsabilidad derivada de los actos culposos, según hemos dicho, la opinión dominante se pronuncia en considerar que responden de su negligencia o imprudencia en grado de culpa leve en abstracto, es decir, como buenos padres de familia.

Se incluyen en la categoría de los actos culposos, la negligencia de presentar oportunamente la información anual a la asamblea de accionistas y la omisión de convocar a asamblea cuando la *Ley,* los estatutos sociales y la prudencia lo exigen.

El acto culposo típico imputable a los administradores es el de imprudencia en la gestión de los negocios sociales; imprudencia que resulta, por lo general, de la ejecución de operaciones que en el mundo de los negocios se consideran de alto riesgo, o bien, de la contratación excesiva de pasivos[36] o de la aceptación, tácita o expresa, de políticas de gastos muy liberales.

Por supuesto, la imputación de responsabilidad por imprudencia es difícil de probar en la práctica, porque en su apreciación inciden las circunstancias propias de cada empresa, así como factores psicológicos de diferente significado para quien los evalúa.

### 16.10.4 Clases de responsabilidad

Los administradores responden de sus actos, frente a la sociedad o frente a terceros, de forma individual o solidaria, ya sea en razón de su número o en razón de las funciones que desempeñan.

#### 16.10.4.1 RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

El administrador único y los gerentes responden individualmente por el desempeño de sus funciones de *gestión* de los negocios sociales y de *representación* de la sociedad.

Los administradores designados estatutariamente para llevar la firma social, los consejeros delegados y los gerentes responden en forma individual de

[36] Precisamente para evitar que los administradores incurran en la imprudente contratación de pasivos, la *Ley General de Sociedades Mercantiles* (art 182, frac X) y la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (art 213), exigen que la emisión de obligaciones se haga por acuerdo de la asamblea general extraordinaria de accionistas.

los actos de *representación* que excedan sus facultades (art 2568, *CCDF*), salvo que en el contrato social o en el acto de designación se nombren dos o más consejeros solidariamente responsables de la representación social (art 2573, *CCDF*).

El presidente del consejo responde individualmente del abuso de sus facultades de gestión y de representación cuando actúe sin autorización del consejo o de los socios, y de sus actos de representación social, cuando, en defecto de consejeros designados o delegados, haga uso de la firma social.

### 16.10.4.2 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Por ser el consejo de administración un órgano colegiado, cuyo funcionamiento supone el concurso de la voluntad de sus miembros para formar la llamada *voluntad social,* los consejeros responden en forma solidaria de sus deberes de buena gestión de los negocios sociales y de las demás obligaciones que la ley y los estatutos les imponen.

La responsabilidad solidaria de los consejeros resulta de la ley en los casos específicamente previstos por ella, pero esto no impide que en los estatutos se prevean otros casos de responsabilidad solidaria de los administradores (art 1988, *CCDF*).

Las principales consecuencias de la responsabilidad solidaria son las siguientes

***Primera*** Cada administrador debe por sí en su totalidad la prestación reclamada (art 1987, *in fine, CCDF*);

***Segunda*** La obligación se extingue cuando uno de los administradores paga lo reclamado (art 1990, *CCDF*);

***Tercera*** El administrador que pagó puede reclamar a los otros administradores y, en su caso, a los socios (arts 21, párr segundo, *LGSM* y 1999, *CCDF*); y,

***Cuarta*** Las excepciones, la novación, la quita, la confusión y la remisión hecha en favor de un administrador favorece a todos los demás (arts 1991 y 1995, *CCDF*).[37]

### 16.10.4.3 RESPONSABILIDAD INTERNA Y EXTERNA DE LOS ADMINISTRADORES

La responsabilidad de los administradores puede darse

*a)* Frente a la sociedad
*b)* Frente a los acreedores de la sociedad, y

[37] *Cfr* entre otros, BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones,* t II, Porrúa, 1983, pp 357 y ss; y BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil,* Cárdenas, 1985, pp 568 y ss.

*c)* Frente a los socios, ya sea solidaria o mancomunadamente, según determine la *Ley*.

#### 16.10.4.3.1 Responsabilidad solidaria frente a la sociedad

Además de los casos de responsabilidad por la buena gestión de los negocios sociales, la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, establece los siguientes casos de responsabilidad solidaria de los administradores frente a la sociedad:

*a)* Por la irrealidad de las aportaciones hechas por los socios (art 158, frac, I)
*b)* Por no formar o repartir el fondo de reserva legal (art 21)
*c)* Por no dar exacto cumplimiento a los acuerdos de la asamblea (art 158, frac IV)
*ch)* Por no denunciar las irregularidades de los administradores que los hubieran precedido (art 160)
*d)* Por el reparto indebido de los dividendos (arts 19 y 158, frac II)
*e)* Por no formar o reconstituir el fondo de reserva (art 21)
*f)* Por autorizar la adquisición de las propias acciones de la sociedad (art 138)
*g)* Por inexistencia o falta de mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley[38] (art 158, frac III), y
*h)* Por realizar nuevas operaciones cuando la sociedad se encuentre en estado de disolución (art 233).

#### 16.10.4.3.2 Responsabilidad solidaria frente a los acreedores de la sociedad

En lo que se refiere a la responsabilidad solidaria de los administradores frente a terceros, la *LGSM* contempla los siguientes casos

*a)* La que resulta de representar a una sociedad irregular, en cuyo supuesto la responsabilidad, además de ser solidaria es ilimitada y subsidiaria (art 2o, párr quinto)
*b)* La que proviene de la indebida repartición de utilidades, en cuya hipótesis la responsabilidad es *mancomunada y solidaria* con los socios que las hayan recibido (art 19, párr segundo)
*c)* La que motiva la autorización de adquirir las propias acciones de la sociedad (art 138)
*ch)* La que se causa por celebrar nuevas operaciones después de que la sociedad entró en estado de disolución (art 233), y
*d)* La que resulta de los actos *ultra vires* de gestión (arts 10, *LGSM* y 2573, *LGSM*).

[38] Según hemos dicho, los libros de los comerciantes constituyen prueba a su favor; pero también en su contra. Por tanto, el no llevar los libros de contabilidad puede originar responsabilidad de los administradores frente a terceros.

Por otra parte, diversas leyes administrativas, especialmente la legislación fiscal, contemplan algunos casos de responsabilidad solidaria de los administradores, conjuntamente con la sociedad, frente al Estado.[39]

Otro caso de responsabilidad externa de los administradores es el que ya hemos mencionado y que puede resultar del hecho de que la representación de la sociedad se confíe a dos o más de ellos en forma conjunta y solidaria (art 2573, *CCDF*).

#### 16.10.4.3.3 Responsabilidad mancomunada frente a la sociedad

Además de los casos antes mencionados de responsabilidad solidaria de los administradores, la *LGSM* contempla otros a los que no les podemos atribuir tal carácter, toda vez que la solidaridad no se presume, sino que resulta de la *Ley* o de la voluntad de las partes (art 1988, *CCDF*).

Por consiguiente, estimamos que en los supuestos a que enseguida nos referiremos, estamos frente a casos de responsabilidad mancomunada interna de los consejeros, porque la responsabilidad se produce frente a la sociedad y porque hay pluralidad de deudores y de acreedores respecto de una misma obligación (art 1984, *CCDF*). Tales casos son los siguientes

*a)* El que resulta de hacer préstamos o anticipos sobre las propias acciones de la sociedad (art 139)
*b)* El de no presentar oportunamente el informe anual (art 176)
*c)* El de no convocar a asamblea cuando sea necesario (arts 168, 184 y 185, *LGSM*)
*ch)* El que deviene de infringir la prohibición de no votar (art 196), y
*d)* El de no cumplir con los requisitos formales de la convocatoria (arts 183 y 186).

#### 16.10.4.3.4 Responsabilidad solidaria o mancomunada frente a los socios

Los casos en los que los administradores pueden incurrir en responsabilidad, solidaria o mancomunada, frente a los socios son innumerables, por lo que, siguiendo a **Rodríguez**, aquí nos concretaremos a señalar sus características

1a) Se trata de un daño directo, sufrido por uno o varios accionistas en su patrimonio personal y no a través del que pueden experimentar como consecuencia de una lesión en el patrimonio social, [y]
2a) El administrador y los consejeros no proceden en cumplimiento de sus funciones, sino con exceso de las mismas, puesto que se trata de una lesión que se pro-

[39] *Cfr* entre otras muchas disposiciones, el art 37, fracs III, XIV, XV, XVI, XVII, etc, del *Código Fiscal de la Federación*.

duce como consecuencia de la violación de un derecho del accionista frente a la sociedad.[40]

### 16.10.5 Responsabilidad penal de los administradores

Los administradores no solo responden frente a terceros y frente a los socios por los actos ilícitos de naturaleza civil en que incurran, sino que también responden de los actos criminales que cometan en nombre de la sociedad, por la sencilla razón de que si se imputaran a ésta se violaría el principio de derecho penal que exige la identidad del delincuente y el condenado; identidad que en la especie no se produce por ser la sociedad una persona jurídica diversa.

Por supuesto, es evidente que la sociedad debe reparar el daño causado por los actos delictuosos de sus administradores en la medida en que se beneficia de ellos, pues de otra manera estaría obteniendo un enriquecimiento ilegítimo. Pero, lo que ya no es tan evidente, es que la sociedad sea pasible de las penas pecuniarias, generalmente multas, con que también se sanciona la comisión de delitos,[41] porque, precisamente, por esa falta de identidad entre delincuente y condenado, la sanción viene a ser una pena trascendental que viola lo dispuesto en el primer párr del art 22 constitucional.[42]

## 16.11 ACCIONES DE RESPONSABILIDAD. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

La *LGSM* confiere tanto a la sociedad, como a los acreedores de ella y a los socios diversas acciones para reclamar de los administradores el resarcimiento de daños y perjuicios. A continuación nos referiremos brevemente a ellas.

### 16.11.1 Acción de la sociedad

El art 161 establece que la responsabilidad de los administradores solo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente. Ahora bien, dado que el art 182 no reserva esta facultad a la asamblea extraordinaria, es lógico concluir que la responsabilidad debe exigirse por la junta ordinaria de accionistas.

[40] *Op cit*, t II, pp 136 y 137.

[41] *Cfr* entre otras numerosas disposiciones del llamado derecho penal-administrativo, los arts 106 a 108 de la *Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Minera*.

[42] Sobre este debatido asunto consúltese el interesante libro de MALAMUD GOTI, Jaime E., *Persona jurídica y penalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

### 16.11.2 Acción directa de los socios

Para el caso de que la asamblea ordinaria resuelva no ejercitar la acción de responsabilidad en contra de los administradores, el art 163 otorga a los accionistas que representen treinta y tres por ciento del capital social el derecho de ejercitar directamente dicha acción, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos

*a)* Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes, y
*b)* Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas respecto a que no hay lugar a proceder contra los administradores demandados.

En cualquier caso, los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibidos por la sociedad.

### 16.11.3 Acción de los acreedores

Además de las acciones genéricas de responsabilidad en favor de los acreedores que pudieran resultar del derecho común, la *LGSM* establece las enunciadas en los arts 2o párr quinto, 19, 138, y 233 a que antes nos hemos referido.

### 16.11.4 Exclusión de responsabilidad

La *LGSM* contempla únicamente dos casos de exclusión de responsabilidad de los administradores

*a)* Cuando están exentos de culpa (art 159), y
*b)* Cuando denuncian las irregularidades en que hubieren incurrido los administradores que los precedieron (art 160).

Para que la exclusión de responsabilidad sea procedente se requiere, en el primer caso, que los administradores manifiesten su inconformidad en el momento de la deliberación y resolución del acto de que se trate y, en el segundo caso, que denuncien a los comisarios las irregularidades de los que los precedieron en el cargo.

CAPÍTULO
17

# ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. LOS COMISARIOS

## SUMARIO


**17.1 CONCEPTO**

17.1.1 Notas características del órgano de vigilancia constituido por los comisarios

17.1.1.1 Órgano de vigilancia necesario

17.1.1.2 Socios o personas extrañas a la sociedad

17.1.1.3 Permanencia del encargo

17.1.1.4 Temporalidad del encargo

17.1.1.5 Revocabilidad del nombramiento

17.1.1.6 Independencia del cargo

17.1.1.7 Órgano individual

**17.2 REQUISITOS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE COMISARIO**

17.2.1 Capacidad para ejercer el comercio

17.2.2 Persona física

17.2.3 No ser empleado de la sociedad, ni de su controladora o subsidiarias

17.2.4 No tener relación de parentesco con los administradores

17.2.5 Prestar la garantía

**17.3 NOMBRAMIENTO DE LOS COMISARIOS**

17.3.1 Sistema de cooptación

17.3.1.1 Nombramiento inicial

17.3.1.2 Nombramiento de suplentes

17.3.1.3 Nombramiento por la asamblea

17.3.1.4 Nombramiento por las minorías

17.3.2 Excepción al sistema de cooptación. Nombramiento por el juez

**17.4 CONCLUSIÓN DEL ENCARGO DEL COMISARIO**

17.4.1 Revocación del nombramiento

17.4.2 Muerte

17.4.3 Renuncia

17.4.4 Cesación de las funciones por causa de responsabilidad

17.4.5 Conclusión del encargo por transcurso del plazo

17.4.6 Conclusión del encargo por incompatibilidad para desempeñarlo

17.4.7 Fusión de la sociedad

17.4.8 Otras causas de conclusión del encargo
**17.5 ATRIBUCIONES DE LOS COMISARIOS**
**17.6 PROHIBICIONES A LOS COMISARIOS**
**17.7 RESPONSABILIDADES DE LOS COMISARIOS**
17.7.1 Individual
17.7.2 Solidaria
17.7.3 Interna
17.7.4 Externa
**17.8 ACCIONES DE RESPONSABILIDAD. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD**
17.8.1 De la sociedad
17.8.2 Directa de los socios
17.8.3 Exclusión de responsabilidad

## 17.1 CONCEPTO

La escasa participación de los socios en la administración de los negocios sociales o, ¿por qué no decirlo?, su ignorancia en el complejo arte del comercio y en la no menos complicada interpretación de los estados financieros, ha motivado que nuestro legislador reconozca la necesidad de crear un órgano encargado de vigilar la gestión de los negocios sociales encomendada a los administradores, al cual aplicó el nombre de comisario.[1]

Pues bien, conforme a lo previsto en el art 164 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*

> *La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.*

El concepto de comisario enunciado en el precepto legal citado no comprende todas las notas características de este órgano, como su permanencia, su independencia de los órganos de administración y la de su actuación individual, no colegiada. Por tal circunstancia, para lograr una mejor comprensión del concepto comisario, el cual reúna las diversas notas que la *Ley* le atribuye a este órgano, nos atrevemos a proponer la siguiente definición

> Los comisarios son los órganos integrados por socios o personas extrañas a la sociedad, necesarios, permanentes, temporales y revocables, encargados de vigilar la gestión de los negocios sociales, con independencia de los administradores, en interés de los socios y de la sociedad, frente a los cuales responden individualmente.

[1] La palabra *comisario* tiene un cierto aroma político, por lo que algunos legisladores prefieren usar los términos *comité de vigilancia, comisión de vigilancia o, censores de cuentas. Cfr* RODRIGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t II, Porrúa, 1965, p 145; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, t I, Porrúa, 1981, p 515.

## 17.1.1. Notas características del órgano de vigilancia constituido por los comisarios

Con arreglo a la definición propuesta, a continuación analizaremos todas y cada una de las notas características que la *LGSM* confiere a los comisarios.

### 17.1.1.1 ÓRGANO DE VIGILANCIA NECESARIO

En algunos sistemas jurídicos se atribuye a los comisarios una doble función: la de vigilancia y la de control. La función de vigilancia, como veremos más adelante, es ejercida por los comisarios, de muy diversas maneras; la de control, generalmente, se ejerce mediante el veto de las resoluciones tomadas por los administradores o bien, por medio del ejercicio del derecho de voto privilegiado en las juntas del consejo de administración.

Nuestro legislador confía a los comisarios únicamente la función de vigilancia, puesto que, de forma indirecta, les impone la prohibición de *inmixtión* en la gestión de los negocios sociales y en ningún caso les concede el derecho de vetar los acuerdos del consejo.[2]

Contra de lo que comúnmente se cree, la función de vigilancia no se concreta solo al examen de los estados financieros y libros de la sociedad, sino que comprende la de vigilar *ilimitadamente* las operaciones sociales; esto es, la de exigir a los administradores información referente a los aspectos financieros, económicos, jurídicos, etc, de las operaciones aprobadas por éstos (art 166, frac IX).

La nota de órgano necesario resulta del carácter imperativo del art 164, *LGSM*, que, a diferencia de lo que ocurre con las otras sociedades mercantiles reguladas por la *Ley*, no deja a criterio de los socios su integración (arts 47, 57 y 84, *LGSM*).

### 17.1.1.2 SOCIOS O PERSONAS EXTRAÑAS A LA SOCIEDAD

La circunstancia de que los comisarios puedan ser personas extrañas a la sociedad no dimana de la naturaleza *intuitu pecuniae* de la anónima, sino de la necesidad de confiar a alguien, versado en el arte del comercio y de la interpretación y análisis de los estados financieros, el cuidado de las operaciones de la sociedad, en especial cuando los accionistas no son peritos en tales menesteres.

[2] En contra, MACEDO HERNÁNDEZ, J. Héctor, quien estima que en virtud de las reformas introducidas al art 166, *LGSM*, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, 23 ene 1981, se otorgó a los comisarios "facultades que los convierten en un órgano de auténtico control de la administración". *Ley General de Sociedades Mercantiles*, Cárdenas, 1985; DE PINA VARA, Rafael, también los considera órganos de control, *Derecho mercantil mexicano*, Porrúa, 1984, p 120.

### 17.1.1.3 PERMANENCIA DEL ENCARGO

El cargo de comisario se ejerce permanentemente porque, por disposición legal, pueden vigilar ilimitadamente y *en cualquier tiempo*, las operaciones de la sociedad (art 166, frac IX, *LGSM*).

El derecho que la *Ley* otorga a los comisarios de vigilar de forma permanente la gestión de los negocios sociales, es correlativo de la obligación que tienen los administradores de informarles respecto de ellas.

### 17.1.1.4 TEMPORALIDAD DEL ENCARGO

La *Ley* es omisa en cuanto a la duración del encargo de comisario. En consecuencia, es lícito estipular en el contrato social que el puesto se desempeñará por tiempo determinado o indeterminado y que, en su caso, los comisarios podrán ser reelectos.[3]

En el caso de que los comisarios hayan sido designados por tiempo determinado, estarán obligados a continuar en el desempeño de sus funciones mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus cargos (arts 154 y 171, *LGSM*).

### 17.1.1.5 REVOCABILIDAD DEL NOMBRAMIENTO

El nombramiento de los comisarios, como el de los administradores, es libremente revocable, con causa y sin causa. Los dos únicos casos de revocación con causa expresamente establecidos en la *Ley* son los que se refieren a la remoción de los comisarios, por omisión en denunciar a la asamblea[4] las irregularidades en que hubieren incurrido los que los precedieron (art 160) y por no presentar oportunamente a la asamblea anual el informe a que se refieren los arts 166, frac IV y 173, *LGSM*. La revocación sin causa del nombramiento de comisario puede motivar el ejercicio de la acción de daños y perjuicios en contra de la sociedad.

Entendemos que, como en el caso de los administradores, el nombramiento de comisarios por las minorías no es revocable si a la vez no se revoca la designación de comisarios que hubieren hecho las mayorías.[5]

### 17.1.1.6 INDEPENDENCIA DEL CARGO

Con frecuencia se cree que los comisarios forman parte del consejo de administración. Nada más erróneo. Los comisarios, precisamente por ser los órganos

[3] *Véase supra* Sección 16.5, lo que hemos dejado asentado respecto a la temporalidad del cargo de administrador.

[4] Desde luego, es lógico concluir que, *mutatis mutandi*, la denuncia debe hacerse ante la asamblea.

[5] *Véase supra* Sección 16.2.4, lo que también hemos señalado en lo referente a la revocabilidad del cargo de los administradores designados por las minorías.

de vigilancia de la sociedad, tienen el poder-atribución de velar por los intereses de la sociedad y de los socios, *frente a los órganos de administración.*

La independencia de los comisarios frente a los administradores se manifiesta en los requisitos que deben reunir para poder desempeñar el cargo, como veremos más adelante.

#### 17.1.1.7 ÓRGANO INDIVIDUAL

Aun cuando los comisarios sean dos o más, el ejercicio del encargo es individual porque, en primer lugar, la *Ley declara expresamente que son individualmente* responsables ante la sociedad (art 169) y, porque, en segundo término, no establece que deban actuar como un consejo o comité de vigilancia; esto es, que deban desempeñar sus funciones como un órgano colegiado en el cual las resoluciones se toman por mayoría de votos.[6]

## 17.2 REQUISITOS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE COMISARIO

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* establece los siguientes requisitos para desempeñar el cargo de comisario

*i)* No estar inhabilitado para ejercer el comercio
*ii)* Ser persona física
*iii)* No ser empleado de la sociedad, ni de la *controladora o subsidiarias* de la sociedad
*iv)* No tener una relación de parentesco con los administradores, y
*v)* Prestar garantía para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de su encargo.

A continuación nos referiremos a cada uno de estos requisitos.

### 17.2.1 Capacidad para ejercer el comercio

Lo que hemos dicho respecto a la capacidad de los administradores para ejercer el comercio es aplicable a los comisarios, por lo que no abundaremos en el tema. Empero, es conveniente atraer la atención sobre la circunstancia de que ni la *Ley de Inversión Extranjera* ni ningún otro ordenamiento legal, estable-

[6] *Cfr* RODRÍGUEZ, Joaquín, *op cit*, t II, p 151; MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 428; MUÑOZ, Luis, *op cit*, p 86, etc. En contra, CERVANTES AHUMADA, Raúl, quien considera que si los comisarios son dos o más, constituyen el consejo de vigilancia. *Derecho mercantil*, Herrero, 1984, p 105. Por su parte, FRISCH opina que los comisarios actúan como órgano colegiado, en el caso de nombramiento de los administradores provisionales, *op cit*, p 242.

cen, respecto de los comisarios, la limitante de nacionalidad que se exige para los administradores.

### 17.2.2 Persona física

En virtud de que la *Ley* no impone a los comisarios la obligacón de desempeñar personalmente el cargo, la generalidad de la doctrina mexicana, estima que puede confiarse la vigilancia de las operaciones de la sociedad a personas morales;[7] opinión que inclusive fue acogida en el pasado por la legislación bancaria, la cual facultaba a las instituciones fiduciarias para actuar como comisarias.[8]

Sin embargo, no todos los autores admiten tal punto de vista, basándose en que el nombramiento de comisario "descansa en cierta confianza y responsabilidad en un individuo determinado, criterio que no es compatible con la designación de las personas morales", según apunta **Frisch Philipp**.[9]

Compartimos esta última opinión por las razones expuestas, pero, además, por las siguientes:

***Primera*** Porque la Ley atribuye responsabilidad *individual* a los comisarios; y

***Segunda*** Porque a raíz de las reformas al art 165, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, el 23 de enero de 1981, es incuestionable que los comisarios no pueden delegar el cargo, toda vez que solo pueden

> *auxiliarse y apoyarse en el trabajo de personal que actúe bajo su dirección y dependencia o en los servicios de técnicos o profesionistas independientes cuya contratación y designación dependa de los propios comisarios.*

La facultad potestativa que confiere la *Ley* a los comisarios de apoyarse y auxiliarse en el trabajo de sus empleados o en los servicios de técnicos y profesionales obliga a la sociedad a pagar los gastos en que incurran los comisarios por concepto de sueldos u honorarios pagados a dichas personas, cuando los emolumentos que se les asignen por la asamblea sean insuficientes para sufragarlos.

[7] *Cfr* entre otros, RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 150; MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, Porrúa, 1961, p 426; DE PINA VARA, *op cit*, p 120; MUÑOZ, Luis, *Derecho mercantil*, p 86, Herrero, 1953, etcétera.

[8] *Cfr* art 44, inciso *c)* de la derogada *Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares*. La actual *Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca de Crédito* no acoge este criterio, puesto que en su art 30 no faculta a las fiduciarias a desempeñar el cargo de comisarias o de miembros del comité de vigilancia de sociedades.

[9] FRISCH PHILIPP, Walter, La *sociedad anónima mexicana*, Porrúa, 1979. p 241.

### 17.2.3 No ser empleado de la sociedad, ni de su controladora o subsidiarias

En su redacción original, la frac II del art 165, *LGSM*, sólo establecía como impedimento para desempeñar el cargo de comisario el de ser empleado de la sociedad. La razón de esta prohibición es clara: los empleados de la sociedad no tienen la independencia necesaria para ocupar el puesto.

A raíz de las reformas a la *LGSM* antes aludidas, en la frac II del art 165, se incluyeron como impedimentos para desempeñar el encargo de comisarios

*a)* Ser "*empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un veinticinco por ciento del capital social*", y

*b)* Ser "*empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento*"; lo cual, expresado en otros términos, significa que los empleados de las sociedades *controladoras* no pueden ser comisarios de las *subsidiarias* y que los empleados de las *subsidiarias* no pueden ser comisarios de las *controladoras*.

Los motivos que tuvo el autor de las reformas para incluir en la *Ley* estos casos de incompatibilidad no son del todo claros o convincentes. En efecto, en la práctica lo natural y lógico es que las *controladoras* estén interesadas en vigilar las operaciones sociales de las *controladas* por conducto de su personal de confianza y, por otra parte, ¿por qué no se incluyó en la prohibición a los empleados de las *personas físicas* que controlen en más de veinticinco por ciento el capital de la sociedad? Por lo que atañe al impedimento establecido para los empleados de las *subsidiarias*, ¿por que no se mantuvo el mismo porcentaje de control del capital social?, es decir, ¿por qué sí puede ser comisario de la *controladora* el empleado de una *subsidiaria* controlada en cuarenta y nueve por ciento? Desde luego, estas preguntas son difíciles de contestar, a menos que se llegue a concluir que las reformas al art 165 obedecieron a un absurdo afán de legislar por el simple gusto de hacerlo.[10]

### 17.2.4 No tener una relación de parentesco con los administradores

La frac III del art 165 enuncia que no podrán ser comisarios

> *Los parientes consanguíneos de los administradores en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.*

[10] De hecho, la explicación de que las adiciones a la frac II del art 165 aluden a los empleados de las *controladoras* y de las *subsidiarias* fue ofrecida por los diputados autores de ellas a los abogados de empresa de Monterrey en una reunión celebrada en abril o mayo de 1981. En esa misma reunión, nuestros *padres conscriptos* no pudieron explicar satisfactoriamente los *motivos* que los impulsaron para incluir tales impedimentos en la *Ley*.

#### 17.3.1.4 NOMBRAMIENTO POR LAS MINORÍAS

El art 171, *LGSM* enuncia que son aplicables a los comisarios las disposiciones contenidas en el art 144 de la propia Ley, el cual se refiere al derecho que estatutaria o legalmente se debe conceder a las minorías para designar administradores, en el caso de que éstos sean tres o más.

En lo que se refiere a este derecho de las minorías, la generalidad de la doctrina mexicana considera que es ilusorio, porque en la práctica es raro el caso de que se prevea en el contrato social la designación de tres o más comisarios.[12]

A nuestro juicio, el art 171, *LGSM*, debe interpretarse en el sentido de que son aplicables a los comisarios, *en lo conducente*, las disposiciones del art 144 y que, en consecuencia, las minorías tienen derecho a designar comisarios aun cuando su número previsto en el contrato social sea menor de tres.

En otras palabras, teniendo en cuenta que la *Ley* debe interpretarse en el sentido más adecuado para que produzca efectos,[13] nos parece que este último precepto debe aplicarse a los comisarios *mutatis mutandi*, o sea, teniendo en consideración su carácter de órgano individual y no de órgano colegiado. Por tanto, estimamos que cada una de las minorías que represente veinticinco o diez por ciento del capital social, según sea el caso, tiene derecho a designar un comisario.[14 y 15]

### 17.3.2 Excepción al sistema de coopatación. Nombramiento por el juez

Con arreglo a lo previsto por el art 168, *LGSM*, cuando por cualquier causa faltare la *totalidad* de los comisarios deberá observarse lo siguiente

*a)* El consejo de administración deberá convocar, en el término de tres días, a asamblea general de accionistas para que ésta haga la designación correspondiente

*b)* Si el consejo no hiciere la convocatoria dentro del plazo señalado, cualquier accionista podrá ocurrir a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad para que ésta haga la convocatoria, y

[12] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 152; MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 426; MUÑOZ, *op cit*, p 86; DE PINA VARA, *op cit*, p 122, etcétera.

[13] Es un principio general de derecho, recogido por el art 1853, *CCDF*, en lo que se refiere a la interpretación de los contratos, que una disposición legal o contractual que admita diversos sentidos, debe entenderse en el más adecuado para que produzca efectos. Por consiguiente, la interpretación que proponemos es obligada conforme a lo dispuesto por los arts 14 constitucional, *in fine*, y 19, *CCDF*.

[14] *Véase supra* capítulo 16, en lo que respecta a los derechos de las minorías para nombrar administradores.

[15] Para evitar una interpretación distorsionada del derecho que la *LGSM* concede a las minorías para designar comisarios, la Comisión Nacional de Valores últimamente ha estado exigiendo a las sociedades cuyas acciones cotizan en bolsa que consignen tal derecho en su escritura constitutiva.

## 17.3.1 Sistema de cooptación

### 17.3. NOMBRAMIENTO INICIAL

La exigencia de designar uno o varios comisarios en la escritura constitutiva no se encuentra establecida en el art 6o, *LGSM*, sino en el 91, frac V del mismo ordenamiento, habida cuenta de que el órgano de vigilancia no es necesario para todas las sociedades mercantiles.

Por ser libremente revocable el nombramiento de comisario, no es lícito estipular su inamovilidad, aunque sí nos parece que la designación puede hacerse por tiempo determinado y que, como antes hemos dejado dicho, la revocación injustificada o inoportuna puede motivar que la sociedad incurra en la obligación de reparar los daños y perjuicios causados con motivo de la remoción injusta del cargo.

#### 17.3.1.2 NOMBRAMIENTO DE SUPLENTES

En consideración a que la *LGSM* no estatuye un sistema de designación provisional extraordinaria de los comisarios, igual al estipulado en el art 155, para el nombramiento provisional de los administradores, en la práctica es muy común que se establezca en la escritura constitutiva la provisión de que por cada comisario *propietario* deberá designarse un suplente. El sistema de suplencia de los comisarios, por lo general, difiere del establecido estatutariamente para los administradores, puesto que la forma de ejercer sus funciones también es diferente. Por consiguiente, se acostumbra estipular que los comisarios suplentes solo entrarán en funciones en los casos de revocación del nombramiento, o de muerte o impedimento definitivo de los propietarios para desempeñar su encargo.

#### 17.3.1.3 NOMBRAMIENTO POR LA ASAMBLEA

El nombramiento de comisarios por la asamblea ordinaria anual de accionistas está expresamente previsto en el art 181, frac II, de la *Ley;* pero esto no significa que la designación deba hacerse necesariamente cada año, pues, como ya explicamos al ocuparnos del nombramiento de los administradores, el uso de la expresión *en su caso* contenida en dicho dispositivo autoriza a concluir que la designación debe hacerse por la asamblea ordinaria cuando sea necesario.

Por otra parte, la facultad de la asamblea ordinaria para nombrar a los comisarios se deduce, de forma indirecta, de lo dispuesto por el art 152, *LGSM*, el cual establece la obligación de éstos de prestar la garantía que asegure las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus cargos y, de forma directa, de lo previsto en el art 180, en el cual se establece que son asambleas ordinarias las que se reúnan para tratar cualquier asunto que no sea de los enumerados en el art 182, *LGSM.*

#### 17.3.1.4 NOMBRAMIENTO POR LAS MINORÍAS

El art 171, *LGSM* enuncia que son aplicables a los comisarios las disposiciones contenidas en el art 144 de la propia Ley, el cual se refiere al derecho que estatutaria o legalmente se debe conceder a las minorías para designar administradores, en el caso de que éstos sean tres o más.

En lo que se refiere a este derecho de las minorías, la generalidad de la doctrina mexicana considera que es ilusorio, porque en la práctica es raro el caso de que se prevea en el contrato social la designación de tres o más comisarios.[12]

A nuestro juicio, el art 171, *LGSM*, debe interpretarse en el sentido de que son aplicables a los comisarios, *en lo conducente*, las disposiciones del art 144 y que, en consecuencia, las minorías tienen derecho a designar comisarios aun cuando su número previsto en el contrato social sea menor de tres.

En otras palabras, teniendo en cuenta que la *Ley* debe interpretarse en el sentido más adecuado para que produzca efectos,[13] nos parece que este último precepto debe aplicarse a los comisarios *mutatis mutandi*, o sea, teniendo en consideración su carácter de órgano individual y no de órgano colegiado. Por tanto, estimamos que cada una de las minorías que represente veinticinco o diez por ciento del capital social, según sea el caso, tiene derecho a designar un comisario.[14 y 15]

### 17.3.2 Excepción al sistema de coopatación. Nombramiento por el juez

Con arreglo a lo previsto por el art 168, *LGSM*, cuando por cualquier causa faltare la *totalidad* de los comisarios deberá observarse lo siguiente

*a)* El consejo de administración deberá convocar, en el término de tres días, a asamblea general de accionistas para que ésta haga la designación correspondiente

*b)* Si el consejo no hiciere la convocatoria dentro del plazo señalado, cualquier accionista podrá ocurrir a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad para que ésta haga la convocatoria, y

[12] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 152; MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 426; MUÑOZ, *op cit*, p 86; DE PINA VARA, *op cit*, p 122, etcétera.

[13] Es un principio general de derecho, recogido por el art 1853, *CCDF*, en lo que se refiere a la interpretación de los contratos, que una disposición legal o contractual que admita diversos sentidos, debe entenderse en el más adecuado para que produzca efectos. Por consiguiente, la interpretación que proponemos es obligada conforme a lo dispuesto por los arts 14 constitucional, *in fine*, y 19, *CCDF*.

[14] *Véase supra* capítulo 16, en lo que respecta a los derechos de las minorías para nombrar administradores.

[15] Para evitar una interpretación distorsionada del derecho que la *LGSM* concede a las minorías para designar comisarios, la Comisión Nacional de Valores últimamente ha estado exigiendo a las sociedades cuyas acciones cotizan en bolsa que consignen tal derecho en su escritura constitutiva.

*c)* En el caso de que no se reuniere la asamblea o de que reunida no se hiciere la designación, la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de cualquier accionista, nombrará a los comisarios, quienes funcionarán hasta que la asamblea general de accionistas haga el nombramiento definitivo.

## 17.4 CONCLUSIÓN DEL ENCARGO DE COMISARIO

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* no señala, de forma directa, causa alguna de conclusión del encargo de comisario. Sin embargo, mediante una simple operación lógica se infiere que son causas de terminación del mismo las siguientes

*i)* Revocación del nombramiento
*ii)* Muerte
*iii)* Renuncia
*iv)* Responsabilidad
*v)* Transcurso del plazo
*vi)* Incurrir en cualquiera de las causas de incompatibilidad previstas en el art 165, *LGSM*, y
*vii)* Fusión de la sociedad.

### 17.4.1 Revocación del nombramiento

La conclusión del encargo de comisario por revocación del nombramiento, con causa y sin causa, se encuentra prevista en el art 164, *LGSM* y a su respecto poco hay que agregar a lo antes dicho.

Los dos únicos casos de revocación con causa que prevé la *Ley* son los referidos a la remoción por responsabilidad o, por falta de presentación oportuna del informe que deben rendir a la asamblea anual ordinaria de accionistas (arts 162, 166, frac IV, y 176, *LGSM*).

Las mayorías no podrán revocar los nombramientos de comisarios hechos por las minorías por las mismas razones que adujimos acerca de este particular al ocuparnos de la revocación de los cargos de administradores.

### 17.4.2 Muerte

La muerte del comisario provoca la conclusión del encargo *ope legis*, pues, como es bien sabido, la muerte, por lógica, conlleva la disolución de todos los lazos jurídicos que vinculan a una persona con otras.

### 17.4.3 Renuncia

El cargo de comisario es renunciable por no ser constitucionalmente obligatorio el desempeño del mismo (art 5o, párr tercero). Para determinar en qué momento debe surtir efectos la renuncia, debe estarse a los siguientes supuestos

*a)* Si hubiere sido designado un comisario suplente, la renuncia surtirá efectos desde la fecha en que el propietario la comunique al administrador o al consejo de administración, y

*b)* Si no hubiere sido designado comisario suplente, la renuncia surtirá efectos a partir de la fecha en que la asamblea de accionistas la acepte.

En el supuesto de que, como consecuencia de la renuncia, el comisario abandone el cargo en tiempo inoportuno, deberá indemnizar a la sociedad de los daños y perjuicios que le cause, toda vez que está obligado a continuar desempeñándolo mientras no se haga nuevo nombramiento y el nombrado no tome posesión de su cargo (arts 154 y 171, *LGSM*).

### 17.4.4 Cesación de las funciones por causa de responsabilidad

Con arreglo a lo dispuesto por el art 162, párr segundo, aplicable a los comisarios, por remisión expresa del art 171, los comisarios cesarán en el desempeño de su encargo inmediatamente que la asamblea general de accionistas pronuncie resolución en el sentido de que se les exija la responsabilidad en que hubieren incurrido.

En el caso de que la acción de responsabilidad sea ejercitada directamente por los accionistas que representen por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social (art 163, en relación con el 171), los comisarios cesarán en sus funciones después de que el juez pronuncie sentencia declarando fundada su responsabilidad.

### 17.4.5 Conclusión del encargo por transcurso del plazo

Si los comisarios hubieren sido designados para desempeñar sus funciones durante un plazo determinado, la llegada del término produce el efecto de poner fin al encargo. No obstante, como antes se hizo notar, los comisarios estarán obligados a continuar en el desempeño de sus funciones, mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus puestos.

### 17.4.6 Conclusión del encargo por incompatibilidad para desempeñarlo

La inhabilitación para ejercer el comercio y las incompatibilidades previstas en el art 165, derivadas de la falta de independencia de los comisarios también son causa de conclusión del encargo.

En estos supuestos nos parece que el encargo concluye *eo ipso*, desde el momento en que se actualizan.

### 17.4.7 Fusión de la sociedad

La fusión de la sociedad produce *ope legis* la cesación de las funciones de los comisarios de las sociedades fusionadas, habida cuenta que éstas dejan de existir desde el momento en que surte efectos la fusión.

### 17.4.8 Otras causas de conclusión del encargo

Como en el caso de los administradores, en el contrato social se pueden prever otras causas de conclusión del encargo de los comisarios, como la de no asistir reiteradamente a las juntas del consejo de administración a que fueren convocados o la de no convocar a asamblea, cuando así les sea solicitado por ciertas mayorías legales o estatutarias de accionistas.

Por último, hacemos nuestra la opinión de **Rodríguez**[16] en el sentido de que ni la disolución de la sociedad ni la quiebra ponen fin a la función de los comisarios.

## 17.5 ATRIBUCIONES DE LOS COMISARIOS

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* confiere a los comisarios una variada gama de atribuciones que brindan el debido soporte jurídico a sus funciones de vigilancia. Tales atribuciones tienen tanto el carácter de facultades como el de obligaciones, razón por lo que la doctrina también las llama poderes-deberes, como en el caso de los administradores.

El art 166 atribuye a los comisarios las siguientes facultades y obligaciones:

*a)* Cerciorarse de la constitución y subsistencia de las garantías que deben prestar los administradores y comisarios, dando cuenta sin demora de cualquier irregularidad a la asamblea general de accionistas

*b)* Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos, un estado de situación financiera (balance) y un estado de resultados (estado de pérdidas y ganancias)

*c)* Realizar un examen de las operaciones, la documentación, los registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones que la *Ley* les impone y para poder rendir a la asamblea anual fundadamente su dictamen

[16] *Op cit*, t II, p 154.

ch) Rendir anualmente a la asamblea general ordinaria de accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el consejo de administración a la propia asamblea de accionistas; en el concepto de que tal dictamen deberá incluir, por lo menos

*i)* La opinión del comisario respecto a si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes, teniendo en consideración las circunstancias particulares de la sociedad

*ii)* La opinión del comisario acerca de si esas políticas y criterios han sido aplicados congruentemente en la información presentada por los administradores, y

*iii)* La opinión del comisario en cuanto a si, como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja de forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad

*d)* Hacer que se inserten en la orden del día de las sesiones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas, los puntos que crean pertinentes

*e)* Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los administradores, o en cualquier otro en que lo juzguen conveniente

*f)* Asistir con voz, pero sin voto, a las asambleas de accionistas

*g)* En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad.

A todas estas facultades y obligaciones debemos agregar las siguientes

*h)* La de continuar en el desempeño de sus funciones mientras no se hagan nuevos nombramientos de comisarios, y los nombrados no tomen posesión de sus cargos (art 154, en relación con el 171)

*i)* La de denunciar a la asamblea las irregularidades en que hubieren incurrido quienes los precedieron en el desempeño de sus funciones (art 160, también en relación con el 171)

*j)* La de autorizar con su firma las actas de las asambleas a las que concurran (art 194, *LGSM*), y

*k)* El derecho a percibir emolumentos, lo que se deduce de lo dispuesto por los arts 5o, párr tercero, de la *Constitución General*, y 181, fracc III de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*.

Los comisarios deben ejercitar las facultades y cumplir las obligaciones que les atribuye la *Ley* por iniciativa propia, pero sin perjuicio de hacerlo también como consecuencia de las denuncias que les hagan los accionista, respecto de los hechos irregulares de los administradores, en cuyo caso deberán mencionar

tales denuncias en sus informes a la asamblea general de socios, y formular acerca de ellas las consideraciones y propuestas que estimen pertinentes (art 167).

## 17.6 PROHIBICIONES A LOS COMISARIOS

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* establece, directa o indirectamente, las siguientes prohibiciones a los comisarios

*a)* De ***votar*** *en las deliberaciones de las asambleas anuales relativas a la aprobación del dictamen que deben rendir ante ellas o que versen sobre su responsabilidad* (art 197) Desde luego, esta prohibición parte del supuesto de que él o los comisarios son accionistas de la sociedad, pues si no lo fueran no tendrían derecho a participar en dichas deliberaciones

*b)* De ***resolver*** *en la gestión de los negocios sociales* En este supuesto se trata de una prohibición de inmixtión en la administración de la sociedad, que se deduce de lo dispuesto por el art 166, frac VII, conforme a la cual los comisarios tienen el derecho de asistir con voz, *pero sin voto*, a todas las juntas del consejo de administración

*c)* De ***intervenir*** *en cualquier operación en la que tuvieran un interés opuesto al de la sociedad* (art 170) En cuanto a esta prohibición cabe comentar que, en cierto sentido es complementaria de la anterior, pues su objeto es evitar que los comisarios participen en las *deliberaciones* del consejo de administración que versen sobre operaciones en las cuales tengan un interés opuesto al de la sociedad, habida cuenta de que en las sesiones del mismo participan *con voz*, pero sin voto, como quedó expresado

*d)* De ***delegar*** el desempeño de sus funciones; según se deduce del art 169, *LGSM*, que atribuye a los comisarios responsabilidad individual.

Para concluir, nos parece pertinente enfocar la atención en el oscuro enunciado de la frac VIII del art 166, la cual enumera entre las facultades y obligaciones de los comisarios la de "*asistir con voz, pero sin voto, a las asambleas de accionistas*". ¿Qué significa esto? ¿se *prohíbe* a los comisarios-accionistas votar en *todas* las asambleas? o ¿se concede a los comisarios *no* accionistas el *derecho* de asistir a las asambleas? A nuestro entender, esta última interpretación es la correcta, pues de no ser así ningún accionista tendría interés en desempeñar el cargo de comisario.

## 17.7 RESPONSABILIDADES DE LOS COMISARIOS

Los comisarios, lo mismo que los administradores, son responsables de la comisión de actos dolosos, ilícitos y culposos. Por lo general, la responsabilidad de los comisarios es individual e interna y, por excepción, solidaria y externa.

[17] *Véase infra* sección 16.9

### 17.7.1 Responsabilidad individual

Conforme a lo dispuesto por el art 169, *LGSM*, los comisarios "*serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la Ley y los estatutos les imponen*". Esto significa, como apunta **Rodríguez**,[18]

> que cada uno sólo responde por los actos y omisiones propios, y [que] la coincidencia en la acción u omisión perjudiciales no establece entre ellos vínculo alguno,

esto es, que no contraen responsabilidad mancomunada o solidaria.

### 17.7.2 Responsabilidad solidaria

Por excepción, la *Ley General de Sociedades Mercantiles* atribuye responsabilidad solidaria a los comisarios, al declarar expresamente, en el art 171, que les es aplicable lo dispuesto en el numeral 160 de dicho ordenamiento. En consecuencia, los comisarios serán solidariamente responsables con los que les hayan precedido, por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido, si conociéndolas, no las denunciaren.

Ahora bien, una adecuada interpretación de estas disposiciones nos lleva a concluir

***Primera*** Que la solidaridad no se establece entre los comisarios en funciones, sino entre cada uno de ellos y *los que les hayan precedido* en el desempeño del encargo,[19] y

***Segunda*** Que, *mutatis mutandi*, la denuncia debe hacerse por escrito a la asamblea de accionistas, porque muy bien puede suceder que sea uno solo el comisario en funciones.

### 17.7.3 Responsabilidad interna

En principio, los comisarios solo son responsables frente a la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la *Ley* y los estatutos les imponen (art 169, *LGSM*). Empero, en algunos casos concretos también deben responder del resarcimiento de los daños y perjuicios que les causen a los socios por sus actos u omisiones, como podría suceder, por ejemplo, cuando a solicitud de los accionistas no convocaran a asambleas, en defecto de los administradores (arts 184 y 185), o cuando no hicieren la designación provisional de éstos prevista en el art 155, *LGSM*.

[18] *Op cit*, p 160.
[19] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 160.

### 17.7.4 Responsabilidad externa

En virtud de que los comisarios actúan en el interior de la sociedad y de que no tienen facultades de representación, su responsabilidad frente a terceros constituye un caso verdaderamente excepcional y que sólo se encuentra en leyes administrativas de orden público como las fiscales.

Por lo que se refiere a la responsabilidad externa de los comisarios, **Frisch Philipp**[21] considera sostenible aplicar a los comisarios, con cierto grado de analogía, las responsabilidades que la *Ley* les imputa a los administradores, por el reparto indebido de los dividendos o de la reserva legal. Disentimos de esta opinión porque nuestro sistema jurídico no permite la integración analógica, según hemos explicado en otras partes de este trabajo.[22]

Abundando en el tema, **Rodríguez** considera que

> los no socios que se relacionen con la sociedad y que descansaron en los actos [¿datos?] proporcionados por los comisarios respecto de la situación y marcha de la empresa pueden exigir responsabilidad a éstos por los daños que experimentaron a consecuencia de la existencia de datos incumplidos o falsedades de cualquier otra manera.[23]

A nuestro entender, la hipótesis planteada por **Rodríguez** carece de base porque los comisarios no proporcionan a terceros información alguna, sino que rinden a la asamblea anual de accionistas un dictamen que expresa su opinión respecto a la sinceridad, congruencia y suficiencia de las políticas y criterios contables y de información presentados por los administradores a la misma.

## 17.8 ACCIONES DE RESPONSABILIDAD. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

El art 171, *LGSM* declara aplicables a los comisarios las disposiciones de los numerales 161, 162 y 163, que se refieren a las responsabilidades de los administradores y a las acciones que se les confieren a la sociedad y a los accionistas para reclamarlas. Enseguida, nos ocuparemos de estas cuestiones.

### 17.8.1 Acción de la sociedad

Con arreglo a lo dispuesto por el art 161, la responsabilidad de los comisarios solo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la cual designará a la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente.

[21] *Op cit*, p 244.

[22] Es bien sabido que la analogía no constituye un sistema de interpretación, sino de integración de la *Ley*, puesto que su función es la de colmar las lagunas de ésta y que, por otra parte, el art 14 constitucional sólo autoriza la aplicación de los principios generales de derecho como medio de integración de la *Ley*.

[23] *Op cit*, t II, p 161.

Toda vez que el art 182 no reserva a la asamblea extraordinaria la facultad de exigir la responsabilidad de los comisarios, se infiere que ésta corresponde a la asamblea ordinaria de accionistas.

### 17.8.2 Acción directa de los socios

En el evento de que la asamblea ordinaria tomara la resolución de no ejercitar la acción de responsabilidad en contra de los comisarios, los accionistas que representen treinta y tres por ciento del capital social tendrán el derecho de ejercitar directamente dicha acción, siempre y cuando se satisfagan los siguientes requisitos

*a)* Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes, y

*b)* Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas en cuanto a no haber lugar a proceder contra los comisarios demandados.

En todo caso, los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibidos por la sociedad (art 163, *LGSM*).

### 17.8.3 Exclusión de responsabilidad

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* considera que los comisarios estarán excluidos de responsabilidad, cuando denuncien a la asamblea las irregularidades en que hubieren incurrido los que los precedieron en el desempeño del cargo (art 160, *LGSM*).

Asimismo, dada la naturaleza individual de la responsabilidad de los comisarios, es lógico concluir que tampoco serán responsables de los actos u omisiones en que incurran los otros comisarios.

CAPÍTULO
18

# SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

## SUMARIO


**18.1 CONCEPTO**
- 18.1.1 Elementos de la definición
  - 18.1.1.1 Sociedad mercantil
  - 18.1.1.2 Capital fundacional
  - 18.1.1.3 Razón o denominación social
  - 18.1.1.4 Responsabilidad desigual de los socios
  - 18.1.1.5 Capital social dividido en acciones

**18.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS. PROHIBICIONES**
- 18.2.1 Derechos y obligaciones
- 18.2.2 Prohibiciones

**18.3 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES**
- 18.3.1 Asamblea de accionistas
- 18.3.2 Administradores
- 18.3.3 Órganos de vigilancia

**18.4 CONSTITUCIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD**
- 18.4.1 Constitución
- 18.4.2 Disolución
- 18.4.3 Liquidación

**18.5 QUIEBRA DE LOS SOCIOS Y DE LA SOCIEDAD**
- 18.5.1 De los socios
- 18.5.2 De la sociedad

## INTRODUCCIÓN. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

La sociedad en comandita por acciones surgió en Francia en el siglo XVIII y tomó auge en el siglo XIX, pues su constitución no requería de concesión por parte del Estado, como en el caso de la anónima, y permitía la afluencia de capitales sin perder el control de la administración.[1]

El primer ordenamiento mexicano que acogió a la comandita por acciones fue el Código de Comercio de 1884, de donde pasó al código de 1889 que la reglamentó en sus arts 226 a 237 con un marcado matiz personalista. Actualmente, la comandita por acciones se rige por las disposiciones del Cap VI de la *Ley General de Sociedades Mercantiles.*

## 18.1 CONCEPTO

El concepto que nos ofrece la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, en su art 207, es incompleto, pues no comprende dos de sus elementos esenciales, a saber: "*que es una sociedad de capital fundacional y que puede existir bajo una razón o una denominación social*". Por tanto, consideramos conveniente complementar la definición legal de la siguiente manera

> La sociedad en comandita por acciones es una sociedad mercantil de capital fundacional que existe bajo una razón o una denominación social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones.

En virtud de que le son aplicables a la comandita por acciones tanto las reglas relativas a la sociedad anónima, como algunas de las reglas de las socie-

[1] *Cfr* RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t II, Porrúa, 1965, p 404; CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil*, Herrero, 1984, p 122; MUÑOZ, Luis, *Derecho mercantil*, Librería Herrero, 1953, p 389; GARRIGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, 1981, p 389, etcétera.

dades en nombre colectivo y en comandita simple, nos remitimos a lo que hemos expuesto acerca de algunos de los conceptos esenciales que a continuación analizaremos.

## 18.1.1 Elementos de la definición

La definición de sociedad en comandita por acciones antes propuesta contiene los siguientes elementos

*i)* Ser una sociedad mercantil
*ii)* Capital fundacional
*iii)* Razón o denominación social
*iv)* Responsabilidad desigual de los socios, y
*v)* Capital social dividido en acciones.

### 18.1.1.1 SOCIEDAD MERCANTIL

La comandita por acciones es una sociedad mercantil por declaración expresa de la *Ley* (art 1o, frac V), a la que son aplicables todos los conceptos generales que hemos expuesto respecto a la naturaleza contractual y a la personalidad jurídica de las demás sociedades mercantiles.

En cuanto a su naturaleza específica la generalidad de la doctrina, teniendo en consideración la desigual responsabilidad de los socios, concuerda en considerarla una sociedad mixta, en los mismos términos en que lo hace al ocuparse de la comandita simple.

La comandita por acciones *no es una modalidad de la comandita simple, ni tampoco de la anónima,* sino una especie nueva que incorpora elementos de una y de la otra.

Antes de las reformas a la *LGSM*, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el día 12 de junio de 1992, la generalidad de la doctrina opinaba que, por serie aplicables las reglas de la anónima, la comandita por acciones debía constituírse con un mínimo de cinco socios. Sin embargo, dado que actualmente la anónima puede constituírse solo por dos socios consideramos que cuando menos uno de ellos debe ser comanditado y el otro comanditario pues de lo contrario la sociedad funcionaría de hecho como anónima porque los comanditarios sólo responden del pago de sus aportaciones.

### 18.1.1.2 CAPITAL FUNDACIONAL

Según dejamos asentado, la constitución de la comandita por acciones está sujeta a las reglas relativas a la sociedad anónima (art 208). En consecuencia, debemos concluir que se trata de una sociedad de capital fundacional; es decir, de una sociedad cuyo capital social no debe ser menor a cincuenta mil pesos y debe estar íntegramente suscrito y cuyas acciones deben estar exhibidas en veinte por ciento, si son pagaderas en numerario, o en su totalidad, si son pagaderas con bienes distintos del numerario (art 89, fracs II, III y IV).

### 18.1.1.3 RAZÓN O DENOMINACIÓN SOCIAL

La comandita por acciones puede existir bajo una razón social que se formará con los nombres de uno o más *comanditados*, seguidos por las palabras *y compañía* u otras equivalentes, cuando en ellas no figuren los de todos (art 210).

En el supuesto de que un socio comanditario o una persona extraña a la sociedad hagan figurar o permitan que figure su nombre en la razón social contraerán responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales (arts 28, 53 y 211).

En los casos de ingreso o separación de los socios, la sociedad podrá continuar con la misma razón social; pero, si el nombre del socio separatista aparece en la razón social, deberá agregarse a ésta la palabra *sucesores* (arts 29 y 211).

Cuando la razón social de una compañía sea la que hubiere servido a otra, cuyos derechos y obligaciones han sido transferidos a la nueva, se agregará a la razón social la palabra *sucesores* (arts 30 y 211).

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* no establece expresamente que la comandita por acciones puede existir bajo una denominación social. Sin embargo, dado que le son aplicables las reglas de la anónima y que en el segundo párr del art 210 se establece que a la razón social o a la *denominación* se agregarán las palabras *sociedad en comandita por acciones* o su abreviatura *S. en C. por A.*, se infiere que puede existir bajo una denominación social. La omisión de agregar *a la razón social* las palabras *sociedad en comandita por acciones* o la abreviatura *S. en C. por A.* obliga, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente a los socios comanditarios por las deudas sociales (arts 53, *in fine*, y 211), por cuanto dicha omisión puede inducir a los terceros que contraten con la sociedad al error de creer que se trata de una sociedad en nombre colectivo.

En este mismo orden de ideas, la omisión de agregar tales palabras o abreviatura a la *denominación social* no da pie para presumir que los terceros pueden ser inducidos a error, porque, como dejamos dicho al ocuparnos de la denominación social de la limitada, si la sociedad utiliza una denominación, aquellos tendrían buen cuidado de averiguar si su contraparte es una comandita por acciones o bien, una limitada o una anónima.

### 18.1.1.4 RESPONSABILIDAD DESIGUAL DE LOS SOCIOS

Como se infiere de la propia definición legal, la responsabilidad de los socios es desigual, ya que los comanditados responden de las obligaciones sociales subsidiaria, ilimitada y solidariamente, en tanto que los comanditarios solo responden por el pago de sus aportaciones.

La característica de la responsabilidad desigual de los socios es la que motiva a la doctrina a considerar a las sociedades en comandita, simple y por acciones, con el carácter de sociedades mixtas, es decir, *intuitu personae* para los comanditados y como *intuitu pecuniae* para los comanditarios, toda vez que las acciones en que se divide el capital social representan, para los primeros,

la suma de su responsabilidad, en tanto que para los segundos representan la suma de sus aportaciones.

Por disposición expresa de la *Ley*, es válido limitar internamente la responsabilidad de los comanditados a una porción o cuota determinada, si bien tal pacto no surte efecto legal alguno frente a terceros (arts 26 y 211).

### 18.1.1.5 CAPITAL SOCIAL DIVIDIDO EN ACCIONES

El capital social de la comandita por acciones, como su nombre lo indica, se divide en esa clase de titulos-valor (art 209), cuyas características son idénticas a las de las acciones de la anónima, por lo que no habremos de insistir en este tema.

Por lo que se refiere a la transmisión de las acciones, nos parece pertinente analizar el contenido del art 209, *LGSM*, en su redacción original y en su redacción actual. Originalmente, el texto del art en cuestión era el siguiente

> El capital social estará dividido en acciones, pero *las pertenencias a los comanditados* siempre serán nominativas y no podrán cederse sin el consentimiento de la totalidad de los *comanditados* y el de las dos terceras partes de los comanditarios.

Ahora bien, a raíz de que se reformó la *Ley*,[2] para derogar las acciones al portador, se cambió totalmente el sentido del art 209, pues actualmente no hace distinción alguna entre las acciones pertenecientes a los comanditados y las pertenecientes a los comanditarios. En efecto, este dispositivo en la actualidad está redactado como sigue

> *El capital social estará dividido en acciones y no podrán cederse sin el consentimiento de la totalidad de los comanditados y el de las dos terceras partes de los comanditarios.*

Texto del que se infiere que las acciones de los comanditarios están sujetas a la misma *Ley de circulación* que las acciones de los comanditados.[3]

**Rodríguez** nos dice que la limitación al derecho de transmitir las acciones se explica si se tiene en cuenta que los socios comanditados pueden ver incrementada su responsabilidad de un modo desproporcionado

> al permitir la salida de un socio solvente y su sustitución por otro cuyas condiciones de solvencia y de trabajo pueden serles desconocidas,

y que,

[2] *Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre de 1982, que contiene el decreto por el cual se reformaron diversas disposiciones de la legislación mercantil.

[3] El voluntariado o involuntariado cambio de sentido del art 209, *LGSM*, ha venido a agravar la franca decadencia de la sociedad en comandita por acciones. Efectivamente, nos consta que tal cambio fue el motivo determinante para que no se constituyera una sociedad de esta especie a la que, presuntamente, iban a afluir fuertes capitales extranjeros interesados en los resultados de su inversión que en la administración de la sociedad.

> Igualmente explicable es la exigencia del consentimiento de los comanditarios, porque aunque su responsabilidad sea limitada, la gestión de la sociedad y el riesgo inherente, deben estar en manos de las personas en quienes se confió y no en las de extraños, respecto de las que puede faltar toda relación de confianza.[4]

Esta última opinión de **Rodríguez**, respecto al consentimiento de los comanditarios, es válida; pero contradice su aserción de que la administración puede recaer en personas extrañas a la sociedad. A nuestro juicio, el consentimiento de los comanditarios se requiere tanto porque tienen derecho a designar a los administradores, como porque la sustitución de el o los comanditados puede afectar al crédito de la sociedad.

La exigencia legal de que el consentimiento debe manifestarse por la totalidad de los comanditados y las dos terceras partes de los comanditarios puede interpretarse tanto en el sentido de que la votación debe ser *pro capite*, como en el sentido de que debe ser por mayoría de capitales.[5] Desde nuestro punto de vista, el cómputo de votos debe hacerse por capitales porque no le son aplicables a la comandita por acciones las disposiciones del art 46, *LGSM*.

Por último, también atentos al carácter mixto de la comandita por acciones y al texto del art 209, pudiera parecer que la *Ley* solo permite la transmisión de las acciones mediante cesión ordinaria, con el fin de sujetar al adquirente a todas las excepciones que la sociedad tuviera contra el enajenante. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en virtud de que las acciones son títulos-valor causales, no negociables,[6] cualquier otro medio de transmisión, inclusive el endoso, produce el mismo efecto.

## 18.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS. PROHIBICIONES

### 18.2.1 Derechos y obligaciones

Salvo algunas modalidades que a continuación expondremos, los socios de la comandita por acciones gozan de los mismos derechos y reportan iguales obligaciones que los accionistas de la anónima.

Como antes se indicó, el *estatus* de los comanditados difiere del de los comanditarios y del de los accionistas de la anónima en que aquellos responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales.

Por otra parte, en virtud de que la administración de la sociedad está reservada por la *Ley* a los comanditados, los comanditarios no tienen derecho

[4] *Op cit*, pp 402 y 403.

[5] RODRÍGUEZ opina que el consentimiento debe ser el de la mayoría de los capitales, *op cit*, t II, p 403, toda vez que, en su opinión, la comandita por acciones tiene más rasgos de sociedad capitalista que de sociedad de personas.

[6] El concepto legal *no negociable* nada tiene que ver con la *comerciabilidad* de los títulos-valor. *Véase infra*, sección 14.3.

a participar directamente en la *gestión* de los negocios sociales, ni aun con el carácter de apoderados de los administradores (arts 54 y 211). Sin embargo, nos parece que sí pueden actuar como representantes de la sociedad cuando el contrato social los autorice para hacerlo, si bien en este caso las autorizaciones no se reputarán como actos de administración (art 54, *in fine*, de aplicación supletoria por remisión expresa de la *Ley*).

### 18.2.2 Prohibiciones

Los *comanditarios* no pueden participar en la gestión de los negocios sociales porque la *Ley* les impone expresamente la prohibición de inmixtión (arts 54 y 211). La contravención a esta prohibición obliga solidariamente a los socios comanditarios para con los terceros, por todas las operaciones de la sociedad en que hayan tomado parte y aun por las operaciones en que no la hayan tomado, si habitualmente han administrado los negocios de la sociedad (art 55). La prohibición de inmixtión impuesta a los socios de la comandita por acciones es absoluta, dado que no le es aplicable a esta sociedad la excepción contemplada el art 56, *LGSM*, para los casos de muerte o incapacidad de él o los socios administradores. No obstante esto, la marcha de la sociedad no se verá afectada porque los comisarios pueden hacer la designación provisional prevista en el art 155, *LGSM*.

Por otro lado, la *Ley* impone a los *comanditados* la prohibición de concurrencia, pues no pueden dedicarse a negocios del mismo género que los de la sociedad por cuenta propia o ajena, ni pueden formar parte de sociedades que los realicen, salvo con el consentimiento de todos los demás socios. En caso de contravención a la prohibición de concurrencia, la sociedad podrá excluir al socio comanditado infractor, privándolo de los beneficios que le corresponden en ella y exigirle el pago de daños y perjuicios.[7]

Finalmente, debe advertirse que el contrato social también puede rescindirse respecto de los socios *comanditados*, por cualquiera de las causas previstas en el art 50, *LGSM*, de cuyo análisis ya nos hemos ocupado al tratar sobre la comandita simple.

## 18.3 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

Los órganos de la sociedad en comandita por acciones son exactamente los mismos que los de la sociedad anónima, a saber: la asamblea de accionistas, los administradores y los comisarios.

[7] *Véase supra*, Secciones 9.2.2, 10.3.2 y 10.3.2.2, en donde tratamos con más detalle estas prohibiciones, sus casos de excepción y las consecuencias que producen sus contravenciones.

### 18.3.1 Asamblea de accionistas

En opinión de **Rodríguez** y de otros autores, la asamblea general de la comandita por acciones no es el órgano supremo de la sociedad, como en la anónima,

> porque al no corresponder facultad alguna administrativa ni de representación a los socios comanditarios, la asamblea carece de las correspondientes atribuciones y, por lo tanto, no puede nombrar ni revocar a los administradores

y porque

> todas las decisiones que tengan directa o indirectamente carácter administrativo se escapan así a la esfera de su competencia.[8]

En nuestro modo de pensar, la circunstancia de que los comanditarios no tengan el derecho de gestionar *directamente* los negocios sociales no implica un obstáculo para que puedan participar *indirectamente* en la administración de la sociedad mediante la limitación de las facultades de los administradores permitida por los arts 10, *LGSM, in fine*, y 2713, *CCDF*. Además, por otra parte, de ninguna disposición de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* se infiere que sólo corresponde a los comanditados hacer los nombramientos de administradores o que la asamblea no tiene poderes de acordar o ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad.

Son aplicables a las asambleas de la comandita por acciones todas las normas relativas a competencia, convocatoria, quórumes de votación y de asistencia, u otras además que hemos analizado al ocuparnos de las asambleas generales y especiales de la anónima.

### 18.3.2 Administradores

La gestión de los negocios sociales se puede confiar a un administrador único o a varios administradores, en cuyo caso deberán actuar como órgano colegiado, es decir, constituidos como consejo de administración.

Si en la sociedad participa un solo socio comanditado, es obvio que a él le corresponderán las funciones de administración, a menos de que la asamblea considere conveniente designar administrador o administradores a personas extrañas a la sociedad.

Si el nombramiento de administrador recayera en persona extraña a la sociedad, los accionistas, comanditados o comanditarios, que hubieren votado en contra de la designación no tendrán derecho de separación, por no ser aplicable a la comandita por acciones lo dispuesto por el art 38, *LGSM*.

En caso de que el nombramiento de administrador recayera en un socio comanditado y en el contrato social se pactare su inamovilidad, solo podrá ser

[8] *Op cit*, t II, p 408.

removido judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad (art 39), o por cualquiera otra causa expresamente prevista en el contrato social.

Por lo demás, les son aplicables a los administradores de la comandita por acciones las mismas reglas de revocabilidad, temporalidad, nombramiento provisional, suplencia, reelección, etc, a que nos hemos referido al estudiar los órganos de administración de la anónima.

### 18.3.3 Órganos de vigilancia

Conforme a los arts 231 a 233 del *Código de Comercio* la vigilancia de las operaciones sociales correspondía a un consejo de vigilancia compuesto por lo menos por tres accionistas *comanditarios*. La *Ley General de Sociedades Mercantiles* no recogió estas disposiciones, lo que nos lleva a concluir

*a)* Que la vigilancia de las operaciones sociales deberá estar a cargo de uno o varios comisarios, individualmente responsables, designados por la asamblea, y

*b)* Que los comisarios pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

En nuestra opinión, el cargo de comisario puede recaer tanto en los socios comanditarios como en los comanditados, a condición de que estos últimos no desempeñen simultáneamente el cargo de administradores. Asimismo, es evidente que los socios comanditados deben abstenerse de toda deliberación y votación relativa al nombramiento de los comisarios, por tener un interés contrario al de los socios no administradores (art 2679, *CCDF*).

Le son aplicables a los comisarios de la comandita por acciones las mismas reglas y los mismos principios que rigen para los comisarios de la anónima.

## 18.4 CONSTITUCIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

### 18.4.1 Constitución

La constitución de la sociedad en comandita por acciones está sujeta a los mismos requisitos, formalidades y trámites administrativos que la anónima.

En consideración al carácter mixto de la sociedad, es evidente que, si la sociedad se constituye por suscripción pública, los socios comanditados necesariamente deben figurar como fundadores.[9]

### 18.4.2 Disolución

Las sociedades en comandita por acciones se disuelven por las mismas causas que las anónimas; pero, además, por causa de muerte, incapacidad, exclusión

[9] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op. cit*, t II, p 405.

o retiro de uno de los socios comanditados o porque el contrato social se rescinda respecto a uno de ellos (arts 230 y 231, *LGSM*). Sin embargo, la sociedad no se disolverá por causa de muerte de él o los socios comanditados si en el contrato social se pacta que la sociedad continúe con sus herederos (arts 32 y 211).

### 18.4.3 Liquidación

La liquidación de la comandita por acciones está sujeta a las reglas de liquidación de la anónima, especialmente en lo que corresponde a la distribución del haber social (art 247, *LGSM*).

## 18.5 QUIEBRA DE LOS SOCIOS Y DE LA SOCIEDAD

La quiebra de los socios o de la sociedad producen diversos efectos, según se trate de los comanditados o de los comanditarios.

### 18.5.1 De los socios

La quiebra de los socios comanditados motiva la rescisión del contrato social respecto del fallido (art 50, frac V), lo cual puede motivar la disolución y liquidación de la sociedad por causa de que el número de accionistas llegue a ser inferior a dos (art 229, frac IV).

Por tener *estatus* de socios capitalistas, la quiebra de los comanditarios no es causa de rescisión del contrato social respecto de ellos, porque no les son aplicables las disposiciones del art 50, *LGSM*.

### 18.5.2 De la sociedad

La quiebra de la sociedad determina que los accionistas comanditados sean considerados, para todos los efectos legales quebrados, habida cuenta de que son ilimitadamente responsables de las obligaciones sociales (art 4o, párr primero, *Ley de Quiebras y Suspensión de pagos*.)

Por lo que se refiere a los accionistas comanditarios, la quiebra de la sociedad no conlleva la quiebra de éstos, quienes en todo caso solo se verán afectados hasta por el importe de sus aportaciones.

Para concluir, cuanto hemos expuesto respecto a la decadencia de la comandita simple y en cuanto a su idoneidad para formar *joint ventures* es válido para la comandita por acciones.

CAPÍTULO
19

# SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE

## SUMARIO


**19.1 NOCIONES GENERALES**

19.1.1 Concepto

19.1.2 El régimen de capital variable

19.1.3 Capital social mínimo y máximo. Capital autorizado

19.1.3.1 Capital social mínimo

19.1.3.2 Capital social máximo

19.1.3.3 Capital autorizado

19.1.4 Formalidades y publicidad

19.1.4.1 Formalidades

19.1.4.2 Publicidad

19.1.4.3 Homologación judicial

**19.2 AUMENTOS DEL CAPITAL VARIABLE**

19.2.1 Modos o formas de aumento

19.2.1.1 Derechos y bienes aportables

19.2.1.1.1 Derechos de los socios

19.2.1.1.2 Derechos de crédito

19.2.1.1.3 Obligaciones convertibles en acciones

19.2.1.1.4 Bienes

19.2.1.1.5 Derechos reales

19.2.1.2 Bienes y derechos no susceptibles de aportación

19.2.2 Formalidades para aumentar el capital variable

19.2.2.1 Formalidades en las sociedades sin acciones

19.2.2.2 Formalidades en las sociedades por acciones

19.2.2.2.1 Creación, emisión y expedición de acciones de tesorería

19.2.2.2.2 Formas de emisión

19.2.2.2.3 Términos de emisión

19.2.2.2.4 Emisión de obligaciones convertibles en acciones

**19.3 DISMINUCIONES DEL CAPITAL VARIABLE**

19.3.1 Modo y formalidades

19.3.2 Otras formas o modos de reducción del capital variable adoptadas en la práctica

19.3.2.1 Valor del reembolso

19.3.2.2 Libre derecho de retiro. Momento de la separación

**19.4 RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS SEPARATISTAS**

**19.5 GARANTÍAS DE LOS ACREEDORES**

## INTRODUCCIÓN. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

Las sociedades de capital variable tuvieron su origen en la ley francesa de 1867, promulgada con el propósito de suprimir los numerosos requisitos que exigía la legislación civil, respecto a los aumentos del capital social y al ingreso y retiro de los socios de las cooperativas, aunque no se limitó a éstas, pues la modalidad también se hizo extensiva a las restantes sociedades mercantiles.

Los primeros antecedentes mexicanos de las sociedades de capital variable se encuentran en el Código de Comercio de 1884, que las consideraba no como una modalidad de la colectiva, la comandita y la anónima, sino una especie diferente. El Código de Comercio de 1889 únicamente reglamentó a las cooperativas como sociedades de capital variable, pues no admitía que las restantes sociedades mercantiles pudieran adoptar la modalidad. Más tarde, la Ley de Instituciones de Crédito de 1931, previó la posibilidad de que los bancos y financieras llegaran a funcionar como sociedades de capital autorizado, idea que no corresponde exactamente al régimen de capital variable, pero que inspiró al legislador para instituirlo en la actual *Ley General de Sociedades Mercantiles* en su Cap VIII.[1]

## 19.1 NOCIONES GENERALES

El régimen del capital variable de las sociedades se encuentra reglamentado en los arts 213 a 221 del Cap VIII de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, pero también se hace referencia a él en los arts 1o y 227 del propio ordenamiento.

A continuación nos ocuparemos de proponer y analizar algunos de los conceptos y principios generales que la *Ley* y la doctrina atribuyen al régimen excepcional del capital variable.

[1] *Cfr* RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t II, Porrúa, 1965, p 410; MANTILLA MOLINA, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1961, p 435, etcétera.

### 19.1.1 Concepto

De la lectura del art 213 de la *Ley* y de las características que la doctrina atribuye a las sociedades de capital variable inferimos que son aquellas en las que el capital social es susceptible de aumento, por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios, y de disminución por retiro parcial o total de las aportaciones, sin modificar la escritura constitutiva.[2]

### 19.1.2 El régimen de capital variable

La doctrina nacional[3] es unánime en considerar que las sociedades de capital variable mexicanas no son una especie diferente de las sociedades mercantiles reconocidas por el art 1o, *LGSM*, sino una modalidad que pueden adoptar todas ellas al momento de su constitución o después de constituidas (arts 1o, párr final y 227, *in fine*). Este mismo criterio fue acogido por el legislador, según puede leerse en la exposición de motivos, *LGSM*; y por ello resulta sorprendente que en el art 227 se enuncie que las sociedades constituidas en alguna de las formas que establecen las fracs I a V del art 1o pueden *transformarse* en sociedades de capital variable.

Respecto a esta cuestión, **Iturbide Galindo**[4] interpreta gramaticalmente la parte final del art 227 y sostiene que la adopción de la modalidad por sociedades ordinarias, o sea las constituidas bajo el régimen de capital fijo, constituye una transformación que amerita observar los requisitos que el Cap IX, *LGSM*, instituye para la fusión. Como única razón de su aserto, el mencionado autor alega que al concedérseles a los socios el libre derecho de retiro se establece un régimen de excepción; pero no nos explica por qué considera que se produce un cambio de forma. Discrepamos de la opinión de **Iturbide Galindo**, porque consideramos que los principales efectos que produce la transformación son los de modificar la responsabilidad de los socios y las reglas de organización y funcionamiento de la sociedad; consecuencias éstas que no se actualizan en el caso de la adopción del régimen de capital variable, según se desprende de lo prescrito por los arts 214 y 216, cuyos textos nos dan a entender con toda claridad que las sociedades que se constituyan dentro del régimen en cuestión, o que en lo futuro lo adopten, se rigen por las disposiciones que correspondan a la *especie* y *naturaleza* de sociedad de la que se trate y no por las de un tipo diferente de sociedad.

[2] MANTILLA las define como aquellas en que puede alterarse el monto del capital social sin modificar la escritura constitutiva, *op cit*, p 435.

[3] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 411; MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 423; BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *La empresa*, Porrúa, 1977, p 138; ITURBIDE GALINDO, Adrián, *El régimen del capital variable en las sociedades anónimas*, Porrúa, 1985, p 138, etcétera.

[4] *Op cit*, pp 94 y ss.

En este mismo orden de ideas, **Iturbide Galindo** afirma que, si al adoptar la modalidad de capital variable, no se observaran los requisitos de la fusión,

> podría esto servir de fácil expediente para defraudar a terceros, quienes no tendrían oportunidad de oponerse al cambio de régimen del capital que facilitaría de inmediato el retiro de los socios con la consiguiente reducción del capital, sin necesidad de observar los procedimientos de publicidad consagrados por el artículo noveno de la *Ley*.

Tampoco coincidimos con esta apreciación porque no es exacto que el retiro de las aportaciones sea inmediato y porque, como se verá más adelante, a nuestro juicio, las reducciones del capital variable deben publicarse en el periódico oficial del domicilio de la sociedad e inscribirse en el Registro Público de Comercio, para el efecto de que los acreedores ejerciten el derecho de oposición a que se refiere el art 9o, *LGSM*.

Abundando sobre lo expuesto, es preciso advertir que no siempre que se adopta el régimen de capital variable se reduce el capital exhibido. Por el contrario, la experiencia nos demuestra que, al adoptarse la modalidad en cuestión, por lo general se determina como capital mínimo el que tenía la sociedad en ese momento y que, en muchos casos, se aprovecha la oportunidad para aumentar el capital fijo mediante la capitalización de diversas partidas del patrimonio; todo lo cual no acarrea un demérito de los intereses de los acreedores.

En razón de lo expuesto, estimamos que debe rechazarse la interpretación gramatical del art 227, pues pugna con la interpretación sistemática de los arts 1o, 214 y 216 y aún con el propio criterio del legislador expresado en la Exposición de Motivos de la *Ley*.

Por último abundando en este tema, es conveniente hacer notar que un segmento importante de la doctrina, estima que, tratándose de sociedades por acciones, la modalidad del capital variable estatuida en el Cap VIII de la *LGSM* constituye un régimen de *excepción absoluta* a los principios de garantía y realidad del capital social, especialmente en lo que concierne a los subprincipios de determinación y estabilidad del mismo.[5] Respecto a este particular, debe advertirse que, conforme a lo dispuesto por el Cap VIII, *LGSM*

*a)* No deroga el subprincipio de unidad, pues considera al capital variable parte integrante del capital social
*b)* No deroga el subprincipio de determinación ya que no dispensa a las sociedades por acciones, de las exigencias de consignar en la escritura constitutiva la parte exhibida del capital social y la forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones suscritas
*c)* No deroga el subprincipio del capital mínimo, toda vez que exige que éste sea igual al capital fundacional, y

[5] *Supra* sección 13.2

*ch)* No deroga el subprincipio de exhibición mínimo consignado en las fracs III y IV del art 89.

En consecuencia, estimamos que el régimen de capital variable deroga de forma parcial el subprincipio de estabilidad del capital y, de forma absoluta, el subprincipio de suscripción íntegra, toda vez que, en el primer caso, admite que las disminuciones (pero no los aumentos) del capital variable no se acuerden por la asamblea extraordinaria (art 220) y, en el segundo, permite que existan acciones no suscritas (art 216, párr 2o).

## 19.1.3 Capital social mínimo y máximo. Capital autorizado

La institución de las sociedades de capital variable lleva implícita la idea de que éstas operan con un capital social mínimo y otro máximo.

### 19.1.3.1 CAPITAL SOCIAL MÍNIMO

Los conceptos *capital social fundacional y capital social mínimo* no son necesariamente coincidentes, pues este último puede ser mayor que el establecido en el art 89, frac II, *LGSM*; pero, en todo caso, el capital mínimo debe estar íntegramente suscrito y las acciones en que se divida exhibidas, cuando menos, en veinte por ciento, si son pagaderas en numerario e íntegramente si han de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario (art 89, frac III, *LGSM*).

El capital mínimo en ningún caso puede ser menor que el fundacional estatuido para la anónima, la limitada y la comandita por acciones en los arts 62 y 89, ni puede ser inferior a la quinta parte del capital inicial de la colectiva y la comandita simple (art 217, *LGSM*). Los aumentos y disminuciones del capital fijo están sujetos a todas las formalidades y requisitos de publicidad establecidos para modificar el capital social en las sociedades ordinarias.[6]

### 19.1.3.2 CAPITAL SOCIAL MÁXIMO

El capital máximo es el límite superior del capital cuyo monto tampoco puede modificarse sin cumplir con las formalidades establecidas por la *Ley*, para aumentar o disminuir el capital social de las sociedades ordinarias.

Nuestro legislador no utiliza la expresión *capital máximo*, sino la de *capital autorizado* (art 217, *LGSM*). Sin embargo, dado que en un mismo contexto se refiere tanto al capital mínimo como al autorizado, por un simple proceso lógico doctrinalmente se considera que los conceptos capital máximo y capital autorizado son sinónimos. Desde nuestro punto de vista, esta sinonimia es vá-

[6] *Supra* secciones 13.4 y 13.6.

lida, pues, como veremos un poco más adelante, la institución del capital autorizado está vinculada a ciertas sociedades de capital fijo y, por tanto, no tiene cabida en el Cap VIII, *LGSM,* que trata precisamente de las sociedades de capital variable.

En este mismo orden de ideas, **Barrera Graf** e **Iturbide Galindo**[7] admiten la idea muy difundida en la práctica mexicana de que el capital máximo puede ser ilimitado o indeterminado. Discrepamos de estas opiniones porque, por definición, la palabra *máximo* significa: *el límite superior o extremo a que puede llegar una cosa* o bien *el valor mayor de una cantidad variable.*[8] Por consiguiente, si los conceptos *capital autorizado* y *capital máximo* son sinónimos, hablar de un capital máximo ilimitado o indeterminado implica una contradicción en sus propios términos.

Quienes se adhieren al criterio de que el capital variable puede ser ilimitado, solían señalar como ventajas la de que permite realizar aumentos de capital sin necesidad de modificar la escritura constitutiva ni de gestionar el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la homologación judicial; *ventajas* que han desaparecido al quedar derogados ambos requisitos.[9] Ahora se alega como ventaja el que permite aumentar el capital social sin necesidad de inscribir el aumento en el Registro Público.

A nuestro juicio, la práctica de estipular en el contrato social un capital máximo ilimitado no solo implica una contradicción, sino que es de dudosa legalidad, especialmente si la institución se utiliza para aumentar el capital social por capitalización de reservas, lo cual, como veremos más adelante, no es legalmente posible porque los aumentos del capital variable solo pueden realizarse mediante aportaciones. Además, por otra parte, la intención de eludir la inscripción del testimonio notarial en el Registro Público de Comercio y, en consecuencia, de evitar el pago de derechos ¿no constituye un *fraus legis*?[10] Como quiera que sea, esta práctica ha propiciado que se propague el vicio de realizar capitalizaciones contrarias a la letra *Ley.*

### 19.1.3.3 CAPITAL AUTORIZADO

Para disipar confusiones, consideramos conveniente referirnos en este lugar a la institución de las sociedades anónimas de capital fijo que funcionan bajo el régimen conocido como *capital autorizado*, el cual difiere notablemente del régimen de capital variable.

[7] BARRERA GRAF, *Las sociedades en derecho mexicano,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, p 156, e ITURBIDE GALINDO, *op cit*, p 121.

[8] *Cfr Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* y *Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado.*

[9] Con la promulgación del *Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras*, en el *Diario Oficial de la Federación* del 16 de mayo de 1989, tal requisito fue derogado.

[10] La doctrina moderna considera como *fraus legis* no solo el hecho de variar el lugar de celebración del contrato sometiéndose a otro ordenamiento, sino también cualquier acto que tienda a eludir una norma imperativa (*Cfr* MUÑOZ, Luis, *Teoría general del contrato*, Cárdenas, 1973, p 321).

Algunas legislaciones europeas han instaurado la institución de las sociedades anónimas de capital autorizado, cuya principal característica consiste en delegar en los administradores la facultad de decretar aumentos de capital mediante la emisión de acciones de tesorería dentro de ciertos límites legal y estatutariamente estipulados.

La institución del capital autorizado europea es una modalidad que pueden adoptar las sociedades anónimas de capital fijo al momento de su constitución, o posteriormente mediante reforma estatutaria acordada por la junta de socios, y está sujeta, básicamente, a dos reglas

***Primera*** El capital autorizado no puede ser mayor de cierto porcentaje del capital nominal, y

***Segunda*** La facultad de decretar aumentos se delega a los administradores y no puede exceder de cierto plazo, a cuyo término debe reducirse el capital social, si el autorizado no hubiera sido totalmente pagado.[11]

En nuestro país las sociedades de capital autorizado no son desconocidas, pero sí constituyen casos de excepción. La institución fue originalmente instaurada por la derogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, y en la actualidad sólo la reglamentan los arts 15 de la *Ley Federal de Instituciones de Fianzas*, 29 de la *Ley General de Instituciones de Seguros* y 81 de la *Ley del Mercado de Valores*. Aquí nos referiremos únicamente a este último precepto legal, por ser el que con más detalle se ocupa de la modalidad en cuestión.

La *Ley del Mercado de Valores* en su art 81 acoge la modalidad de las sociedades de capital autorizado de forma muy desvirtuada, pues admite la posibilidad de que las sociedades anónimas de capital fijo creen acciones no suscritas con el propósito de oferta pública si se cumplen numerosos requisitos que desfiguran la institución. En efecto, conforme al dispositivo legal antes mencionado, las sociedades anónimas ordinarias pueden adoptar la modalidad de capital autorizado si se observan las siguientes exigencias legales

*i)* La creación y emisión de las acciones no suscritas debe estar prevista en los estatutos y, por consiguiente, debe ser decretada no por los administradores, sino por los socios

*ii)* El importe de dichas acciones puede ser hasta por un monto igual al capital pagado

*iii)* Las acciones no suscritas deben depositarse en las instituciones para el depósito de valores previstas en la *Ley* por la casa o casas de bolsa autorizadas para colocarlas en el mercado de valores, y

[11] Conforme a la Ley Sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas española, el capital autorizado no debe ser mayor de una cuarta parte del capital nominal y el plazo para que quede pagado no debe exceder de cinco años. *Cfr* GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, t I, Porrúa, 1981, pp 444 y ss.

*iv)* Las acciones en cuestión deben ser suscritas y pagadas en el plazo que determine casuísticamente la Comisión Nacional de Valores, en el concepto de que las que no se suscriban y paguen dentro dicho plazo deberán ser anuladas y canceladas, sin que se requiera declaración judicial al efecto.

Así pues, como se puede apreciar, entre las sociedades anónimas de capital autorizado europeas y las previstas en la *Ley del Mercado de Valores* existen notables coincidencias y diferencias. Coinciden en que la porción no suscrita del capital autorizado constituye una excepción al principio de realidad del capital social y en que éste no puede exceder de cierto límite y debe quedar pagado en cierto plazo. Difieren en que en las sociedades europeas la facultad de decretar los aumentos de capital está delegada en los administradores, en tanto que en las mexicanas es claro que la facultad de decretar los aumentos y de crear las acciones no suscritas corresponde a la asamblea de socios.

En conclusión, las sociedades anónimas de capital autorizado mexicanas son una mala imitación de sus homólogas europeas y por ello, han tenido poca acogida en la práctica, si bien, la modalidad puede adoptarse como sustituto del anacrónico sistema de constitución sucesiva previsto por los arts 92 a 110, *LGSM*.

En virtud de que la institución del capital autorizado constituye una excepción al principio de realidad del capital social, su adopción en nuestro país únicamente es posible en los casos y con las limitaciones expresamente establecidas por la *Ley*. En otras palabras, las sociedades anónimas mexicanas sólo pueden adoptar la modalidad del capital autorizado cuando sean instituciones de fianzas o de seguros o se coloquen en la hipótesis prevista por el art 81 de la *Ley del Mercado de Valores*, habida cuenta de que

> *las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.* (Art 11, *CCDF*).[12]

## 19.1.4 Formalidades y publicidad

El art 213, *in fine*, estatuye que los aumentos y disminuciones del capital variable podrán realizarse sin más *formalidades* que las prescritas en el capítulo que reglamenta la institución de las sociedades de capital varible, es decir, en

[12] SALINAS MARTÍNEZ, Arturo sostiene que las sociedades anónimas de capital fijo que emitan obligaciones convertibles en acciones pueden adoptar la modalidad de capital autorizado para el efecto de crear y emitir las acciones que eventualmente serán canjeadas por dichas obligaciones. Disentimos de este criterio porque el caso excepcional que propone el autor no está previsto en la Ley (*Cfr* "Las obligaciones convertibles en acciones", en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vázquez del Mercado*, Porrúa, 1982, p 722).

el Cap VIII, *LGSM*. Ahora bien, dado que la doctrina mexicana suele confundir los conceptos *formalidades* y *publicidad*,[13] a continuación trataremos de caracterizar ambas nociones.

### 19.1.4.1 FORMALIDADES

En términos generales, podemos afirmar que las formalidades son los requisitos que la *Ley* exige para la *validez* de ciertos actos jurídicos.

A fin de determinar posteriormente los requisitos de validez que impone y dispensa el Cap VIII a las sociedades de capital variable para aumentar y disminuir este, es necesario referirnos primero a las formalidades prescritas en otros dispositivos de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* para modificar el capital social de las sociedades ordinarias, es decir, las de capital fijo

*a) Sociedades* ***en nombre colectivo y en comandita simple*** En esta especie de sociedades las modificaciones al capital social deben ser decretadas por la junta de socios, en el concepto de que tanto los aumentos como las disminuciones deben ser consentidos por la totalidad de los socios, a menos que en el contrato social se pacte que pueda acordarse la modificación por mayoría de ellos (arts 34 y 57)

*b) Sociedad* ***de responsabilidad limitada*** En la limitada las modificaciones al capital deben ser decretadas por la asamblea de socios legalmente convocada. Los aumentos de capital deben ser acordados por la totalidad de los socios (arts 72 y 83), en tanto que las reducciones pueden ser decretadas por la mayoría de los socios que representen por lo menos las tres cuartas partes del capital, salvo pacto en contrario (arts 78, frac X, y 83)

*c) Sociedades* ***anónima y comandita por acciones*** Salvo que en el contrato social se fije una mayoría más elevada, en la anónima y en la comandita por acciones, los aumentos y disminuciones deben ser decretados por la asamblea extraordinaria legalmente convocada y reunida, mediante el voto de las acciones que representen por lo menos la mitad del capital social (arts 182, frac III, 190, 191, párr segundo, y 208).

### 19.1.4.2 PUBLICIDAD

La publicidad es la divulgación de ciertos actos jurídicos exigida por la *Ley* para que sean *eficaces* frente a las partes (los socios) y frente a terceros. En consecuencia, la publicidad es un requisito de eficacia, pero no de validez de los actos jurídicos. En efecto, el hecho de que un acto sea válido porque se han observado todas las formalidades legales no significa que sea eficaz frente a

[13] MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 437 y BAUCHE GARCIADIEGO, *op cit*, p 622, entre otros, confunden los conceptos *formalidades* (requisitos de validez) y *publicidad* (requisito de eficacia).

terceros cuando la *Ley* exige que se divulgue. Por ejemplo, una compraventa de inmueble otorgada en escritura pública es válida para el vendedor y el comprador, pero será ineficaz frente a terceros si no se inscribe en el Registro Público de la Propiedad.[14]

Los requisitos de publicidad que exigen la *Ley General de Sociedades Mercantiles* y el *Código de Comercio* para la eficacia de las modificaciones del capital de las sociedades ordinarias son los siguientes

*a)* El registral, y
*b)* El de publicidad periodística.

*Además, la LGSM* también exige como requisito de eficacia el de autorización notarial, al cual habremos de referirnos por separado.

El requisito registral está estatuido en los arts 194, párr final, *LGSM*, para las sociedades anónima y comandita por acciones y 260 de la misma *Ley* para todas las especies de sociedades mercantiles, así como por el numeral 21, frac V, *Co Com* únicamente para las sociedades por acciones. El requisito de publicidad periodística está previsto por el art 9o, *LGSM*, para todas las especies de sociedades mercantiles y, por el art 132 del mismo ordenamiento para la anónima y la comandita por acciones.

Por otro lado, la *LGSM* impone a las sociedades de capital variable otras dos exigencias de publicidad: la de añadir a la razón o denominación social las palabras *de capital variable* y la de anunciar simultáneamente el capital mínimo y el máximo. En lo que concierne a la exigencia de añadir a la denominación o razón social las palabras *de capital variable*, cabe advertir que la *LGSM* no autoriza el uso de la abreviatura *de C. V.* aunque es costumbre generalizada el usarla. Desde luego, ambas exigencias tienen el propósito de advertir a terceros que cierta porción del capital es susceptible de ser disminuida sin más formalidades que las previstas por la *Ley*.

### 19.1.4.3 AUTORIZACIÓN NOTARIAL

Los aumentos o disminuciones del capital social que implican una modificación a la escritura constitutiva deben hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de Comercio. A estos efectos, el art 5o *LGSM* exige que el notario autorice la escritura en que conste la modificación antes de la expedición del correspondiente testimonio. La autorización no constituye propiamente un requisito de validez o de publicidad, sino de simple eficacia, pues, por definición este concepto significa: *dar fe en un documento el escribano o el notario*, o sea confirmar el acto.[15, 16]

[14] *Cfr* ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, libro VI, t I: *contratos*, Porrúa, 1981, p 252.

[15] CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, UTHEA, 1962.

[16] La *autorización notarial* consiste en la confirmación que hace el notario de que los actos jurídicos que testimonia o documentos que protocoliza cumplen con los requisitos legales.

En otras palabras, tratándose de aumentos o disminuciones del capital social que modifiquen la escritura constitutiva o que deban registrarse (art 21, frac XII Co Com) la ley requiere, por una parte, que se protocolicen y, por la otra, que antes de la expedición e inscripción del Testimonio en el Registro de Comercio el notario confirme que el aumento o disminución estén apegados al derecho.

## 19.2 AUMENTOS DEL CAPITAL VARIABLE

Las formas o modos de realizar los aumentos del capital variable son comunes a todas las especies de sociedades; pero, las *formalidades* para hacerlo difieren entre ellas.

### 19.2.1 Modos o formas de aumento

En lo que concierne a la forma de aumentar el capital variable, empezaremos por hacer hincapié

*a)* En que, por disposición expresa del art 213, los aumentos del capital variable sólo pueden realizarse mediante *aportaciones* de los socios actuales o de nuevos socios, y

*b)* En que, por consiguiente, no es lícito aumentarlo por capitalización de ciertas partidas del patrimonio, como las reservas legales y las de valuación y revaluación (superávits) que son intangibles.

Sobre este particular, **Barrera Graf**[17] opina que

> otras formas de aumento, como la revaluación del activo, la conversión de obligaciones en acciones e inclusive, la aplicación a capital de reservas y utilidades

no están regidas por el sistema de capital variable y que, en consecuencia

> en esos casos debe respetarse el régimen y las formalidades que son propios de la sociedad de capital fijo.

Estamos totalmente de acuerdo con este autor en lo que corresponde a considerar impropios los aumentos del capital variable por capitalización de superávits; pero no en lo que se refiere a la conversión de obligaciones en acciones; a la capitalización de utilidades retenidas y a la aplicación a capital de ciertas reservas voluntarias, como las de previsión y reinversión.

Coincidimos con **Barrera Graf** en que los aumentos deben realizarse por aportaciones de los socios, no tanto porque interpretemos literalmente la *Ley* sino por la circunstancia de que las aportaciones son susceptibles de retiro parcial o total, en tanto que las reservas legales y los superávits son intangibles, es decir, no son reembolsables, estén capitalizados o no. Dicho de otra manera:

[17] *Op cit*, pp 157 y 158.

tanto en las sociedades ordinarias como en las de capital variable, los socios, en principio, tienen derecho a retirar sus aportaciones a condición de que el capital social no se reduzca abajo del límite legal; pero no tienen derecho a disponer del fondo de reserva legal, ni de las reservas de valuación o revaluación o de otras partidas del patrimonio social que una sana administración financiera y los principios de contabilidad generalmente aceptados consideran intangibles.[18]

La intangibilidad de la reserva legal procede de la *Ley* (art 21), en tanto que la de las otras partidas del patrimonio a que hemos venido haciendo mención deriva de la circunstancia de que no les pertenecen a los socios sino hasta el momento en que se venden los activos revaluados, lo que motiva que no puedan aportarse mientras no se produce tal venta, habida cuenta de que nadie puede disponer de algo que no es suyo.

Como corolario de lo que venimos exponiendo, se infiere que para que los socios puedan aportar algo es necesario que tengan derecho de disposición sobre lo aportado, lo cual nos conduce a cuestionar si son viables las aportaciones en especie y, si ese fuera el caso, cuáles serían las condiciones para su reembolso. En lo que toca a estas cuestiones debe advertirse que el art 213 no impone la exigencia de que las aportaciones sean en numerario, como parece sugerirlo **Barrera Graf**, y que, tratándose de sociedades anónimas, las acciones pagadas en todo o en parte con bienes distintos del numerario deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años, para el efecto de que si el valor de los bienes resultare menor en veinticinco por ciento del valor por el cual fueren aportados el accionista cubra la diferencia a la sociedad (art 141, *LGSM*).

Todas estas consideraciones nos obligan, desde luego, a analizar casuísticamente cuáles bienes y derechos son aportables al capital variable y cuáles no lo son.

### 19.2.1.1 DERECHOS Y BIENES APORTABLES

#### 19.2.1.1.1 Derechos de los socios

Los socios tienen derecho a disponer, vía reparto de dividendos, de las utilidades retenidas así como de las reservas de previsión y de otras reservas voluntarias formadas con utilidades. Por ende, si así lo deciden en una instancia posterior, pueden aportar al capital variable de la sociedad los dividendos cobrados provenientes de esos conceptos, aunque también, por simple economía procesal, pueden capitalizar dichas partidas en la parte variable del capital lo cual constituye una forma de aportación abreviada.

[18] Aunque la aplicación de los "principios de contabilidad generalmente aceptados" no está ordenada específicamente por la ley, si nos parece que son un reflejo de las buenas costumbres y que, por consiguiente, su inobservancia vicia de nulidad al acto (arts 1830 y 2225, *CCDF*).

#### 19.2.1.1.2 Derechos de crédito

Tanto los socios presentes como los nuevos socios pueden aportar los derechos de crédito que tuvieren contra terceros o contra la propia sociedad. En el primer caso, o sea cuando se aporten derechos de crédito a cargo de terceros, es incuestionable que los socios no podrán retirar sus aportaciones hasta en tanto dichos créditos sean cobrados por la sociedad (art 12, *LGSM*). Por lo que se refiere al segundo supuesto, es decir, a la aportación de créditos contra la propia sociedad comúnmente conocida como *capitalización de pasivos*, es claro que puede ejercerse el derecho a retirar las aportaciones en los términos previstos por el art 220, *LGSM*, toda vez que al momento de la capitalización se extingue la obligación de la sociedad.[19]

#### 19.2.1.1.3 Obligaciones convertibles en acciones

El obligacionista es un acreedor de la sociedad[20] y, en consecuencia, su caso es similar al del socio o al del acreedor que aporta sus créditos a la propia sociedad.

#### 19.2.1.1.4 Bienes

La aportación de bienes está sujeta a las condiciones estatuidas en el art 141 a que antes nos referimos[21] y plantea la interesante cuestión de determinar si el reembolso por retiro de las aportaciones debe hacerse

*i)* Con los mismos bienes aportados, si éstos no son fungibles
*ii)* Con otros de la misma especie y calidad, si fueren fungibles, o
*iii)* En numerario.

Sobre este particular, entendemos que, en todos los casos, el reembolso debe hacerse en numerario, porque a las aportaciones traslativas de dominio no pue-

[19] No creemos que a la *capitalización de pasivos* deban aplicársele las reglas de la cesión de derechos. En ésta intervienen tres partes: cedente, cesionario y deudor; en la capitalización de pasivos solo intervienen el acreedor que se convierte en socio y la sociedad deudora. Asimismo, por razones obvias, el acreedor no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el art 2036, *CCDF*, ni a garantizar la existencia y legitimidad del crédito y la solvencia del deudor en la época de la aportación, como previene el art 12, *LGSM*. Además, nos parece que las acciones no deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años, ya que el valor del crédito es cierto y determinado para ambas partes.

[20] *Cfr* BOLAFFIO, *Derecho mercantil*, Reus, 1935, p 97; DÁVALOS MEJÍA, L. Carlos, *Títulos y contratos de crédito, quiebras*, Harla, 1983, p 220; CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, Librería Herrero, p 175; RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 225; MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 378, etcétera.

[21] Si se trata de aportaciones en especie, los términos establecidos en el art 220, *LGSM*, para ejercer el derecho de retiro en algunos casos resultarán inadecuados, por cuanto las accciones deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años. Sin embargo, estimamos que los términos del art mencionado pueden ser ampliados en uso de la libertad de pacto.

den aplicárseles las reglas del usufructo, del préstamo en especie, del depósito irregular o del comodato.

#### 19.2.1.1.5 Derechos reales

La aportación de derechos reales da lugar a los mismos problemas que la aportación de bienes por lo que no abundaremos sobre el tema.

### 19.2.1.2 BIENES Y DERECHOS NO SUSCEPTIBLES DE APORTACIÓN

En términos generales, no son susceptibles de aportación los derechos personalísimos y los bienes que por su naturaleza o por disposición legal no están en el comercio. Tampoco son susceptibles de aportación como ya hemos indicado, las reservas legales y las de valuación o revaluación y otras partidas del patrimonio intangibles porque los socios no tienen derecho a disponer de ellas sino hasta el momento en que se liquide la sociedad.

Por último, las aportaciones de trabajo no caben ni en las sociedades de personas ni en las capitalistas porque, como ya hemos visto, no forman parte del capital social.

## 19.2.2 Formalidades para aumentar el capital variable

De la lectura del primer párr del art 216, *LGSM*, parece inferirse que el legislador deja en manos de los socios la facultad de determinar las formalidades que deben cumplirse para aumentar y disminuir el capital variable en todas las especies de sociedades. Sin embargo, tratándose de *sociedades por acciones*, en el párr segundo de dicho dispositivo legal se estatuyen las mismas formalidades exigidas para los aumentos del capital social de las sociedades ordinarias y en el art 220 se derogan las formalidades requeridas para reducirlo.

### 19.2.2.1 FORMALIDADES EN LAS SOCIEDADES SIN ACCIONES

En consideración a que el contrato social de las sociedades sin acciones debe contener, además de las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad, las condiciones que se fijen por los socios para aumentar el capital social (art 216, párr primero), nada impide que, en la colectiva y en la comandita simple se delegue en los administradores la facultad de decretar los aumentos cuando se realicen las condiciones previstas.[22] Pero, es dudoso que en la limitada los gerentes puedan decretar los aumentos porque éstos requieren el consentimiento unánime de los socios (arts 72 y 83).

Por otro lado, en la colectiva y en la comandita simple los socios solo tendrán derecho a separarse en la época en que se adopte la modalidad del capital

[22] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 413.

variable (arts 34 y 57, *LGSM*), de manera que si no lo hacen, perderán ese derecho cuando se decreten aumentos de capital porque éstos no constituyen una modificación al contrato social.

#### 19.2.2.2 FORMALIDADES EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES

Con arreglo a lo dispuesto por el segundo párr del art 216;

> *En las sociedades por acciones, el contrato social o la asamblea general extraordinaria fijarán los aumentos del capital y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones.*

Esto significa

*a)* Que, en todos los casos, corresponde a los accionistas decretar los aumentos del capital variable, ya sea al constituir la sociedad o en la época de adopción de la modalidad de capital variable o posteriormente, y
*b)* Que tal facultad no es delegable ni en la asamblea ordinaria, ni en los administradores.

La indelegabilidad de la facultad perteneciente a los accionistas fundadores de la sociedad y a la asamblea extraordinaria de decretar los aumentos del capital variable es generalmente aceptada por la doctrina mexicana,[23] porque es inequívoca la declaración legal de que compete a los socios *determinar la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones.*

**Barrera Graf**[24] y **Macedo Hernández**[25] consideran que es lícito estipular en el contrato social que los aumentos del capital variable sean acordados por la asamblea ordinaria y aun por el consejo de administración; sin embargo, debe advertirse que este criterio contraviene lo expresamente dispuesto por la *Ley*.

En este mismo orden de ideas, **Iturbide Galindo**, refiriéndose a las acciones de tesorería, sostiene que

> el producir o el crear estos títulos o valores, solamente podrá hacerse, o bien por el contrato social o por la asamblea extraordinaria de accionistas,

y que,

> en cambio, la expedición o puesta en circulación[26] de estos valores podrá ser efectuada por el órgano de administración o por una asamblea ordinaria,

[23] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 413; MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 437; BAUCHE GARCIADIEGO, *op cit*, p 623; DE PINA VARA, Rafael, *Derecho mercantil mexicano*, Porrúa, 1985, p 127, etcétera.
[24] *Op cit*, en cuya página 156 el autor de hecho acepta la viciosa práctica de que el acuerdo de aumento del capital variable no se acuerde por la asamblea extraordinaria.
[25] MACEDO HERNÁNDEZ, J. Héctor, *Ley general de sociedades mercantiles*, Cárdenas, 1985, p 230.
[26] Parece ser que ITURBIDE GALINDO no distingue entre los conceptos "emitir" (poner en circulación) y "expedir" (elaborar y entregar) las acciones. *Op cit*, p 109.

argumento con el cual de hecho propone que estos dos últimos órganos puedan decretar aumentos del capital, habida cuenta de que las acciones de tesorería no forman parte del capital social y de que, consecuentemente, su puesta en circulación equivale a aumentarlo.

Disentimos de la apreciación de **Iturbide Galindo** en

*a)* Porque es claro que la facultad de emitir, o sea de poner en circulación, las acciones está confiada por la *Ley* a las estipulaciones del contrato social o a los acuerdos de la asamblea extraordinaria, según puede leerse en la primera parte del segundo párr del art 216, y

*b)* Porque es evidente que en la parte final de dicho párr al referirse a las acciones de tesorería el legislador utiliza la expresión *acciones emitidas* en el sentido de *acciones creadas*, pues otra interpretación nos conduciría al contrasentido de hablar de acciones no suscritas puestas en circulación.

A mayor abundamiento, si la intención del legislador hubiera sido la de que la facultad de decretar los aumentos del capital variable fuera delegable en la asamblea ordinaria o en los administradores, simplemente no habría añadido el segundo párr del art 216 para las sociedades por acciones, pues como ya hemos visto, conforme al primer párr de este precepto, sí es posible tal delegación en las sociedades sin acciones.

Por consiguiente, nos parece que la única facultad que se puede delegar en los administradores es la de elaborar y entregar, o sea *expedir*, las acciones de tesorería a medida que vaya realizándose su suscripción en la forma y términos estipulados por el contrato social o acordados por la asamblea extraordinaria que decrete el aumento.

Después de la larga digresión que hemos hecho para demostrar que corresponde a los accionistas fundadores o a la asamblea extraordinaria la facultad de decretar los aumentos del capital variable, solo nos queda por decir que para que sea válido el acuerdo de aumento, en el último caso deben observarse todas las formalidades establecidas por la *Ley* para modificar el capital fijo de las anónimas y comanditas por acciones ordinarias; esto es, que se requiere el acuerdo de la asamblea extraordinaria legalmente reunida y convocada y la protocolización del acta.

Para concluir, también estimamos que para que el acuerdo de aumento sea eficaz frente a los accionistas es necesario realizar la publicación a que se refiere el art 132, *LGSM*, a fin de que ejerciten el derecho de preferencia que éste les concede.[27]

#### 19.2.2.2.1 Creación, emisión y expedición de acciones de tesorería

Conforme a lo que hemos visto, el segundo párr del art 216 previene que corresponde a los accionistas fundadores o a la asamblea extraordinaria la facul-

[27] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, p 414.

tad de fijar los aumentos del capital variable y de establecer la *forma* y *término* en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones.

#### 19.2.2.2.2 Formas de emisión

Las formas de emitir las acciones son dos: *una*, que consiste en crear y en poner en circulación las acciones en cada caso de aumento del capital variable y, la *otra*, que consiste en crear acciones no suscritas que se conservarán en poder de la sociedad para ser puestas en circulación y entregarse (expedirse) a los suscriptores a medida que vaya realizándose la suscripción del capital variable (art 216, *in fine*). Las acciones no suscritas generalmente son llamadas *acciones de tesorería*, aunque algunos autores prefieren denominarlas *de cartera*. En virtud de no estar suscritas, las acciones de tesorería no forman parte del capital social y por ello la doctrina también las agrupa en la clasificación de las acciones impropias, al lado de las *de goce* y *de trabajo*.

#### 19.2.2.2.3 Términos de emisión

En lo que concierne al término de emisión, es evidente que, en el contexto del art 216, el legislador no utilizó la palabra "término" en su acepción vulgar, que significa "plazo", sino en su connotación correcta que significa "final, límite del plazo". Esto quiere decir que las acciones de tesorería deben ponerse en circulación precisamente al concluir el plazo o plazos previamente acordados por los accionistas fundadores o por la asamblea extraordinaria y que, en consecuencia, los otros órganos de la sociedad solo podrán estar facultados para expedir los títulos y para hacer las publicaciones a que se refiere el art 132, *LGSM;* pero no para emitir acciones porque ello equivaldría a decretar aumentos de capital.

#### 19.2.2.2.4 Emisión de obligaciones convertibles en acciones

La creación de acciones de tesorería es un requisito necesario en el caso de emisión de obligaciones convertibles en acciones, previsto por el art 210 *bis* de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*. Ahora bien, en virtud de que el art 133, *LGSM*, ordena que "*No podrán emitirse nuevas acciones, sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas*", la emisión de obligaciones convertibles en acciones y su correspondiente creación de acciones de tesorería plantea dos cuestiones que trataremos de despejar en su orden

***Primera cuestión*** Una vez creadas las acciones de tesorería ¿es lícito aumentar el capital social mediante la emisión de otras acciones *antes* de la conversión total o parcial de las obligaciones?

A nuestro juicio, esta primera cuestión debe contestarse afirmativamente porque la hipótesis contenida en el art 133 es la de que se encuentran en circulación acciones *pagadoras*, supuesto que no se aplica

a las acciones de tesorería por la sencilla razón de que, precisamente por no estar suscritas, no están en circulación ni pueden ser pagadoras.[28,29]

***Segunda cuestión*** Si hay en circulación acciones pagadoras ¿es lícito crear acciones de tesorería para la futura conversión de obligaciones?

A esta cuestión **Salinas Martínez**[30] responde negativamente porque, en su concepto, el mecanismo peculiar[31] de la conversión de obligaciones en acciones "demanda que queden definidos por anticipado los elementos técnicos que van a entrar en juego en un momento posterior" y el condicionar la entrega de las acciones de tesorería al requisito de que, al momento del canje, las acciones pagadoras estuvieran íntegramente exhibidas "sería introducir un factor aleatorio y de incertidumbre" en la emisión de las obligaciones. Este criterio de **Salinas Martínez** parece fundarse en la idea muy difundida, expresada en la nota 47 de su estudio, de que la *LGSM* no exige un plazo legal máximo para el pago de los llamados dividendos pasivos y de que, por ello, pueden emitirse acciones pagadoras a plazo indeterminado.

Sobre este particular notamos que es cierto que nuestra legislación no exige que se establezca un plazo *máximo* para que la sociedad reclame el pago de los dividendos pasivos; pero asimismo advertimos que es necesario y conveniente, establecer uno o varios términos, más o menos breves para exigir las exhibiciones, habida cuenta de que, por un lado, el art 91, frac II, impone la obligación de estipular en el contrato social *la forma y términos* en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones y, por el otro, constituye una grave limitante a la transmisión de las acciones pagadoras el imponer a su adquirente las responsabilidades previstas en el segundo párr del art 117, *LGSM*.

En consecuencia, entendemos que la cuestión planteada debe analizarse a la luz de dos hipótesis

***Primera*** La de que el término o términos fijados para exhibir íntegramente el importe de las acciones pagadoras sea *anterior* al primer término de conversión de las obligaciones, y

***Segunda*** Que dicho término o términos sean *posteriores* a la primera conversión.

[28] En este mismo sentido SALINAS MARTÍNEZ, *op cit*, p 736, y HERRERA, Mario, *Obligaciones convertibles en acciones*, Del autor, 1964, pp 31 y ss.

[29] RODRÍGUEZ, *op cit*, t I, p 286, califica de "pagadoras" a las acciones de tesorería. No compartimos esta opinión porque la figura de las acciones pagadoras supone que han sido suscritas y que su suscriptor está obligado al pago del llamado "dividendo pasivo", circunstancias éstas que no se presentan en el caso de las acciones de tesorería.

[30] *Op cit*, pp 737 y 738.

[31] Sobre el mecanismo y condiciones de emisión consúltese HERRERA, Mario, *op cit*.

Conforme a la primera hipótesis es claro que el "factor aleatorio y de incertidumbre" a que alude **Salinas Martínez** no existirá, toda vez que, de no realizarse las exhibiciones, la sociedad podrá recurrir a los remedios establecidos en los arts 118 a 121, *LGSM*. En lo que concierne a la segunda hipótesis, es obvio que si existe el "factor aleatorio y de incertidumbre", pero nos parece que puede eliminarse mediante acuerdo de la asamblea plenaria de accionistas, anterior o coetáneo al acuerdo de emisión de obligaciones convertibles en acciones, por el cual se reduzcan los plazos de exhibición íntegra de las acciones pagadoras, de tal manera que éstas queden liberadas antes del primer término de conversión.

En resumen, desde nuestro punto de vista, en el caso de que haya en circulación acciones pagadoras, únicamente será lícito crear acciones de tesorería para ser canjeadas por obligaciones convertibles en acciones, en el supuesto de que el término o términos establecidos para exhibir íntegramente el dividendo pasivo sea anterior a la primera conversión.

La emisión de obligaciones convertibles en acciones priva a los accionistas del derecho de preferencia para suscribir las acciones de tesorería que se emitan con motivo de la conversión, pues el art 210 *bis*, frac II, *LGTOC* expresamente deroga lo dispuesto por el art 132, *LGSM*.

Para concluir con el tema de los aumentos del capital variable, solo nos queda por comentar que **Frisch Philipp**[32] sostiene que

> Resulta del mismo art 213, *LSM*, que el aumento puede ser efectuado por medio de emisión de nuevas acciones o de aumento de su valor nominal, inclusive en la forma prevista en el art 140, *LSM*.

No compartimos esta opinión por la única razón de que las acciones deben ser de igual valor (art 112), de tal suerte que si se aumenta el valor nominal de las acciones representativas de la parte variable del capital, éstas serán de valor diferente a las representativas del capital fijo.

## 19.3 DISMINUCIONES DEL CAPITAL VARIABLE

### 19.3.1 Modo y formalidades

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* reconoce un solo modo y exige una sola formalidad para disminuir el capital variable en todas las especies de sociedades. Efectivamente, con arreglo a lo dispuesto por los arts 213 y 220, *LGSM*: el ***modo*** consiste en *retirar parcial o totalmente las aportaciones* y la ***formalidad*** en *notificar a la sociedad de manera fehaciente el retiro*, en el concepto de que éste no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el fin del ejercicio siguiente, si se hiciere después.

[32] *La Sociedad Anónima Mexicana*, Porrúa, 1979, p 302.

Adicionalmente, la *Ley* prohíbe a los socios ejercitar el derecho de separación cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo el capital social[33] porque tal reducción implica una reforma estatutaria que solo puede hacerse observando las formalidades establecidas para modificar el capital fijo.

En consideración a que los art 213 y 220, *LGSM,* derogan el principio de permanencia de los socios, facultando a éstos para separarse de la sociedad en las condiciones previstas por la *Ley*, es evidente que no se requiere el consentimiento de los coasociados para decretar la reducción del capital y que, por ende, *no es necesario observar las formalidades de convocatoria y de reunión* de la junta o asamblea de socios.

Asimismo, por no haber una modificación al contrato social, tampoco se requiere la formalidad de protocolizar la disminución del capital variable, aunque sí es necesario cumplir con el requisito de publicidad periodística a que se refiere el art 9o, *LGSM,* y, tratándose de sociedades por acciones, con el de publicidad registral, por cuanto el art 21, frac XII, del *Código de Comercio* exige que se inscriban en el Registro Público del Comercio "*el aumento o* ***disminución*** *del capital efectivo en las sociedades anónimas y en comandita por acciones*".[34]

Ahora bien, dado que los encargados del Registro Público de Comercio, en exceso de autoridad, exigen que sean protocolizados los documentos mercantiles que se les presenten para inscripción, en las sociedades por acciones es preciso que los administradores hagan constar la reducción del capital variable en instrumento público a fin de cumplir con el requisito de publicidad ordenado por la *Ley*. De hecho, esta solución no es extraña a nuestro sistema jurídico, pues en la frac IX del art 210 *bis, LGTOC*, se prevé que, con motivo de la cancelación de las acciones de tesorería no canjeadas por obligaciones convertibles,

> *el consejo de administración y el representante común de los obligacionistas levantarán acta ante Notario que será inscrita en el Registro Público de Comercio.*

A este mismo respecto, **Bauche Garciadiego**[35] opina que, si llegado el último plazo de conversión, los obligacionistas no hubieren canjeado la totalidad

[33] Adviértase que la *Ley* se refiere al capital mínimo y no al capital fundacional.

[34] MANTILLA MOLINA, *op cit,* p 437, y BAUCHE GARCIADIEGO, *op cit,* p 622, afirman que la inscripción de las modificaciones al capital variable en el Registro Público de Comercio harían nugatorio el régimen de variabilidad del capital; pero no aportan fundamento alguno a sus argumentos. En cambio, otros autores, como BARRERA GRAF, *op cit*, p 156, e ITURBIDE GALINDO, *op cit*, p 176, sí señalan con toda precisión las razones legales que existen para inscribir los aumentos y disminuciones del capital variable, siendo éstas, básicamente, las contenidas en las fracs XII y XIV del art 21 del *Código de Comercio.*

[35] *Operaciones bancarias*, Porrúa, 1985, p 184.

de sus títulos por acciones de tesorería, procederá la correspondiente disminución del capital máximo, la cual deberá ser acordada por la asamblea general extraordinaria de accionistas, por cuanto implica una modificación del contrato social.

En lo que atañe a la publicidad periodística, **Rodríguez**[36] sostiene que no se requiere hacer las publicaciones prescritas en el art 9o, *LGSM*, "mientras las disminuciones se hagan dentro de los límites legalmente previstos" y, por su parte, **Barrera Graf**[37] se muestra cauteloso al afirmar que resulta dudoso si deben aplicarse las disposiciones del mencionado precepto,

> ya que la garantía de los acreedores sociales se limita, en realidad, al capital mínimo que se señale en la escritura, respecto al cual no cabe derecho a retiro.

A nuestro modo de ver las cosas, en las sociedades *intuitu personae* es intrascendente que no se haga la publicación prevista en el art 9o, porque los socios responden de las obligaciones sociales en forma solidiaria, subsidiaria e ilimitada; pero es indudable que, tratándose de las sociedades *intuitu pecuniae*, sí se requiere publicar el aviso porque la garantía de los acreedores no está limitada al capital mínimo, sino al monto de las aportaciones que hubieren hecho los socios. De cualquier manera, en última instancia, ni el art 9o, ni el Cap VIII, *LGSM*, dispensan expresamente a las sociedades de capital variable, sean personalistas o capitalistas, de cumplir con dicho requisito de publicidad.

### 19.3.2 Otras formas o modos de reducción del capital variable adoptadas en la práctica

A pesar de que el único modo o forma de reducción del capital variable reconocido por la *Ley* consiste en el retiro de las aportaciones, no es raro encontrar en las escrituras constitutivas de algunas sociedades anónimas la estipulación de que no solo los aumentos, sino también las disminuciones del capital variable deberán ser acordados por la asamblea extraordinaria de accionistas y que a tales efectos los socios renuncian al derecho de separación que les concede el art 220, *LGSM*.

Las principales ventajas que se atribuyen a esta forma de reducción del capital variable son

*a)* La de que facilita las *capitalizaciones de pasivos a favor de los socios o de terceros*, y

[36] *Op cit*, t II, pp 414 y 416.
[37] *Op cit*, p 157.

*b)* La de que evita el retiro de los socios o terceros que convirtieron en acciones sus créditos a cargo de la sociedad.[38]

A primera vista, las ventajas aducidas parecen ser buenas; sin embargo, debe advertirse que tal práctica desvirtúa completamente la institución del capital variable, puesto que, de hecho, sujeta a la sociedad al régimen del capital fijo, toda vez que la asamblea extraordinaria que acuerde la reducción debe convocarse y reunirse observando todas las formalidades establecidas para las sociedades ordinarias y el acta correspondiente debe protocolizarse e inscribirse en el Registro Público (art 194, párr tercero, *LGSM*), incluída la autorización notarial si se produce una modificación a la escritura constitutiva.

Otra forma de disminución del capital variable que suele encontrarse en la práctica estatutaria mexicana es la que establece que, en los casos de reducción del capital para absorber pérdidas, éstas se aplicarán primero contra la porción variable hasta donde alcance y después contra el capital fijo. Respecto a esta práctica, **Barrera Graf** [39] opina que otras

> formas de reducción sin reembolso, como cuando se disminuya el capital social para absorber pérdidas, no están regidas por el sistema legal del capital variable y en consecuencia, en estos casos deben respetarse el régimen y las formalidades que son propias de la sociedad de capital fijo.

Compartimos totalmente la opinión de **Barrera Graf** en razón de que el régimen del capital variable descansa en el concepto fundamental de que los socios tienen derecho a retirar total o parcialmente sus aportaciones, es decir, a que se les reembolsen éstas.

### 19.3.2.1 VALOR DEL REEMBOLSO

Una de las cuestiones más debatidas en la práctica es la que consiste en determinar el valor a que deben reembolsarse las aportaciones del socio separatista, habida cuenta de que las aportaciones representativas del capital variable por regla general tienen un valor *histórico* menor que las representativas del capital fijo.[40] Desde nuestra óptica, por razones de equidad tanto para el separatista como para el socio que permanece en la sociedad, el reembolso debe hacerse

[38] La práctica en cuestión se inició cuando algunas sociedades mexicanas se vieron forzadas a adoptar el régimen del capital variable y a crear acciones de tesorería eventualmente canjeables por deuda.

[39] *Op cit*, pp 157 y 158.

[40] El valor histórico de las aportaciones al capital fijo es mayor que el de las nuevas aportaciones en aquellos casos en que el valor en libros de aquellas es mayor que el valor nominal de éstas. En las sociedades anónimas, para equilibrar el valor de las acciones en circulación con el de las nuevas acciones éstas suelen emitirse sobre la par; es decir, con una prima suficiente para darles un valor contable igual a las acciones precedentes.

al valor *histórico* de las aportaciones representativas del capital variable. En otras palabras, el reembolso debe hacerse al valor nominal de las aportaciones más la plusvalía que hubieren adquirido desde el tiempo de la aportación hasta la fecha de separación.

#### 19.3.2.2 LIBRE DERECHO DE RETIRO. MOMENTO DE LA SEPARACIÓN

El concepto del *libre* derecho de retiro del socio no significa que éste puede separarse de la sociedad en cualquier momento y sin observar formalidad alguna, sino que puede ejercerlo *sin causa*.[41] Efectivamente, como ya comentamos, el art 220, *LGSM*, preceptúa que el retiro parcial o total de las aportaciones debe notificarse a la sociedad de manera fehaciente y que no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el fin del ejercicio siguiente si se hiciere después.

A nuestro entender, lo dispuesto por el art 220 cumple un doble propósito: el de prevenir a la sociedad respecto a la disposición de fondos para hacer el reembolso al separatista y el de dar seguridad a los acreedores de que la precaria garantía de permanencia y realidad del capital propia de las sociedades de capital variable, se conservará hasta el fin de los ejercicios en cuestión. En efecto, si el derecho de retiro pudiera ejercitarse en cualquier momento, la sociedad podría tener dificultad en allegarse los fondos necesarios para reembolsar las aportaciones y, además, podría burlarse la confianza que los acreedores de la sociedad depositan en la cuantía del capital exhibido.[42]

Y es precisamente para tutelar los intereses de los acreedores que el art 219, *LGSM*, exige que "*Todo aumento o disminución del capital social deberá inscribirse en un libro de registro que al efecto llevará la sociedad*"; libro éste que, como todos los libros contables,[43] tiene eficacia probatoria plena en contra y a favor de quien lo lleva.

## 19.4 RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS SEPARATISTAS

Con arreglo a lo dispuesto por el art 14, *LGSM*, "*el socio separatista quedará responsable para con los terceros de todas las operaciones pendientes al momento de la separación sin que valga pacto en contrario*".

[41] Recuérdese que en las sociedades ordinarias los socios sólo tienen derecho a separarse de la sociedad por aquellas causas y en aquellos casos expresamente previstos en la *Ley* (arts 34, 38, 57, 86, 206, etc).

[42] Incidentalmente, lo dispuesto por el art 220 contribuye a disipar el temor de ITURBIDE GALINDO de qué los socios retiren inmediatamente sus aportaciones.

[43] *Cfr* ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Nacional, 1981, pp 423-426, y MANTILLA MOLINA, *op cit*, pp 143 y 144. Además, *véase* el art 1295, fracs II y III, *Co Com*.

Ahora bien, dado que el Cap VIII, *LGSM,* no establece excepción alguna a lo dispuesto por el art 14, nos parece que lo previsto en él sólo es aplicable a los socios colectivos y comanditados que retiren total o parcialmente sus aportaciones al capital variable, esto por cuanto consideramos que el art en cuestión únicamente es aplicable a los socios solidaria, subsidiaria e ilimitadamente responsables de las deudas sociales, según hemos asentado en otro lugar de este curso.

Por lo que concierne al derecho de retención que el art 15 concede a la sociedad, el propio dispositivo establece que esa regla no se aplicará en el caso de las sociedades de capital variable.

## 19.5 GARANTÍAS DE LOS ACREEDORES

A la precaria garantía de permanencia del capital social hasta la conclusión del ejercicio en curso (art 220), hay que agregar otras dos.

La estatuida en el art 217, párr segundo, que prohíbe a las sociedades por acciones anunciar el capital máximo sin anunciar al mismo tiempo el capital mínimo y la estipulada en el art 215 que exige añadir a la razón o denominación social las palabras *de capital variable.* Respecto a esta última exigencia debe observarse que en la práctica no suelen utilizarse dichas palabras, sino su abreviatura *de C. V.* lo cual, si bien no se apega a la letra de la *Ley,* no parece perjudicar a los acreedores, quienes, dada la costumbre, quedan avisados que la sociedad es de capital variable.

CAPÍTULO
20

# FUSIÓN, TRANSFORMACIÓN Y ESCISIÓN DE SOCIEDADES

## SUMARIO


**20.1 INTEGRACIÓN Y CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS**
- 20.1.1 Integración interna de empresas
- 20.1.2 Concentración de sociedades
  - 20.1.2.1 Consorcio
  - 20.1.2.2 *Konzern*
  - 20.1.2.3 *Holding*
  - 20.1.2.4 *Cártel*
- 20.1.3 Integración externa de empresas

**20.2 FUSIÓN DE SOCIEDADES. CLASES**
- 20.2.1 Por integración
- 20.2.2 Por incorporación

**20.3 SOCIEDADES SUSCEPTIBLES DE FUSIÓN**
- 20.3.1 Heterogéneas
- 20.3.2 Irregulares
- 20.3.3 En liquidación
- 20.3.4 En suspensión de pagos o en quiebra
- 20.3.5 De capital variable
- 20.3.6 Sociedades controladoras y controlados

**20.4 PROCESO Y ÉPOCA EN QUE SURTE EFECTOS LA FUSIÓN**
- 20.4.1 Proceso de fusión
- 20.4.2 Época en que surte efectos la fusión

**20.5 EFECTOS DE LA FUSIÓN**
- 20.5.1 En cuanto a los acreedores
  - 20.5.1.1 Balance de fusión
  - 20.5.1.2 Sistema para la extinción de los pasivos de las fusionadas
- 20.5.2 En cuanto a los socios
- 20.5.3 En cuanto a las sociedades
  - 20.5.3.1 Efectos en cuanto a la fusionante
  - 20.5.3.2 Efectos en cuanto a las fusionadas

**20.6 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUSIÓN. CONCEPTO**

**20.7 NULIDAD Y REVOCACIÓN DE LOS ACUERDOS. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. EFICACIA**
- 20.7.1 Nulidad de los acuerdos
- 20.7.2 Revocación de los acuerdos de fusión
- 20.7.3 Resolución y modificación del contrato de fusión

**20.8 TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES**
- 20.8.1 Concepto
- 20.8.2 Formalidades y requisitos de eficacia
- 20.8.3 Efectos. ¿Subsistencia o extinción de la transformada?

20.8.3.1 Nuestra opinión
20.8.4 *Transformación* por adopción de la modalidad de capital variable
20.8.5 Efectos de la transformación en cuanto a la sociedad, los socios y los acreedores
20.8.5.1 En cuanto a la sociedad
20.8.5.2 En cuanto a los socios
20.8.5.3 En cuanto a los acreedores

**20.9 LA ESCISIÓN CONFORME A LA LEGISLACIÓN Y LA DOCTRINA EXTRANJERAS**

20.9.1 Concepto
20.9.2 Clases
20.9.2.1 Escisión total
20.9.2.2 Escisión parcial
20.9.2.3 Escisión por integración
20.9.2.4 Escisión por incorporación o por absorción
20.9.3 Efectos de la escisión respecto a la escindida y las beneficiarias
20.9.4 Efectos de la escisión respecto a los socios de la escindida

**20.10 LA ESCISIÓN EN LA PRÁCTICA MEXICANA ANTES DE LAS ADICIONES A LA LEY**

**20.11 LA ESCISIÓN CONFORME AL DERECHO FISCAL MEXICANO**

**20.12 LA ESCISIÓN EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL MEXICANA**

20.12.1 Clases de escisión contemplados por la *LGSM*
20.12.2 Formalidades de la escisión
20.12.3 Contenido de los acuerdos de escisión
20.12.4 Requisitos de fondo y de publicidad de la escisión
20.12.4.1 Requisitos de fondo
20.12.4.2 Requisitos de forma y publicidad
20.12.5 Protección de los derechos de socio y de los acreedores
20.12.6 Época en que surte efectos la escisión
20.12.7 Constitución de las sociedades *escindidas*
20.12.8 Efectos de la escisión respecto de la *escindente*
20.12.9 Efectos de la escisión respecto de las *escindidas*
20.12.10 Efectos de la escisión respecto de los socios de la *escindente* y las *escindidas*

**20.13 ESCISIÓN DE SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN**

## 20.1 INTEGRACIÓN Y CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS

El extraordinario desarrollo industrial y comercial del último siglo se funda en gran medida en las economías de escala, en la integración de los procesos de producción y, sobre todo, en la interacción de empresas relacionadas entre sí, pues la llamada *sinergia,* o sea la conjunción de estos factores, generalmente origina un fenómeno económico que, en términos llanos, podríamos enunciar de la siguiente manera: a mayor acumulación de recursos, mayores beneficios y, a mayores beneficios, mayor acumulación de recursos. En consecuencia, no es de extrañar que los hombres de negocios modernos persigan cada vez, con mayor ahínco, la integración y la concentración de sus empresas.[1 y 2]

### 20.1.1 Integración interna de empresas

El estudio de la integración interna de las empresas corresponde, en principio, a las ciencias económicas y de la administración, pues se refiere a los procesos de expansión de las actividades que constituyen el objeto de aquellas. La mayor parte de los economistas la subclasifican en horizontal y vertical. La integración vertical consiste en agrupar *en una sola empresa* diversos procesos de producción y/o de distribución de uno o varios productos *finales,* y la horizontal, en ampliar las operaciones a la producción a otras líneas de bienes. Así,

[1] En los últimos años, en Estados Unidos de América, la integración de empresas por fusión ha tomado proporciones que algunos economistas no vacilan en calificar de alarmantes por la cantidad de recursos que se consumen durante el proceso. Las cifras que se manejan en cada caso de fusión con frecuencia alcanzan los miles de millones de dólares.

[2] El concepto "empresa" es de carácter económico. La generalidad de los economistas, con diferentes palabras, definen la empresa como el conjunto o unidad de recursos materiales y humanos organizados y orientados a la consecución de fines económicos. Por tanto, conforme a este criterio, las nociones "sociedad mercantil" y "corporación" no son sinónimas del concepto "empresa", habida cuenta que una persona física o moral puede ser propietaria de una o varias empresas, aunque en la mayor parte de los casos resulta que una sociedad mercantil es titular o propietaria de una sola empresa, razón por lo que en la práctica suelen confundirse ambas nociones. En este capítulo utilizamos el concepto "empresa" en ambas acepciones, según el contexto de las ideas expuestas.

por ejemplo, se dice que una industria siderúrgica está integrada verticalmente cuando sus procesos comprenden desde la extracción de los minerales hasta la distribución de productos terminados, tales como láminas de acero; y se predica que está integrada horizontalmente cuando, además, fabrica otras mercancías, como recipientes de acero, que requieren de los productos finales como insumo principal.

Desde luego, la industria siderúrgica de nuestro ejemplo puede encomendar la ejecución de uno o varios de sus procesos de producción o de distribución a diversas sociedades emparentadas con ella; pero en este caso no se habla de integración, sino de concentración de sociedades.

## 20.1.2 Concentración de sociedades

La concentración de sociedades recibe los más diversos nombres, según se le enfoque desde la óptica de su permanencia o transitoriedad, o, del *parentesco* de las empresas que la constituyen o de la fuente de su poder de decisión, etcétera.[3]

Por razones de espacio, aquí nos referiremos únicamente a cuatro formas de agrupación de sociedades, a saber: el *consorcio,* el *konzern,* la *compañía holding* y el *cártel* y dejaremos para un análisis posterior a la fusión que, como su nombre lo indica, no constituye propiamente un agrupamiento, sino una integración de empresas.[4]

### 20.1.2.1 CONSORCIO

Las principales características del *consorcio* son, la de que cada una de las sociedades que en él participan conserva su personalidad jurídica y la de que todas ellas persiguen un fin común *transitorio,* ya sea asociándose contractualmente o constituyendo una nueva sociedad. Por consiguiente, el consorcio puede carecer de personalidad jurídica, en cuyo supuesto se asemeja a la asociación en participación, o puede estar dotado de ella en el caso de que los participantes se agrupen para formar una sociedad mercantil. Un ejemplo de este último tipo de agrupación de sociedades lo es el Consorcio Minero Benito Juárez Peña Colorada, S A que está constituido por empresas siderúrgi-

[3] Con excepción de la *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público,* casi desconocida en México, nuestra legislación y jurisprudencia prácticamente no se han ocupado de reglamentar los agrupamientos de sociedades, motivo por el cual nos vemos obligados a recurrir a la doctrina y jurisprudencia extranjeras.

[4] La clasificación, las características y la nomenclatura que aplicamos a los agrupamientos de empresas son las generalmente aceptadas. Sin embargo, algunos autores utilizan otra terminología y otras notas para caracterizarlos. *Cfr* VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles,* Porrúa, 1980, pp 279 y ss.

cas paraestatales y privadas con el objeto de explotar los yacimientos de hierro de Peña Colorada, Colima, cuyo agotamiento determinará la disolución y liquidación del consorcio.

#### 20.1.2.2 *KONZERN*

La principal distinción entre los conceptos *consorcio* y *konzern* consiste en que en este último la agrupación de sociedades se realiza con fines *permanentes*. El tipo legal de *konzern* reconocido por nuestra legislación es la sociedad de responsabilidad limitada de interés público a la que nos referimos en el Apéndice 11.1, por lo que no habremos de insistir en el análisis de sus principales características. Sin embargo, debe advertirse que el *konzern* también puede formarse contractualmente, sin constituir una nueva sociedad de las tipificadas por la *Ley*, y que, en todos los casos, las integrantes del grupo conservan su personalidad jurídica.

#### 20.1.2.3 *HOLDING*

Las compañías *holding* se caracterizan en que su principal actividad se reduce a la adquisición de acciones de otras sociedades de variado objeto social y al control y supervisión de la administración de éstas, circunstancia por lo que en la práctica corporativa mexicana suele hablarse de compañías *controladoras* y *controladas*.[5] El principal criterio que se aplica para determinar si una compañía es *holding* de otra se refiere al monto del capital social *controlado* y, consecuentemente, al poder de voto que la *holding* ejerce en la controlada. Por regla general, se dice que una empresa es una *holding* cuando su interés en la controlada excede de cincuenta por ciento del capital social. Otra importante característica de este tipo de agrupamiento de sociedades es la de que cada una de ellas conserva su propia personalidad jurídica.

Por último, consideramos conveniente hacer notar que las llamadas *holdings personales* no son propiamente *controladoras* toda vez que, por lo común, están integradas por un solo socio y varios testaferros o por pequeños grupos familiares que las constituyen para realizar inversiones en diversas sociedades cerradas o en el mercado de valores, con el propósito de obtener ventajas financieras o fiscales.

#### 20.1.2.4 *CÁRTEL*

El *cártel* es un agrupamiento contractual de productores de ciertas mercancías idénticas o similares[6] con el propósito de controlar la producción, distri-

[5] El anglicismo *holding* prácticamente ha tomado carta de naturalización en todo el mundo. La nomenclatura que se aplica a las "controladoras" y "controladas", es bastante extensa. *Cfr* COUFFAL DÍAZ GARZA, Eric, "Los grupos de sociedades", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Porrúa, 1982, p 609.

[6] Se dice que un producto es idéntico a otro cuando ambos tienen la misma forma y substancia y que es similar cuando es intercambiable por otro de parecida forma y substancia.

bución y precio de los mismos. El *cártel* es una forma de monopolio[7] y por ello la legislación positiva de diversos países de economía de mercado prohíbe o reglamenta rígidamente su constitución. En el fondo, el *konzern* del derecho germánico y la sociedad de responsabilidad limitada de interés público mexicana son verdaderos *cárteles*; pero se distinguen de éstos en que son reconocidos por la *Ley*.[8] En el *cártel*, como las otras formas de concentración de empresas a que nos hemos venido refiriendo, cada una de las integrantes también conserva su propia personalidad jurídica. El caso más conocido de *cártel* es el constituido por la Organización de Países Productores de Petróleo (OPEP).

En resumen, la concentración de sociedades se caracteriza por las siguientes notas

1 Cada una de las sociedades que integran el grupo conserva su individualidad jurídica
2 Todas y cada una de las integrantes se proponen la consecución de un fin común, permanente o transitorio, y
3 A través del agrupamiento se ejerce un poder de decisión unitario, de coordinación y subordinación de las actividades de las agrupadas, ya sea contractualmente o constituyendo una nueva sociedad.

### 20.1.3 Integración externa de empresas[9]

La integración externa es una forma de expansión de la empresa que se caracteriza por la *adquisición* de nuevos o ya existentes procesos de producción o de distribución de mercancías y no por su creación interna. Cuando la integración externa implica la desaparición necesaria de la empresa cuyos procesos se adquieren, se habla de adquisición de objeto y de empresa, o sea de fusión,[10] y cuando no la implica se habla de simple adquisición de objeto o bien de *conglomerado*, esto es, de una sociedad que ha diversificado sus operaciones mediante la adquisición de los activos de una amplia variedad de empresas.

La fusión de sociedades no constituye pues una forma de concentración de sociedades, sino de integración externa de empresas porque al menos una

[7] La definición túnica del *cártel* que utilizan los economistas es la de ***oligopolio formal colusivo***. "*Oligopolio*" porque supone un número más o menos reducido de productores y un gran número de consumidores; "*formal*", porque reviste la forma de convenio o contrato y "*colusivo*" porque tiene la intención de perjudicar a otros productores y a los consumidores. *Cfr* BRENNAN, Michael J., *Theory of economic statics*, 2a ed, Prentice-Hall, p 245.

[8] A nuestro juicio, la *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público* es inconstitucional. *Véase* Apéndice 11.1.

[9] Algunos autores confunden los términos concentración e integración de empresas, toda vez que sostienen que la fusión es una forma de concentración vertical de ellas. *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 504.

[10] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 504.

o varias de las partes involucradas en ella, las fusionadas, necesariamente desaparecen y porque en la fusionante se produce el fenómeno económico de la integración horizontal y/o vertical de los procesos a que antes nos hemos referido, habida cuenta de que, en virtud de la fusión, se reúnen en una sola persona jurídica, la fusionante, los fines y los patrimonios de las fusionadas.

## 20.2 FUSIÓN DE SOCIEDADES. CLASES

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* y la casi totalidad de la legislación y la doctrina extranjeras reconocen únicamente dos clases de fusión que reciben diversos nombres, pero que en substancia son las mismas en todos los sistemas legales.

En lo que concierne a la terminología legal y doctrinal que se utiliza en esta materia, cabe hacer notar que algunos sistemas jurídicos, como el francés y el italiano, llaman *fusión*, a secas, al proceso por el cual desaparecen todas las sociedades que vienen a formar una nueva, y *absorción* al proceso por el cual las sociedades fusionadas desaparecen para incorporarse a una sociedad fusionante que subsiste.[11] Sin embargo, otros sistemas, como el anglosajón llaman *consolidación* (*consolidation*) al primer proceso y *fusión* (*merger*) al segundo.[12]

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* no establece expresamente ambas clases de fusión; pero la doctrina mexicana,[13] atendiendo a que en el último párr del art 224 se alude a la *sociedad que subsista* y a la sociedad que *resulte de la fusión*, considera que ambos sistemas son reconocidos por nuestro derecho y, por lo general, les aplica la nomenclatura francesa e italiana, pues la mayoría de los autores llaman *fusión pura* al proceso de integración y *absorción* al proceso de incorporación.

Por nuestra parte, para evitar confusiones terminológicas y de concepto, siguiendo a **Rodríguez**[14] utilizaremos los términos fusión por integración y por incorporación, respectivamente, por cuanto nos parecen más descriptivos de dichos procesos.

### 20.2.1 Fusión por integración

La fusión por integración supone la creación *previa* de una sociedad, la fusionante, a la que se transmitirá la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas, pues es absurdo pretender que en un solo acto

[11] *Ibidem*, pp 505 y 506.
[12] *Cfr* ANDERSON, Ronald A., *Business law*, 11a ed, South West Publishing.
[13] *Cfr* MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, Porrúa, 1961, p 455; FRISCH PHILIPP, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, p 334; VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *op cit*, 297, etcétera.
[14] *Op cit*, p 506.

se extinguen las fusionadas y se crea un nuevo ente jurídico, respecto del cual no ha habido acuerdo previo de los socios en lo que concierne a la razón o denominación social, al objeto, a la duración, y al monto del capital social y de las aportaciones, que son los requisitos mínimos exigidos por los arts 6o y 7o, *LGSM,* para considerar constituida cualquier sociedad.

Aunque la *Ley* no lo impide, este sistema de fusión no tiene sentido cuando está involucrada una sola fusionada pues, en última instancia, el único efecto que se obtiene es el de cambio de titular de la empresa y no el de la integración horizontal o vertical de ésta.

La fusión por integración es un proceso desconocido en México en lo que se refiere a las sociedades *intuitu personae* por el problema que plantea para los socios colectivos y comanditados la asunción de la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de las deudas que transmiten las fusionadas a la fusionante. Desde luego, este problema se atenúa cuando se trata de la limitada y de la anónima, pues en estos casos es posible determinar con cierto grado de exactitud el valor patrimonial de las partes sociales o de las acciones de cada una de las fusionadas y, en consecuencia, el límite de la responsabilidad patrimonial de los socios. No obstante, en la práctica corporativa mexicana sólo las sociedades anónimas recurren ocasionalmente a este sistema de fusión.

Ahora bien, si la fusionante es una anónima, dado que al momento de la constitución de la sociedad el capital social debe quedar exhibido en la manera prescrita por las fracs III y IV del art 89, *LGSM,* prácticamente la única forma de constituirla es bajo el régimen de capital variable, fijando un capital mínimo reducido y un máximo adecuado al monto de la fusión, y creando acciones de tesorería que les serán canjeadas o entregadas a los socios de las fusionadas en la proporción previamente determinada en el contrato de fusión que éstas celebren.[15] En este caso es obligada la renuncia de los socios a retirar sus aportaciones antes de la fusión para evitar la descapitalización de la fusionante.

Por otra parte, la circunstancia de que la fusionante por integración deba existir *antes* de que se extingan las fusionadas nos lleva a cuestionar si en verdad existe la fusión por integración, toda vez que en este caso se produce el mismo fenómeno que en el proceso de incorporación en el cual desaparecen las fusionadas y subsiste la fusionante.

En lo que concierne a esta última cuestión, **Vásquez del Mercado,** opina que

> Una vez que la fusión tiene lugar y el capital social de la sociedad que se forma se encuentra totalmente suscrito, automáticamente la nueva sociedad queda constituida.[16]

[15] Cuando la *LGSM* exigía un mínimo de cinco socios para la anónima FRISCH PHILIPP sostenía que "no se aplicará el art 89, frac I, LSM (mínimo de cinco fundadores) al caso de fusión, como resulta de una interpretación restrictiva del art 226 LSM" No participamos de esta opinión porque la *Ley* no dispensaba tal requisito y porque es evidente que en la actualidad los socios de la o las fusionadas y la fusionante serán cuando menos dos.

[16] *Op cit,* p 300.

Sin embargo, parece que el autor olvida que la constitución de la fusionante no puede realizarse por suscripción pública y que, por ello, para que se realice la suscripción de capital, o mejor dicho, de las acciones, primero hay que constituir la nueva sociedad.

### 20.2.2 Fusión por incorporación

La fusión por incorporación siempre supone la preexistencia de una sociedad, la fusionante, a la que las sociedades que se extinguen, las fusionadas, transmiten la totalidad de sus patrimonios y obligaciones. A este respecto, algunos autores opinan que las fusionantes aportan sus patrimonios a la fusionada y que "esta aportación puede ser total o parcial".[17] Disentimos de esta opinión por dos razones

***Primera*** Porque no es exacto que las fusionadas aporten su capital a la fusionante, pues de ser así aquellas pasarían a ser socios de ésta, supuesto que no se produce precisamente porque las fusionadas se extinguen, y

***Segunda*** Porque como veremos más adelante, si bien la fusión implica la *transmisión universal* de los derechos, bienes y obligaciones de las fusionadas a la fusionante, ello no significa que sean las aportantes.

La fusión por incorporación es el sistema a que con mayor frecuencia se recurre en la experiencia mexicana, especialmente por razones de índole fiscal. En efecto, dado que algunas de las operaciones implícitas en la fusión están gravadas fiscalmente, por lo general se acuerda conservar como sociedad fusionante a aquella cuya transmisión de patrimonio causa una mayor carga impositiva.

## 20.3 SOCIEDADES SUSCEPTIBLES DE FUSIÓN

Lo normal es que en el proceso de fusión se encuentren involucradas sociedades regulares de la misma especie; pero puede darse el caso de que la fusión comprenda sociedades heterogéneas e irregulares y aun sociedades en liquidación o en suspensión de pagos o estado de quiebra.

### 20.3.1 Sociedades heterogéneas

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* no restringe la fusión de sociedades de diversa especie, sino que, de hecho, indirectamente la reconoce al establecer que

[17] *Cfr* entre otros, VÁSQUEZ DEL MERCADO, *op cit*, p 300. Al parecer, este autor entiende que no se puede hablar de una transmisión patrimonial universal cuando en el proceso de fusión no hay involucrados pasivos, lo cual no es rigurosamente exacto.

*La fusión de varias sociedades deberá ser decidida por cada una de ellas, en la forma y términos que correspondan según su naturaleza.*

En virtud de que el acuerdo de fusión implica una modificación al contrato social, en la colectiva y en la comandita simple el acuerdo de fusión debe tomarse por unanimidad de los socios, salvo que en el contrato social se pacte que la modificación se apruebe por la mayoría de ellos (arts 34 y 57, *LGSM*). En la sociedad de responsabilidad limitada la fusión debe ser acordada en la forma establecida en el contrato social para los acuerdos extraordinarios (arts 78, fracs VIII y IX,y 83, *LGSM*) y en la anónima y en la comandita por acciones por la asamblea general extraordinaria de accionistas (arts 182, frac VII, y 208, *LGSM*).

En el supuesto de que la o las sociedades fusionadas sean *intuitu personae* y la fusionante sea *intuitu pecuniae,* la fusión puede provocar la oposición judicial de los acreedores de aquellas (art 224, párr segundo, *LGSM*), porque se podrían afectar sus derechos al disminuir la garantía que representa la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada de los socios de aquellas.

### 20.3.2 Sociedades irregulares

La doctrina más autorizada[18] acepta la fusión de sociedades irregulares en una sociedad regular. En este supuesto, a la luz de lo previsto en el art 2o, párr quinto, *LGSM,* también podría producirse la oposición judicial de los acreedores por las mismas causas señaladas en el caso anterior; pero en todo caso la sociedad irregular debe observar las formalidades necesarias para la validez de los acuerdos de fusión.

### 20.3.3 Sociedades en liquidación

Las sociedades en estado de liquidación por expiración del plazo para el que fueron constituidas o por orden de autoridad, no podrán fusionarse. Pero, si la disolución y liquidación fueren voluntarias, sí podrán hacerlo previa revocación de los correspondientes acuerdos.

### 20.3.4 Sociedades en suspensión de pagos o en quiebra

A nuestro entender, las sociedades en suspensión de pagos solo pueden fusionarse previa autorización judicial (arts 26, frac III, y 414, *LQSP*).

[18] *Cfr* entre otros, RODRÍGUEZ, *op cit,* t II, p 510.

En cuanto a las sociedades en estado de quiebra, la fusión no podrá tener lugar antes de la celebración de los acuerdos o del convenio de extinción de la quiebra a que se refieren los arts 292 y 296, *LQSP.*

### 20.3.5 Sociedades de capital variable

Nada impide la fusión de sociedades de capital variable. En este caso, la fusión puede no implicar una modificación del contrato social cuando estén involucradas sociedades homogéneas con idéntico objeto social y con un capital variable suficiente para cubrir las participaciones de los socios de las fusionadas. Sin embargo, en estos casos no es común que se eleve el capital variable, pues normalmente el que se aumenta es el capital fijo, para evitar que los nuevos socios ejerciten el derecho de retiro.

### 20.3.6 Sociedades controladoras y controladas

No existe impedimento legal alguno para fusionar controladoras y controladas. No obstante, si la fusión implica cuando menos una sociedad anónima o una comandita por acciones, se plantean dos cuestiones

***Primera*** La que se refiere a la prohibición impuesta por el art 196, *LGSM* en el sentido de que los accionistas deben abstenerse de votar en las deliberaciones de las asambleas en las que tengan por cuenta propia o ajena un interés contrario a la sociedad, y

***Segunda*** La que concierne a la prohibición de adquirir las propias acciones, establecida en el art 134, *LGSM.*

Por lo que toca a la primera cuestión nos parece que debe analizarse cada caso, pues no es posible determinar apriorísticamente si existe un conflicto de intereses en la fusión.

Respecto a la segunda cuestión, estimamos que solo pueden suscitarse dos supuestos

1 La fusionada es tenedora de acciones emitidas por la fusionante, o
2 La fusionante es tenedora de acciones emitidas por la fusionada.

En el primer caso es evidente que la hipótesis prevista en el art 134, *LGSM,* no se actualizará si la fusionante de antemano declara que las acciones propias que le corresponderían con motivo de la fusión quedarán extinguidas al momento en que surta efectos ésta, pues en este supuesto nunca llegará adquirirlas. En lo que atañe al segundo caso, también es obvio que la hipótesis no se actualizará si la fusionante no emite acciones propias para canjearlas por las emitidas por la fusionada. Desde luego, ambos supuestos implican que la fusionante no aumente el capital social en la proporción correspondiente al mon-

to de las propias acciones o de las acciones emitidas por la fusionada que recibiría como consecuencia de la fusión.[19]

## 20.4 PROCESO Y ÉPOCA EN QUE SURTE EFECTOS LA FUSIÓN

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* regula el proceso de fusión dando por supuestos varios actos que la preceden. Para dar una idea del proceso, a continuación trataremos de describirlo y explicarlo en la forma en que normalmente sucede en la práctica.

### 20.4.1 Proceso de fusión

*i) **Propuesta de los administradores*** El proceso se inicia cuando los administradores de una sociedad acuerdan unilateralmente proponer la fusión a el o los administradores de otra u otras sociedades.

*ii) **Convenio preliminar*** Aceptada la propuesta, los administradores de las sociedades involucradas establecen las bases de la fusión mediante un convenio preliminar que contiene, entre otras, las siguientes estipulaciones

*a)* La clase de fusión de que se trata
*b)* Los requisitos mínimos que debe reunir el contrato social de la nueva sociedad, si la fusión propuesta es por integración (art 226, *LGSM*), o, la determinación de la empresa que será fusionante y de las empresas que serán fusionadas
*c)* El monto de la participación que los socios de las fusionadas tendrán en el capital social de la fusionante
*ch)* El momento en que haya de surtir efectos la fusión y las operaciones que la fusionante o las fusionadas podrán o deberán realizar en el lapso anterior a la misma
*d)* La forma en que deberán ser garantizados o extinguidos los pasivos de las fusionadas (art 223, *in fine*), y
*e)* Los efectos que producirá la fusión respecto a las relaciones laborales de las fusionadas,[20] etcétera.

[19] Los financieros llaman a estos procesos "despiramidación" forzosa o "neteo" de capital, los cuales solo tienen sentido desde el punto de vista financiero y económico cuando la fusionante controla prácticamente en su totalidad las acciones de la fusionada o, viceversa, cuando la fusionada controla la totalidad de las acciones de la fusionante. Por otra parte, FRISCH PHILIPP estima que no es admisible la fusión en los dos supuestos examinados y propone que las acciones sean enajenadas antes de la fusión; solución que en la mayoría de los casos no es conveniente desde el punto de vista de control de la sociedad que subsiste (*op cit*, pp 330 y 340).

[20] Esta estipulación es prácticamente obligada cuando se tienen celebrados contratos colectivos de trabajo, para los efectos de substitución del patrón.

El convenio preliminar queda subordinado a dos condiciones: una, suspensiva, para el caso de que los socios de las empresas implicadas en la fusión lo aprueben y, la otra, extintiva, para el caso de que no lo aprueben.

*iii)* ***Acuerdos de fusión*** La junta o la asamblea extraordinaria de socios, legalmente convocada y reunida, de cada una de las sociedades aprueba unilateralmente el convenio preliminar de fusión y toma los acuerdos del caso, en la forma y términos que correspondan según su naturaleza (art 222, *LGSM*). Entre tales acuerdos, se cuenta el de autorizar a sus respectivos administradores para que celebren el llamado *contrato de fusión,* pues los acuerdos unilaterales de cada una de las sociedades involucradas en el proceso no obligan a la otra o a las otras.

*iv)* ***Formalidades y publicidad*** Una vez celebrado el contrato de fusión entre los administradores de la fusionante y las fusionadas se protocolizan las actas de las juntas o asambleas extraordinarias de socios que contengan los acuerdos de fusión y se inscriben en el Registro Público de Comercio, a la vez que se publican en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse. Asimismo, cada sociedad deberá publicar su último balance y aquella o aquellas que dejen de existir deberán publicar, además, el sistema establecido para la extinción de su pasivo o bien el certificado en que se haga constar que quedó constituido el depósito del importe de todas las deudas (arts 223 y 225, *in fine, LGSM*).

La doble publicidad de los acuerdos y los balances, en el Registro Público de Comercio y en el periódico oficial, tiene el propósito de proteger a los acreedores, cuyos intereses se podrían ver perjudicados al tener que concurrir con los acreedores de las otras sociedades en el cobro de sus créditos. Sin embargo, debe advertirse que la protección de los acreedores no es tan completa como sería deseable, porque la *Ley* no fija un plazo determinado para hacer las publicaciones en el periódico oficial; omisión ésta que con frecuencia propicia el abuso de que la divulgación de dichos documentos se haga unos cuantos días antes de que surta efectos la fusión.

## 20.4.2 Época en que surte efectos la fusión

Por regla general, la fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse hecho la inscripción de los acuerdos de fusión en el Registro Público de Comercio. En el cómputo del plazo no cuenta el día de la inscripción y los meses se computarán según estén designados en el calendario gregoriano (art 84, *Co Com*). A nuestro juicio, nada impide que se acuerde un plazo mayor pues, el plazo se establece en beneficio de los acreedores.

Con arreglo a lo dispuesto por el art 224, párr segundo, *LGSM,* durante el plazo de tres meses antes mencionado, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan podrá oponerse judicialmente, en la vía sumaria, a la fusión,

la cual se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada. Ahora bien, dado que no existe la vía sumaria mercantil y de que no es procedente la sumaria civil, la oposición debe plantearse en la vía ordinaria mercantil, según hemos dejado expuesto en otro lugar.

Por excepción, conforme a lo previsto en el art 225, *LGSM,* la fusión podrá tener efecto en el momento de la inscripción

*a)* Si se *pactare* el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse, o
*b)* Si se depositare el importe de las deudas en una institución de crédito, o
*c)* Si constare el consentimiento de todos los acreedores.

En lo que toca al primer supuesto, **Rodríguez** observa que el enunciado legal de que la fusión surtirá efectos al momento de la inscripción de los acuerdos en el Registro de Comercio si se pactare el pago de todas las deudas, carece de sentido lógico y jurídico y afirma que lo "que el legislador mexicano quiso decir fue *si se aprobara el pago de todas las deudas*",[21] lo cual también es ilógico.

Pero, por otro lado, de ser correcta la opinión de **Rodríguez** en el sentido de que el art 225, *LGSM,* tiene su antecedente en los arts 195 del Código de Comercio italiano y 225 del Anteproyecto D'Amelio que "se refieren a esta hipótesis hablando de que si *constare* el pago de los créditos, la fusión podrá ser inmediata",[22] es claro que lo que el autor de la *LGSM* quiso decir fue que la fusión surtirá efectos al momento de la inscripción de los acuerdos "si *constara* el pago de todas las deudas"; es decir, si constara que las sociedades que se fusionan no tienen pasivos, pues en este supuesto sería ocioso esperar una oposición de los acreedores que nunca se produciría.

Por lo que atañe a los otros dos supuestos, cabe notar que el primer párr del art 225 declara, *in fine,* que "*A este efecto, las deudas a plazo se darán por vencidas*". Tan imprecisa declaración nos induce a preguntar ¿a qué efecto?, ¿al previsto para ambas hipótesis? o ¿únicamente al que se refiere a obtener el consentimiento de todos los acreedores? Si la declaración legal se refiere al primer supuesto, o sea al de depositar en una institución de crédito el importe de las deudas, tiene sentido que éstas se declaren vencidas por ministerio de *Ley,* toda vez que en materia mercantil el plazo favorece a los acreedores; pero, si alude al último supuesto, la cuestión ya no es tan clara, pues lo lógico sería

*a)* Que la fusionante solicitara el consentimiento de los acreedores para incrementar sus pasivos, pero no para pagarlos, y
*b)* Que las fusionadas pidieran a sus respectivos acreedores que consientan la substitución de deudor y no el pago anticipado de sus créditos.

[21] *Op cit,* t II, p 515. Las itálicas son de RODRÍGUEZ.

[22] RODRÍGUEZ transcribe en lo conducente ambos preceptos de la siguiente manera: art 195, Código de Comercio italiano: ". . .salvo che consti il pagamento di tutti i debiti sociali. . ."; art 225, Anteproyecto D'Amelio: ". . .che consti il pagamento di tutti i debiti. . ."

Para salvar estas incongruencias de la *Ley*, es común en la práctica corporativa mexicana estipular en los acuerdos de fusión que ésta surtirá efectos a partir del momento de su inscripción en el Registro de Comercio y que, con fundamento en la parte final del primer párr del art 225, se considerarán vencidas y pagaderas de inmediato las deudas de los acreedores que no consintieren en ella.[23]

Expuesto lo anterior, sólo nos queda por decir que realizada cualquiera de las hipótesis previstas en el art 225 o transcurrido el plazo de tres meses establecido en el art 224 sin que se haya formulado oposición, la fusión surte efectos y la fusionante toma a su cargo los derechos y las obligaciones de las fusionadas, bien entendido que si se formulara oposición, la fusión no tendrá efecto sino hasta el momento en que se dicte sentencia declarándola infundada.[24 y 25]

## 20.5 EFECTOS DE LA FUSIÓN

La fusión afecta no sólo a los acreedores de las sociedades implicadas en el proceso, sino también a sus socios y aun a las propias sociedades.

### 20.5.1 Efectos de la fusión en cuanto a los acreedores

Ya hemos dicho que la fusión puede perjudicar a los acreedores de cualquiera de las sociedades involucradas en ella por tener que concurrir con los acreedores de las otras sociedades en el cobro de sus créditos y que, frente a esta situación, la *Ley* les concede la acción de oposición. También hemos dejado establecido que la protección que les brinda la *Ley* a los acreedores es insuficiente porque no establece un plazo determinado para la publicación tanto de los acuerdos de fusión, como del balance y del sistema para la extinción de los pasivos de las fusionadas.

Ahora, nos cumple referirnos a otras deficiencias de la *Ley* en lo referente al balance de fusión y al sistema para la extinción de los pasivos de las fusionadas.

#### 20.5.1.1 BALANCE DE FUSIÓN

Respecto al balance de fusión, debe destacarse que la *Ley* no exige que se elabore uno especial, sino que se satisface estableciendo que se publique el últi-

[23] Como es de suponer, esta estipulación solo se hace después de que se negoció con los principales acreedores de la sociedad en que consentirán en la fusión.

[24] *Op cit*, p 342.

[25] En la inmensa mayoría de los casos los acreedores de las sociedades que se fusionan ni siquiera se enteran del proceso y, si lo hacen, se mantienen indiferentes a él. Sin embargo, en los raros casos en que hay oposición la sociedad afectada acostumbra consignar judicialmente el importe de los créditos del opositor con lo que el juez declara infundada aquella.

mo. Ahora bien, en virtud de que por razones fiscales se procura que la fusión surta efectos a la conclusión de los ejercicios sociales de las empresas que se van a fusionar, en épocas de inflación y de incertidumbre económica la publicación de un balance practicado siete u ocho meses antes puede tener poca significación a la luz de los drásticos cambios financieros y económicos que pueden sufrir las sociedades en el lapso transcurrido entre la fecha de elaboración del último balance y la de su divulgación. Por este motivo la fusionante y las fusionadas acostumbran practicar balances especiales de fusión que son los que generalmente se publican en forma individual, aunque lo deseable sería que además practicaran y publicaran un balance consolidado que reflejara los efectos que producirá la fusión en la fusionante.

En este mismo orden de ideas, cabe advertir que no solo debe publicarse el estado de situación financiera (balance), sino también el estado de resultados (pérdidas y ganancias) y los estados de cambio de situación financiera y patrimonial de las sociedades, pues el art tercero transitorio del *Decreto de diciembre 18 de 1980 que Reformó y Adicionó Diversas Disposiciones de Carácter Mercantil* ordena que cuando las leyes mercantiles aludan al *balance* debe entenderse que se refieren a los estados financieros enumerados en el art 172, *LGSM*.

### 20.5.1.2 SISTEMA PARA LA EXTINCIÓN DE LOS PASIVOS DE LAS FUSIONADAS

El sistema para la extinción de los pasivos de las fusionadas, como su nombre lo indica, consiste en un conjunto de estipulaciones que deben observarse para pagar los adeudos de éstas.

En principio, el sistema en cuestión debe contener la estipulación de que las deudas de las fusionadas serán pagadas por la fusionante en la forma términos y condiciones originalmente pactados, o bien, que se depositará su importe en una institución de crédito.

Legalmente nada impide que se establezca un sistema de extinción de pasivos mixto, en el que se estipule que el importe de algunas de las deudas se depositará en una institución de crédito y que las restantes serán pagadas en la forma, términos y condiciones originalmente pactados. Este sistema es particularmente útil en aquellos casos en los cuales algunos acreedores amenazan con oponerse a la fusión o se resisten a recibir el pago anticipado de sus créditos.

Otro sistema de extinción de pasivos que suele establecerse en la práctica consiste en estipular que las fusionadas deberán pagar todas sus deudas pendientes en el curso del plazo legal previo a la fusión y que no deberán contraer nuevos adeudos con vencimiento posterior a la fecha de fusión. En cuanto a este sistema, es conveniente observar que también puede ocurrir, aunque rara vez se da el caso, que alguno o algunos de los acreedores se opongan al pago anticipado de sus créditos, razón por la cual adicionalmente se acostumbra es-

tipular que, con fundamento en lo dispuesto en el art 226 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* las deudas a plazo se depositarán y se darán por vencidas por ministerio de ley al momento en que surta efectos la fusión.

El depósito de las deudas en una institución de crédito suele hacerse mediante la constitución de un fideicomiso, en el que se nombra un comité técnico encargado de pagarlas con arreglo a la observancia de ciertos requisitos de identificación de los acreedores y de liquidación de los pasivos pendientes.

Como antes se indicó, el sistema para la extinción de los pasivos de las fusionadas por lo común no se publica por separado, pues las más de las veces está incluido en los acuerdos de fusión.

## 20.5.2 Efectos de la fusión en cuanto a los socios

El efecto más importante que produce la fusión respecto a los socios de las fusionadas es el de pasar a ser socios de la fusionante y, por consiguiente, el de recibir el reconocimiento de su participación en el capital social de ésta, si se trata de la colectiva y la comandita simple, o nuevas partes sociales en el caso de la limitada, o acciones si se trata de la anónima y de la comandita por acciones.

La fusión puede afectar el estatus que los socios de la fusionante y las fusionadas guardan dentro de sus respectivas sociedades, tanto en lo que se refiere a su participación en el capital y el haber social como en lo que atañe a su poder de decisión. De igual manera, si la fusionante es una colectiva o una comandita simple o por acciones, los socios colectivos y comanditados pueden ver incrementada su responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de las obligaciones sociales si como consecuencia de la fusión aumentan los pasivos de aquella. Por tal circunstancia, el legislador ha querido que los acuerdos de fusión se tomen por las juntas o asambleas extraordinarias de socios, mediante la observancia de las formalidades que antes hemos dejado anotadas.

El único medio de defensa que confiere la *Ley* a los socios minoritarios de la colectiva y de la comandita simple es el de separación, no tanto por causa de la fusión, sino por la modificación al contrato social que ésta implica (arts 34 y 57, *LGSM*).

Los socios minoritarios de la limitada no tienen derecho de separación por causa de la fusión, aunque pueden impedirla cuando implique un cambio de objeto social o un aumento de sus obligaciones, pues en estos casos se requiere la unanimidad de votos (art 83, *LGSM*).

Por su parte, los accionistas minoritarios de la anónima y de la comandita por acciones tampoco tienen derecho de separación, salvo que la fusión conlleve un cambio de objeto o de nacionalidad o la transformación de la sociedad (art 206, *LGSM*). **Rodríguez** opina que

parece indiscutible que los socios de la anónima tienen también un derecho de separación cuando hubieren votado en contra del acuerdo de fusión.[26]

Y en apoyo de su tesis esgrime los siguientes argumentos

1o No puede negarse el derecho de separación cuando éste se concede para el caso de transformación que con frecuencia tiene menos trascendencia jurídica
2o Si a la transformación se aplican las reglas de la fusión a contrario a ésta deben aplicarse las reglas de aquella, y
3o "Porque siendo un caso evidente de laguna legal, la interpretación extensiva es completamente adecuada".

Marginalmente, en una nota de pie de página, **Rodríguez** hace suya la tesis de Manuel **Porrúa Pérez**, en el sentido de que la *Ley General de Sociedades Mercantiles* en su art 4o transitorio derogó, pero no abrogó, el Título Segundo del Libro Segundo del *Código de Comercio* en lo que se le oponga, de donde infiere que continúa vigente el art 260 de este ordenamiento que consideraba disuelta la sociedad para los socios que disintieran de la fusión.

Ante el hecho de que el autor de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, deliberadamente o por omisión, no incluyó la fusión como causal de retiro en el art 206, a nuestro juicio los argumentos del ilustre tratadista español carecen de peso

*a)* Porque los métodos de interpretación por mayoría de razón y *a contrario sensu* son restrictivos y no extensivos; es decir, porque únicamente procede aplicarlos cuando hay un texto expreso de la ley que lo permita,[27] y
*b)* Porque, según hemos visto en otra parte, nuestro sistema legal sólo admite que las lagunas de la ley sean colmadas con los principios generales de derecho (arts 14, constitucional y 19 *CCDF*).

Pero con esta observación no queremos dar a entender que haya impedimento legal alguno para estipular en los acuerdos de fusión que los socios disidentes tendrán derecho de separación, pues con base en el principio de autonomía de la voluntad, se pueden prever otros casos de retiro fuera de los enumerados en el art 206, *LGSM*, a condición de que el número de socios no se reduzca a menos del mínimo legal.

## 20.5.3 Efectos de la fusión en cuanto a las sociedades

Los efectos de más trascendencia, en cuanto a las sociedades que se fusionan, están previstos en la parte final del art 224, a cuyo tenor

[26] *Op cit*, t II, p 513.
[27] *Cfr* BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, t I, Porrúa, 1962, p 40.

*la sociedad que subsista o la que resultare de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas.*

En otras palabras, los principales efectos de la fusión respecto a las sociedades consisten

1 En que por ministerio de ley, se produce una transmisión universal del patrimonio de las fusionadas a la fusionante, sin que sea necesario celebrar contratos particulares de transmisión de los bienes y derechos, ni recabar el consentimiento expreso de los acreedores a la sustitución de deudor, pues se presume que consienten tácitamente en ella al no oponerse a la fusión (arts 2051 y 2052 *CCDF*), y
2 En que las sociedades fusionadas se extinguen al momento de la fusión.

Sin embargo, conviene hacer notar que, por razones de legitimación, las fusionadas deben endosar a favor de la fusionante los títulos-valor que tuvieren en su poder y que por exigencias de índole fiscal deben facturarle globalmente sus inventarios, maquinaria y equipos.

Abundando en esta cuestión, entendemos que en lo que atañe a la transmisión de los inmuebles se pueden seguir dos sistemas: uno, que estriba en identificar en los acuerdos de fusión los inmuebles de las fusionadas que se habrán de transmitir a la fusionante y, el otro, que consiste en otorgar las llamadas *escrituras complementarias de fusión,* en las que se hace constar cuales inmuebles pasaron al patrimonio de la fusionante como consecuencia de ésta. En ambos supuestos deben hacerse las inscripciones del caso en el Registro Público de la Propiedad para que la transmisión surta efectos frente a terceros.

La transmisión de los patrimonios de las fusionadas no constituye una aportación de éstas porque, como dejamos asentado, si así fuera pasarían a ser socias de la fusionante. Por consiguiente, lo que ocurre al momento de la fusión es que los socios de las fusionadas aportan, a la nueva sociedad o a la subsistente, los derechos que les corresponden sobre el haber social de las sociedades que se extinguen,[28] a cambio de lo cual reciben un reconocimiento sobre el patrimonio de la fusionante, si ésta es una colectiva o una comandita simple, o partes sociales, si se trata de una limitada, o acciones si se trata de una anónima o de una comandita por acciones.

### 20.5.3.1 EFECTOS EN CUANTO A LA FUSIONANTE

Al consumarse la fusión, por ministerio de ley la fusionante deviene en causahabiente universal de las sociedades que se extinguen y, en consecuencia, sus activos y pasivos se incrementan con los de las fusionadas, a menos que se haya estipulado el depósito o el pago de las deudas de éstas, en cuyo caso solo

[28] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 517.

aumenta el activo. Como quiera que sea, el patrimonio social de la fusionante sufre un aumento neto,[29] lo que motiva el correspondiente incremento de su capital social para efectos de reconocer la participación que tienen en el mismo los socios de las fusionadas y, en su caso, para emitir las partes sociales o las acciones que les correspondan.

El aumento del capital social de la fusionante implica una modificación de la escritura constitutiva, excepto en el supuesto de que opere bajo la modalidad de capital variable y que éste sea suficiente para satisfacer los derechos de los nuevos socios. No obstante, en este supuesto sería prudente que la nueva sociedad o a la que subsista aumenten el capital social fijo para evitar descapitalizarse con motivo del derecho de retiro que concede a los socios el art 220, *LGSM*. Pero, por otra parte, el aumento del capital variable por fusión puede ser un instrumento adecuado para permitir la separación de los socios disidentes.

En razón de la sustitución de deudor que se produce *ipso iure* como consecuencia de la fusión (art 224, *LGSM*), la fusionante asume como propias las obligaciones de las fusionadas pendientes al momento de la fusión y responde de ellas con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables e inembargables (art 2964, *CCDF*). Asimismo, si la fusionante reviste la forma de una colectiva o de una comandita simple o por acciones, los socios colectivos y los comanditados responden de las obligaciones sociales subsidiaria, ilimitada y solidariamente (arts 25, 51 y 207, *LGSM*).

### 20.5.3.2 EFECTOS EN CUANTO A LAS FUSIONADAS

En lo que concierne a las fusionadas, **Rodríguez**[30] estima que su extinción equivale a una disolución sin liquidación; pero este criterio no es aceptado unánimemente por la doctrina mexicana,[31] porque la disolución implica la pérdida parcial de la capacidad jurídica de la sociedad y la consiguiente cesación de las actividades para las cuales fue constituida, situación que no se presenta en el caso de fusión, porque las fusionadas continúan operando normalmente hasta el momento en que ésta surte efectos.

La fusión tampoco puede equipararse propiamente a la liquidación, porque ésta supone la resolución progresiva de los vínculos jurídicos establecidos

[29] No obstante, tenemos conocimiento de un caso en el que el patrimonio de la fusionante sufrió un decremento, toda vez que la fusionada tenía un "capital contable negativo", es decir, porque sus pasivos excedían a sus activos. En el caso en cuestión los socios de la fusionante y la fusionada eran los mismos y tenían igual participación en el capital social de ambas, de manera que lo que se buscó y logró con la fusión fue evitar la quiebra judicial de esta última. Desde luego, este caso planteó algunos problemas fiscales que aquí no cabe comentar.

[30] *Op cit*, pp 509 y 516.

[31] *Cfr* VÁSQUEZ DEL MERCADO, *op cit*, p 340.

entre la sociedad y terceros mediante el cumplimiento de sus obligaciones, el cobro de los créditos a su favor y la enajenación de todos sus bienes, así como la resolución de los vínculos establecidos entre la sociedad y los socios mediante la distribución del haber social entre éstos, circunstancias que tampoco se presentan en la fusión, porque, como antes se indicó, las fusionadas en un solo acto transmiten a título universal a la fusionante la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones sin que se requiera ejecutar todas las operaciones de liquidación que hemos mencionado. En pocas palabras, en virtud de la fusión las fusionadas simplemente se extinguen, como lo señala acertadamente el art 224, y en consecuencia, pierden su personalidad jurídica y desaparecen todos sus atributos, o sean, el nombre, el domicilio, la nacionalidad, la capacidad y el patrimonio y la fusionante deviene en causahabiente universal de ellas.

## 20.6 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUSIÓN. CONCEPTO

Deliberadamente nos apartamos del método de exposición que hemos seguido hasta ahora en este curso en virtud de que consideramos que, para caracterizar la fusión, primero era necesario referirnos tanto a sus diversas clases como a los efectos que produce.

En lo concerniente a la naturaleza jurídica de la fusión, la doctrina nacional y extranjera la ha caracterizado ya sea atendiendo a alguno de los actos jurídicos que implica o a alguno de los efectos que produce, pues de ella se ha dicho que es un modo de disolución de la sociedad, o una especie de cesión, o un contrato de constitución de sociedad, o una sucesión universal intervivos, o un negocio corporativo de reestructuración o transformación de las fusionadas, etcétera.[32]

Por nuestra parte, sin entrar a considerar las diferentes teorías que se han elaborado respecto a esta cuestión, estimamos que la fusión es un acto jurídico complejo que toma su origen en varios actos unilaterales (los acuerdos de fusión) que se formalizan en un contrato bilateral o plurilateral (el contrato de fusión) cuyos efectos consisten

*a)* En la tansmisión universal del patrimonio de las fusionadas a una sociedad nueva o subsistente (fusionante)
*b)* En la extinción de las fusionadas, con la consecuente resolución de los vínculos jurídicos que tuvieran establecidos con terceros y con sus propios socios
*c)* En la sustitución de deudor respecto a los acreedores de las fusionadas, y
*ch)* En el establecimiento de nuevos vínculos jurídicos entre la fusionante y los socios de las fusionadas.[33]

[32] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, pp 507 y ss; VÁSQUEZ DEL MERCADO, *op cit*, pp 306 y ss.

[33] Incidentalmente, no creemos que la fusión sea un acto de constitución de sociedad, como parece sugerirlo el art 224, *LGSM*, que alude a "la sociedad que resulte de la fusión", porque la constitución de la nueva sociedad debe ser previa y porque no es un requisito esencial de la fusión, sino un supuesto de la que se realiza por integración.

## 20.7 NULIDAD Y REVOCACIÓN DE LOS ACUERDOS. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. EFICACIA

El proceso de fusión puede interrumpirse y extinguirse por nulidad de los acuerdos y del contrato de fusión o bien, por revocación de los acuerdos o resolución convencional del contrato de fusión.

### 20.7.1 Nulidad de los acuerdos

Según hemos explicado en el presente capítulo y en otras partes de este curso, la ley exige que los acuerdos de fusión queden subordinados a la observancia de ciertas formalidades y, además, que no sean contrarios a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres. La inobservancia de estas exigencias legales produce la nulidad de los acuerdos y la consecuente interrupción y eventual extinción del proceso de fusión.

Para el caso de que se demandara la nulidad de los acuerdos *después* de consumada la fusión, nos parece que la declaración judicial no podría destruir plenamente en forma retroactiva los efectos de ésta, pues a lo sumo, conforme a lo dispuesto por el art 2239, *CCDF*, obligaría a los socios de las fusionadas a restituir a la fusionante las acciones que de ella hubieren recibido y a ésta a restituirles a aquellos *en numerario* el importe de lo que haya recibido o percibido en virtud o como consecuencia del acto anulado, toda vez que es imposible que la fusionante restituya a las sociedades que se extinguieron lo que de ellas hubiera recibido o percibido.[34]

Por otra parte, si la fusión tiene por finalidad la creación de un monopolio, está fuera de duda que no procedería declarar la nulidad de la fusión, sino la de la sociedad fusionante por encontrarse en el supuesto previsto por el art 3o, *LGSM*.

Lo que hemos expuesto para los acuerdos puede decirse del contrato de fusión, cuya validez y anulación están sujetas a los mismos requisitos establecidos por la *Ley* para la validez y anulación de cualquier otro acto jurídico.

### 20.7.2 Revocación de los acuerdos de fusión

En tanto que son unilaterales, los acuerdos de fusión pueden ser revocados libremente por la fusionante o por las fusionadas mientras no concurran con los

[34] Respecto a esta cuestión FRISCH (*op cit*, p 344) nos informa que, conforme a la doctrina alemana, si la anulación de la fusión es procedente, se efectuará lo que se conoce como "desfusión" (*entschmelzung*), por medio de la cual la sociedad anónima subsistente debe devolver a la sociedad anónima injustificadamente absorbida los bienes obtenidos por la fusión" y que si ya no es posible tal devolución se puede resolver la situación mediante *condictiones* que implican que los accionistas de la fusionada devuelvan a la fusionante las acciones que hubieren recibido de ella (supuestamente contra el pago de las mismas).

acuerdos de las otras sociedades en la formación del contrato de fusión. La revocación unilateral de los acuerdos después de celebrado el contrato de fusión implica la resolución unilateral del mismo y sujeta a quien la hace a la responsabilidad por los daños y perjuicios que de ella pudieran derivarse.

Por lógica, los acuerdos de fusión no pueden revocarse una vez consumada ésta, pues para entonces las fusionadas ya se habrían extinguido, y no tendría sentido hacerlo porque ello implicaría escindir a la fusionante y constituir una o varias sociedades a las cuales transmitir los bienes, derechos y obligaciones procedentes de la escisión.

### 20.7.3 Resolución y modificación del contrato de fusión

El contrato de fusión puede ser resuelto o modificado convencionalmente por las partes sólo mientras aquella no se consume (art 1792, *CCDF*), pues, por las mismas razones expuestas para el caso de revocación de los acuerdos, no tendría sentido hacerlo una vez extinguidas las fusionadas.

La resolución o las modificaciones substanciales del contrato de fusión requieren la revocación o modificación previa de los acuerdos en que se sustenta, habida cuenta que sin el consentimiento de los socios los administradores de las sociedades incurrirían en un abuso de sus facultades.

Para concluir, la omisión de inscribir en el Registro Público de Comercio los acuerdos de fusión acarrea la ineficacia de éstos frente a terceros, quienes pueden aprovechar la falta de inscripción en lo que les sea favorable (art 26, *Co Com*).

## 20.8 TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES. CONCEPTO. FORMALIDADES Y REQUISITOS DE EFICACIA. EFECTOS *TRANSFORMACIÓN* DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE. EFECTOS EN CUANTO A LA SOCIEDAD, LOS SOCIOS Y LOS ACREEDORES

### 20.8.1 Concepto

Como su nombre lo indica, la transformación es un acto jurídico por el cual una sociedad mercantil constituida en alguna de las formas establecidas en el art 1o, *LGSM*, la cambia por otra, de las ahí mismo enumeradas o adopta cualquier otro tipo legal de sociedad, inclusive no mercantil, mediante una modificación a las estipulaciones del contrato social concernientes a la responsabilidad de los socios y/o a la organización y funcionamiento de la sociedad.[35] Por las

[35] *Cfr* GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, 1981, p 578, y BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, p 181.

mismas razones, también se habla de transformación cuando una sociedad no mercantil adopta cualquiera de las formas establecidas en el art 1o, *LGSM.*

Con arreglo a lo dispuesto por el art 227, no es obligatorio que las sociedades mercantiles cambien su forma por cualquiera de las previstas en el art 1o, *LGSM,* pues pueden adoptar *cualquier otro tipo legal.*[36]

Atendiendo a que la transformación siempre implica reformar el contrato social y modificar la responsabilidad de los socios, la *Ley* la sujeta a diversas formalidades y requisitos de eficacia.

## 20.8.2 Formalidades y requisitos de eficacia

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* no establece un procedimiento especial para la figura que nos ocupa, pues, conforme a lo dispuesto por el art 228 *"En la transformación de las sociedades se aplicarán los preceptos contenidos en los arts anteriores de este capítulo"*, esto es, los relativos a la fusión. Por supuesto, la aplicación de las reglas de la fusión a la transformación de sociedades debe hacerse *mutatis mutandi,* habida cuenta de que en el proceso de transformación no participan dos o más sociedades como ocurre en la fusión, circunstancia que nos llevará más adelante a tratar de determinar si la transformada subsiste, o bien, si se extingue y nace una nueva sociedad a la cual se transmiten a título universal los bienes, derechos y obligaciones de la extinta.

Por lo que se refiere a las formalidades y requisitos de eficacia de la transformación, es aplicable lo dispuesto por los arts 222, 223, 224 y 225, *LGSM,* para la fusión y, en consecuencia

*a)* El cambio de forma debe ser decidido por la sociedad mediante las formalidades que correspondan conforme a su naturaleza
*b)* Los acuerdos de transformación deben inscribirse en el Registro Público de Comercio y publicarse en el periódico oficial del domicilio de la sociedad
*c)* Debe publicarse el último balance, pero es dudoso que también deba publicarse el sistema para la extinción de los pasivos de la sociedad porque no hay substitución de deudor
*ch)* La transformación no podrá tener efecto sino tres meses después de que se hubieren inscrito los acuerdos en el Registro Público de Comercio, plazo durante el cual los acreedores de la sociedad tendrán derecho de oposición

[36] De hecho, por razones fiscales, en los últimos años numerosas sociedades mercantiles han adoptado la forma de sociedades civiles, práctica esta que ha sido cuestionada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, pero que ha sido reconocida como legal por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia al menos en dos ejecutorias. También se da el caso inverso, es decir, cuando una sociedad civil toma la forma mercantil (art 2695, *CCDF*), para conservar la razón denominación social y por razones de índole fiscal.

*d)* Si hubiere oposición, la transformación se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que la declare infundada, y
*e)* Por excepción, la transformación tendrá efecto en el momento de la inscripción si la sociedad no tuviere deudas o si depositare el importe de ellas en una institución de crédito o si constare el consentimiento de todos los acreedores.

En lo que toca a la protección de los acreedores, es obvio que el plazo establecido a su favor para que ejerciten el derecho de oposición solo tiene razón de ser cuando la transformación implique una disminución de la responsabilidad de los socios, por ejemplo, cuando una colectiva se transforme en anónima, pero no a la inversa.

Por otra parte, la publicación del balance y del sistema establecido para la extinción de los pasivos prácticamente no tienen utilidad alguna, pues la transformación no conlleva un cambio de situación financiera o patrimonial de la sociedad o de los términos y condiciones originalmente estipulados por la transformada para pagar sus deudas. Pero no ocurre lo mismo en lo que corresponde a la publicación de los acuerdos de transformación, toda vez que su divulgación en el periódico oficial puede ser el medio más adecuado de divulgación que su inscripción en el Registro Público de Comercio.

### 20.8.3 Efectos. ¿Subsistencia o extinción de la transformada?

Una de las cuestiones más espinosas en materia de transformación de sociedades, es la que se refiere a dilucidar si la transformada subsiste o bien si se extingue y nace una nueva sociedad. A este respecto, la doctrina mexicana es prácticamente unánime en considerar que la transformación no afecta a la personalidad jurídica de la transformada y que, en consecuencia, no implica la extinción de la sociedad y la constitución de una nueva, sino un simple cambio del tipo legal.[37] **Mantilla Molina** sintetiza tales conceptos afirmando que

> La transformación deja subsistente la personalidad moral de la sociedad, es decir, no hay extinción de una persona y creación de otra, lo que implicaría una transmisión de bienes y derechos que tendría repercusiones de índole fiscal y la extinción de aquellos derechos que no fueren cesibles.[38]

Sin embargo, en la Exposición de Motivos de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* se lee que la diferencia fundamental entre la fusión y la transformación consiste en que ésta *da nacimiento siempre a un sujeto de derecho*

[37] *Cfr* RODRÍGUEZ *op cit*, t II, p 521; MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 247; CERVANTES AHUMADA, *op cit*, p 198; MUÑOZ, Luis, *op cit*, p 137; PINA VARA, *op cit*, p 137, etcétera.
[38] *Op cit*, p 247.

*distinto al que antes venía actuando y la fusión no.* Este punto de vista también es sustentado por **Frisch Philipp,** quien considera que "no existe identidad entre las *sociedades* que participan en la transformación, de modo que la sociedad anónima que fue transformada desaparece".[39]

### 20.8.3.1 NUESTRA OPINIÓN

Es bien sabido que una cosa es lo que declara el legislador en la Exposición de Motivos o en los Considerandos de la *Ley* y otra lo que plasma en los preceptos que la integran, pues con frecuencia la letra o el contexto de los dispositivos legales no corresponden a la intención o al concepto que quiso expresar. Por consiguiente, si nos atenemos al contexto de la *Ley,* estimamos que la transformación no implica la extinción de la transformada, sino su subsistencia bajo un nuevo tipo legal, por las siguientes razones

***Primera*** Porque la transformación no supone la prexistencia de una sociedad incorporante, ni impone la necesidad de constituir una nueva, sino la de modificar el contrato social de la transformada en lo concerniente a la responsabilidad de sus socios y a su régimen de organización y funcionamiento;[40]

***Segunda*** Porque, como consecuencia de lo anterior, al no existir una sociedad incorporante o una sociedad nueva no hay transmisión a título universal de los bienes, derechos y obligaciones de la transformada, con las consecuencias que esto conlleva; y

***Tercera*** Porque, en última instancia, de ninguna parte de la *LGSM* se infiere que la personalidad jurídica de una especie de sociedades sea diferente a la de otra especie, lo cual justificaría la extinción de la transformada y el nacimiento de la nueva sociedad.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Distrito, en una confusa tesis aislada[41] ha establecido que cuando una sociedad se *convierte* en alguna otra de las especies que enumera el art 1o de la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* "se crea un sujeto de derecho distinto al existente antes de la transformación" y añade que ésta "no es generadora de un sujeto de derecho distinto al existente antes de la transformación, cuando subsisten el mismo capital social, domicilio, objeto y duración", con lo que se da a entender que si no se cambian dichos elementos del contrato social no hay transformación. Decididamente, esta tesis es inaceptable, porque el cambio de forma, en

[39] *Op cit,* p 34. Las itálicas son nuestras.
[40] *Cfr* GARRIGUES, *op cit,* p 578, y BARRERA GRAF, *op cit,* p 181.
[41] *Revisión Civil 171/76.*

principio, no conlleva la modificación del capital social, ni del domicilio, objeto o duración de la transformada.

Como quiera que sea, la cuestión sólo quedará zanjada cuando se modifique la *Ley* o cuando exista jurisprudencia definida que declare la subsistencia o la extinción de la transformada y la creación de una sociedad nueva.[42]

### 20.8.4 *Transformación* por adopción de la modalidad de capital variable

El art 227, *in fine,* enuncia que las sociedades constituidas en alguna de las formas establecidas en las fracs I a V del art 1o, *LGSM,*[43] podrán *transformarse* en sociedades de capital variable, lo cual impone la tarea de dilucidar si la adopción de dicha modalidad en realidad implica un cambio de forma.

En lo que toca a esta cuestión consideramos que la adopción de la modalidad de capital variable no implica una transformación, por las siguientes razones

1a) Porque, como ya vimos en otro lugar, la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* a diferencia del Código de Comercio de 1884, no considera a las sociedades de capital variable como una especie diferente a las seis enumeradas en su art 1o, es decir, porque no reglamenta a once tipos diferentes de sociedad, y

2a) Porque la adopción de la modalidad del capital variable no implica un cambio en la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios o en las reglas de organización y funcionamiento de la sociedad, que es lo que caracteriza a la transformación, sino una modificación al contrato social en lo que atañe a la forma, términos y condiciones para el aumento y disminución del capital variable (arts 214 y 216, *LGSM*).

Por otra parte, en la misma tesis de jurisprudencia a que antes aludimos se ha establecido que la *transformación* de una anónima en sociedad de capital variable no implica su extinción, ni la creación de un sujeto de derecho distinto al existente antes de la *transformación,* porque no hay un cambio de capital social, de domicilio, de objeto y de duración.

[42] Entre otras, la Ley de Sociedades Anónimas Española declara expresamente en su art 137 que las sociedades transformadas conservan su personalidad jurídica. *Cfr* GARRIGUES, *op. cit,* pp 575 y 578.

[43] No se incluye a la cooperativa (a la que se alude en la frac VI del art 1o) en virtud de que ésta siempre debe constituirse como sociedad de capital variable.

## 20.8.5 Efectos de la transformación en cuanto a la sociedad, los socios y los acreedores

### 20.8.5.1 EN CUANTO A LA SOCIEDAD

Si no hay extinción de la sociedad no puede hablarse de causahabencia a título universal en los bienes, derechos y obligaciones de la transformada, y por ello tampoco puede decirse que hay incremento un su patrimonio o una asunción de obligaciones de otras sociedades. La sociedad continúa respondiendo del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes.

En todos los casos, la transformación implica una modificación del contrato social, aunque no haya aumento de capital, pues como antes hemos dicho, afecta a la responsabilidad de los socios y a las reglas de organización, funcionamiento y administración de la transformada.

### 20.8.5.2 EN CUANTO A LOS SOCIOS

La transformación puede implicar un incremento o una disminución de la responsabilidad de los socios, según sea la nueva especie de sociedad que se adopte. Desde luego, los socios no requieren del reconocimiento de su participación en el capital social de la transformada pues ésta no se modifica. En consecuencia, a lo sumo tienen derecho a que se les expidan partes sociales o acciones si la nueva forma adoptada es la de una sociedad de responsabilidad limitada o una anónima o una comandita por acciones.

El cambio de forma puede motivar la separación de los socios de la colectiva y de la comandita simple por modificación del contrato social (arts 34 y 57, *LGSM*). Los accionistas disidentes de la anónima y de la comandita por acciones, tienen derecho a separarse de la sociedad por disposición expresa de la *Ley* (arts 206 y 208). Los socios minoritarios de la limitada no tienen derecho de separación, pero pueden impedir la transformación cuando implique un cambio de objeto o aumento de sus obligaciones dado que en estos casos la *Ley* exige la unanimidad de votos (art 83).

### 20.8.5.3 EN CUANTO A LOS ACREEDORES

Los acreedores no tienen que concurrir con los de otras sociedades en el cobro de sus créditos como ocurre en el caso de fusión, pues no se produce la substitución de deudor. Sin embargo, puede perjudicarles un cambio de la responsabilidad de los socios, motivo por el cual la *Ley* les concede el derecho de oposición. Rara vez verán los acreedores incrementadas sus garantías por un cambio en la responsabilidad de los socios, aunque esto puede suceder a causa de un aumento de responsabilidad de los administradores, como ocurre cuando una sociedad mercantil adopta la forma de sociedad civil en la que los socios que la administran responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales (art 2704, *CCDF*).

## 20.9 LA ESCISIÓN CONFORME A LA LEGISLACIÓN Y LA DOCTRINA EXTRANJERAS

### 20.9.1 Concepto

Como su nombre lo indica, la escisión es un acto jurídico exactamente opuesto a la fusión, pues implica la desintegración de la empresa[44] y, eventualmente, la extinción de la sociedad, mediante la transmisión total o parcial de los elementos que constituyen su activo y pasivo, a otra u otras sociedades nuevas o preexistentes.[45]

### 20.9.2 Clases

La doctrina y la legislación extranjera clasifican a las escisiones bajo dos criterios

*i)* Atendiendo a la cuantía de la transmisión, en cuyo caso se habla de escisiones totales y parciales, y
*ii)* Considerando la forma de realizarla, en cuyo supuesto se les caracteriza como escisiones por integración y por incorporación.

#### 20.9.2.1 ESCISIÓN TOTAL

Es aquella por la que una sociedad, llamada escindida, se extingue mediante la transmisión de la totalidad de sus bienes y obligaciones a dos o más sociedades, llamadas beneficiarias, preexistentes o de nueva creación.

Esta clase de escisión supone la creación o la preexistencia de *dos o más* sociedades beneficiarias, porque si no fuera así se trataría de una fusión. En efecto, la legislación francesa llama a la escisión total *fusión-escisión* por cuanto considera que en este caso existe una sola *fusionada* y dos o más *fusionantes*. Sin embargo, en derecho mexicano no puede aplicarse este criterio porque, como se recordará, en el proceso de fusión intervienen *una o varias* fusionadas, pero *una sola* fusionante que deviene en causa-habiente a título universal de los derechos y obligaciones de la o las fusionadas.

#### 20.9.2.2 ESCISIÓN PARCIAL

Es aquella por la que una sociedad, llamada escindida, que subsiste, transmite parte de sus bienes y, eventualmente, parte de sus deudas a otra u otras sociedades, llamadas beneficiarias, preexistentes o de nueva creación.

[44] En el contexto de la presente exposición el concepto "empresa" se utiliza en su acepción económica, es decir, entendida como el conjunto o unidad de recursos materiales y humanos organizados y orientados a la consecución de fines económicos.

[45] No debe confundirse la escisión con la secesión, ésta consiste en la separación de una sociedad del agrupamiento (consorcio, *konzern, cartel, holding*) del que forma parte.

Debe notarse que, con arreglo a la legislación española,[46] la escisión parcial, ya sea por integración o por incorporación, comprende

*a)* Respecto a los bienes, necesariamente unidades económicas, y
*b)* Respecto a las deudas, aquellas que se hayan contraído para la organización y funcionamiento de las empresas o establecimientos, comerciales, industriales o de servicios que se traspasan.

#### 20.9.2.3 ESCISIÓN POR INTEGRACIÓN

Es aquella que tiene lugar cuando de los bienes y obligaciones de la escindida se transmiten a una o varias sociedades beneficiarias *de nueva creación*, cuyos socios pueden ser los mismos socios de la escindida o *personas extrañas a ella.*

#### 20.9.2.4 ESCISIÓN POR INCORPORACIÓN O POR ABSORCIÓN

Es aquella que se verifica cuando los bienes y obligaciones de la escindida se transmiten a una o varias sociedades beneficiarias *preexistentes*, cuyos socios también pueden ser los mismos o personas extrañas a la sociedad escindida.

Finalmente, debe advertirse que en el derecho extranjero no se contempla la posibilidad de que la escindida transmita a la o las beneficiarias la totalidad o parte del capital social o del haber social, habida cuenta que éste, en principio, pertenece a los socios. En otras palabras, como se verá más adelante, se considera, por un lado, que la escindida transmite a la o las beneficiarias todo o parte de sus bienes y obligaciones y, por el otro, que sus socios *transmiten o aportan* a la o las beneficiarias los derechos de crédito que les corresponden en el capital social de la escindida, motivo por el cual se reduce éste y los socios de la escindida reciben una participación en el capital social de la o las beneficiarias.

### 20.9.3 Efectos de la escisión respecto a la escindida y las beneficiarias

La escisión de derecho extranjero supone diversos efectos, según sea la clase o clases de que se trate. Así

1 En el caso de la *escisión total* Supone la extinción de la escindida y la creación o de dos o más beneficiarias con un capital social equivalente al haber social de la escindida o la preexistencia de dos o más beneficiarias y un aumento del capital social de éstas equivalente al valor neto de los bienes y obligaciones transmitidas

[46] *Véase* la Ley de Sociedades Anónimas española (arts 252 a 259).

2 En el caso de la *escisión parcial* Supone una disminución del capital social de la escindida y, en consecuencia, que el valor neto de los bienes o de los bienes y deudas transmitidos, sea menor al capital social, puesto que

*a)* Si fuera igual, la reducción del capital social consumiría la totalidad de éste, y

*b)* Si fuera mayor, el capital social sería insuficiente para soportar la reducción.

La escisión parcial también supone que si se transmiten deudas, éstas no deben ser por un valor igual o mayor al de los bienes y/o derechos que se traspasan a las escindidas

*i)* Porque si fueran por un valor igual, la escindida no tendría necesidad de disminuir el capital social y la o las beneficiarias tampoco tendrían necesidad de emitir acciones, y

*ii)* Porque si las deudas fueran por un valor mayor, la escindida debería aumentar el capital social y la o las beneficiarias existentes disminuirlo o, si se trata de sociedades de nueva creación, deberían iniciar sus operaciones con haber social negativo

3 En el caso de la *escisión por **incorporación*** Supone un aumento del capital social de la beneficiaria y la consiguiente emisión de acciones, por el valor neto de los bienes y de las deudas que se le transmitan, que deberán ser canjeadas a los socios de la escindida por las que ésta cancele

4 En el caso de la *escisión **por integración*** Supone la creación de una sociedad con un capital social inicial equivalente al valor neto de los bienes y de las deudas que se le transmitan y la correspondiente emisión de acciones que también deberán ser canjeada por las acciones canceladas de la escindida.

### 20.9.4 Efectos de la escisión respecto a los socios de la escindida

La legislación española, entre otras, establece que los socios de la escindida canjearán, *en contraprestación*, las acciones que se cancelen en ésta por las que emitan la o las beneficiarias; pero no establece expresamente la *causa* de la contraprestación, puesto que no aclara

*a)* Si ésta proviene de una novación
*b)* De una reducción de capital social por reembolso, o
*c)* Del hecho de que los socios de la escindida transmiten o aportan los derechos de crédito que les corresponden sobre el capital social de ésta.

Es claro que en la escisión no se produce una novación subjetiva porque no hay substitución de un acreedor (la escindida) por otro u otros acreedores (los socios de ella), toda vez que los destinatarios de la escisión son precisamente

los socios de la escindida.[47] Tampoco se produce una novación objetiva, puesto que no hay cambio de objeto, causa o condición.[48] Dicho de otro modo, no hay una sustitución de una obligación por otra, porque para ello se requeriría que, en una primera instancia, la o las beneficiarias quedaran obligadas a entregar acciones a la escindida y que, en una segunda instancia, se reemplazara esta obligación por la de canjear las acciones en cuestión a los socios de ella.

De la misma manera, parece evidente que en la escisión no puede hablarse de una reducción de capital por reembolso en especie, puesto que no tendría sentido que fuera incorporada en la *Ley* como una institución especial. En efecto, si la escisión supusiera que la escindida, en un primer paso, aporta bienes y transmite pasivos a la o las beneficiarias para recibir como contraprestación las acciones que emitan éstas y, en un segundo paso, disminuye el capital social y realiza el reembolso en especie, con las acciones recibidas de las beneficiarias, no tendría caso su reglamentación en la *Ley* como una institución especial.

Por consiguiente, es claro que, como antes apuntamos, los interesados y destinatarios de la escisión son los socios de la escindida, razón por la cual es a ellos a quienes se les canjean las acciones canceladas en la escindida por las emitidas por la o las beneficiarias *en contraprestación* por haber transmitido o aportado los derechos de crédito que tenían en capital social de aquella.

## 20.10 LA ESCISIÓN EN LA PRÁCTICA MEXICANA ANTES DE LAS ADICIONES A LA LEY

Antes de las últimas reformas a la *Ley del Impuesto Sobre la Renta* y a la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* la escisión, entendida como desintegración parcial de la empresa, no era totalmente desconocida en México si bien casi siempre se practicaba por motivos técnicos, tales como de control de operaciones o de descentralización administrativa, entre empresas *emparentadas* entre sí.

En la práctica mexicana, lo mismo que en la norteamericana, la escisión se reducía a un proceso muy sencillo mediante el cual una sociedad en marcha (la *escindida*) aportaba unidades económicas completas (plantas industriales, agencias o sucursales) a una sociedad preexistente (la *beneficiaria*) la que, lógicamente, emitía acciones a favor de aquella para amparar la aportación recibida.[49]

[47] *Cfr* BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil,* Porrúa, 1989, pp 716 y ss.

[48] La novación objetiva consiste en la extinción de una obligación por la creación de una obligación nueva destinada a reemplazarla y que difiere de la primera por cierto elemento nuevo, ya sea su objeto, causa o condición. *Cfr* BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones,* t II, Porrúa, 1964, pp 284 y ss.

[49] La práctica norteamericana llama a este tipo de escisión *de facto merger* o *practical merger. Véase* HOWELL, ALLISON Y HENLEY, *Commercial law,* 3a ed, The Dreyden Press.

Es de hacerse notar que la *escindida* rara vez transmitía a la *beneficiaria* los pasivos a cargo de la unidad económica aportada, en virtud de que esto implicaba una cesión de deudas y la consecuente sustitución de deudor que, como es sabido, exige contar con el consentimiento expreso o tácito de los acreedores (art 2051, *CCDF*).

Por supuesto, este proceso conllevaba el riesgo de que la garantía que representaban los activos de la escindida sufriera un grave demérito en perjuicio de los acreedores de ella, porque, como dejamos apuntado, éstos raras veces se enteraban de la escisión y en el proceso se cambiaban unidades económicas de la escindida por acciones de la beneficiaria; esto es, como dicen los economistas, se cambiaban *fierros por papeles.*

## 20.11 LA ESCISIÓN CONFORME AL DERECHO FISCAL MEXICANO

En virtud en uno de esos frecuentes, pero no por ello explicables, fenómenos socio-políticos que se producen en nuestro país, la primera legislación mexicana que se ocupó de la escisión, o mejor dicho de sus efectos, fue la *Ley del Impuesto Sobre la Renta* y no la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* como era de esperarse.

La legislación fiscal al parecer no se ocupa de la escisión total ni de la escisión por incorporación, puesto que solo prevé los efectos fiscales que producen la escisión parcial y la escisión por integración, pues habla de transmisiones parciales y de "las sociedades que surjan de la escisión" (arts 12, 19, 55, 64, 83, 120, 121 y 124, *LISR*).

En cuanto a los bienes, derechos y obligaciones que, conforme a la legislación fiscal, puede transmitir la escindida a la o las beneficiarias, la *LISR* hace referencia

*a)* A toda clase de bienes, a condición de que la transmisión se haga a valor contable o de adquisición (arts 12, 18, 19, 46 y 64, *LISR)*

*b)* A las pérdidas fiscales, a condición de que sean divididas entre la escindida y la o las beneficiarias en la proporción en que se divida el capital con motivo de la escisión (art 55, *LISR*)

*c)* Al capital de aportación, a condición de que se divida entre la escindida y la o las beneficiarias en la proporción en que se divida el capital con motivo de la escisión (art 120, *LISR*); y

*ch)* Al saldo de la cuenta de utilidad fiscal neta, a condición de que se divida entre la escindida y la o las beneficiarias en la proporción en que se efectúe la participación del capital con motivo de la escisión (art 124, *LISR*).

Ahora bien, en virtud de que el legislador fiscal no limita el traspaso de bienes, es de presumirse que es permitida la transmisión de unidades económicas completas; pero es dudoso que, conforme a lo estipulado por la *LISR,* puedan trans-

mitirse deudas porque no se alude a ellas. Quizá por esta razón, por una parte, no se reglamenta la escisión total y, por la otra, se explicaría porque se admite la transmisión del capital de aportación y de las utilidades fiscales netas, pues de no ser así, en un gran número de casos el capital de aportación de la escindida podría ser insuficiente para cubrir la consiguiente reducción del capital social. Asimismo, la *LISR* tampoco alude a la transmisión del capital social proveniente de capitalizaciones de utilidades y de reservas de valuación y revaluación, ni hace referencia a la transmisión de otras partidas patrimoniales diferentes al capital de aportación, a las utilidades fiscales netas y a las pérdidas.

Finalmente, la *LISR* prevé

*a)* Que los socios de la o las beneficiarias y los de la escindida deben ser las mismas personas
*b)* Que éstos tienen derecho a canjear las acciones que poseen en la escindida por las acciones que emitan la o las beneficiarias, y
*c)* Que la disminución del capital social de la escindida no produce los efectos fiscales de un reembolso (arts 120 y 121).

Como puede apreciarse, el legislador fiscal hizo de la institución que nos ocupa un verdadero galimatías, que en la práctica mexicana se ha traducido en un gran desorden en cuanto al proceso de escisión a seguir.

## 20.12 LA ESCISIÓN EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL MEXICANA

A partir de las reformas y adiciones a la *LGSM,* publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el día 11 de junio de 1992, se instituyó en la legislación mercantil mexicana la figura de la escisión. En efecto, entre tales adiciones se encuentra el extensísimo art 228 *bis* que es el único dispositivo de la *LGSM* que se ocupa de esta institución.

Pero antes de entrar en materia, nos parece pertinente hacer notar que, es evidente que en la formación del art 228 *bis* intervino el legislador fiscal. En efecto, tanto en el numeral en cuestión como en las diversas disposiciones de la *LISR* que hemos mencionado

*i)* No se instituye la escisión por incorporación
*ii)* Se llama *escindente* (es decir, lo que divide o separa) a la sociedad escindida y *escindidas* (esto es, lo dividido y separado) a las sociedades beneficiarias de la escisión
*iii)* Se habla, entre otras cosas, de aportaciones de capital hechas por la *escindente,* y
*iv)* Se exige que los socios de la *escindente* y los de la o las *escindidas* sean las mismas personas, quienes inicialmente deberán conservar en el capital social de éstas la misma proporción que tuvieren en el capital social de aquella.

### 20.12.1 Clases de escisión contempladas por la *LGSM*

La *LGSM* sólo contempla tres clases de escisión: la total, la parcial y la escisión por integración. En efecto, el primer párr del art 228 declara

> *Se da la escisión cuando una sociedad denominada escindente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas; o cuando la escindente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación.*

Por supuesto, salta a la vista la confusión del autor de la ley al establecer que la *escindente aporta* en bloque la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación, habida cuenta que, si la *escindente* fuera la aportante, lo lógico sería concluir que ella recibiría las acciones emitidas por las *escindidas*, efecto éste no previsto en el art 228 *bis*, en cuya frac III se lee que

> *Cada uno de los socios de la sociedad escindente tendrá inicialmente una proporción del capital social de las escindidas, igual a la que sea titular en la escindente.*

Además, cabe también remarcar que no es la *escindente* la que aporta el capital social a las *escindidas*, pues, como quedó dicho, son los socios de aquella quienes transmiten o aportan los derechos de crédito que tienen sobre el mismo, razón por la cual el capital social de la *escindente* se disminuye y sus socios reciben las acciones emitidas por la o las *escindidas*.

Dicho sea de paso, de la lectura de la transcrita frac III se desprende que, a diferencia de la legislación y la doctrina extranjeras, la *LGSM* no instituye la escisión por incorporación, al parecer por razones fiscales, pues, como dejamos anotado, no admite que los socios de las *escindidas* sean diferentes a los socios de la *escindente* con lo cual se limita mucho la institución. Asimismo, debe notarse que el legislador mercantil, a diferencia del legislador fiscal, *no establece distinción alguna entre los conceptos capital social y capital social de aportación.*

### 20.12.2 Formalidades de la escisión

Con arreglo a la frac I del art 228 *bis*

> *La escisión sólo podrá acordarse por resolución de la asamblea de accionistas o socios u órgano equivalente, por la mayoría exigida para la modificación del capital social.*

Desde luego, el *órgano equivalente* a que se refiere el legislador viene a ser la junta de socios en los socios de la sociedad en nombre colectivo y en comandita simple.

A nuestro entender, lo previsto en dicha frac significa, por una parte, que la escisión puede darse entre diversas especies de sociedades con la consiguiente problemática que esto implica, según vimos al ocuparnos de la fusión y, por la otra, que

*i)* En la sociedad en nombre colectivo y en la comandita simple se requiere del consentimiento de la totalidad de los socios a menos que se pacte que pueda acordarse la modificación por la mayoría (arts 34 y 57, *LGSM*)

*ii)* En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo pacto en contrario, se requiere el consentimiento de los socios que representen por lo menos las tres cuartas partes del capital social (art 83), y

*iii)* En la sociedad anónima y en la comandita por acciones, salvo pacto en contrario, se requiere el consentimiento de los accionistas que representen por lo menos la mitad del capital social (arts 190 y 191, párr segundo).

## 20.12.3 Contenido de los acuerdos de escisión

Conforme a lo previsto en la frac IV del art 228 *bis*, la resolución que apruebe la escisión deberá contener

1 La descripción de la forma, plazos y mecanismos en que los diversos conceptos de activo, pasivo y capital social serán transferidos

2 La descripción de las partes del activo, del pasivo y del capital social que correspondan a cada sociedad escindida, y en su caso a la escindente, con detalle suficiente para permitir la identificación de éstas

3 Los estados financieros de la sociedad escindente que abarquen por lo menos las operaciones realizadas durante el último ejercicio social debidamente dictaminados por auditor externo; en el concepto de que corresponderá a los administradores de la *escindente*, informar a la asamblea sobre las operaciones que se realicen hasta que la escisión surta plenos efectos legales.

4 La determinación de las obligaciones que por virtud de la escisión asuma cada sociedad *escindida;* en la inteligencia de que si una sociedad *escindida* incumpliera alguna de las obligaciones asumidas por ella en virtud de la escisión, responderán solidariamente ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso, la o las demás sociedades *escindidas*, durante un plazo de tres años contado a partir de la última de las publicaciones a que se refiere la frac V del art 228 *bis*, hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido en la escisión a cada una de ellas; si la *escindente* no hubiere dejado de existir, ésta responderá por la totalidad de la obligación[50]

5 Los proyectos de estatutos de las sociedades *escindidas*.

[50] No cabe duda de que la frac IV, inciso *d)* del art 228 *bis* está inspirada en el art 259 de la Ley de Sociedades Anónimas española.

De los dispositivos transcritos, consideramos que solo merecen comentario los marcados como incisos 3 y 4.

La obligación impuesta a los administradores de la *escindente*, de informar a la asamblea sobre las operaciones que se realicen hasta que la escisión surta plenos efectos legales, no tiene sentido en el caso de la escisión total, pues si ésta trae como consecuencia la extinción de la *escindente* (art 228 *bis*, párr primero y frac IX), es lógico inferir que no existirá asamblea a la cual informar. Por consiguiente, debe concluirse que tal obligación solo nace en el caso de la escisión parcial.

No es claro si la responsabilidad solidaria de las *escindidas*, es diferente a la responsabilidad de la *escindente* que subsiste; es decir, no es claro si la responsabilidad de esta última es individual, mancomunada o solidaria. Sin embargo, de la lectura del art 1987, *CCDF*, y del propio inciso *d)* se puede inferir que se trata de responsabilidad solidaria, toda vez que la *escindente* responderá por la *totalidad* de la obligación; característica esta que es propia de la solidaridad cuando hay pluralidad de deudores.

## 20.12.4 Requisitos de fondo y de publicidad de la escisión

### 20.12.4.1 REQUISITOS DE FONDO

Entre los requisitos de fondo se encuentran dos: uno, al que ya nos hemos referido, que consiste en que los socios de la o las *escindidas* y de la escindente "*deben ser las mismas personas y deben tener inicialmente una proporción del capital social de aquellas igual a la de que sean titulares en ésta*" (frac III); el otro, que "*las acciones o partes sociales de la sociedad que se escinda deberán estar totalmente pagadas*" (frac II), a fin de proteger a los acreedores.

### 20.12.4.2 REQUISITOS DE FORMA Y PUBLICIDAD

La resolución de escisión deberá protocolizarse ante notario e inscribirse en el Registro Público de Comercio y, además, deberá publicarse en la gaceta oficial (?)[51] y en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la *escindente*, un extracto de la resolución de escisión, indicando claramente que el texto completo se encuentra a disposición de socios y acreedores en el domicilio social de la sociedad durante un plazo de cuarenta y cinco días naturales, contado a partir de que se hubieran efectuado la inscripción y ambas publicaciones (art 228 *bis*, frac V).

Como en el caso de la fusión, este requisito de publicidad surte los efectos de notificación de la cesión de deudas a la *escindida*, bien entendido que si los acreedores no se oponen a la escisión se considerará que la han consentido.

[51] Creemos que debe decir el "periódico oficial" del domicilio de la sociedad, pues la *Gaceta Oficial* solo se publica en el Distrito Federal.

### 20.12.5 Protección de los derechos de socio y de los acreedores

La frac VI del art 228 *bis* concede acción de oposición a los acreedores y a cualquier socio o grupo de socios que representen por lo menos veinte por ciento del capital social. La acción de oposición debe intentarse en un plazo de 45 días naturales, contados a partir de que se hubieren efectuado la inscripción y las publicaciones antes mencionadas y su ejercicio suspende la escisión hasta que cause ejecutoria la sentencia que la declare infundada o, se dicte resolución que tenga por terminado el procedimiento sin que hubiere procedido la oposición o se llegue a convenio, siempre y cuando quien se oponga diere fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad con la suspensión.

La exigencia de que los acreedores y socios otorguen fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieran causarse a la sociedad (*escindente,* se entiende) con la suspensión, parece exagerada. Sin embargo debe considerarse que el legislador estimó prudente esta medida "para evitar la interposición de oposiciones sin causa justificada", según declara en los considerandos o exposición de motivos del decreto que, entre otras cosas, instituye la escisión.

### 20.12.6 Época en que surte efectos la escisión

En la frac VII del art 228 *bis* se establece que una vez cumplidos los requisitos de publicidad y transcurrido el plazo de 45 días establecido en la frac V sin que se hubiere presentado oposición, la escisión surtirá plenos efectos; pero, aunque no establece cuando deberá surtir efectos la escisión si haya habido oposición, debe inferirse que este hecho se producirá cuando, habiendo transcurrido dicho plazo, cause ejecutoria la sentencia que la declare infundada o se dicte resolución que tenga por terminado el procedimiento sin que hubiere procedido la oposición o se llegue a convenio.

A diferencia de la fusión, la escisión no puede tener efectos al momento de la inscripción de los acuerdos en el Registro Público de Comercio cuando constare el pago de todas las deudas o se deposite su importe o constare el consentimiento de todos los acreedores (art 225, *LGSM*), porque en la escisión la acción de oposición compete también a los socios.

### 20.12.7 Constitución de las sociedades *escindidas*

Según reza la frac VII, *in fine,*

> *para la constitución de las nuevas sociedades bastará la protocolización de su estatutos y su inscripción en el Registro Público de Comercio.*

Es obvio que las nuevas sociedades, las *escindidas,* deben ser constituidas antes o en la misma fecha en que surta efectos la escisión, pues, de no ser así, no habría a quien transmitir los bienes, derechos, deudas y capital de la *escindente.* Ahora bien, si se constituyen antes de esa fecha, se deberá considerar que su constitución está subordinada a la condición de que surta efectos la escisión, toda vez que, si no se produce este acontecimiento, la o las *escindidas* serán inexistentes por falta de objeto; es decir, por falta de aportaciones.[52]

De la misma manera, las *escindidas* deben ser inscritas en el Registro Público de Comercio antes de o en la fecha en que surta efectos la escisión, a fin de evitar que se les repute irregulares.

### 20.12.8 Efectos de la escisión respecto de la *escindente*

La escisión *total* trae como consecuencia la extinción de la *escindente* y en tal supuesto, una vez que surta efectos la escisión se deberá solicitar del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social (art 228 *bis*, frac IX).

En el caso de la escisión *parcial,* si bien la *Ley* no exige que la *escindente* que subsiste reduzca el capital social, por lógica debe disminuirse éste ya sea porque, como sostiene el legislador, la *escindente* aporta parte del capital social a las *escindidas* o ya sea porque, como afirmamos nosotros, los socios de aquella transmiten o aportan a ésta sus derechos de crédito sobre el capital social.[53] Ahora bien, si el capital social de la *escindente* no alcanzara a soportar la disminución, es lógico concluir que se verá obligado, antes o durante el proceso de escisión, a capitalizar diversas partidas de su haber social para cubrir el déficit.

### 20.12.9 Efectos de la escisión respecto de las *escindidas*

En virtud de que el art 228 *bis* solo instituye la escisión por integración, del contexto de la *Ley* se concluye que la o las *escindidas* deben iniciar sus operaciones con un capital social igual al valor neto de los activos y pasivos que se les transmitan y emitir acciones o partes sociales por tal valor para canjearlas a los socios de la *escindente,* pues de otra manera incurrirían en un enriquecimiento sin causa en perjuicio de estos últimos.

[52] *Véase* sección 3.3.

[53] BARRERA GRAF, Jorge, *op cit,* sostiene que, por tratarse de una disminución del capital social, debe estarse a lo dispuesto en el art 9o, *LGSM.* No obstante, disentimos de esta opinión dado que la publicidad exigida por dicho precepto se refiere a los casos de reducción del capital social por reembolso de las aportaciones o por liberación concedida a los socios de realizar las aportaciones pendientes.

### 20.12.10 Efectos de la escisión respecto de los socios de la *escindente* y las *escindidas*

En virtud de que por disposición legal los socios de la *escindente* deben ser los mismos que los de la o las *escindidas* y de que inicialmente deben tener una proporción del capital social de éstas igual a la de que sean titulares en aquellas (art 228 *bis*, frac III), es evidente que su estatus no sufre alteración alguna. Sin embargo, la ley concede a los accionistas o socios que voten en contra de la escisión el derecho de separación, a cuyos efectos deberá aplicarse lo previsto en el art 206, *LGSM* (art 228 *bis*, frac VIII).

Por último, como quedó dicho, los socios de la *escindente* tienen derecho a canjear las acciones que cancele ésta por las que emitan la o las *escindidas*, a cuyos efectos debe tenerse en cuenta que, por disposición expresa de la *Ley* las acciones de especie que emitan las *escindidas* no están sujetas a los requisitos de depósito y de garantía establecidos en el art 141, *LGSM* (frac X).

## 20.13 ESCISIÓN DE SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN

Excepto en los casos de liquidación judicial, nada impide escindir a las sociedades en liquidación. Sin embargo, deben tomarse en cuenta tres situaciones diferentes

***Primera*** Si se trata de una escisión parcial, deben revocarse los acuerdos de disolución y liquidación, a fin de que la *escindente* pueda subsistir;

***Segunda*** Si se trata de una escisión total, a nuestro entender no es necesario revocar los acuerdos de disolución y liquidación porque, en el fondo se logra el mismo fin, a saber: la extinción de la sociedad en liquidación que se escinde; y

***Tercera*** Si la sociedad entró en liquidación por haber concluido su término, la escisión debe ser total, toda vez que no pueden revocarse los acuerdos de disolución y liquidación.[54]

[54] *Véase* sección 21.5.

CAPÍTULO
21

# DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES

## SUMARIO


**21.1 CONCEPTO. CLASES**

21.1.1 Concepto

21.1.2 Disolución parcial y total del contrato de sociedad

21.1.2.1 Disolución parcial. Separación, exclusión y muerte de lo socios

21.1.2.2 Disolución total. Disolución obligatoria y no obligatoria

21.1.2.2.1 Disolución obligatoria

21.1.2.2.2 Disolución no obligatoria

21.1.2.3 Disolución convencional

21.1.2.4 Otras causas de disolución

**21.2 ÓRGANOS COMPETENTES PARA DECLARAR O COMPROBAR LA DISOLUCIÓN**

**21.3 EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN. PROHIBICIÓN DE REALIZAR NUEVAS OPERACIONES**

21.3.1 Efectos

21.3.1.1 Nuevas operaciones

21.3.1.2 Cambio de los órganos sociales

**21.4 LIQUIDACIÓN**

21.4.1 Concepto

21.4.2 Clases

21.4.3 Protección de los acreedores

**21.5 REVOCACIÓN E INSUBSISTENCIA DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN**

21.5.1 Revocación de la liquidación

21.5.1.1 Disolución y liquidación por expiración del término

21.5.1.2 Disolución y liquidación por objeto ilícito o por realización habitual de actos ilícitos

21.5.1.3 Disolución y liquidación por consumación del objeto social o por imposibilidad de seguir realizándolo

21.5.1.4 Disolación y liquidación por acuerdo de los socios

21.5.1.5 Disolución y liquidación porque el número de accionistas llegue a ser menor a cinco

21.5.1.6 Disolución y liquidación por reunirse en una sola persona las partes de interés

21.5.1.7 Disolución y liquidación por pérdida de las dos terceras partes del capital social
21.5.1.8 Disolución y liquidación por causas convencionales
21.5.2 Insubsistencia de la disolución y liquidación
**21.6 LOS LIQUIDADORES**
21.6.1 Concepto. Número. Calidades
21.6.2 Nombramiento y revocación del encargo
21.6.3 Toma de posesión del cargo
21.6.4 Atribuciones y obligaciones
**21.7 OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN**
**21.8 OPERACIONES DE DIVISIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL HABER SOCIAL**
**21.9 LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES IRREGULARES Y NULAS**

## 21.1 CONCEPTO. CLASES

### 21.1.1 Concepto

La palabra *disolución* es utilizada por nuestro legislador, y aceptada por la doctrina mexicana, en la acepción que significa *resolver un acto jurídico.* Por consiguiente, como apunta **Mantilla Molina,**[1] es necesario aclarar que cuando se alude a la *disolución de la sociedad* se está haciendo referencia a la resolución del negocio social, y no a la extinción de la persona moral nacida de él, pues ésta, aunque pierde su capacidad para realizar nuevas operaciones, subsiste para efectos de resolver, en una etapa posterior llamada *liquidación*, los vínculos jurídicos establecidos por la sociedad con terceros y con sus propios socios y por los socios entre sí.

### 21.1.2 Disolución parcial y total del contrato de sociedad

La doctrina generalmente considera que la resolución del negocio social puede producirse respecto de uno o varios socios, en cuyo caso se habla disolución parcial, o respecto de todos los socios, supuesto que denominan disolución total.[2]

#### 21.1.2.1 DISOLUCIÓN PARCIAL. SEPARACIÓN, EXCLUSIÓN Y MUERTE DE LOS SOCIOS

La disolución parcial del contrato de sociedad es motivada por retiro, por exclusión o por muerte de uno o varios socios, supuestos a los que ya nos hemos referido con algún detalle en otras partes de este curso, por lo que solo habremos de tocarlos superficialmente.

[1] MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil,* Porrúa, 1961, p 443. La aclaración es pertinente porque algunos autores, entre ellos NAVARRINI, citado por RODRÍGUEZ, consideran que no es concebible la disolución parcial del *ente* social.

[2] *Cfr* MANTILLA MOLINA, *op cit,* pp 443 y ss; RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t II, Porrúa, 1965, pp 441 y ss; DE PINA VARA, Rafael, *Derecho mercantil mexicano*, Porrúa, 1985, p 129; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, 1981, p 575, etcétera.

En la sociedad colectiva y en la comandita simple son causas de separación de los socios la modificación del contrato social y el nombramiento de administradores extraños a la sociedad (arts 34, 38 y 57, *LGSM*), y son causas de exclusión, faltar al deber de no concurrir con la sociedad; el uso indebido de la firma o del capital social; la infracción al contrato social y a las disposiciones legales que lo regulan; la comisión de actos fraudulentos o dolosos en contra de la compañía y la quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio (arts 35, 50 y 57, *LGSM*). Las causas de exclusión a que se refieren los arts 35 y 50 también son aplicables a los comanditados de la comandita por acciones (art 211, *LGSM*).

Por lo que se refiere a la sociedad de responsabilidad limitada, los socios únicamente tienen derecho de retiro cuando el nombramiento de gerentes recaiga en personas extrañas a la sociedad o aquellos deleguen su cargo (arts 39, 42 y 86, *LGSM*), y pueden ser excluidos por las mismas causas que los socios colectivos, los comanditados y los comanditarios, excepto en lo que toca a la concurrencia desleal.

En la anónima y la comandita por acciones, los socios tienen derecho de retiro por cambio de objeto o de nacionalidad de la sociedad o por transformación de ésta (art 206), y solo pueden ser excluídos en el caso previsto por los arts 118 a 121, *LGSM*, es decir, cuando el accionista no exhiba el importe de las acciones pagadoras.

En lo que concierne a la disolución de la sociedad motivada por incapacidad, exclusión, retiro o rescisión del contrato social respecto de uno de los socios colectivos o comanditados, cabe señalar que el artículo 230 *LGSM* la considera como total. Sobre este particular, **Mantilla Molina**[3] no acepta que tales causas sean de disolución total, pues a su juicio el artículo en cuestión es incongruente, a menos que se le interprete en forma restrictiva; es decir, en el sentido de que la disolución total únicamente tendrá lugar cuando por cualquiera de las causas mencionadas el número de socios resulte inferior a dos, opinión de la cual participamos plenamente.

Con arreglo a lo dispuesto por los arts 230 y 231 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, la muerte del socio colectivo y la del comanditado produce la disolución total de la sociedad, si no se ha pactado lo contrario o que continúe con sus herederos. Ahora bien, el segundo párr del art 230 establece que para que la sociedad continúe con los herederos se requiere el consentimiento de éstos y que en caso de no otorgarlo se les entregará la cuota correspondiente al socio difunto, de lo cual se infiere que si los herederos no otorgan su consentimiento se produce una disolución parcial del contrato social respecto de ellos.

[3] *Op cit*, pp 450 y 451.

### 21.1.2.2 DISOLUCIÓN TOTAL. DISOLUCIÓN OBLIGATORIA Y NO OBLIGATORIA

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* estatuye las siguientes causas de disolución total de la sociedad

*a)* La expiración del término fijado en el contrato social (art 229, frac I)
*b)* La imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o la consumación de éste (art 229, frac II)
*c)* El acuerdo de los socios de conformidad con el contrato social y con la ley (art 229, frac III)
*ch)* La reducción del número de accionistas de modo que llegue a ser inferior al mínimo que la ley establece, o la reunión de las partes de interés en una sola persona (art 229, frac IV)
*d)* La pérdida de las dos terceras partes del capital social (art 229, frac V)
*e)* La ilicitud del objeto social o la ejecución habitual de actos ilícitos (art 3o)
*f)* La muerte del socio colectivo o del comanditado, cuando se haya pactado lo contrario o no se haya previsto en el contrato social que la sociedad continúe con sus herederos (arts 230 y 231).

Por lo que se refiere a las causas de disolución mencionadas, una parte importante de la doctrina mexicana suele clasificarlas como causas *ope legis* y como causas *ex voluntate*. Conforme a esta tesis, la expiración del término es una causa *ope legis* porque "produce sus efectos mecánicamente, sin necesidad de decisión por parte de los socios o de alguna autoridad", y las otras son *ex voluntate* o potestativas porque "para que produzcan sus efectos normales precisan de una declaración de voluntad por parte de los socios", de modo que la sociedad puede remediar dichas causas de disolución, sin perjuicio de que

> cuando la sociedad rehúse reconocer la causa que se supone existente, cualquier interesado podrá ocurrir ante la autoridad judicial para pedir en la vía sumaria la declaración de existencia de la causa de disolución y, en consecuencia, la orden de inscripción de la misma en el registro público de comercio.[4]

No toda la doctrina mexicana acepta íntegro este punto de vista, pues, aunque se admite que la expiración del término es una causa *ope legis,* no remediable por la sociedad, por otra parte, se alega que el acto por el que se declara una causa de disolución no es un acto de voluntad, sino de conocimiento y que "tampoco es cierto que si la sociedad así lo quiere puede evitar la disolución", por cuanto

> puede, en algunos casos, modificar su constitución de modo de hacer que desaparezca la causa de disolución; pero, a lo menos, mientras subsista (la causa), *cualquier interesado* puede obtener la declaración judicial de disolución.[5]

[4] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 438.
[5] MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 449. (Las itálicas son de Mantilla Molina.)

A nuestro modo de apreciar las cosas, los criterios de distinción *ope legis* y *ex voluntate* que se aplican a las causas de disolución solo contribuyen a introducir una gran confusión en este campo del derecho, porque pasan por alto que dichas causas pueden ser fatales o no fatales. En consecuencia, proponemos que la disolución sea considerada a la luz de su obligatoriedad o no obligatoriedad, según tenga por causa hechos o actos fatales o hechos o actos no fatales.

#### 21.1.2.2.1 Disolución obligatoria

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* prevé únicamente dos casos de disolución obligatoria, o sea que tienen por causa un hecho o un acto fatal: la expiración del término y el objeto ilícito o la ejecución habitual de actos ilícitos.

En el caso de expiración del término, es indiscutible que se trata de una causa de disolución obligatoria que produce sus efectos *ope legis*, porque basta con que se cumpla el término para que la sociedad se tenga por disuelta, sin necesidad de decisión de los socios, ni de autoridad judicial (art 232, párr primero, *LGSM*), y porque, además, los socios no puedan prolongar la vida del ente social, pues si

> *han dejado expirar el término fijado en el contrato para la duración de la sociedad, sin haber prorrogado oportunamente dicha duración, únicamente podrán organizar una nueva sociedad.*

La disolución por esta causa no amerita ser inscrita en el Registro Público de Comercio

> *dado que como el contrato social debe contener, entre sus requisitos de esencia, la expresión de lo que debe durar la sociedad* (frac IV del art 6o), *los terceros pueden en todo momento determinar si una sociedad debe estimarse ya como incapacitada para iniciar nuevas operaciones.*[6]

Finalmente, es obvio que la disolución causada porque la sociedad tenga un objeto ilícito o realice habitualmente actos ilícitos también es obligatoria, debido a que los socios no pueden rectificar *ad libitum* los actos que la determinan, pues, admitir lo contrario sería tanto como sostener que los particulares pueden dejar sin efectos las decisiones de autoridad judicial. Por supuesto, lo dicho significa que el objeto social ilícito y la ejecución habitual de actos ilícitos no son causas *ope legis*, porque, por sí mismas no producen el efecto de disolver la sociedad, pues requieren de la declaración de autoridad judicial, ni son causas *ex voluntate*, porque no exigen el concurso de la voluntad de los socios.

[6] Exposición de Motivos, *LGSM*.

#### 21.1.2.2.2 Disolución no obligatoria

De acuerdo con lo que antes proponemos, la disolución no obligatoria se caracteriza por tener por causa un hecho o un acto *no* fatal, pues, para que surta sus efectos, requiere de un acto *potestativo* de los socios; es decir, un *acuerdo* de disolver la sociedad o una decisión de *reconocer* o de *comprobar* de que ha ocurrido un hecho subsanable que no se desea remediar (arts. 232, párr. segundo, y 233, *LGSM*).

Entre las causas que motivan la disolución no obligatoria encontramos el acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley; la muerte del socio colectivo y la del comanditado; la consumación del objeto social o la imposibilidad de seguir realizándolo; la reducción del número de accionistas por abajo del mínimo legal; la reunión de las partes de interés en una sola persona y la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

Es evidente que la disolución por acuerdo de los socios no es obligatoria, sino *potestativa*, porque basta un acto de voluntad de ellos para que la sociedad entre en estado de disolución, sin que para tal efecto se requiera una declaración de la *Ley* o de autoridad judicial.

En lo que concierne a la muerte del socio colectivo o comanditado, nos parece incuestionable que se trata de una causa de disolución que no es necesariamente obligatoria, en vista de que el art 230, *LGSM*, prevé que la sociedad se disolverá por muerte del socio, *salvo pacto en contrario*, lo cual permite estipular que sea continuada

*a)* Por el o los socios supérstites con los herederos del fallecido, cuando así se hubiera pactado en el contrato social (art 32), o
*b)* Por los socios supérstites, si no se hubiera hecho tal estipulación o si los herederos del socio difunto no manifiestan su consentimiento para sucederlo (art 230, párr segundo), o
*c)* Por admisión de un nuevo socio si el supérstite fuera único.[7]

De lo expuesto se desprende que la muerte del socio colectivo o comanditado impone la necesidad de que el o los socios supérstites *reconozcan* que existe

[7] Esta última solución se expresa oblicuamente en la Exposición de Motivos de la *Ley*, al declarar el legislador que para evitar la disolución de la sociedad porque el número de accionistas llegue a ser menor a cinco o porque se reúnan en una misma persona las partes de interés, los socios pueden admitir nuevos socios. Sin embargo, MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 451, mediante una interpretación a *contrario sensu* del art 32, *LGSM*, deduce que, sin cláusula expresa de que la sociedad continúe con los herederos del socio fallecido, ésta debe ser disuelta. Adicionalmente, MANTILLA apoya su opinión en la circunstancia de que el art 50 no enumera la muerte del socio como causa de disolución parcial, de donde infiere que se trata de un caso de disolución total. Respecto a esta cuestión debe advertirse que la interpretación a *contrario sensu* del art 32 carece de sentido y que la circunstancia de que el art 50 no enumere la muerte del socio como causa de disolución parcial no significa que el art 230 la considere como de disolución total, puesto que admite el pacto en contrario.

una causa de disolución para decidir si disuelven o continúan la sociedad de donde, a la vez, se deduce que esta causa de disolución no es obligatoria, sino *potestativa*, porque el o los socios la pueden remediar.[8]

Por lo que hace a la disolución motivada por la consumación o la imposibilidad de seguir realizando el objeto social, por la reducción del número de socios o por la pérdida de las dos terceras partes del capital social de la lectura de la Exposición de Motivos de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* también se infiere que no son causas de disolución obligatoria, puesto que nada impide que los socios cambien el objeto social, admitan nuevos socios o reconstituyan el capital para continuar la vida de la sociedad. En consecuencia, estas causas de disolución no son *ope legis* sino *potestativas*, pues suponen la existencia de un hecho no fatal que puede ser remediado o comprobado por los socios, según convenga a sus intereses.[9]

Por otra parte, pero en este mismo orden de ideas, si bien es pertinente sostener que la sociedad puede remediar las causas de disolución a que se refieren las fracs II, IV y V del art 229, *LGSM*, no por ello es procedente concluir que cualquier interesado pueda obtener la declaración judicial de disolución mientras subsistan dichos supuestos. En lo que toca a esta cuestión Mario **Bauche Garciadiego**[10] observa que, con arreglo a lo previsto por el segundo párr del art 232, en tales casos la disolución sólo tendrá efectos *después de que la sociedad compruebe la causa de disolución*, circunstancia ésta que impide al juez declararla sin que la sociedad haya hecho tal comprobación previamente.

A mayor abundamiento, no parece ocioso hacer énfasis en que no es exacto afirmar que todo interesado puede exigir la disolución *por cualquier causa*, pues la *Ley* sólo legítima a los acreedores para demandar judicialmente la *disolución y liquidación* de la sociedad, cuando su objeto sea ilícito o realice habitualmente actos ilícitos (art 3o), de modo que, en los supuestos restantes, se requiere un hecho (la expiración del plazo) o un acto (la decisión de los socios de acordar la disolución o de reconocer o comprobar que existe una causa de disolución) para que se considere disuelta la sociedad.

De lo que no cabe duda es que cualquier interesado puede demandar en la vía ordinaria[11] la *inscripción* de la disolución en el Registro Público de Comercio, cuando los socios hayan acordado, reconocido o comprobado que exis-

[8] MANTILLA MOLINA, al parecer considera que la muerte del socio colectivo produce la disolución *ope legis* de la sociedad, pues afirma "Que la muerte de un socio es *por sí sola* causa de disolución total de la sociedad colectiva". *Op cit*, p 451 (Las itálicas son nuestras). A nuestro entender, como queda dicho, la muerte del socio colectivo o comanditado obliga a el o los socios supérstites a *reconocer* tal circunstancia, pero no a declarar *necesariamente* la disolución de la sociedad.

[9] FRISCH PHILIPP, Walter, considera que la pérdida de las dos terceras partes del capital social es una causa de disolución *ope legis*, pero su opinión debe desecharse porque no ofrece ningún argumento para sustentarla. *Cfr La sociedad anónima mexicana*, Porrúa, 1979, p 322.

[10] *La empresa*, Porrúa, 1979, p 617.

[11] Recuérdese que el *Código de Comercio* no instituye la vía sumaria.

te una causa de disolución, pues como dejamos establecido, la expiración del término no requiere que se haga la correspondiente inscripción en el Registro.

Desde luego, lo expuesto no significa que la *Ley* impida a cualquier interesado demandar de la sociedad el *reconocimiento* o la *comprobación* de que existe una causa de disolución, al efecto de que, si aquella hiciera tal reconocimiento o comprobación, sea procedente exigir la correspondiente inscripción de disolución en el Registro Público de Comercio si la sociedad fuera omisa en hacerlo.

#### 21.1.2.3 DISOLUCIÓN CONVENCIONAL

Con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad reconocido por nuestro derecho común, nada impide que en el contrato social se estipulen otras causas de disolución parcial o total de la sociedad.

De la misma manera, a nuestro entender, tampoco hay impedimento para que en el contrato social se supriman como causales de disolución la consumación del objeto social o la imposibilidad de seguir realizándolo o la pérdida de las dos terceras partes del capital social, dado el carácter permisivo del art 229, *LGSM*, en lo que concierne a estas circunstancias.[12] De modo que en el contrato social se puede estipular, en el primer supuesto, que el objeto social será modificado y, en el segundo, que el capital deberá ser restituido. Ciertamente, debe tenerse en cuenta que, en el caso del cambio de objeto, los socios tendrían derecho de retiro y que, en el caso de restitución del capital, la *Ley* no se opone a que los socios, aun los de las sociedades capitalistas, incrementen sus responsabilidades en beneficio de los acreedores.

#### 21.1.2.4 OTRAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN

Algunos autores consideran que la fusión y la transformación de sociedades son causa de disolución de la fusionada y de la transformada. Como ya advertimos en el capítulo anterior, la fusión no produce la disolución, sino la *extinción* de la sociedad, la cual acaece en el momento en que surte efectos la fusión, en tanto que la transformación no implica la desaparición de la transformada y la creación de una nueva persona jurídica, sino la adopción de otra forma social, toda vez que la transformación sólo conlleva una modificación al contrato social en lo que corresponde al grado de responsabilidad de los socios y a las normas de organización y funcionamiento de la sociedad.

## 21.2 ÓRGANOS COMPETENTES PARA DECLARAR O COMPROBAR LA DISOLUCIÓN

Conforme a lo que hemos dejado establecido, cuando la disolución no obedece a expiración del término o a sentencia de autoridad judicial, para que aquella

[12] FRISCH estima que son insuprimibles *todas* las causas de disolución enumeradas en el art 229, *LGSM*, al cual atribuye carácter imperativo. Desde nuestra óptica, el precepto en cuestión mas que imperativo es enunciativo y, por consiguiente, permisivo.

sea válida y surta los efectos previstos por la *Ley* se requiere de una decisión que, como es natural, debe ser tomada por el órgano social competente.

En torno a esta cuestión **Mantilla Molina**[13] opina que nuestra legislación no exige el acuerdo de la junta de socios o de la asamblea de accionistas cuando la disolución tenga por causa

*a)* La consumación del objeto social o la imposibilidad de seguir realizándolo
*b)* La reducción del número de socios abajo del mínimo establecido por la ley, o
*c)* La pérdida de las dos terceras partes del capital social, de modo que, en consecuencia, atribuye la facultad de comprobar dichas causas al órgano de administración.

Disentimos de esta opinión porque es claro que la disolución motivada por las causas que menciona el autor implican una modificación al contrato social que exige

*i)* El consentimiento unánime, o al menos de la mayoría, de los socios, si se trata de la colectiva y la comandita simple (arts 34 y 57, *LGSM*)
*ii)* El acuerdo de la asamblea de socios, si se trata de una limitada (art 78, fracs VIII y XI), y
*iii)* El acuerdo de la asamblea extraordinaria de accionistas, si se trata de una anónima o de una comandita por acciones (arts 182, fracs II y XI y 208).

A mayor abundamiento, es obvio que el órgano de administración no puede comprobar tales causas de disolución porque en el párr segundo del art 232 se reserva esa facultad a *la sociedad*, es decir, a los socios y porque, en última instancia, corresponde a éstos decidir si remedian o no las circunstancias que dan motivo a las causales en cuestión.

Por otra parte, **Frisch**[14] opina que las resoluciones relativas a la disolución de la anónima que tengan por causa el acuerdo de los socios deben ser tomadas por la asamblea ordinaria, sin ofrecernos argumento alguno para sustentar su aserto. Tampoco concordamos con la opinión de **Frisch** por la sencilla razón de que el art 182, frac II, exige el acuerdo de la asamblea extraordinaria de accionistas para decretar la disolución anticipada de la sociedad.

En conclusión, la disolución de la sociedad por cualquier causa que no sea la expiración del término o decisión de autoridad judicial, no puede ser acordada, reconocida o comprobada por el órgano de administración, ni siquiera por el órgano de vigilancia, porque, como hemos visto, esta facultad está reservada a la junta o a la asamblea de socios.

[13] *Op cit*, p 450.
[14] FRISCH PHILIPP, *op cit*, p 321.

## 21.3 EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN. PROHIBICIÓN DE REALIZAR NUEVAS OPERACIONES

### 21.3.1 Efectos

Los efectos inmediatos que produce la disolución son la cesación de la capacidad jurídica de la sociedad para realizar nuevas operaciones[15] y un cambio en los órganos sociales, sin que ello implique la pérdida de la personalidad jurídica, en razón de que la sociedad la conserva para los efectos de la liquidación (art 244, *LGSM*). Ambos efectos están previstos en los arts 233 y 235, *LGSM*, pues, con arreglo a ellos, los administradores no pueden iniciar nuevas operaciones y las operaciones de liquidación quedan a cargo de uno o más liquidadores.

#### 21.3.1.1 NUEVAS OPERACIONES

El concepto *nuevas operaciones* no puede interpretarse mediante criterios cronológicos o económicos. En efecto, en el primer caso, cualquier operación realizada después de la disolución sería nueva y, en el segundo, sería absurdo pretender que la sociedad enajenara sus bienes al costo, sin beneficio alguno.[16] Entonces, el criterio para determinar si una operación es nueva o no, debe ser teleológico; es decir, debe enfocarse a los fines perseguidos, de manera que si la operación tiende a la continuación de los negocios sociales se considerará como nueva y por tanto ilícita y, al contrario, si la operación está encauzada a lograr la liquidación de la sociedad será lícita.

Con arreglo a lo previsto por el último párr del art 233, si los administradores contravinieran la prohibición de iniciar nuevas operaciones contraerán responsabilidad solidaria por las operaciones realizadas. ¿Qué significa esto? ¿Que si los administradores son dos o más son solidariamente responsables entre sí frente a la sociedad y frente a terceros? o bien ¿que son solidariamente responsables con la sociedad frente a terceros? A primera vista, parece que la realización de nuevas operaciones constituye un acto *ultra vires* y que, en consecuencia, si la sociedad no las ratifica no contrae responsabilidad alguna, razón por la cual la solidaridad aludiría a los administradores. Pero, es evidente que tampoco puede haber responsabilidad solidaria de los administradores si el administrador es único. Por consiguiente, ante la obscuridad de la *Ley* nos atrevemos a conjeturar que lo que el legislador quiso decir fue que los administradores son solidariamente responsables con la sociedad, frente a terceros, por las nuevas operaciones realizadas.

[15] Algunos autores consideran que la disolución acarrea la pérdida de la capacidad jurídica de la sociedad; pero esto no es rigurosamente exacto. La sociedad conserva su capacidad jurídica; pero ésta queda condicionada a la no realización de nuevas operaciones. *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, p 432.

[16] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 484, propone que la novedad de las operaciones se interprete con un criterio económico mediante el cual se consideran prohibidas las que se realicen con propósitos de lucro.

Del criterio teleológico antes propuesto se desprende que la prohibición de realizar nuevas operaciones alcanza no solo a los administradores, sino también a los liquidadores, por cuanto aquellas son incompatibles con los fines de la liquidación. Sin embargo, debe advertirse que la responsabilidad de los liquidadores no es solidaria porque no resulta de la ley como lo exige el derecho común (art 1988, *CCDF*).

#### 21.3.1.2 CAMBIO DE LOS ÓRGANOS SOCIALES

La prohibición impuesta a los administradores de iniciar nuevas operaciones implica la conclusión de sus funciones, pues la ejecución de las operaciones de liquidación queda a cargo de uno o más liquidadores, quienes actúan como representantes de la sociedad desde el momento en que toman posesión de su cargo (arts 235 y 237).

## 21.4 LIQUIDACIÓN. CONCEPTO. CLASES. PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

### 21.4.1 Concepto

En términos generales, se entiende por liquidación de las sociedades mercantiles el conjunto de actos jurídicos encauzados a concluir los vínculos establecidos por la sociedad con terceros y con los socios y por éstos entre sí. Los actos en cuestión reciben el nombre genérico de *operaciones de liquidación* y se desarrollan en dos etapas sucesivas a las que nos referiremos más adelante: la que comprende las operaciones de liquidación propiamente dichas y la que tiene por objeto la división y distribución del haber social entre los socios.

### 21.4.2 Clases

La liquidación de las sociedades mercantiles puede ser judicial y no judicial. Es judicial la que proviene de sentencia que declara la quiebra de la sociedad o la nulidad de la misma por tener un objeto ilícito o por realizar habitualmente actos ilícitos. La liquidación no judicial es la que toma su origen de cualquiera de las causas de disolución a que antes nos hemos referido, incluida la que se refiere a la expiración del término.

Aquí no habremos de referirnos a la liquidación por quiebra o por nulidad de la sociedad, pues ambos casos están sujetos a reglas especiales por cuanto no suponen la distribución del haber social remanente entre los socios. Sin embargo, nos parece conveniente hacer hincapié, que la aplicación a la Beneficencia Pública del remanente del haber social de las sociedades judicialmente declaradas nulas por ilicitud en el objeto o por la realización habitual de actos ilícitos viola lo dispuesto por el art 22, párr primero de la *Constitución General*

*de la República,* toda vez que es una pena confiscatoria prohibida por dicho precepto.

### 21.4.3 Protección de los acreedores

Por lo que se refiere a la liquidación no judicial de la sociedad, la *Ley General de Sociedades Mercantiles* en principio concede a los socios la más amplia libertad para establecer las reglas con que haya de realizarse, pues puede hacerlo

> *con arreglo a las estipulaciones relativas del contrato social o a la resolución que tomen los socios al acordarse o reconocerse la disolución de la sociedad,*

bien entendido que en defecto de dichas estipulaciones la liquidación se practicará de conformidad con las disposiciones del Cap XI de la *Ley* (arts 6o, frac XIII, 8o y 243).

En razón de lo expuesto se afirma que "*La liquidación* [no judicial] *es una institución jurídica establecida para favorecer los intereses de los socios*"[17] y no en el de los acreedores como ocurre en la liquidación judicial por quiebra o por nulidad de la sociedad. Sin embargo, la libertad para estipular las bases de la liquidación convencional no debe entenderse concedida de forma irrestricta. toda vez que la propia *Ley* estatuye en su art 243 que

> *ningún socio podrá exigir de los liquidadores la entrega total del haber que le corresponda; pero si la parcial que sea compatible con los intereses de los acreedores de la sociedad, mientras no estén extinguidos sus créditos pasivos o haya depositado su importe si se presentare inconveniente para hacer su pago.*

De manera que los intereses de los acreedores quedan protegidos por esta prohibición; pero, además, por la exigencia de publicar, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, el acuerdo de distribución parcial y por la atribución a los acreedores del derecho de oponerse a ella en la forma y términos establecidos en el art 9o, *LGSM.*

## 21.5 REVOCACIÓN E INSUBSISTENCIA DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

Una de las cuestiones más debatidas en la materia que nos ocupa, es la que se refiere a la reanudación de las operaciones normales de la sociedad una vez que ha entrado en estado de disolución y liquidación, pues lo mismo se afirma que se niega la posibilidad de hacer desaparecer las causas que las originan.[18]

[17] *Ibídem,* p 470.

[18] *Cfr* entre otros, VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Asambleas, fusión y liquidación de sociedades,* Porrúa, 1980, p 413, y RODRÍGUEZ, *op cit,* t II, p 472, quienes se pronuncian a favor y FRISCH PHILIPP, *op cit,* p 320 que se pronuncia en contra.

Quienes postulan la irrevocabilidad de la disolución y liquidación esgrimen como principal argumento que aquella equivale a una sentencia de muerte de la sociedad; pero olvidan que, al menos conforme a nuestra legislación, las sociedades en estado de liquidación conservan su personalidad jurídica, si bien sufren una mengua en su capacidad por cuanto no pueden iniciar nuevas operaciones.

A nuestro entender, si bien es cierto desde el momento en que se produce, se comprueba o se reconoce la causa de disolución quedan modificadas la capacidad jurídica de la sociedad y las reglas de su organización y funcionamiento, no por ello es menos cierto que el estado de liquidación no es necesariamente irreversible, toda vez que, como antes indicamos, en algunos casos los socios pueden remediar las causas que motivan la disolución y aun revocar los correspondientes acuerdos y, en otros casos, los acreedores pueden pedir judicialmente la insubsistencia de la declaración de disolución y, por consiguiente, la cesación de las operaciones de liquidación (art 232, párr final).

## 21.5.1 Revocación de la liquidación

Nos parece que no es pertinente sostener en forma apriorística si la sociedad puede poner fin a la liquidación o no, pues de lo que hemos dejado establecido se infiere que en algunos casos es posible remediar las causas de disolución y que en otros existe la imposibilidad legal de hacerlo. Consecuentemente, creemos que, para determinar si la disolución y la liquidación son revocables, deben analizarse casuísticamente los supuestos previstos en la *ley*.

### 21.5.1.1 DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN POR EXPIRACIÓN DEL TÉRMINO

Conforme a lo que hemos expuesto, esta causa de disolución opera automáticamente, sin necesidad de acuerdo o comprobación de los socios y, por ende, no es susceptible de desaparecer por voluntad de ellos. Sin embargo, **Rodríguez**[19] opina que

> una vez que la sociedad ha entrado oficialmente en estado de liquidación por transcurso del término o por registro de la sentencia judicial que dictara la disolución, no podría válidamente volverse atrás y reanudar su actividad ordinaria, de no ser con el consentimiento de todos los socios y previa rectificación de las causas de disolución que existieran.

No compartimos esta opinión, porque en el supuesto de expiración del término no se ajusta al texto de la ley, y, porque en el caso de disolución por orden judicial es evidente que los socios no pueden revocar la sentencia rectificando los actos que la motivaron.

[19] RODRÍGUEZ, *op cit*, t II, p 472.

#### 21.5.1.2 DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN POR OBJETO ILÍCITO O POR REALIZACIÓN HABITUAL DE ACTOS ILÍCITOS

Es obvio que en esta hipótesis los socios no pueden hacer desaparecer estas causales de disolución, pues postular lo contrario, como antes apuntamos, sería pretender que los particulares pueden dejar sin efectos las decisiones de autoridad judicial. Empero, consideramos que en el caso excepcional de que el objeto de la sociedad deviniera ilícito por la promulgación de una nueva *Ley* que así lo declarara, los socios podrían modificarlo a fin de no incurrir en esta causa de disolución.

#### 21.5.1.3 DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN POR CONSUMACIÓN DEL OBJETO SOCIAL O POR IMPOSIBILIDAD DE SEGUIR REALIZÁNDOLO

Como antes se indicó, de la lectura de la Exposición de Motivos de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, se desprende que nada impide que la sociedad cambie su objeto y que, por consiguiente, haga desaparecer esta causal de disolución y ponga fin a la liquidación para iniciar las operaciones propias de su nuevo objeto social.

#### 21.5.1.4 DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN POR ACUERDO DE LOS SOCIOS

Nada se opone a que los socios acuerden revocar los acuerdos que motivaron la disolución y liquidación de la sociedad.

#### 21.5.1.5 DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN PORQUE EL NÚMERO DE ACCIONISTAS LLEGUE A SER MENOR A DOS

Esta causal puede hacerse desaparecer fácilmente transmitiendo a otra u otras personas una o varias acciones.

#### 21.5.1.6 DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN POR REUNIRSE EN UNA SOLA PERSONA LAS PARTES DE INTERÉS

En virtud de que nuestro sistema jurídico no admite las sociedades unimembres, es obvio que la única forma de hacer desaparecer esta causa de disolución consiste en que el socio único admita en la sociedad a otro consocio.

#### 21.5.1.7 DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN POR PÉRDIDA DE LAS DOS TERCERAS PARTES DEL CAPITAL SOCIAL

No hay oposición legal alguna a que los socios hagan desaparecer esta causa de disolución y reanuden las operaciones de la sociedad restituyendo el capital social perdido, según también se lee en la Exposición de Motivos.

#### 21.5.1.8 DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN POR CAUSAS CONVENCIONALES

La revocación de los acuerdos de disolución por causas convencionales debe resolverse con las mismas formalidades y requisitos de eficacia con que se adoptaron aquellos.

### 21.5.2 Insubsistencia de la disolución y liquidación

Un caso especial de revocación de la disolución es el previsto en el art 232, *in fine*, con arreglo al cual

> *Cuando se haya inscrito la disolución de una sociedad sin que a juicio de algún interesado hubiere existido alguna causa de las enumeradas por la ley, podrá ocurrir ante la autoridad judicial dentro del término de treinta días, contados a partir de la fecha de inscripción, y demandar, en la vía sumaria, la cancelación de la inscripción.*

Como se puede apreciar, la hipótesis legal en cuestión descansa en la premisa de que los socios decretaron la disolución dolosamente o por error, aduciendo como causa cualquiera de las enumeradas en las fracs II, III, IV y V del art 229, pues no cabría demandar la cancelación de la inscripción si la disolución y liquidación se producen por expiración del término o por sentencia judicial.

## 21.6 LOS LIQUIDADORES

### 21.6.1 Concepto. Número. Calidades

Con arreglo a lo dispuesto por el art 235, *LGSM*, los liquidadores son representantes legales de la sociedad, lo cual significa que cumplen funciones de representación y de gestión de los negocios sociales similares a los de los administradores, sin necesidad de apoderamiento; pero con la única limitación de que no pueden iniciar nuevas operaciones, pues sólo pueden decidir y ordenar la ejecución de las actividades que constituyen el objeto social para fines de la liquidación, ya que, como quedó indicado, si hicieran lo contrario, no se cumplirían tales fines y estarían excediendo sus facultades.

La liquidación podrá estar a cargo de uno o más liquidadores quienes "*responderán por los actos que ejecuten excediéndose de los límites de su encargo*" (art 235, *in fine*). Si el liquidador es uno solo, incurre en responsabilidad personal, obviamente, y si son dos o más, incurren en responsabilidad mancomunada; pero no solidaria, porque deben obrar conjuntamente y porque la solidaridad no resulta de la *Ley* (art 1988, *CCDF*). La exigencia legal de que los liquidadores deban actuar conjuntamente significa que forman un órgano colegiado que debe tomar sus resoluciones por unanimidad, si son dos, o por mayoría de vo-

tos si son tres o más. A nuestro entender, en caso de empate deben resolver los socios.

La *LGSM* no establece que los liquidadores deben estar habilitados para ejercer el comercio; sin embargo, como apunta **Rodríguez**[20] es evidente que deben tener capacidad de ejercicio, se diga o no se diga en la *Ley*.

Por último, las personas morales pueden actuar como liquidadoras, toda vez que la *Ley* no estipula que el cargo sea personal, ni prohíbe que pueda desempeñarse por medio de representantes. Al contrario, la *Ley de Instituciones de Crédito,* en su art 46, fracc XXI, autoriza a las sociedades nacionales de crédito para actuar como liquidadoras.

## 21.6.2 Nombramientos y revocación del encargo

El nombramiento de liquidadores debe hacerse por los socios, en el contrato social o, en su defecto, por la junta o la asamblea de socios, en el momento en que se acuerde o se reconozca la disolución y, en su caso, inmediatamente que expire el plazo de la sociedad. En el evento de que la sociedad se disuelva por sentencia ejecutoriada, la designación debe hacerse inmediatamente después de que se dicte aquella.

Si por alguna causa el nombramiento no se hiciere en los términos mencionados, cualquier socio, podrá pedir en la vía ordinaria[21] que se haga la designación.

Por otra parte, la *Ley General de Sociedades Mercantiles* es omisa en conceder a las minorías el derecho a designar un liquidador; pero esto no obsta para que tal derecho sea estipulado en el contrato social o concedido por los socios mayoritarios al momento de declarar la disolución de la sociedad. De cualquier manera, no creemos que pueda aplicarse analógicamente lo dispuesto por el art 144, *LGSM*, como propone **Rodríguez**,[22] pues, como ya lo hemos expresado en numerosas ocasiones, la integración analógica no es permitida por nuestro sistema jurídico.

La designación de los liquidadores es libremente revocable por acuerdo de los socios; pero también puede ser revocada por resolución judicial si cualquier socio justificare la existencia de una causa grave para la revocación. Esto no obstante, los liquidadores cuyos nombramientos fueren revocados continuarán en su encargo hasta que entren en funciones los nuevamente nombrados (art 238, *LGSM*), para no entorpecer la buena marcha de la liquidación.

En virtud de que no existe obstáculo legal alguno para designar uno o varios liquidadores suplentes, la revocación del nombramiento de uno de los *propietarios* da lugar a que el suplente entre en funciones inmediatamente, sin necesidad de hacer nueva designación.

[20] *Op cit*, p 479.
[21] No parece ocioso repetir que el *Código de Comercio* no instituye la vía sumaria.
[22] *Op cit*, p 479.

### 21.6.3 Toma de posesión del cargo

Nombrados los liquidadores, éstos tomarán posesión de su cargo después de que se haya inscrito en el Registro Público de Comercio su designación. Mientras no se cumpla con este requisito y los liquidadores no tomen personalmente el cargo, los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones, bien entendido que no podrán iniciar nuevas operaciones (arts 233 y 237).

Al tomar los liquidadores posesión de su cargo, los administradores les entregarán todos los bienes, libros y documentos de la sociedad, levantándose en todo caso un inventario del activo y pasivo sociales; es decir, un balance especial de liquidación al cual deben acompañarse todas las relaciones de cuentas por cobrar y por pagar, inventarios de mercancías y de bienes muebles e inmuebles, etcétera.

Desde luego, el cargo de liquidador debe ser retribuido en atención a lo dispuesto por el art 5o, párr tercero, constitucional. Sin embargo, si los liquidadores son empleados de la sociedad, como suele ocurrir, pueden renunciar a su derecho a percibir emolumentos.

### 21.6.4 Atribuciones y obligaciones

Además de las facultades de representación de la sociedad y de gestión de los negocios sociales para efectos de la liquidación, los liquidadores están investidos de ciertas atribuciones y obligaciones que la doctrina denomina *poderes-deberes*, porque implican tanto el ejercicio de un derecho como el cumplimiento de una obligación. Entre tales poderes-deberes encontramos los siguientes

1 De practicar el balance final de liquidación y de depositarlo en el Registro Público de Comercio una vez aprobado por los socios (art 242, frac V)
2 De obtener del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social una vez concluida la liquidación (art 242, frac VI)
3 De mantener en depósito durante diez años, después de la fecha en que se concluya la liquidación, los libros y papeles de la sociedad (art 245)
4 De convocar a juntas de socios y asambleas de accionistas (arts 246, frac III y 247, frac III)
5 En general, de practicar las operaciones de liquidación y de división y distribución del haber social (arts 242, 246, 247 y 248).

De todos estos poderes-deberes sólo ameritan comentario los enumerados en último lugar, o sea los que se refieren a practicar las operaciones de liquidación, división y distribución del haber social.

## 21.7 OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

Conforme a lo dispuesto por el art 234, *LGSM*, disuelta la sociedad se pondrá en liquidación. Ahora bien, al tomar posesión de sus cargos los liquidadores

deben recibir de los administradores los libros y papeles de la sociedad, así como el dinero, las mercancías, los valores y, en general, todos los bienes que le pertenecen, pues sin este requisito no se podrían realizar las operaciones de liquidación.

Como quedó expresado, existe la más amplia libertad para estipular en el contrato social o al momento del acuerdo de disolución la forma, términos y condiciones en que deberá practicarse la liquidación y solo en defecto de tales estipulaciones se aplicarán las diposiciones de la *Ley*.

El efecto inmediato de las operaciones de liquidación es el de resolver los vínculos jurídicos de la sociedad con terceros y, en consecuencia, convertir en dinero líquido los bienes y derechos de la sociedad, de manera que éstas operaciones comprenden

1 Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución (art 242, frac I)
2 Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba (art 242, frac II)
3 Vender los bienes de la sociedad (art 242, frac III).

Respecto a la conclusión de las operaciones pendientes, cabe notar que la resolución anticipada de los contratos de tracto sucesivo o a largo plazo puede resultar muy onerosa para la sociedad, en especial en el caso de que la disolución sea motivada por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley (art 229, frac II), pues en este supuesto la sociedad no puede alegar en su favor el caso fortuito y la fuerza mayor, como podría hacerlo cuando la disolución obedece a cualquiera de las otras causas.

Por lo que se refiere al cobro y pago de lo debido, debe advertirse que los liquidadores, en su carácter de representantes legales de la sociedad están legitimados para interponer y contestar las demandas que se susciten con motivo de estos conceptos. Asimismo, es conveniente notar que, por la misma razón, los liquidadores, salvo estipulación en contrario en el contrato social, están facultados para enajenar los bienes muebles e inmuebles de la sociedad sin necesidad de apoderamiento especial.

## 21.8 OPERACIONES DE DIVISIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL HABER SOCIAL[23]

En principio, las operaciones de liquidación concluyen cuando se han cobrado todos los créditos, pagado todas las deudas y enajenado todos los bienes pertenecientes a la sociedad; es decir, cuando solo queda dinero como único patrimonio de la sociedad.

[23] La *LGSM* no distingue entre operaciones de división y de distribución del haber social, aunque son fácilmente discernibles unas de otras. *Cfr* VÁSQUEZ DEL MERCADO, *op cit*, p 469.

Sin embargo, en las sociedades en nombre colectivo, comandita simple y de responsabilidad limitada, si no hubiere estipulaciones expresas para liquidarlas, los liquidadores una vez que hayan pagado las deudas de la sociedad con el producto de lo cobrado y de algunos bienes vendidos, deberán dividir en lotes los bienes remanentes que no hubiesen sido convertidos en dinero para distribuirlos entre los socios conforme a las siguientes reglas establecidas en el art 246, *LGSM*

1 Si los bienes en que consiste el haber social son de fácil división, se repartirán en la proporción que corresponda a la representación de cada socio en la masa común (frac I)[24]
2 Si los bienes fueren de diversa naturaleza, se fraccionarán en las partes proporcionales respectivas, compensándose entre los socios las diferencias que hubiere (frac II)
3 Una vez formados los lotes, el liquidador convocará a los socios a una junta en la que les dará a conocer el proyecto respectivo; y aquellos gozarán de un plazo de ocho días hábiles a partir del siguiente a la fecha de la junta, para exigir modificaciones, si creyeren perjudicados sus derechos (frac III)
4 Si los socios manifestaren expresamente su conformidad, o si durante el plazo que se acaba de indicar no formularen observaciones, se les tendrá por conformes con el proyecto y el liquidador hará la respectiva adjudicación, otorgándose, en su caso, los documentos que procedan (frac IV)
5 Si durante el plazo antes mencionado los socios formularen observaciones al proyecto de división, el liquidador convocará a una nueva junta en el plazo de ocho días, para que de mutuo acuerdo se hagan al proyecto las modificaciones a que haya lugar; y si no fuere posible obtener el acuerdo, el liquidador adjudicará el lote o lotes respecto de los cuales hubiere incoformidad, en común a los respectivos socios, y la situación jurídica resultante entre los adjudicatarios se regirá por las reglas de la copropiedad (frac V)
6 Si la liquidación social se hiciere a virtud de la muerte de uno de los socios, la división o venta de los inmuebles se hará conforme a las disposiciones de la *LGSM*, aunque entre los herederos haya menores de edad (frac VI).

[24] Respecto a esta disposición debe advertirse que el legislador erróneamente considera que los bienes remanentes de la liquidación forman una masa común, cuando en realidad siguen perteneciendo a la sociedad mientras no sean adjudicados a los socios. El error del autor de la *Ley* quizá se origina en que, en forma incongruente con las demás disposiciones del Cap XI, *LGSM*, acogió la llamada "Teoría de la Comunidad Patrimonial", conforme a la cual la sociedad pierde su personalidad al momento de la disolución y se transforma en una comunidad de bienes. *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit*, p 476, y VÁSQUEZ DEL MERCADO, *op cit*, p 402.

En lo concerniente a las sociedades anónima y comandita por acciones, en principio todos los bienes deben ser convertidos en dinero y, una vez logrado esto, los liquidadores procederán a formular un balance final de liquidación y un proyecto de distribución del haber social líquido, con sujeción a las siguientes reglas estipuladas en el art 247, *LGSM*

1a) El balance en cuestión se publicará por tres veces, de diez en diez días, en el periódico oficial de la localidad en que tenga su domicilio la sociedad, con el propósito de hacer saber a los accionistas el proyecto de distribución del haber social (frac II).
Desde luego, el balance no se publica en beneficio de los acreedores toda vez que el haber social no puede distribuirse si hubiere adeudos pendientes
2a) Transcurrido dicho plazo, los liquidadores convocarán a una asamblea general de accionistas para que se apruebe en definitiva el balance. Esta asamblea será presidida por uno de los liquidadores (frac III)
3a) Celebrada la asamblea mencionada y aprobado el balance final de liquidación, los liquidadores procederán a hacer a los accionistas los pagos que correspondan, contra la entrega de los títulos de las acciones (art 248), en el concepto de que las sumas que pertenezcan a los accionistas y que no fueren cobradas en el transcurso de dos meses, contados desde la aprobación de dicho balance, se depositarán en una institución de crédito con la indicación del accionista para que éste las cobre cuando juzgue pertinente (art 249).

Una vez que se hayan cumplido los anteriores requisitos, los liquidadores procederán a depositar el balance final de liquidación en el Registro Público de Comercio, y a obtener la cancelación de la inscripción del contrato social (art 242, fracs V y VI), con lo que se considera que la sociedad se ha extinguido.

## 21.9 LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES IRREGULARES Y NULAS

Las sociedades irregulares se disuelven y liquidan conforme a las disposiciones del contrato social y, en su defecto, conforme a lo previsto en los Caps X y XI de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*.

Por lo que se refiere a las sociedades nulas, por tener un objeto ilícito o por realizar habitualmente actos ilícitos, entendemos que el juez debe apegarse a las disposiciones de la *Ley*, pues en esta hipótesis la liquidación se practica en interés de terceros y no de los socios, como antes se indicó.

CAPÍTULO
22

# SOCIEDADES COOPERATIVAS

## SUMARIO


**22.1 NATURALEZA Y CONCEPTO LEGAL**

22.1.1 Naturaleza. Sociedad mercantil

22.1.2 Concepto legal

22.1.2.1 Elementos del concepto legal

22.1.2.1.1 Sociedad

22.1.2.1.2 Denominación social

22.1.2.1.3 Capital fundacional variable

22.1.2.1.4 Certificados de aportación

22.1.2.1.5 Actividad social en beneficio de los socios

22.1.2.1.6 Actividad social limitadamente lucrativa

22.1.2.1.7 Responsabilidad limitada

22.1.2.1.8 Responsabilidad suplementada

**22.2 DIVERSAS ESPECIES DE SOCIEDADES COOPERATIVAS. FEDERACIONES Y CONFEDERACIÓN NACIONAL COOPERATIVA**

22.2.1 Especies

22.2.2 Federaciones de cooperativas

22.2.3 Confederación Nacional de Cooperativas

**22.3 CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD. INGRESO Y SALIDA DE SOCIOS. EFECTOS**

22.3.1 Constitución

22.3.1.1 Formalidades

22.3.1.2 Autorización y Registro

22.3.2 Ingreso y salida de socios

22.3.2.1 Admisión de nuevos socios

22.3.2.2 Exclusión de socios

22.3.2.3 Renuncia

22.3.2.4 Muerte del socio

22.3.3 Efectos de la separación del socio

**22.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS**

**22.5 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD. VIGILANCIA ESTATAL**

22.5.1 Asambleas generales

22.5.1.1 Atribuciones de la asamblea general

22.5.1.2 Convocatoria

22.5.1.3 *Quórumes*

22.5.1.4 Delegados y representantes

22.5.1.5 Presidencia de la asamblea

22.5.1.6 Actos de asamblea

22.5.2 Consejo de administración

22.5.2.1 Número de consejeros
22.5.2.2 Nombramiento del consejo
22.5.2.3 Duración del cargo
22.5.2.4 Revocación del cargo
22.5.2.5 Calidades de los consejeros
22.5.2.6 Funcionamiento del consejo de administración
22.5.2.7 Remuneración
22.5.2.8 Responsabilidad de los consejeros
22.5.2.9 Designación de gerentes y comisionados
22.5.3 Consejo de vigilancia
22.5.3.1 Número
22.5.3.2 Nombramiento y revocación del cargo
22.5.3.3 Duración del cargo. Remuneración
22.5.3.4 Funcionamiento del consejo de vigilancia. Responsabilidad
22.5.4 Comisión de Control Técnico
**22.6 LIBROS SOCIALES Y DE CONTABILIDAD. VIGILANCIA ESTATAL**
22.6.1 Libros
22.6.2 Vigilancia estatal
**22.7 DISOLUCIÓN DE LAS COOPERATIVAS**
**22.8 LIQUIDACIÓN DE LAS COOPERATIVAS. COMISIÓN LIQUIDDADORA PROYECTO DE LIQUIDACIÓN. OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL HABER SOCIAL**
22.8.1 Comisión liquidadora
22.8.2 Proyecto de liquidación
22.8.3 Operaciones de liquidación
22.8.4 Operación de distribución del haber social
**22.9 CONSIDERACION FINAL**

## INTRODUCCIÓN. BREVE ANTECEDENTE HISTÓRICO

Las sociedades cooperativas, como muchas otras instituciones de derecho, no son un producto de la especulación jurídica, sino una respuesta al problema económico que significa para los consumidores asalariados la excesiva intermediación en el mercado.

La primera cooperativa de que se tiene noticia fue la Sociedad de Pioneros (*Equitable Pioneers*) de Rochdale, Inglaterra, fundada en 1844 por 28 obreros textiles con el propósito de adquirir directamente, para su propio consumo, los artículos necesarios para su subsistencia y de esta manera "eliminar (tanto) a los intermediarios como al incentivo de lucro".[1] Más tarde, el cooperativismo inglés se amplió a la producción de bienes industriales y agrícolas con una doble finalidad: *una*, de producir los artículos que requerían las cooperativas de consumo y, la otra, la de evitar el abuso a que se encontraban sometidos los pequeños productores por parte de los grandes intermediarios. Finalmente, el cooperativismo ha tomado un gran auge a nivel mundial y se ha diversificado a la prestación de servicios públicos; a la construcción de viviendas; al otorgamiento de créditos; a los servicios médicos, si bien en nuestro país, por razones institucionales, ha tenido poco desarrollo.

En México, las sociedades cooperativas originalmente fueron reglamentadas por el Código de Comercio de 1889 (arts 238 a 259), cuyas disposiciones fueron derogadas por la Ley General de Sociedades Cooperativas de 1927, la cual a su vez fue sustituida por la ley del mismo nombre de 1933 y por un reglamento complementario. Por último, la ley de 1933 y su reglamento fueron derogados por la vigente *Ley General de Sociedades Cooperativas* del 11 de enero de 1938 (*LGSC*) que se complementa con su correspondiente *Reglamento* del 16 de junio del mismo año (*RLGSC*).

[1] *Cfr* MONTENEGRO, Walter, *Introducción a las doctrinas político económicas*, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp 126 y ss y MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1961, p 301.

## 22.1 NATURALEZA Y CONCEPTO LEGAL

### 22.1.1 Naturaleza. Sociedad mercantil

En lo que se refiere a la naturaleza de las cooperativas, el derecho comparado las ha considerado ya como sociedades mercantiles, ya como sociedades civiles.

Nuestro *Código de Comercio* caracterizó a las cooperativas como empresas lucrativas y, por ende, como sociedades mercantiles. Pero, al tenor de la *Ley General de Sociedades Cooperativas* vigente, se suscita la duda respecto a su naturaleza, pues en apariencia las cooperativas se aproximan más a las sociedades civiles cuyos fines son preponderantemente económicos, sin llegar a constituir una especulación comercial.

En efecto, las cooperativas mexicanas *aparentemente* no pueden dedicarse a actividades mercantiles y les está vedado obtener utilidades, pues con arreglo a lo dispuesto por el art 1o, fracVI, *LGSC,* tienen prohibido perseguir fines de lucro.

Ahora bien, si las sociedades cooperativas no persiguen fines de lucro, cabe preguntar: ¿por qué se les considera como mercantiles en el art 1o, frac VI, *LGSM*? Sobre este particular, **Rodríguez** opina que las cooperativas son mercantiles por su forma; es decir, porque así lo considera la *LGSM,* y que la razón por la que se les incluyó en dicho precepto "fue la de atraer su reglamentación a la competencia federal", habida cuenta de que

> no siendo calificada esta forma de organización mercantil, se escapaba a la legislación federal, en los términos estrictos del art 75, frac IX [sic][2] de la *Constitución de la República,*

circunstancia ésta que hubiera propiciado

> que los diversos estados dictasen una legislación caótica sobre estas sociedades que no podían desarrollarse con tal diversidad legislativa.[3]

Por su parte, **Mantilla Molina** les atribuye el carácter de comerciantes a esta especie de sociedades siguiendo un criterio objetivo, pues afirma que es indudable que se enmarcan en el concepto de *empresas* contenido en las fracs V a XI del *Código de Comercio* y que las operaciones de intermediación en el mercado que realizan son mercantiles.[4]

De cualquier manera, sea que se siga un criterio formal o un criterio objetivo, es incuestionable que las cooperativas mexicanas son sociedades mercantiles, porque, en última instancia, la pretendida prohibición de lucrar no es absoluta, sino limitada como se verá más adelante.

[2] Las facultades del Congreso de la Unión para legislar en materia de comercio están establecidas en el art 73, fracs IX y X de la *Constitución.*

[3] *Tratado de sociedades mercantiles,* t II, Porrúa 1965, p 422.

[4] *Op cit,* pp 306 a 308.

## 22.1.2 Concepto legal

Con arreglo a diversas disposiciones de la *LGSC*, las cooperativas se caracterizan por ser sociedades mercantiles que existen bajo una denominación social, de capital fundacional variable, dividido en certificados de aportación, nominativos, indivisibles, de igual valor inalterable y sólo transferibles en las condiciones establecidas por el Reglamento de la *LGSC* y el contrato social y cuya actividad social, limitadamente lucrativa, se realiza exclusivamente en beneficio de los socios quienes, en principio, únicamente responden de sus aportaciones, salvo que en el contrato social se haya estipulado el régimen de responsabilidad suplementada.

### 22.1.2.1 ELEMENTOS DEL CONCEPTO LEGAL

#### 22.1.2.1.1 Sociedad

El concepto de sociedad evoca el de negocio jurídico plurilateral; esto es, el de un negocio en el que intervienen varias personas. El número de socios es variable, pero nunca podrá ser inferior a diez (art 1o, frac III, *LGSC*).

Por otra parte, lo que caracteriza a las cooperativas mexicanas es lo que se refiere a la calidad de los socios: éstos deben pertenecer a la clase trabajadora ya sea que aporten a la sociedad su trabajo personal, cuando se trate de cooperativas de producción o que se aprovisionen a través de la sociedad o utilicen los servicios que ésta distribuye, cuando se trate de cooperativas de consumo (art 1o, frac I, *LGSC*). En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en otras sociedades civiles o mercantiles, no pueden ser socios de las cooperativas los industriales, comerciantes, profesionistas, etcétera. Adicionalmente, las sociedades cooperativas de producción no pueden admitir como socios a extranjeros en una proporción mayor a diez por ciento del total de los socios (art 57, *LGSC*).

#### 22.1.2.1.2 Denominación social

Las cooperativas existen bajo una denominación social (art 15, frac I, *LGSC*) que necesariamente debe ser diferente a la de cualquier otra cooperativa que se dedique a la misma actividad (arts 8o, *LGSC* y 6o del *Reglamento*).

A la denominación social deben agregarse las letras S. C. L. o S. C. S., según sea que hayan adoptado el régimen de responsabilidad limitada o el de responsabilidad suplementada (art 4o del *Reglamento*).[5] Con arreglo a lo dispuesto por el art 4o, *LGSC*, a las sociedades o individuos no sujetos a las

[5] RODRÍGUEZ, *op cit*, p 423, estima que la omisión de éstas palabras podría implicar la responsabilidad ilimitada de los miembros de la cooperativa. No participamos de esta opinión, porque la ley no preve tal consecuencia y porque sólo reconoce dos clases de regímenes: el de la responsabilidad limitada y el de la responsabilidad suplementada.

disposiciones de la *Ley* les está prohibido utilizar en su razón social las palabras *cooperativa, cooperación, cooperadores* u otras similares que pudieran inducir a creer que se trata de una sociedad cooperativa.[6]

#### 22.1.2.1.3 Capital fundacional variable

El régimen de capital variable es otra de las características típicas de la cooperativa, pues siempre tienen que constituirse adoptando esta modalidad (art 1o, frac IV, *LGSC*).

El capital social es fundacional en el sentido de que al constituirse la sociedad o al ingresar a ella es forzosa la exhibición de diez por ciento, cuando menos, del valor de los certificados de aportación (art 36, párr segundo, *LGSC*); pero no en el sentido de que su monto debe ser por un mínimo legal.

Con arreglo a lo previsto por el art 34, *LGSC*, el capital social de las cooperativas se integra con aportaciones de los socios, con los donativos que reciban y con el porcentaje de los rendimientos que se destinen para incrementarlo. Por supuesto, es evidente que el legislador ha confudido los conceptos capital social y patrimonio social, pues es bien sabido que aquel se integra con las aportaciones de los socios y que éste se forma tanto con el capital social como con otras partidas diferentes a las aportaciones.

Además, las cooperativas deberán constituir fondos de reserva y de previsión social los cuales, lo mismo que los donativos, son irrepartibles, motivo por el que, en caso de disolución de la sociedad, una vez hechas las aplicaciones correspondientes, pasarán a formar parte del Fondo Nacional de Crédito Cooperativo, según dispone el art 39, *LGSC*, en franca violación a lo previsto por los arts 14 y 22 de la *Constitución* que prohíben, respectivamente, la privación de propiedades, derechos o posesiones sin ser oído en juicio y, la confiscación de bienes.

El fondo de reserva no deberá ser menor de veinticinco por ciento del capital social en las cooperativas de producción y de diez por ciento en las de consumo y deberá reconstituirse cada vez que sea afectado, en el concepto de que la afectación deberá hacerse al fin del ejercicio social para afrontar las pérdidas líquidas que hubiere (art 40, *LGSC*).

Por otro lado, el art 35, *LGSC*, prescribe que las aportaciones pueden consistir en efectivo, bienes, derechos o trabajo. Las aportaciones en especie deben valorizarse en la escritura constitutiva o al tiempo de ingresar el socio por acuerdo entre éste y el consejo de administración, con la aprobación de la asamblea general.

[6] La falta de técnica legislativa es obvia en el art 4o, *LGSC*, pues, por una parte, existen sociedades que utilizan denominaciones sociales a quienes no se impone la prohibición y, por la otra, es absurdo considerar que el nombre de las personas físicas constituye una razón social.

La circunstancia de que las aportaciones puedan consistir en trabajo implica el problema de valorizarlas, según dispone el mismo precepto *in fine.*[7]

Los socios iniciadores, los fundadores y los directores de las cooperativas no pueden reservarse ventaja o privilegio alguno, ni preferencia a parte alguna del capital (art 3o, *LGSC*).

#### 22.1.2.1.4 Certificados de aportación

Los derechos de los socios quedan incorporados en certificados de aportación nominativos, indivisibles, de igual valor inalterable y solo transferibles si se cumplen las siguientes condiciones

1 Que el cedente sea titular de más de un certificado, y
2 Que el cesionario tenga el carácter de socio (art 11 del *Reglamento*).

Los certificados de aportación también pueden transmitirse por causa de muerte del socio a la persona que se haga cargo total o parcialmente de quienes dependían económicamente del difunto, si satisface los requisitos de admisión establecidos por la *Ley* y el *Reglamento*. En el contrato social pueden establecerse, además, otras limitaciones a la transmisión de los certificados de aportación y aun el derecho de tanto a favor de los socios.

Los certificados de aportación son verdaderos títulos-valor no negociables; es decir, no a la orden, lo cual no significa que sean inalienables, según exponemos en otra parte de este curso.[8]

#### 22.1.2.1.5 Actividad social en beneficio de los socios

Una de las principales características de la sociedad cooperativa consiste en que su actividad social se realiza en favor de los socios (art 1o, frac VI, *LGSC*). Esto significa que, cuando la sociedad es de consumo, su actividad está limitada a adquirir mercancías o servicios a precios menores a los que rigen en el mercado en beneficio de los socios y que, cuando es de producción, solo pueden utilizar la industria de éstos.

Por consiguiente, con arreglo a lo dispuesto en los arts 8o y 62, *LGSC*, las cooperativas, por regla general, no deben realizar actividades conexas, ni pueden contratar asalariados. No obstante, las cooperativas de producción pueden ser autorizadas para realizar actividades complementarias o similares, siempre y cuando no se perjudiquen intereses colectivos. Por actividades complementarias se entiende

[7] En la colectiva y en la comandita simple se admiten las aportaciones de industria; pero éstas no son valorizables y, por consiguiente, no se computan en el capital social.
[8] *Infra* sección 14.3.

*aquellas que se traducen en un perfeccionamiento de la actividad principal a la que integran económicamente, y que son aprovechadas exclusivamente por la cooperativa como auxiliares de la actividad primaria, legalmente autorizada.*

(Art 86, frac II, *RLGSC.*)

Y, por actividades similares,

*aquellas mediante las cuales se realiza para el público la producción de mercancías o de servicios de la misma naturaleza; pero diferentes en grado o en calidad y que no integran la actividad originalmente autorizada.* (Art 86, frac II, *RLGSC*).

Por otra parte, las cooperativas de producción pueden utilizar asalariados

1 Cuando así lo exijan circunstancias extraordinarias o imprevistas
2 Para la ejecución de obras determinadas, y
3 Para trabajos eventuales o por tiempo fijo, distintos de los requeridos por el objeto de la sociedad.

En estos casos, los asalariados que utilicen las cooperativas en trabajos extraordinarios o eventuales, *que constituyan el objeto de la sociedad,* si así lo desean, serán admitidos como socios cuando presten sus servicios durante seis meses consecutivos y hagan, a cuenta de su certificado de aportación, la exhibición correspondiente. Pero quienes ejecuten obras determinadas o trabajos eventuales que no constituyan el objeto de la sociedad y los gerentes y empleados técnicos que no tengan intereses homogéneos con el resto de los agremiados, no tienen derecho a ser admitidos como socios (art 62, *LGSC*).

#### 22.1.2.1.6 Actividad social limitadamente lucrativa

La aparentemente absoluta prohibición de perseguir fines de lucro, es decir, de obtener utilidades, contenida en el art 1o, frac VI, *LGSC*, es del todo incongruente con lo previsto por la frac VIII del mismo precepto, a cuyo tenor las cooperativas deben

*repartir sus rendimientos a prorrata entre los socios en razón del tiempo trabajado por cada uno, si se trata de cooperativas de producción; y de acuerdo con el monto de las operaciones realizadas con la sociedad en las de consumo.*

En efecto, si las sociedades cooperativas no pueden realizar actividades lucrativas, esto es, si no pueden obtener utilidades, es evidente que deberían vender al costo y que no habría *rendimientos* por repartir.

La incongruencia que hemos venido comentando resalta plenamente si se considera el caso de las cooperativas de producción, pues conforme a la prohibición legal, éstas deberían vender sus productos sin obtener utilidades, con lo que estarían condenadas al fracaso no solo porque los socios no obtendrían

beneficio alguno que repartir, sino también porque la sociedad no estaría en condiciones de formar reservas para la reposición de sus activos fijos y para ampliar sus operaciones, por cuanto el *fondo de reserva* previsto en la *Ley* debe aplicarse a la absorción de pérdidas (art 40) y el de *previsión social*, a cubrir los riesgos y las enfermedades profesionales de los socios y de los trabajadores y a obras de carácter social (art 41).

Vistas así las cosas, nos parece que el legislador se ha valido de *un vano subterfugio verbal* como lo llama **Mantilla Molina**, para tratar de ocultar el hecho incontrovertible de que las sociedades cooperativas, tanto de producción como de consumo, sí pueden realizar, aunque limitadamente, actividades lucrativas, aquellas con terceros y éstas con sus socios *y que la prohibición legal sólo se impone para las cooperativas de consumo respecto a terceros*, según se deduce de lo previsto por el art 54, *LGSC*, con arreglo al cual tratándose de cooperativas de consumidores, por excepción pueden realizar operaciones con el público previa autorización de la Secretaría de Comercio, en cuyo supuesto, las sociedades quedarán obligadas a admitir como socios a los consumidores que lo soliciten a quienes se les abonarán los excedentes de percepción (esto es, de los *rendimientos* que hubieren producido en favor de la sociedad) a cuenta de sus certificados de aportación, en el concepto de que si los consumidores no satisfacen los requisitos de admisión o no desean ingresar a la sociedad, dichos excedentes se aplicarán al Fondo Nacional de Crédito Cooperativo, según ordena inconstitucionalmente el art 54, *LGSC*.

A mayor abundamiento, las cooperativas de consumidores y las secciones de consumo de las de productores podrán distribuir artículos al público cuando la Secretaría de Comercio, para combatir el alza de los precios, les encomiende o autorice dicha distribución. En este caso, la *LGSC* no prevé que los *excedentes*, o sea las utilidades provenientes del lucro, se apliquen al Fondo en cuestión, motivo por el cual deben distribuirse entre los socios (art 55).

Por todas estas razones, el art 5o del *Reglamento*, se esfuerza por corregir la incongruencia de la *LGSC* al establecer que

> *para el efecto de lo dispuesto en la frac VI del art 1o de la Ley, se entenderá que existen fines de lucro, cuando entre los objetos* [sic] *de una sociedad cooperativa figure la realización de compraventa de artículos sin que la cooperativa realice un proceso de transformación de los mismos, salvo lo que el art 54 de la misma Ley establece en cuanto a cooperativas de consumo.*

O sea, que se considera que la sociedad realiza actos lucrativos cuando compra mercancías con el fin de revenderlas a terceros no socios; pero no cuando las compras para transformarlas y venderlas a terceros, como es el caso de las cooperativas de producción, o cuando las compras para revenderlas a sus socios, como ocurre en las de consumo.

En pocas palabras, el precepto en cuestión, a *contrario sensu,* estipula que sólo se considerará que los fines de las cooperativas son lucrativos cuando adquieran mercancías para revenderlas a terceros no socios.

#### 22.1.2.1.7 Responsabilidad limitada

La responsabilidad de los socios de la cooperativa, en principio, se limita al pago de sus aportaciones y, en consecuencia, no responden de las deudas sociales, de modo que, en caso de insolvencia de la sociedad solo responden por una cantidad determinada.[9]

#### 22.1.2.1.8 Responsabilidad suplementada

Los socios de la cooperativa también pueden optar por un régimen de responsabilidad suplementada, conforme al cual responden a prorrata por las operaciones sociales hasta por una cantidad fija determinada en el acta constitutiva o por acuerdo de la asamblea (art 5o, párr segundo, *LGSC*).

## 22.2 DIVERSAS ESPECIES DE SOCIEDADES COOPERATIVAS. FEDERACIONES Y CONFEDERACIÓN NACIONAL COOPERATIVA

### 22.2.1 Especies

La *Ley General de Sociedades Cooperativas* reconoce las siguientes especies de sociedades cooperativas[10]

1 *Cooperativas de* ***consumo*** Las cooperativas de consumo son aquellas, como su nombre lo indica, que se constituyen con el exclusivo fin de adquirir mercancías o servicios para satisfacer las necesidades de consumo de los socios. Según quedó indicado, las utilidades que obtengan deben repartirse a prorrata entre los socios, de acuerdo con el monto de las operaciones que hayan celebrado con la sociedad, después de formar los fondos de reserva y de previsión social previstos en la ley, los cuales al liquidarse la sociedad, pasan a formar parte del Fondo Nacional de Crédito Cooperativo

2 *Cooperativas de* ***producción*** Las cooperativas de producción son aquellas cuyas finalidades consisten en la producción de mercancías y la prestación de servicios, destinados al consumo de otras cooperativas o al público en general. Las utilidades que obtengan deben repartirse a pro-

[9] *Cfr* RODRÍGUEZ, *op cit,* p 425.

[10] *Cfr* BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *La empresa,* Porrúa, 1977, pp 625-628.

rrata entre los socios en razón del tiempo trabajado y no en razón de las aportaciones que hubieren hecho, después de formar las reservas de ley

3 *Cooperativas **mixtas*** Las sociedades cooperativas mixtas son las de producción que, además, cuentan con una sección de consumo

4 *Cooperativas de **intervención oficial*** Son sociedades cooperativas de intervención oficial las que exploten concesiones, permisos, autorizaciones, contratos o privilegios legalmente otorgados por las autoridades federales o locales (art 63, *LGSC*). Esta especie de sociedades fue especialmente concebida para prestar servicios públicos

5 *Cooperativas de **participación estatal*** Son sociedades cooperativas de participación estatal las que exploten unidades productoras o bienes que les hayan sido dados en administración por el gobierno federal o por los gobiernos de los estados, por el Departamento del Distrito Federal, por los Municipios o por el Banco Nacional Obrero de Fomento Industrial (art 66, *LGSC*)

6 *Cooperativas **escolares*** Son las constituidas por maestros y alumnos con fines exclusivamente docentes y están sujetas al correspondiente reglamento expedido por la Secretaría de Educación Pública, así como a la autorización y vigilancia de la misma, observando en todo caso los principios de la *Ley General de Sociedades Cooperativas* (art 13).

### 22.2.2 Federaciones de cooperativas

Conforme a lo ordenado por los arts 72 y 74, *LGSC*, las sociedades cooperativas están obligadas a formar federaciones regionales que se organizarán por ramas de producción o de consumo dentro de las zonas económicas que al efecto señale la Secretaría de Comercio. Las federaciones en algunos casos pueden llegar a constituir *cooperativas de cooperativas* (art 73, frac III, *LGSC*), como las llama **Mantilla Molina.**[11]

### 22.2.3 Confederación Nacional de Cooperativa

A su vez, las federaciones cooperativas están obligadas a constituir la Confederación Nacional Cooperativa, cuyas principales funciones consisten en representar y defender los intereses del cooperativismo nacional y, de conocer y resolver los conflictos que surjan entre las federaciones y entre éstas y las cooperativas (art 75, *LGSC*).

Las asambleas de las federaciones y de la Confederación se integran por delegados que, en el primer caso, podrán ser hasta tres por cada sociedad federada y, en el segundo, hasta dos por cada federación (art 77, *LGSC*).

[11] *Op cit*, p 306.

## 22.3 CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD. INGRESO Y SALIDA DE SOCIOS. EFECTOS

### 22.3.1 Constitución. Formalidades y, autorización y registro

Conforme a lo que hemos dejado apuntado, las sociedades cooperativas solo pueden constituirse con no menos de diez personas físicas de la clase trabajadora, quienes pueden ser nacionales o extranjeros, bien entendido que en las sociedades de producción estos últimos no pueden representar más de diez por ciento de los socios.

Por otra parte, la constitución y funcionamiento de las cooperativas está sujeta a diversos requisitos y formalidades establecidos por la *Ley,* a los cuales nos referiremos brevemente.

#### 22.3.1.1 FORMALIDADES

Para constituir una cooperativa se requiere acuerdo de la asamblea general que al efecto celebren los interesados. La constitución de la sociedad se hace constar en acta de la asamblea, levantada por quintuplicado, en la que deben consignarse los nombres de los fundadores y de las personas que hayan resultado electas para integrar los consejos y comisiones del caso. El acta deberá ser firmada por los fundadores y sus firmas deberán ser certificadas por cualquier autoridad, notario público, corredor titulado o funcionario federal con jurisdicción en el domicilio social (art 14, *LGSC*).

Las bases constitutivas, o sea el contrato social y los estatutos, deben contener

*a)* La denominación y el domicilio social de la sociedad
*b)* El objeto de la sociedad expresando concretamente cada una de las actividades que deberá desarrollar, así como las reglas a que deban sujetarse aquellas y su posible campo de operaciones
*c)* El régimen de responsabilidad, limitada o suplementada, que se adopte
*ch)* La forma de constituir o incrementar el capital social; la expresión del valor de los certificados de aportación, la forma de pago y de devolución (reembolso) de su valor, así como la valuación de los bienes y derechos en caso de que se aporten
*d)* Los requisitos de admisión, exclusión y separación voluntaria de los socios
*e)* La forma de constituir los fondos sociales, su monto, su objeto y las reglas para su aplicación
*f)* Las secciones especiales que vayan a creearse y las reglas para su funcionamiento
*g)* La duración del ejercicio social, que no deberá ser mayor de un año

*h)* Las reglas para la disolución y liquidación de la sociedad
*i)* La forma en que deberá caucionar su manejo el personal que tenga fondos y bienes a su cargo, y
*j)* Las demás estipulaciones, disposiciones y reglas que se consideren necesarias para el buen funcionamiento de la sociedad, siempre que no se opongan a las disposiciones de la *Ley*.

A estas estipulaciones hay que agregar las previstas en el art 3o del *Reglamento*.

Todos los ejemplares del acta deben remitirse a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, a fin de obtener la autorización oficial y la correspondiente inscripción en el Registro Cooperativo Nacional (arts 16, 17 y 18, *LGSC*).

#### 22.3.1.2 AUTORIZACIÓN Y REGISTRO

La constitución de las sociedades cooperativas debe ser autorizada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, la cual, a la vez, lleva el Registro Cooperativo Nacional (art 2o, *LGSC*). La autorización concedida surtirá efectos a partir de la fecha de inscripción de la sociedad en el Registro en cuestión (art 19, *LGSC*) y conlleva la incorporación automática de la sociedad a la federación que corresponda (art 72, *LGSC*).

La autorización para el funcionamiento de la cooperativa no le confiere otras prerrogativas que las expresamente establecidas en la *Ley* y, en consecuencia, ni la fijación de un determinado campo de operaciones, ni la de actividades concretas que la sociedad puede realizar conceden a ésta o a sus miembros derechos de exclusividad (art 6o, *LGSC*), salvo cuando se les otorgue concesión, permiso, autorización o privilegio por autoridad competente (art 7o, *LGSC*).

Adicionalmente, las cooperativas no pueden desarrollar otras actividades que las que les hubieren sido autorizadas en su objeto social (art 8o, *LGSC*).

### 22.3.2 Ingreso y salida de socios

#### 22.3.2.1 ADMISIÓN DE NUEVOS SOCIOS

Una vez constituida la sociedad podrá admitir nuevos socios, mediante acuerdo provisional del consejo de administración que deberá ser ratificado por la asamblea general a la que concurran las dos terceras partes de los socios, bien entendido de que en ningún caso se les podrán imponer la obligación de enterar cuotas de ingreso (arts 8o y 9o, *LGSC*), aunque sí están obligados a exhibir por lo menos la décima parte del certificado de participación que suscriban (art 36, párr segundo, *LGSC*).

La negativa de la asamblea para admitir nuevos socios es recurrible ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, la cual podrá revocarla si el solicitante reúne los requisitos de admisión fijados por la *Ley* y el contrato social (art 20, *RLGSC*).

#### 22.3.2.2 EXCLUSIÓN DE SOCIOS

Los socios pueden ser excluidos por no cumplir con la obligación de aportar; por negarse sin motivo justificado a desempeñar los cargos, puestos o comisiones que le encomienden los órganos de la sociedad; por mala conducta comprobada que se traduzca en perjuicio grave para la sociedad; por dejar de ser miembros de la asociación sindical respectiva, en las cooperativas de consumo formadas por sindicatos; y, por faltar al cumplimiento de cualquier otra obligación que el pacto social imponga a los socios (art 16, *LGSC*).

La exclusión debe ser acordada por la asamblea general, a solicitud del consejo de administración o del de vigilancia, previa audiencia del interesado o de la persona que designe para su defensa o de la que nombre la asamblea si éste no hace la designación (arts 17 y 18, *RLGSC*).

#### 22.3.2.3 RENUNCIA

Los socios pueden separarse de la sociedad mediante renuncia presentada al consejo de administración, que resolverá provisionalmente sobre ella, en el concepto de que esta resolución tendrá el efecto de una separación voluntaria del socio y de la cesación de su responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad a esa fecha, en caso de aceptación definitiva por la asamblea general (art 15, *RLGSC*).

#### 22.3.2.4 MUERTE DEL SOCIO

Como antes se indicó, los certificados de aportación pueden transmitirse por causa de muerte del socio a la persona que se haga cargo total o parcialmente de quienes dependían económicamente del difunto, si satisface los requisitos de admisión establecidos por la *Ley* y el *Reglamento*.

### 22.3.3 Efectos de la separación del socio

El socio que se separe o fuere excluido tiene derecho a que se le reembolsen sus aportaciones según el último balance y, en su caso, a que se le entregue la parte proporcional de los rendimientos que le correspondan. Los pagos se harán a la conclusión del ejercicio social, salvo que por su cuantía la asamblea general resuelva que se hagan en plazos, los cuales no excederán de aquellos a que están sujetos los pagos de las aportaciones (art 19, *LGSC*).

## 22.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS

En principio, los socios de la cooperativa tienen los mismos derechos de consecución y patrimoniales y las mismas obligaciones que los socios de las demás sociedades mercantiles. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el voto se ejer-

cita *pro capite,* pues cada socio solo tiene derecho a un voto, cualquiera que sea el monto de sus aportaciones (art 1o, frac V, *LGSC*). Asimismo, debe advertirse que las utilidades que obtenga la sociedad se reparten en proporción al tiempo trabajado y a la calidad de los servicios desempeñados, si se trata de una cooperativa de producción, y en proporción al monto de las operaciones realizadas con la sociedad, si se trata de una cooperativa de consumo (art 1o, frac VIII, *LGSC*).

Por supuesto, los socios de la cooperativa están obligados a realizar las aportaciones prometidas, a subordinar su voluntad a la de las mayorías y a soportar las pérdidas.

## 22.5 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA. VIGILANCIA ESTATAL

Los órganos de la sociedad cooperativa son cuatro, a saber

*i)* La asamblea general
*ii)* El consejo de administración
*iii)* El consejo de vigilancia, y
*iv)* La comisión de control técnico, para el caso de las sociedades de producción.

La Ley permite que en el contrato social se establezcan las bases para la creación de otras comisiones (art 21).

### 22.5.1 Asambleas generales

La asamblea general es la autoridad suprema de la sociedad y sus acuerdos obligan a todos los socios, presentes o ausentes, siempre que se tomen de conformidad con las bases constitutivas de la sociedad y con la *Ley* y su correspondiente reglamento (art 22, *LGSC*).

Según sea su época de reunión, las asambleas generales pueden ser ordinarias y extraordinarias. Las primeras son las que se reúnen periódicamente, cuando menos una vez al año, en la fecha prevista en las bases constitutivas y, las segundas, las que se reúnen cuando las circunstancias lo requieren. Sin embargo, será obligatorio convocar a asamblea cuando el consejo de administración haya aceptado provisionalmente a diez socios (art 21, *RLGSC*).

#### 22.5.1.1 ATRIBUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL

Con arreglo al art 23, *LGSC,* la asamblea general resolverá sobre todos los negocios y problemas de importancia para la sociedad y establecerá las reglas generales que deban normar el funcionamiento de la sociedad. Además, la asamblea general deberá conocer

*a)* De la admisión, exclusión y separación voluntaria de los socios
*b)* De la modificación de las bases constitutivas
*c)* De los cambios generales en los sistemas de producción, trabajo, distribución y ventas
*ch)* De los aumentos o disminuciones del capital social
*d)* De nombrar y remover, con motivo justificado, a los miembros de los consejos de administración y vigilancia y comisiones especiales
*e)* Del examen de cuentas y balances
*f)* De los informes de los consejos y de las comisiones
*g)* De la responsabilidad de los miembros de los consejos y de las comisiones, para el efecto de pedir la aplicación de las sanciones en que incurran o hacer la consignación correspondiente
*h)* De la aplicación de sanciones disciplinarias a los socios
*i)* De la aplicación de los fondos sociales y la forma de reconstituirlos
*j)* Del reparto de dividendos.

Asimismo, se requerirá resolución de la asamblea: para disolver la sociedad; para cambiar su nombre y domicilio; para fusionarla con otra cooperativa; para limitar los fondos de reserva o para aumentarlos o para formar fondos especiales (art 32, *RLGSC*).

### 22.5.1.2 CONVOCATORIA

Por regla general, la facultad de convocar a asamblea corresponde al consejo de administración, ya sea mediante cita personal, cuando el número de socios permita el reparto, ya sea por correo mediante tarjeta abierta certificada, en la que se incluirá la orden del día, la cual no deberá contener como punto el renglón de *asuntos generales* u otra indicación análoga. Asimismo, será nulo todo acuerdo que se tome sobre un asunto no contenido en la orden del día, salvo que esté presente la totalidad de los socios y acuerden por unanimidad de votos que se trate el asunto en cuestión (arts 22, 23 y 24, *RLGSC*). En todo caso, para estos últimos efectos, se considerará que un socio no esté presente cuando esté representado por un apoderado.

Las convocatorias deben hacerse con cinco días de anticipación; pero si algunos socios radican en lugar distinto de aquel en que haya de celebrarse la asamblea, el plazo se ampliará en relación con la distancia por un término que no exceda de cinco días (arts 22, párr primero y 23, *RLGSC*).

Por excepción, el consejo de vigilancia estará facultado para convocar a asambleas generales si el consejo de administración no hace la convocatoria en la época estipulada en las bases constitutivas, o, si rehusara convocar cuando así lo solicite por lo menos veinte por ciento de los socios o el propio consejo de vigilancia.

Por último, si el consejo de administración o el de vigilancia no convocaren a asamblea, el veinte por ciento de los socios podrá hacerlo (art 28, *RLGSC*).

### 22.5.1.3 QUÓRUMES

La *Ley* y *Reglamento* son bastante confusos en lo que concierne a la integración de los quórumes de asistencia y votación de las asambleas generales. Sin embargo, una interpretación adecuada del art 23 de la *Ley* nos permite afirmar que, por regla general, las asambleas se instalan con la mitad de sus miembros y sus resoluciones son válidas por mayoría de votos de los presentes. No obstante, cuando la asamblea se reúna para tratar alguno de los asuntos enumerados en las fracs I a V de dicho precepto, se requerirá una asistencia mínima de las dos terceras partes de los socios y un quórum de votación de mayoría de los presentes. Por otra parte, el art 32 del *Reglamento*, excediendo a la Ley, establece que cuando se vaya a resolver sobre alguno de los asuntos enumerados en las fracs II, IV y X del art 23, *LGSC*, o sobre la disolución o fusión de la sociedad, se requerirá un quórum de votación de las dos terceras partes de los socios.

Si no se reúne el suficiente número de socios en primera convocatoria, se convocará por segunda vez y la asamblea podrá celebrarse en este caso con el número de socios que concurran, excepto si debe tratarse un asunto que requiera asistencia especial (art 27, *RLGSC*).

### 22.5.1.4 DELEGADOS Y REPRESENTANTES

Cuando las sociedades pasen de quinientos socios o éstos residan en localidades distintas de aquella en que haya de celebrarse la asamblea general, ésta podrá verificarse con socios delegados elegidos por secciones o distritos, para cada asamblea. Los delegados deberán contar con mandato expreso por escrito sobre los distintos asuntos que contenga la convocatoria y ejercerán tantos votos como socios representen (art 27, *LGSC*).

Por otra parte, en las bases constitutivas puede autorizarse a los socios que ejerzan el voto por poder, debiendo recaer la representación, en todo caso, en un coasociado, sin que el apoderado pueda representar a más de dos socios (art 26, *LGSC*). El poder debe otorgarse por escrito ante dos testigos y comunicarse al consejo de administración o a quien haya convocado a la asamblea antes de que ésta se celebre (art 34, *RLGSC*).

### 22.5.1.5 PRESIDENCIA DE LA ASAMBLEA

La presidencia de la asamblea recaerá en la persona que al efecto designe ésta. Mientras se hace la designación, el consejo de administración ocupará la presidencia provisionalmente y, a falta de los administradores, la presidencia provisional recaerá en el consejo de vigilancia o, en su defecto, en el socio cuyo apellido ocupe el primer lugar en el orden alfabético (art 29, *RLGSC*). Dado que las actas de asamblea deben ser autorizadas por el presidente y el secretario (art 43, *RGLSC*), es lógico concluir que también debe designarse un secretario. En caso de empate, el presidente de la asamblea tendrá voto de calidad (art 33, *RLGSC*).

#### 22.5.1.6 ACTAS DE ASAMBLEA

De toda asamblea se deberá levantar un acta en el libro que al efecto lleve la sociedad, la cual será autorizada por el presidente y el secretario de la junta, según hicimos notar (art 43, *RLGSC*). El acta que reforme las bases constitutivas de la sociedad tendrá el valor de nuevo contrato y de ella se enviarán cinco tantos a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para la correspondiente autorización y registro (art 35, *RLGSC*).

### 22.5.2 Consejo de administración

La gestión de los negocios sociales y la representación de la sociedad corresponde al consejo de administración, cuyas facultades y obligaciones son enumeradas minuciosamente en el art 36 del *Reglamento*.

#### 22.5.2.1 NÚMERO DE CONSEJEROS

El consejo de administración deberá estar integrado por un número impar de socios no mayor de nueve, que desempeñarán los cargos de presidente, secretario, tesorero y comisionados de educación y propaganda; de organización de la producción o distribución, según sea el caso; y, de contabilidad e inventarios. Si el número de consejeros es menor de cinco, éstos desempeñarán los tres primeros puestos y los que excedan de cinco tendrán el carácter de vocales (arts 29, *LGSC* y 38, *RLGSC*).

#### 22.5.2.2 NOMBRAMIENTO DEL CONSEJO

El nombramiento del consejo de administración corresponde a la asamblea general en la que están presentes las dos terceras partes de los socios. La designación debe hacerse por mayoría de votos presentes. Las minorías no tienen derecho a designar administradores (arts 23, frac V, y 31, *LGSC*).

Por cada miembro del consejo de administración deberán nombrarse sendos suplentes, quienes fungirán en los casos de falta absoluta o temporal de los propietarios (art 39, *RLGSC*).

#### 22.5.2.3 DURACIÓN DEL CARGO

Los consejeros duran en su encargo dos años y no pueden ser reelectos, sino después de transcurrido igual periodo a partir de la conclusión de su ejercicio (art 31, *in fine, LGSC*).

#### 22.5.2.4 REVOCACIÓN DEL CARGO

La revocación del cargo de administrador también se hace por la asamblea general en la que estén presentes las dos terceras partes de los socios y solo pro-

cede cuando se haga por mayoría de los votos presentes y haya motivo justificado (art 23, frac V, *LGSC*). Se considera que hay motivo justificado cuando se actualiza cualquiera de los supuestos enumerados en el art 40 del *Reglamento.*

#### 22.5.2.5 CALIDADES DE LOS CONSEJEROS

Los cargos de consejero solo pueden recaer en los socios y nunca en personas extrañas a la sociedad, pues, conforme a lo previsto en el art 44, *RLGSC*, solo los miembros de las cooperativas podrán integrar los consejos y las comisiones especiales.

Por otro lado, nos parece que el cargo de administrador puede discernirse en favor de extranjeros.

#### 22.5.2.6 FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

El consejo de administración actúa como órgano colegiado pues sus resoluciones se tomarán por mayoría de votos y, en caso de empate el presidente tendrá voto de calidad (art 37, *RLGSC*). No obstante, los asuntos de trámite o de poca trascendencia podrán ser despachados individualmente por los miembros del propio consejo, según sus funciones y bajo su responsabilidad, en cuyo caso deberán dar cuenta del uso de esta facultad en la primera reunión del consejo (art 30, *LGSC*).

El consejo de administración deberá reunirse cuando menos cada quince días (art 37, *RLGSC*) y cada uno de sus miembros debe caucionar su manejo en la forma prevista en el contrato social (art 15, frac X, *LGSC*).

Las resoluciones del consejo de administración deben constar en una acta circunstanciada que deberá asentarse en el libro correspondiente (art 57, frac II, *RLGSC*).

#### 22.5.2.7 REMUNERACIÓN

De la lectura del art 3o, frac X del *Reglamento* se infiere que en el contrato social debe fijarse la remuneración que corresponde a los consejeros.

#### 22.5.2.8 RESPONSABILIDAD DE LOS CONSEJEROS

En principio, los consejeros responden mancomunada, pero no solidariamente por la gestión de los negocios sociales y por la representación de la sociedad, así como por los actos previstos en el art 40 del *Reglamento.*

#### 22.5.2.9 DESIGNACIÓN DE GERENTES Y COMISIONADOS

El consejo de administración puede designar, de entre los socios o personas extrañas a la sociedad, uno o más gerentes con la facultad y representación

que les asigne, así como uno o más comisionados que se encarguen de administrar las secciones especiales (art 28, *LGSC*).

## 22.5.3 Consejo de vigilancia

Conforme a lo previsto por el art 32, *LGSC*, el consejo de vigilancia ejerce la supervisión de todas las actividades de la sociedad; pero, además, tiene derecho de veto para el sólo objeto de que el consejo de administración reconsidere las resoluciones vetadas. A estos efectos, toda resolución del consejo de administración les deberá ser comunicada por escrito al adoptarse.

El derecho de veto, debe ejercitarse ante el presidente del consejo de administración dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la resolución, pero la asamblea general inmediata estudiará el conflicto y resolverá en definitiva.

El consejo de vigilancia tiene además las facultades que le atribuye el art 41 del *Reglamento*.

### 22.5.3.1 NÚMERO

Estará integrado por un número impar de miembros, no menor de tres y no mayor de cinco, quienes desempeñarán los cargos de presidente, secretario y vocales. Por cada miembro del consejo de vigilancia se designará un suplente (art 33, *LGSC*).

### 22.5.3.2 NOMBRAMIENTO Y REVOCACIÓN DEL CARGO

Como en el caso de los administradores, el nombramiento y la revocación del cargo competen a la asamblea general de socios (art 23, frac V, *LGSC*). Pero, debe tenerse en cuenta que en el caso de que al efectuarse la elección del consejo de administración se hubiere constituido una minoría que represente por lo menos veinticinco por ciento de los asistentes a la asamblea, el consejo de vigilancia será designado por la minoría (art 33, *LGSC*). En otras palabras, la *Ley* priva a las minorías del derecho a designar administradores, pero cuando éstas alcanzan veinticinco por ciento les confiere el derecho a designar el consejo de vigilancia.

Son causas de remoción justificada de los miembros del consejo de vigilancia, las establecidas en el art 42 del *Reglamento*.

### 22.5.3.3 DURACIÓN DEL CARGO. REMUNERACIÓN

Los miembros del consejo de vigilancia duran en su cargo dos años y no pueden ser reelectos para el periodo inmediato a la conclusión del mismo (arts 31 y 33, *LGSC*).

Los miembros del consejo de vigilancia, lo mismo que los administradores, tienen derecho a percibir una remuneración por el desempeño de sus funciones.

#### 22.5.3.4 FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE VIGILANCIA. RESPONSABILIDAD

Es indudable que el consejo de vigilancia actúa como órgano colegiado y que, por tanto, sus resoluciones deben tomarse por mayoría de votos. En consecuencia, los miembros del consejo de vigilancia responden mancomunadamente por el cumplimiento de sus obligaciones.

Toda resolución del consejo de vigilancia debe hacerse constar en una acta que se levantará en el libro correspondiente (art 57, frac IV, *RLGSC*).

### 22.5.4 Comisión de control técnico

Por disposición legal, las cooperativas de producción deben integrar una comisión de control técnico, cuyas principales funciones son de asesoramiento; de coordinación interdepartamental; de promoción de iniciativas para perfeccionar los sistemas de producción, trabajo y distribución; de denuncia ante la asamblea general cuando la administración desatienda injustificadamente sus opiniones técnicas y de planeación de operaciones (art 60, *LGSC*). Además, la comisión de control técnico propondrá a la asamblea general la forma en que los socios deban recibir periódicamente anticipos sobre los rendimientos, teniendo en cuenta la calidad del trabajo exigido y el tiempo y la preparación técnica que requiera su desempeño, en el concepto de que a igual trabajo debe corresponder igual anticipo (art 61, *LGSC*).

En lo que concierne a las comisiones de control técnico, cabe destacar que en la práctica, generalmente solo han propiciado discordias entre sus miembros y los administradores, en detrimento de la buena marcha de las sociedades cooperativas.

## 22.6 LIBROS SOCIALES Y DE CONTABILIDAD. VIGILANCIA ESTATAL

### 22.6.1 Libros

Además de los libros de actas de las asambleas, del consejo de administración, del consejo de vigilancia y de la comisión de control técnico, la sociedad debe llevar un libro de registro de socios y un libro talonario de certificados de aportación (art 57, *RLGSC*).

Los libros de actas deben ser autorizados por la Secretaría de Comercio, sin cuyo requisito no tendrán validez las actas levantadas en libros no autorizados o fuera de ellos (art 58, *RLGSC*). Las actas deben ser numeradas y circunstanciadas y deberán ser firmadas por el presidente y el secretario de la junta (art 59, *RLGSC*). Los libros correspondientes estarán a cargo de los respectivos secretarios (art 60, *RLGSC*).

En lo que corresponde a los libros de registro de socios, también deberán ser autorizados por la Secretaría de Comercio y cada una de sus hojas se destinará a anotar las generales de un solo socio y demás circunstancias relativas a su ingreso, separación o exclusión de la sociedad, así como el número de certificados de aportación que hubiere suscrito y las exhibiciones que hubiera hecho y las devoluciones y reembolsos que hubiera recibido. Además, se hará constar el nombre de el o los beneficiarios del socio en caso de muerte y en cada hoja deberá constar la firma del socio y, si no supiere firmar, sus huellas digitales (art 61, *RLGSC*).

El libro talonario de certificados de aportación estará a cargo del tesorero de la sociedad y, por lo que toca a los certificados en cuestión, éstos deberán estar numerados progresivamente y deberán contener el nombre de la sociedad, el valor del certificado, la fecha de constitución de la cooperativa, el nombre del socio titular, la fecha de exhibición, los derechos que otorga al socio y las cesiones de que haya sido objeto (art 62, *RLGSC*).

### 22.6.2 Vigilancia estatal

Con arreglo a lo dispuesto por los arts 82 a 87 de la ley, la Secretaría de Comercio está facultada para exigir a las cooperativas, a las federaciones de cooperativas y a la Confederación Cooperativa Nacional la comunicación de toda clase de datos y la exhibición de los libros sociales y aún para imponer sanciones en el caso de que no se corrijan las infracciones a la ley o las actividades que causen perjuicios a las sociedades y a los socios. Las sanciones van desde el arresto y la multa hasta la disolución de la sociedad.

En cuanto a los libros de contabilidad, deberán ser autorizados no sólo por la Secretaría de Hacienda, sino también por la de Comercio, en el concepto de que para que esta última autorice nuevos libros será necesaria la presentación de los libros anteriores terminados (arts 64 y 65, *RLGSC*).

Por otra parte, el art 66 del *Reglamento* prescribe que los balances serán anuales y que deberá enviarse un tanto de cada uno de ellos a la Secretaría de Comercio, con un detalle de cada cuenta, así como con la lista de socios en la que se exprese el importe de los rendimientos que personalmente les hubieren correspondido y el sistema que sirvió de base para su distribución.

Por si fuera poco, el art 67 del *Reglamento* ordena que las sociedades cooperativas que tengan inversiones de capital fijo deberán deducir los porcentajes que con aprobación de la Secretaría de Comercio fijen las asambleas para amortización y depreciación, bien entendido que en ningún caso se considerarán repartibles los rendimientos que se hubieren obtenido sin tener en cuenta dicho requisito.

## 22.7 DISOLUCIÓN DE LAS COOPERATIVAS

Conforme a lo previsto en el art 46 de la *Ley*, las sociedades cooperativas se disuelven por cualquiera de las siguientes causas

*a)* Por la voluntad de las dos terceras partes de los socios
*b)* Por la disminución del número de socios a menos de diez
*c)* Porque llegue a consumarse el objeto de la sociedad
*ch)* Porque el estado económico de la sociedad no permita continuar las operaciones, y
*d)* Por cancelación que haga la Secretaría de Comercio de la autorización para funcionar, de acuerdo con las normas establecidas por la *Ley*.

A nuestro juicio, las causas señaladas, con excepción de la última, no producen necesariamente la disolución de la sociedad, habida cuenta de que pueden ser revocadas o remediadas por los socios, ya sea admitiendo nuevos socios o ya sea cambiando el objeto de la sociedad o reconstituyendo el capital social.

Entre las causas de disolución de las cooperativas no se incluye la del transcurso del término de duración de la sociedad, habida cuenta que por disposición legal esta especie de sociedades debe constituirse con duración indefinida (art 1o, frac IV, *LGSC*).

## 22.8 LIQUIDACIÓN DE LAS COOPERATIVAS. COMISIÓN LIQUIDADORA. PROYECTO DE LIQUIDACIÓN. OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL HABER SOCIAL

A diferencia de lo que ocurre con las restantes sociedades mercantiles, el nombramiento de los liquidadores y los procesos de liquidación y de distribución del haber social, están sujetos a un complicado trámite judicial y extrajudicial que a continuación trataremos de exponer brevemente.

### 22.8.1 Comisión liquidadora

Según hemos dicho, el estado de disolución puede ser declarado tanto por la sociedad como por la Secretaría de Comercio, de manera que, llegado el caso de disolución, la sociedad o la Secretaría lo comunicarán al juez de distrito o de primera instancia del orden civil, para el efecto de que éste convoque a una junta en la cual, con audiencia del Ministerio Público, se designe a la comisión liquidadora, que se integrará por un representante de la Federación o Confederación Cooperativa Nacional, por otro de la Secretaría de Comercio y por un tercero nombrado por los acreedores (art 47, *LGSC*).

Estos últimos, o sea los acreedores, serán convocados mediante un aviso que se publicará en el *Diario Oficial de la Federación*, en un periódico de los que más se editen en la capital de la República y en otro de mayor circulación en el domicilio del deudor. El aviso se publicará diez días antes de que haya de celebrarse la junta en la que se nombrará la comisión liquidadora; pero si algunos acreedores residen en el extranjero, cuando el monto de los créditos

lo permita, se les enviará aviso cablegráfico, en el concepto de que la falta de notificación no será causa de nulidad a menos que medie mala fe (art 70, *RLGSC*).

A efecto de nombrar su representante en la comisión liquidadora, los acreedores podrán hacerse representar en la junta convocada por el juez por simple carta poder o por designación telegráfica, cualquiera que sea el importe de su crédito (art 71, *RLGSC*). En la junta solo tendrán derecho a votar los acreedores cuyos créditos hayan sido aceptados por el juez, oyendo la opinión del Ministerio Público, del representante de la Federación o de la Confederación y del delegado de la Secretaría de Comercio (art 72, *RLGSC*).

Llegada la fecha de la junta, ésta quedará válidamente constituida cualquiera que sea el número de acreedores que concurran; pero antes de que se haga la designación del representante de éstos, el juez verificará la existencia y la oportunidad de las publicaciones y, una vez cumplido tal requisito, se hará la designación del representante de los acreedores por mayoría de votos computados por créditos (art 73, *RLGSC*).

## 22.8.2 Proyecto de liquidación

La liquidación de las cooperativas no se realiza conforme a las estipulaciones del contrato social o a los acuerdos de la asamblea que declara la disolución de la sociedad, sino con base en un proyecto de liquidación preparado por la comisión liquidadora.

Por consiguiente, integrada la comisión liquidadora dentro de los treinta días siguientes al de toma de posesión de su cargo, presentará al juez un proyecto de liquidación en el que deben establecerse la forma de cobrar lo que se deba a la sociedad; la forma y términos de pagar lo que ésta adeude; y, la manera de enajenar los bienes sociales (art 48, *LGSC*).

Presentado el proyecto de liquidación, el juez, con audiencia del Ministerio Público y de la comisión liquidadora, resolverá dentro de los treinta días siguientes sobre la aprobación del proyecto (art 49, *LGSC*).

Al causar ejecutoria la resolución judicial que apruebe el proyecto de liquidación, la comisión liquidadora hará una publicación en los periódicos antes mencionados, indicando que ha sido aprobada la forma de liquidación y proporcionando el nombre del juzgado que conoció del asunto, a fin de que cualquier interesado pueda acudir a enterarse de la resolución (art 74, *RLGSC*).

## 22.8.3 Operaciones de liquidación

Las operaciones de liquidación, propiamente dichas, tienen por objeto concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al momento de la disolución y, en consecuencia comprenden: cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba y vender los bienes sociales.

El agente del Ministerio Público y la comisión liquidadora serán considerados como partes en la preparación del proyecto y en las operaciones de liquidación, a cuyos efectos vigilarán que los fondos de reserva y previsión social y, en general, el activo de la cooperativa disuelta, tengan la aplicación debida conforme a la *Ley* (art 50, *LGSC*). Por esta razón, el acreedor cuyo crédito no haya sido reconocido o a quien no se le haya concedido la preferencia que corresponde conforme a la *Ley*, podrá demandar a la comisión liquidadora dentro de los treinta días siguientes a la publicación a que antes se alude (art 75, *RLGSC*), de modo que, presentada la demanda se suspenderá la aplicación del activo distribuible en el monto necesario para hacer el pago de la suma reclamada o para respetar la preferencia que se alegue, salvo que los acreedores o los socios, en su caso, afectados con la suspensión, otorguen garantía suficiente a juicio de la comisión liquidadora (art 76, *RLGSC*).

Al iniciarse el proceso de liquidación, el juez dará el aviso del caso a la Secretaría de Comercio para que haga las anotaciones correspondientes en el registro de la sociedad (art 53, *LGSC*).

## 22.8.4 Operaciones de distribución del haber social

Otra característica que distingue a las cooperativas de las demás sociedades mercantiles, consiste en que el remanente líquido del haber social que resulta después de haber pagado todas las deudas de la sociedad no es repartible en su totalidad.

En efecto, el art 69 del Reglamento establece que el activo líquido de la sociedad se aplicará de la siguiente manera

*a)* Se separarán los fondos irrepartibles, los donativos y los rendimientos que correspondan a los consumidores no socios y a los asalariados a fin de aplicarlos al Fondo Nacional de Crédito Cooperativo
*b)* Se devolverá a los socios el importe de sus certificados de aportación o la cuota que proporcionalmente corresponda, si el activo es insuficiente para hacer la devolución íntegra; y
*c)* En el caso de que exista un remanente después de la devolución íntegra del importe de los certificados, se distribuirá en la misma forma en que, de acuerdo con la *Ley*, con el Reglamento, con las bases constitutivas y con los acuerdos de asamblea, se deba hacer el reparto de rendimientos entre los socios.

Concluidas las operaciones de liquidación y de distribución del haber social, se cancelará la inscripción de la cooperativa en el Registro Cooperativo Nacional y se publicará la cancelación en el *Diario Oficial de la Federación* (art 51, *LGSC*).

## 22.9 CONSIDERACIÓN FINAL

En tanto que el cooperativismo ha tenido un gran auge en países tan disímbolos como Estados Unidos de América, Rusia y la India, en México se encuentra estancado si no es que en franco retroceso.

A nuestro juicio, el fracaso del cooperativismo mexicano obedece no sólo a factores técnicos o financieros, sino en gran medida a factores institucionales. En efecto, basta con leer someramente la *Ley General de Sociedades Cooperativas* y su correspondiente Reglamento para llegar a la desoladora conclusión de que la excesiva y arbitraria intervención del Estado en la constitución y funcionamiento de las sociedades cooperativas ha sido la causa determinante del fracaso de éstas.

En consecuencia, nos parece que ya es tiempo de que abandonemos las actitudes demagógicas y paternalistas incorporadas en nuestra legislación para dar paso a un nuevo enfoque del cooperativismo que nos permita comprender sus características esenciales. Es necesario, pues, que nos despojemos de prejuicios y que consideremos a las cooperativas, especialmente a las de producción, como verdaderas empresas mercantiles integradas por pequeños empresarios y no como manifestación de un socialismo utópico ajeno a nuestra realidad nacional.

CAPÍTULO
23

# ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

## SUMARIO


**23.1 ANTECEDENTES. CONCEPTO. NATURALEZA. DISPOSICIONES SUPLETORIAS**

- 23.1.1 Antecedentes
- 23.1.2 Concepto
- 23.1.3 Naturaleza jurídica
- 23.1.4 Disposiciones supletorias

**23.2 PARTES. APORTACIONES. OBJETO SOCIAL**

- 23.2.1 Partes
  - 23.2.1.1 Asociante
  - 23.2.1.2 Asociados
- 23.2.2 Aportaciones
- 23.2.3 Objeto social

**23.3 REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN**

**23.4 OTRAS DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES A LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN**

- 23.4.1 Cesión de los derechos de socio. Admisión de nuevos socios
- 23.4.2 Deber de lealtad
- 23.4.3 Derechos de consecución
- 23.4.4 Socios industriales
- 23.4.5 Remuneración del asociante
- 23.4.6 Exclusión de los socios

**23.5 QUIEBRA DEL ASOCIANTE. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA ASOCIACIÓN**

- 23.5.1 Quiebra del asociante
- 23.5.2 Disolución de la asociación en participación
- 23.5.3 Liquidación de la asociación en participación

## 23.1 ANTECEDENTES. CONCEPTO. NATURALEZA. DISPOSICIONES SUPLETORIAS

### 23.1.1 Antecedentes

El antecedente directo de la asociación en participación se encuentra en la *participatio* o *compagnia segreta* del derecho medieval italiano, a la que nos hemos referido en el capítulo 10 de este curso, en la cual el socio capitalista permanecía oculto y, por consiguiente, no contrata obligación frente a terceros.

En nuestro país, el contrato asociación en participación deriva del derecho español, en el que hasta la fecha se conoce con el nombre de *Contrato de cuentas en participación.*[1] El *Código de Comercio* mexicano de 1889, en sus arts 268 a 270, reguló dos especies de asociaciones comerciales

1 La ***momentánea,*** que tenía por objeto "tratar sin razón social una o varias operaciones determinadas de comercio" y en la cual los socios *que contrataban* se obligaban solidariamente frente a terceros, y
2 La ***asociación en participación,*** que era aquella en la que se interesaban dos o más personas en operaciones que tratan en su propio nombre una o varias, siempre que constituyeran una sola entidad jurídica, sin bien no se establecía ninguna acción directa entre los terceros y los asociados *que no contrataban.*

### 23.1.2 Concepto

El art 252, *LGSM* define la asociación en participación como

> *un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones determinadas de comercio,*

[1] *Cfr* GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, pp 444 y ss.

de donde se deduce que adoptó las dos especies reconocidas en el *Código de Comercio*; es decir, la temporal y la permanente, pero con notables diferencias que iremos exponiendo a lo largo de este capítulo.

### 23.1.3 Naturaleza jurídica

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la asociación en participación, debe observarse que de la propia definición legal se infiere que se trata de un contrato bilateral, *intuitu personae*, en el que una de las partes, llamada asociado, aporta a otra, llamada asociante, bienes o servicios destinados a la explotación de una empresa o a la ejecución de una o varias operaciones de comercio, a cambio de una participación en las utilidades o en las pérdidas.

Si bien es cierto que el art 1o. *LGSM*, no enumera la asociación en participación entre las sociedades mercantiles, no es menos cierto que tiene tal carácter, habida cuenta de que reúne los mismos requisitos de existencia de las otras sociedades mercantiles, a saber: consentimiento, aportaciones y objeto social. No obstante, es pertinente advertir que la asociación en participación difiere de aquellas

1) En que carece de personalidad jurídica y, en consecuencia, de razón o denominación social (art 253)[2]
2) En que el contrato social puede no constar en escritura pública y no está sujeto al requisito de inscripción en el Registro Público del Comercio (art 254)
3) En que puede ser permanente, para explotar una negociación mercantil, o temporal, para realizar una o varias operaciones de comercio (art 252)[3]
4) En que uno o varios de los socios, los asociados, permanecen ocultos y uno solo de ellos, el asociante, responde personalmente frente a terceros con los bienes de la asociación y con todo su patrimonio (arts 257, *LGSM* y 2964, *CCDF*).

### 23.1.4 Disposiciones supletorias

A pesar de que la asociación en participación tiene mayores puntos de contacto con la sociedad en comandita simple, el art 259 de la *Ley General de Socie-*

[2] La circunstancia de que la *LGSM* no le atribuya personalidad jurídica a la asociación en participación no significa que no tenga el carácter de sociedad, pues en ella, como quedó expresado se reúnen los tres requisitos esenciales de existencia de dicho negocio jurídico.

[3] En el derecho anglosajón la asociación en participación es conocida como *joint venture* y se caracteriza no por su temporalidad, sino porque tiene por objeto una sola empresa o transacción, aunque lleve varios años realizarla. No debe confundírsele con la *joint venture corporation* que es un consorcio de empresas con personalidad jurídica distinta de la de sus socios. *Cfr* A. ANDERSON, Ronald, *Business law*, 11a ed, Southwestern Publishing, p 620.

*dades Mercantiles* estatuye que, a falta de estipulaciones especiales, las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones contenidas en el Cap XIII de la propia *Ley*.

## 23.2 PARTES. APORTACIONES. OBJETO SOCIAL

### 23.2.1 Partes

Las partes en el contrato de asociación en participación, es decir, el asociante y el asociado, pueden ser personas físicas o morales y, como los socios de cualquier otra sociedad mercantil, tienen ciertas facultades y responsabilidades tanto en lo interno como frente a terceros.

#### 23.2.1.1 ASOCIANTE

El asociante es la parte que recibe la aportación de bienes o servicios que realizan los asociados. Desde luego, el asociante también debe realizar aportaciones puesto que, por lo menos, debe poner su industria al servicio de la asociación, de manera que el asociante es un socio capitalista e industrial, o bien, un socio únicamente industrial.

En lo externo, el asociante obra en nombre propio y no en el de la asociación o en el de los asociados, lo cual significa que frente a terceros actúa como dueño y único responsable de los negocios que realiza y, frente a los asociados como una especie de comisionista o mandatario mercantil *no representativo*, pues no se establece relación jurídica alguna entre éstos y los terceros. Y es precisamente por esta circunstancia que el asociante tiene acción y obligación directamente con las personas con quienes contrata, pues no solo tiene derecho a reclamar lo que se deba a la asociación, sino que también está obligado a responder de las deudas sociales tanto con el fondo patrimonial de ésta, como con la totalidad de sus bienes (art 2964, *CCDF*), razón por la cual se afirma que "sólo a él se le atribuye la capacidad procesal, activa y pasiva, por todos los actos que realiza".[4]

De lo expuesto, también se infiere que el asociante no tiene facultades ilimitadas de gestión de los negocios sociales, pues si en lo externo actúa como un comerciante que gestiona sus propios negocios, en lo interno, debe apegarse a los términos y condiciones previstos en el contrato social (art 255, *LGSM*) y a las instrucciones recibidas de los asociados sin contravenirlas, bien entendido que en lo no previsto deberá consultarlos y que, si no fuere posible la con-

[4] VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Contratos mercantiles*, Porrúa, 1982, p 367.

sulta, deberá actuar con prudencia y diligencia cuidando el negocio como propio. En otras palabras, si bien es cierto que el asociante obra frente a terceros como único dueño de el o los negocios que realiza, no por ello es menos cierto que

> está obligado a realizar en beneficio común los actos de comercio que constituyen la finalidad de la asociación o a explotar la negociación respectiva, cuando ella sea el fin del contrato.[5]

En este mismo orden de ideas, nos parece que, dada la naturaleza de contrato *intuitu personae* de la asociación en participación, el asociante no puede delegar sus funciones de gestión sin el consentimiento de los socios, aunque sí podría otorgar poderes para la gestión de ciertos y determinados negocios sociales a terceros y a los mismos asociados (art 42, *LGSM*), pues en este último supuesto no existe prohibición de inmixtión, por no ser aplicables las disposiciones de la comandita. En cualquier caso, los apoderados deberán actuar en nombre y por cuenta del asociante.

Asimismo, el asociante está obligado a rendir cuentas a los asociados (art 43, *LGSM*) y a distribuirles periódicamente los beneficios obtenidos (art 19, *LGSM*) y, en caso de liquidación, a reembolsarles su participación en el haber social, pues si no lo hiciera incurriría en enriquecimiento ilegítimo.

### 23.2.1.2 ASOCIADOS

Los asociados pueden ser socios capitalistas o industriales, o solo industriales en vista de que pueden aportar bienes y servicios.

Los asociados no contraen obligación directa con los acreedores del asociante, aun en el caso de que éstos conozcan la existencia del contrato de asociación porque, por disposición expresa del art 256, no hay relación jurídica entre los terceros y los asociados,[6] y, porque la *Ley* tampoco les imputa responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada por las deudas de la sociedad, debido a que la asociación en participación carece de personalidad jurídica. Sin embargo, esto no significa que los acreedores no puedan ejercitar contra los asociados las acciones de enriquecimiento ilegítimo y dolo, cuando sean procedentes, habida cuenta que tienen un fundamento propio y autónomo, según ha establecido la Suprema Corte de Justicia.[7]

De cualquier manera, los asociados están obligados a realizar las aportaciones prometidas y el asociante tiene el derecho de exigirlas.

[5] MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, Porrúa, 1961, p 192. Sin embargo, VÁSQUEZ DEL MERCADO opina que "el asociante no actúa como administrador ni como representante de los asociados, sino como un comerciante que administra sus asuntos propios y [que] puede disponer de los mismos como le plazca" (*op cit*, p 369). Ahora bien, dado que VÁSQUEZ DEL MERCADO hace esta observación en el párrafo titulado "Relaciones entre los terceros y los asociados", queremos entender que lo que pretendió decir es que frente a terceros el asociante *aparenta* realizar las operaciones de la asociación a su arbitrio.

[6] *Cfr* MANTILLA MOLINA, *op cit*, pp 188 y 195.

[7] *AD 2940/1955*, Tercera Sala, sexta época, vol III, cuarta parte, p 39.

## 23.2.2 Aportaciones

Las aportaciones de bienes y servicios que realicen los socios constituyen el objeto del contrato y, en consecuencia, son un requisito de existencia del mismo (art 1794, frac II, *CCDF*).

En virtud de que la asociación en participación carece personalidad jurídica, se impone la necesidad de determinar a quién pertenecen los bienes aportados. Sobre este particular la *Ley* establece la presunción de que las aportaciones de bienes que hagan los asociados son traslativas de dominio, pues con arreglo a lo dispuesto por el art 257,

> *respecto a los terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio*

Así pues, la presunción en cuestión se establece en favor de los terceros; pero no es *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, dado que los asociados pueden acreditar la reserva de dominio mediante la inscripción correspondiente o probando que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella, aun cuando no hubiere sido inscrita (art 257, *in fine*).

Por supuesto, las aportaciones de inmuebles o de derechos reales constituidos sobre ellos deben realizarse con las formalidades prescritas por el derecho civil e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, ya que si no se cumple con estos requisitos no se entenderán traslativas de dominio.[8] En todo caso, si se aportaran inmuebles a la sociedad, el asociante no podrá enajenarlos o gravarlos sin el consentimiento de la mayoría de los socios (arts 41 y 46, *LGSM*).

En la práctica será muy raro el caso en que se aporten inmuebles a una asociación en participación, no solo por el riesgo que correría el asociado, sino además por el costo fiscal que ello implica. Lo común es que se aporte a la sociedad el uso o goce inmuebles, sin que haya necesidad de hacer la correspondiente inscripción en el Registro Público del Comercio o de la Propiedad.

Incidentalmente, en la vida cotidiana suelen celebrarse contratos de arrendamiento de inmuebles en los que se estipula como renta un determinado porcentaje de las utilidades que obtenga el comerciante arrendatario. En opinión de algunos tribunales, en estos casos se trata de verdaderos contratos de asociación en participación, porque por disposición legal el precio del arrendamiento debe ser *cierto y determinado* (art 2399, *CCDF*) y, porque el único caso de excepción a la regla de la renta cierta y determinada que admite la *Ley* es el contenido en el art 2430, *CCDF*, del cual se infiere que la renta puede pagarse con

[8] *Cfr* MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 193, y VÁSQUEZ DEL MERCADO, *op cit*, p 377.

frutos cuando la cosa arrendada los produzca, exigencias éstas que no se cumplen en la hipótesis que nos ocupa.[9]

### 23.2.3 Objeto social

El objeto social de la asociación en participación temporal está constituido por la o las operaciones concretas de comercio que debe realizar el asociante y, en la permanente, por las operaciones propias de la negociación mercantil, o mejor dicho de la empresa, que debe explotar a su nombre el asociante.

## 23.3 REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

Cuanto hemos dejado establecido en el capítulo tercero, respecto a la validez de los contratos de sociedad mercantil reconocidos por la *LGSM*, es aplicable a la asociación en participación.

En consecuencia, aquí nos concretaremos a repetir que con arreglo a lo dispuesto por los arts 254, *LGSM* y 8o, 1795 y 1830 del *Código Civil para el Distrito Federal*, de aplicación supletoria, para que el contrato de asociación en participación sea válido se requiere

*a)* Que se otorgue por escrito
*b)* Que no sea contrario a leyes de orden público, ni a las buenas costumbres
*c)* Que sea otorgado por personas hábiles para contratar
*ch)* Que haya ausencia de vicios del consentimiento
*d)* Que su objeto o su motivo o fin determinante sea lícito.

En lo que concierne a esta última exigencia legal, nos parece pertinente recordar que el fin determinante de todo contrato de sociedad mercantil es precisamente el de participar en las pérdidas y ganancias y que, en consecuencia, con arreglo a lo dispuesto por el art 2696, *CCDF*

> *será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros.*

A mayor abundamiento, conforme a lo establecido en el art 258, *LGSM*, que remite al numeral 16 del mismo ordenamiento, salvo pacto en contrario

*a)* La distribución de las pérdidas y ganancias entre los socios capitalistas se hará en proporción a sus aportaciones

[9] En efecto, en la asociación en participación lo que produce frutos es la negociación mercantil y no la finca tomada en arrendamiento.

*b)* A los socios industriales les corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esa mitad se dividirá entre ellos por igual
*c)* El o los socios industriales no reportarán las pérdidas, y
*ch)* Las pérdidas que correspondan a los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación.

## 23.4 OTRAS DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES A LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

### 23.4.1 Cesión de los derechos de socio. Admisión de nuevos socios

Las circunstancias de que los asociados transmitan al asociante la propiedad de los bienes aportados y de que le confíen la gestión de los negocios sociales, son razones más que suficientes para clasificar a la asociación en participación dentro de los contratos *intuitu personae*.

Por consiguiente, nos parece indudable que la cesión de los derechos de los socios y la admisión de nuevos socios no puede hacerse sin el consentimiento de todos los demás socios, salvo que en el contrato social se disponga que será bastante el consentimiento de la mayoría (art 31, *LGSM*).

### 23.4.2 Deber de lealtad

La Suprema Corte de Justicia ha establecido, en una ejecutoria aislada,[10] que es aplicable a la asociación en participación lo previsto en el art 35 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, es decir, que los socios ni por cuenta propia ni por ajena podrán dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad, ni formar parte de sociedades que los realice, salvo el consentimiento de los demás socios.

A este respecto, **Mantilla Molina** opina que la tesis en cuestión es dudosa por cuanto

> debe tomarse en consideración que el art 35 lo que prohíbe es que los socios hagan la competencia a la persona moral sociedad; [y] no habiendo en la asociación en participación persona moral a quien hacerle la competencia, falta la base para la aplicación extensiva del precepto.[11]

No compartimos la opinión de **Mantilla Molina**, tanto porque consideramos que la asociación en participación es un negocio *intuitu personae*, como

[10] Carvallo Cano, José, *Boletín de Información Judicial*, XIV, p 321.
[11] *Op cit*, p 196.

porque nos parece que el asociante y los asociados no solo están obligados a lo expresamente pactado en el contrato social, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe (art 1796, *CCDF*).

### 23.4.3 Derechos en consecución

Conforme a lo que dejamos dicho en la Sección 23.2, no creemos que el asociante tenga poderes omnímodos de gestión de los negocios sociales, lo que nos induce a considerar que, en los casos en que encuentre límites a su actuación debe recabar el consentimiento de los asociados.

Ahora bien, a nuestro entender, el consentimiento de los asociados debe manifestarse en la forma prevista en el art 46, *LGSM*, esto es, emitiendo su voto *pro capite*, salvo que se estipule que la mayoría se compute por cantidades, en cuyo caso, si un solo socio representare el mayor interés se necesitará además el voto de otro socio. Desde luego, el socio industrial disfrutará de una sola representación igual a la del mayor interés de los socios capitalistas, salvo pacto en contrario, y si fueren varios los socios industriales, la representación de ellos se ejercitará emitiendo como voto el que haya sido adoptado *pro capite* por la mayoría de ellos.

### 23.4.4 Socios industriales

Con arreglo a lo dispuesto por el art 49, *LGSM*

> *Los socios industriales deberán percibir, salvo pacto en contrario, las cantidades que periódicamente necesiten para alimentos, en el concepto de que dichas cantidades y épocas de percepción serán fijadas por acuerdo de la mayoría de los socios o, en su defecto, por la autoridad judicial. Lo que perciban los socios industriales por alimentos se computará en los balances anuales a cuenta de utilidades, sin que tengan obligación de reintegrarlos en los casos en que el balance no arroje utilidades o las arroje en una cantidad menor.*

### 23.4.5 Remuneración del asociante

El gestor de los negocios sociales, o sea el asociante, podrá percibir periódicamente, por acuerdo de la mayoría de los socios, una remuneración por sus servicios (art 49, *LGSM*)

### 23.4.6 Exclusión de los socios

El contrato de asociación puede rescindirse y los socios pueden ser excluidos por las mismas causas que señalan los arts 35 y 50, *LGSM* para los socios colectivos.

## 23.5 QUIEBRA DEL ASOCIANTE. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA ASOCIACIÓN

### 23.5.1 Quiebra del asociante

Según se infiere del art 4o de la *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*, la quiebra del asociante no produce la de los asociados, porque no son ilimitadamente responsables por las obligaciones sociales. De la misma manera, la quiebra de cualquiera de los asociados no produce la de la asociación en participación.

En el caso de quiebra del asociante, los asociados figurarán como acreedores, por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieren obligados a aportar en su calidad de asociados (art 128, frac IV, inciso *c), LQSP*). Es decir, los asociados tendrán derecho a recuperar, en moneda de quiebra, las cantidades que hubieren aportado, más las utilidades que les correspondan.[12]

Los asociados tendrán derecho a separar de la masa de la quiebra del asociante todos aquellos bienes cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por título legal definitivo e irrevocable (art 158, *LQSP*). Pero no tendrán derecho a que se les reintegren los bienes aportados a título traslativo de dominio.

### 23.5.2 Disolución de la asociación en participación

A falta de estipulaciones expresas, la asociación en participación se disolverá por las mismas causas y conforme a las mismas reglas establecidas por la *Ley General de Sociedades Mercantiles* para la sociedad en nombre colectivo (art 259).

### 23.5.3 Liquidación de la asociación en participación

La liquidación de la asociación en participación se practicará con arreglo a lo estipulado en el contrato social o a la resolución que tomen el asociante y los asociados al acordarse o reconocerse la disolución. A falta de dichas estipulaciones, la liquidación se practicará con arreglo a lo previsto por la *Ley General de Sociedades Mercantiles* para las sociedades en nombre colectivo (arts 240 y 259).

[12] *Cfr* MANTILLA MOLINA, *op cit*, p 194.

# BIBLIOGRAFÍA


ABASCAL ZAMORA, José María, "Los títulos nominativos en México", *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, 1984.

——, Consideraciones acerca de la reforma de los títulosvalor", *La Reforma de la legislación mercantil*, Porrúa.

AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, "Régimen jurídico de las aportaciones", *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, 1984.

ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, *La regulación de las invenciones y marcas y de la transferencia de tecnología*, Porrúa, 1979.

ANDERSON, Ronald A., *Business Law*, 11a ed, South Western Publishing, 1980.

ASCARELLI, Tulio, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1940.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán, *Práctica civil forense*, Cárdenas, 1984.

BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983.

——, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1957.

——, *Estudios de derecho mercantil*, Porrúa, 1958.

BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso*, Porrúa, 1980.

BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *La empresa*, Porrúa, 1979.

——, *Operaciones bancarias*, Porrúa, 1985.

BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, Porrúa, 1977.

BÉRGAMO LLABRES, Alejandro, *Instituciones de derecho mercantil*, Reus, 1951.

BERNAL, Beatriz, "La literatura jurídica práctica en torno a los derechos castellano e indiano. Siglos XVI al XVIII", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Porrúa, 1982.

BOLAFFIO, León, *Derecho mercantil*, Reus, 1935.

BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil*, Cárdenas, 1985.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, 1962.

BRENNAN, Michael J., *Theory of economic statics*, 2a ed, Prentice-Hall.

BUEN LOZANO, Néstor de, *La decadencia del contrato*, Textos Universitarios, 1965.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, 1981.

CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Uthea, 1962.

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

CARNELUTTI, Francesco, *Metodología del derecho*, Uthea, 1962.

——, *Usucapión de la propiedad industrial*, Porrúa, 1945.

CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, Siglo XXI, 1978

CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil*, Herrero, 1984.

——, *Títulos y operaciones de crédito*, Herrero, 1982.

COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, *Memorias anuales*.

——, *Boletines mensuales*.

——, *Circulares*.

COUGHLIN, George Gordon, *Your introduction to law*, Harper and Row, Nueva York, 1963.

COUFAL DÍAZ GARZA, Eric, "Los grupos de sociedades", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Porrúa, 1982.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Editora Nacional, 1981.

CUEVA, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, Porrúa, 1961.

DÁVALOS MEJÍA, L. Carlos, *Títulos y contratos de crédito quiebras*, Harla, 1983.

DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, Harper and Row Latinoamericana, 1982.

——, "La asamblea de la sociedad anónima. Sugestiones para un nuevo régimen legal", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Porrúa, 1982.

DOBSON, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El fideicomiso ante la teoría del acto jurídico*, Porrúa, 1985.

DOUGLAS, William O., *The Court years*, Random House, Nueva York, 1980.

DUNNE, Gerald T., *Justice Joseph Story and the rise of the Supreme Court*, Simon and Schuster, Nueva York, 1970.

EBENSTEIN, William, *La teoría pura del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1947.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Cárdenas, 1979.

ESCUTI (h), Ignacio A., *Receso, exclusión y muerte del socio*, Depalma, Buenos Aires, 1978.

FERRARA, Francesco, *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, 1929.

FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, Porrúa, 1975.

FRISCH PHILIPP, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, Porrúa, 1979.

——, "Las relaciones entre las esferas corporativa y externa de la sociedad anónima", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Porrúa, 1982.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Diálogos jurídicos*, Porrúa, 1978.
——, *Algunos aspectos de la teoría kelseniana*, Porrúa, 1978.
——, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 1956.

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, 1981.

GÓMEZ-PALACIO Y GUTIÉRREZ-ZAMORA, Ignacio, *Análisis de la inversión extranjera en México*, © del autor, 1974.
——, *Inversión extranjera directa*, Porrúa, 1985.

GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, Porrúa, 1980.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, Cajica, 1979.

HÉMARD, Joseph, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, De Sirey, París, 1926.

HERNÁNDEZ, Octavio A., *Derecho bancario mexicano*, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, 1956.

HERRERA, Mario, *El dividendo*, © del autor, 1966.
——, *La Comisión Nacional de Valores*, © del autor, 1959.
——, *Obligaciones convertibles en acciones*, © del autor, 1961.

HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Editora de Revistas, 1985.

HOWELL, Rate A., ALLISON, John R. y HENLEY, Nathaniel T., *Business law*, 3a ed, The Dreyden Press.

IBARROLA, Antonio de, *Cosas y sucesiones*, Porrúa, 1977.

IHERING, Rudolf von, *El fin del derecho*, Cajica, 1961.

ITURBIDE GALINDO, Adrián, *El régimen de capital variable en las sociedades anónimas*, Porrúa, 1985.

JELONCHE, Edgar I. y MARTÍN, José María, *La nominatividad de las acciones y su trascendencia tributaria*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado*, Editora Nacional, 1974.
——, *Teoría del derecho*, Editora Nacional, 1979.
——, *La idea del derecho natural*, Editora Nacional, 1979.
——, *Teoría general del derecho y del Estado*, Textos Universitarios, UNAM, 1979.

LABARIEGA, Pedro Alfonso, "La cláusula no a la orden", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Porrúa, 1982.

LEDESMA URIBE, Bernardo, "Abuso de la persona jurídica", *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, 1984.

LEGOFF, Jacques, *Mercaderes y banqueros de la edad media*, Universitaria, Buenos Aires, 1963.

LÓPEZ ROMERO, Guillermo, "Comentario a la Reforma de los títulosvalor", *La reforma de la legislación mercantil*, Porrúa.

MACEDO HERNÁNDEZ, José Héctor, *Ley general de sociedades mercantiles*, Cárdenas, 1984.

MALAMUD GOTI, Jaime E., *Persona jurídica y penalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, Porrúa, 1986.

MARGADANT'S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano*, Esfinge, 1977.

——, "Las fuentes del derecho novohispano", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Porrúa, 1982.

MONTENEGRO, Walter, *Introducción a las doctrinas político económicas*, Fondo de Cultura Económica, 1986.

MORENO CASTAÑEDA, Gilberto, *La moneda y la banca en México*, Imprenta Universitaria, Universidad de Guadalajara, 1955.

MUÑOZ, Luis, *Derecho comercial (Contratos)*, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1960.

——, *Teoría general del contrato*, Cárdenas, 1973.

——, *Derecho mercantil*, Herrero, 1952.

MUÑOZ, Luis y CASTRO Salvador, *Comentarios al código civil*, Porrúa, 1974.

NIZER, Louis, *My life in Court*, Pyramid Books, Nueva York.

PALLARES, Eduardo, *Tratado de las acciones civiles*, Botas, 1962.

PALOMAR DE MIGUEL, Luis, *Diccionario para Juristas*, mayo.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho internacional privado*, Harper and Row Latinoamericana, 1987.

PETIT, Eugene, *Tratado de derecho romano*, Época, 1979.

PINA VARA, Rafael de, *derecho mercantil mexicano*, Porrúa, 1985.

PINZÓN, Gabino, *Introducción al derecho comercial*, Themis, Santa Fe de Bogotá, 1966.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado elemental de derecho civil*, Cárdenas, 1983.

RENARD, Georges, *Filosofía del derecho*, Descleé de Brower, 1947.

ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Editora Nacional, 1981.

RODRÍGUEZ DEL CASTILLO, José Víctor, "El dividendo en las sociedades anónimas", *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, 1984.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, Porrúa, 1965.

——, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, 1976.

——, *Derecho bancario*, Porrúa, 1976.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, Porrúa, 1982.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, Porrúa, 1969.

SALINAS MARTÍNEZ, Arturo, "Sobre la pretendida ilicitud de las acciones preferentes no participantes", *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, 1984.

——, "Las obligaciones convertibles en acciones", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Porrúa, 1982.

SÁNCHEZ CORDERO, Jorge, "La noción de la representación", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Porrúa, 1982.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, Porrúa, 1972.

SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZO, José Ramón, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Porrúa, 1984.

SATANOVSKY, Marcos, *Tratado de derecho comercial*, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1957.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Textos clásicos*, UNAM, 1985.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo*, Porrúa, 1974.

SILVA HERZOG, Jesús, *Breve historia de la revolución mexicana*, Fondo de Cultura Económica, 1960.

TÉLLEZ ULLOA, Marco Antonio, *Jurisprudencia mercantil mexicana*, 1983.

TENA, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano*, Porrúa, 1964.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 1980.

URSUA-COCKE, Eugenio, *Elementos del sistema jurídico anglosajón*, Porrúa, 1984.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Contratos mercantiles*, Porrúa, 1982.
——, *Asambleas, fusión y liquidación de sociedades*, Porrúa, 1976.

VÁSQUEZ ARMINIO, Fernando, *Derecho mercantil*, Porrúa, 1977.
——, "Sociedades mercantiles", *La reforma de la legislación mercantil*, Porrúa, *sd.*

VERNENGO, R. J., *La interpretación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1977.

VARIOS, *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Porrúa, 1986.
——, *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa.

BLACK'S LAW DICTIONARY, 5a ed, West Publishing, 1979.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984.

LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO EL SABIO, Edición facsimilar, Atlas, Madrid, 1972.

REALES ORDENANZAS DE MINERÍA, Edición facsimilar.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA.