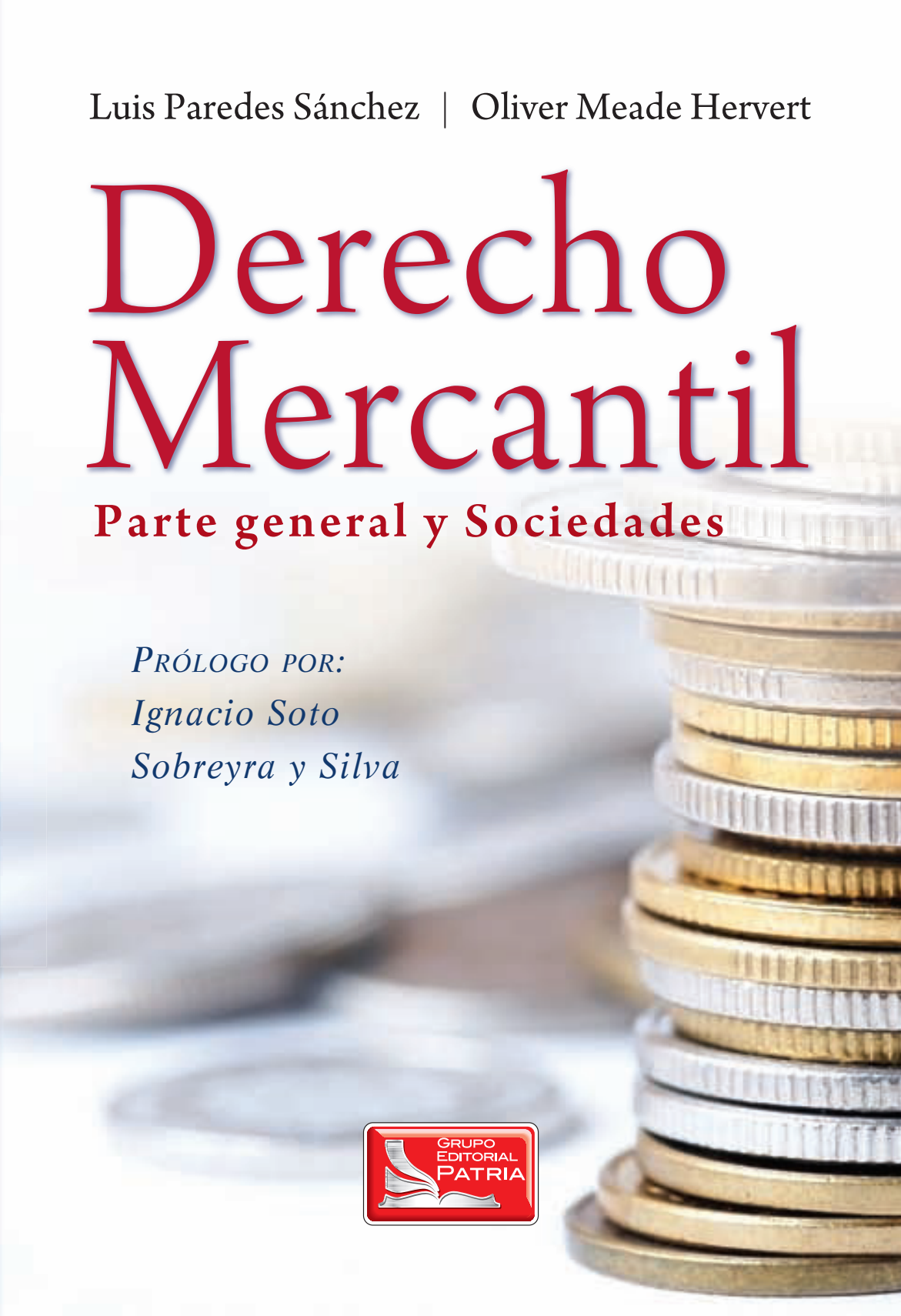
Luis Paredes Sánchez | Oliver Meade Hervert

Derecho Mercantil

Parte general y Sociedades

Prólogo por:
Ignacio Soto Sobreyra y Silva



Grupo Editorial Patria

Derecho mercantil

Parte general y sociedades

Luis Eduardo Paredes Sánchez
Oliver Meade Hervert

Derecho mercantil

Parte general y sociedades

Luis Eduardo Paredes Sánchez
Oliver Meade Hervert

PRIMERA EDICIÓN EBOOK
MÉXICO, 2014

GRUPO EDITORIAL PATRIA

Para establecer comunicación con nosotros puede hacerlo por:

correo:
Renacimiento 180, Col. San Juan Tlihuaca, Azcapotzalco, 02400, México, D.F.

fax pedidos:
(01 55) 5354 9109 • 5354 9102

e-mail:
info@editorialpatria.com.mx

home page:
www.editorialpatria.com.mx

Dirección editorial: Javier Enrique Callejas
Coordinadora editorial: Verónica Estrada Flores
Diseño de interiores: Juan Manuel Loyola Silva
Diseño de portada: Eleazar Maldonado

Revisión técnica:
José de Jesús Galván Kirsch
Catedrático de la Universiadad Iberoamericana
Profesor de Derecho Mercantil

Derecho Mercantil
Derechos reservados:
© 2014, Luis Eduardo Paredes Sánchez, Oliver Meade Hervert
© 2014, GRUPO EDITORIAL PATRIA, S.A. DE C.V.
Renacimiento 180, Colonia San Juan Tlihuaca,
Delegación Azcapotzalco, Código Postal 02400, México, D.F.

Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana
Registro núm. 43

ISBN ebook: 978-607-438-856-5

Queda prohibida la reproducción o transmisión total o parcial del contenido de la presente obra en cualesquiera formas, sean electrónicas o mecánicas, sin el consentimiento previo y por escrito del editor.

Impreso en México
Printed in Mexico

Primera edición ebook: 2014

A Dios, a México, y a nuestras familias y amigos.

Luis Eduardo Paredes Sánchez
y
Oliver Meade Hervert.

Contenido

Prólogo XV

Introducción XVII

Primera parte
Parte general

Capítulo I
Concepto y fuentes 3

1. Concepto 3
2. Fuentes del derecho mercantil 4

Capítulo II
Historia 15

1. Historia en el derecho universal 15
2. Historia del derecho mercantil mexicano 20

Capítulo III
Distinción entre derecho civil y mercantil y criterios de mercantilidad 25

1. Generalidades 25
2. Propuestas de derecho mercantil y civil indiferenciados 26

Capítulo IV
Acto de comercio 28

1. Actos absolutamente mercantiles 32
2. Actos de mercantilidad condicionada 32

Capítulo V
Sujeto de comercio. Comerciante 36

1. Concepto 36
2. Comerciante persona física 36
3. Comerciante persona moral 40
4. Personas morales extranjeras 41
5. Sujetos accidentales de comercio 41

Capítulo VI
Negociación mercantil o empresa 42

1. Concepto 42
2. La hacienda y sus elementos 42
3. Naturaleza jurídica 44

Capítulo VII
Obligaciones del comerciante 46

1. Enunciación 46
2. Publicidad mercantil 46
3. Inscripción en el Registro público de comercio 47
4. Mantener un sistema de contabilidad 47
5. Guardar la correspondencia 49

Capítulo VIII
Auxiliares mercantiles 50

1. Auxiliares del comerciante 50
2. Auxiliares del comercio 59

Capítulo IX
Registro público de comercio 63

1. Concepto y utilidad 63
2. Registro público de comercio como institución 64
3. Funcionarios 65
4. Principios registrales 65
5. Sistema registral 67
6. Folio mercantil electrónico 69
7. Documentos inscribibles 70

8. Sistema integral de gestión registral (SIGER) 70
9. Procedimiento registral 71
10. Clases de asiento 73
11. Denegación y suspensión del asiento 73
12. Consultas y certificaciones 74
13. Rectificación 74

Segunda parte
Sociedades mercantiles

Sección primera
SOCIEDAD MERCANTIL EN GENERAL

Capítulo I
Concepto 79

Capítulo II
Personalidad jurídica 81

1. Concepto de personalidad jurídica 81
2. Personalidad jurídica de las personas morales 82
3. Crisis de la personalidad jurídica de las llamadas personas morales (Tesis del *Disregard of legal entity* o *Lifting the corporate veil*) 85

Capítulo III
Atributos de la personalidad y elementos esenciales de las sociedades mercantiles 88

1. Patrimonio y capital social 88
2. Capacidad 100
3. Objeto social 105
4. Duración 107
5. Domicilio 107
6. Denominación o razón social 108
7. Nacionalidad de las sociedades mercantiles 108

Capítulo IV
Constitución de sociedades mercantiles 120

1. Naturaleza jurídica del acto jurídico de constitución 120
2. Clasificación del contrato de sociedad 122
3. Elementos de existencia del contrato de sociedad 123
4. Elementos de validez del contrato de sociedad 124
5. Efectos del contrato de sociedad 126
6. Sociedad de hecho e irregular 131

Capítulo V
Representación de las sociedades mercantiles 134

1. Concepto y aplicación 134
2. Doctrina de los *actos ultra vires* 137
3. Actos realizados en exceso de facultades 138
4. Otorgamiento y prueba de la representación 138

Capítulo VI
Socios y sociedades respecto de los acreedores de ambos 142

Sección segunda
TIPOS SOCIALES EN PARTICULAR

Capítulo I
Sociedad anónima 144

1. Historia 144
2. Conceptualización 147
3. Constitución 147
4. Fundadores 150
5. Acción 151
6. Accionista 175
7. Títulos emitidos por la sociedad anónima distintos de la acción 178
8. Órganos de la sociedad anónima 185

Capítulo II
Sociedad en nombre colectivo 210

1. Conceptualización 210
2. Antecedentes históricos 210
3. Razón social 212
4. Constitución 212
5. Capital social y parte social 212
6. Los socios 213
7. Órganos de la sociedad 215
8. Modificación 217

Capítulo III
Sociedad en comandita simple 218

1. Concepto 218
2. Antecedentes históricos 218
3. Marco normativo 218
4. Razón social 219
5. Constitución 219
6. Capital social y partes sociales 219
7. Transmisión de partes sociales 220
8. Socios 220
9. Responsabilidad del socio comanditado 221
10. Obligación de no competencia 221
11. Órganos 222
12. Modificación de estatutos 224

Capítulo IV
Sociedad de responsabilidad limitada 225

1. Conceptualización 225
2. Antecedentes históricos 225
3. Denominación 226
4. Constitución 227
5. Capital social y partes sociales 227
6. Transmisión de partes sociales 228
7. Socios 229
8. Órganos de la sociedad 233

Capítulo V
Sociedad en comandita por acciones 238

1. Conceptualización 238
2. Marco normativo 238
3. Antecedentes históricos 239
4. Razón o denominación social 239
5. Constitución 239
6. Capital social 240
7. Transmisión de las acciones 240
8. Socios 240
9. Responsabilidad del socio comanditado 241
10. Obligación de no competencia 241
11. Órganos de la sociedad 241
12. Modificación 242

SECCIÓN TERCERA
RÉGIMEN DE CAPITAL VARIABLE

Capítulo único
1. Origen y antecedentes 243
2. Sociedades a las que aplica 244
3. Naturaleza jurídica 244
4. Reglas que rigen a las sociedades de capital variable 246
5. Capital mínimo 248
6. Reglas para el aumento y disminución 248
7. Inscripción en el Registro público de comercio 249

SECCIÓN CUARTA
NEGOCIOS CORPORATIVOS ESPECIALÍSIMOS

Capítulo I
Fusión de sociedades mercantiles 250

1. Conceptualización 250
2. Estudio de la fusión como contrato 254
3. Algunos problemas que surgen con la fusión 263
4. Ineficacias de la fusión 271

Capítulo II
Transformación 272

1. Delimitación del tema 272
2. Sociedades que pueden transformarse 272
3. Efectos de la transformación 273
4. Reglas que rigen la transformación (con subsistencia de la personalidad jurídica) 275
5. Algunos problemas que surgen con la transformación 277

Capítulo III
Escisión 279

1. Conceptualización 279
2. Naturaleza jurídica 279
3. Reglas que rigen la escisión 280
4. Algunos problemas que se presentan con la escisión 283
5. *Escisión-fusión* 284

Sección quinta
TERMINACIÓN DE LA VIDA DE LA SOCIEDAD

Capítulo I
Disolución 285

1. Conceptualización 285
2. Causales de disolución 286
3. Comprobación e inscripción de las causales de disolución 286
4. Consecuencia respecto de los administradores 287
5. Reglas especiales para la sociedad en nombre colectivo y para las sociedades en comandita simple y por acciones 287
6. Posibilidad de revocar la disolución 287

Capítulo II
Liquidación 289

1. Generalidades 289
2. Liquidadores 289

3. Procedimiento para sociedades de personas 292
4. Procedimiento para sociedades de capitales 292

Tercera parte
Sociedades extranjeras de naturaleza mercantil

Capítulo único

1. Generalidades 297
2. Actuación ocasional de una sociedad extranjera de naturaleza mercantil 298
3. Realización habitual de actos de comercio por una sociedad extranjera de naturaleza mercantil 298

Cuarta parte
Asociación en Participación

Capítulo único

1. Generalidades 303
2. Clasificación del contrato 303
3. Elementos del contrato 305
4. Derechos y obligaciones de las partes 305
5. Supletoriedad 307

Bibliografía 309

Prólogo

Con agrado recibí la amable invitación que me hicieron los autores de esta obra titulada "Derecho mercantil. Parte general y sociedades", licenciados Luis Eduardo Paredes Sánchez y Oliver Meade Hervert. Obra que se dirige principalmente a estudiantes de derecho mercantil y que por su didáctica les ayudará en su preparación profesional, en el cual los autores esbozan teorías novedosas y particulares de su autoría.

Encontrando en primer lugar, un índice rico en los temas que tratan, empezando con el concepto de derecho mercantil, para pasar a desarrollar posteriormente sus fuentes, reglas de interpretación, antecedentes históricos, la distinción entre las dos ramas que constituyen nuestro derecho privado, los actos de comercio, el comercio y el comerciante conjuntamente con sus derechos y obligaciones, que por dicho carácter le da la Ley, pasando por los auxiliares mercantiles, para finalizar con el análisis del Registro público de comercio.

En la segunda parte, los autores estudian desde conceptos jurídicos fundamentales como lo es la personalidad de las personas jurídicas pasando por sus atributos que son inherentes a su calidad de persona; cual es el caso del nombre, objeto, duración, capacidad, nacionalidad y el que es *sine qua non* para las personas jurídicas que es el patrimonio (distinguiéndolo del concepto económico del capital social); el acto jurídico de su constitución analizando sus elementos de existencia y de validez, estos últimos dentro del marco de la teoría general del derecho.

Posteriormente, los autores analizan los tipos sociales, invirtiendo el orden que para ellos da la *Ley general de sociedades mercantiles*, ya que empiezan por la sociedad más importante en la actualidad, como es la sociedad anónima, su historia, los títulos de crédito representativos del capital-acciones, sin dejar de analizar sus órganos: deliberativo, "asamblea", representativo que pueden ser el Consejo de Administración como órgano colegiado o Administrador Único si fuese unitario, y de vigilancia integrado por el o los comisarios y con dicha estructura de estudio abordan a los demás tipos sociales.

Para finalizar, estudian los elementos comunes aplicables a todas las sociedades, cual es el caso de la modalidad del capital variable, la fusión, escisión y transformación de sociedades; y por último, la disolución y liquidación de estos entes sociales comerciantes.

Mtro. Ignacio Soto Sobreyra y Silva

Introducción

En adición a lo que gentilmente ha mencionado el maestro Ignacio Soto Sobreyra y Silva, como autores, diremos que la presente obra se ofrece como una opción para el estudiante que busca adentrarse en la materia del derecho mercantil, brindándole elementos necesarios para comprender sus principios, particularidades, reglas y tendencias, y por otro lado ofrece también un espacio de *ocio intelectual* a quien busca ahondar en las más controvertidas figuras del derecho mercantil.

Más que cualquier otra rama del frondoso árbol del derecho, el derecho mercantil se ha ido creando y recreando a través de la solución de situaciones concretas que se presentan en el complejo y cambiante mundo del comercio... mundo que, cada vez más, crece exponencialmente, se acelera y se expande a todas las áreas productivas y económicas y se proyecta, a cada momento, hacia un horizonte global.

Ha sido tal el crecimiento de esta disciplina, que hoy parece abarcar la mayor parte del derecho privado tanto doctrinal como judicialmente, al grado de que parece dejar en un segundo plano la materia civil; lo cual no es tan exacto, pues en última instancia, es la materia civil, a pesar de su menor extensión legislativa, el sustrato de todo derecho privado.

Al estudiar el derecho mercantil, se debe partir, en cierto sentido, de un criterio más abierto y, en otro, más cerrado que cuando se estudia el derecho civil.

Hablamos de un criterio más abierto por cuanto es un derecho que debe adecuarse a las necesidades de una realidad que es eminentemente cambiante, que no se puede someter a criterios rígidos ni a formalismos arcaicos que puedan ser un límite al desarrollo del comercio. Así pues, al estudiar Derecho mercantil, debemos, sin olvidarlos, adecuar los dogmas jurídicos del derecho privado, a su mínima expresión, y estar dispuesto a explorar más y nuevas tendencias.

Decíamos, por otro lado, que en cierto sentido también debemos tener un criterio más estrecho. Esto lo afirmamos por cuanto uno de los dogmas del derecho privado que debemos superar, es el de la autonomía de la voluntad (como partera del derecho), pues el derecho comercial regula situaciones en las que existen intereses en juego de primerísimo orden, en muchos casos vitales para la economía de un estado, y aún más: para la economía global.

Es por ello que la autonomía de la voluntad (y con ella, el derecho dispositivo) tiene mayores restricciones en el derecho mercantil que en el derecho civil, y es frecuente que el legislador establezca diversos candados, para proteger al pequeño del grande y a la colectividad del individuo.

En el presente texto, si bien partimos de las posturas tradicionales, abordamos también, desde la interpretación misma de la ley, posturas de avanzada entre los doctrinarios de la nación.

De la tradición, buscamos explicar las bases y fundamentos del derecho mercantil, y del derecho comparado y del análisis propio de las figuras jurídicas, buscamos obtener criterios modernos y prácticos para entender nuestra legislación y adecuarla a las necesidades actuales del comercio, particularmente respecto de figuras complejas, respecto de las cuales suele haber debate en la doctrina nacional y extranjera.

Al proponer posturas diversas a las tradicionales no buscamos en modo alguno imponerlas sobre otras —quizá— mucho más autorizadas que las nuestras, sino tan solo ofrecer una interpretación válida, fundamentada y orientada a una finalidad práctica, de los textos legales y las figuras e instituciones contenidas en los mismos. En este punto, es necesario recordar que el derecho es una obra inacabada y que de la propuesta de nuevas alternativas y de la discusión que sobre ellas se suscite, se logrará, cada vez más, una mejor formación, para quienes se inician en esta disciplina o buscan conocer más sobre ella.

En la primera parte del libro, dedicada a las generalidades del derecho mercantil, se estudia el concepto del mismo, así como sus fuentes, entre ellas la ley, y al tratarla, ponemos especial cuidado en explicar la manera en que, en concepto de los autores, ésta debe ser interpretada, por lo que a lo largo del libro, se hace constante referencia a la interpretación de la ley.

En esta parte se estudia la distinción entre derecho mercantil y civil, los criterios de mercantilidad y se analiza la posibilidad de un derecho privado indiferenciado. Se hace un breve estudio sobre la negociación mercantil o empresa, los derechos de los comerciantes, los auxiliares mercantiles y el registro público de comercio.

La segunda parte, está destinada a las sociedades mercantiles, y por la extensión del tema, está dividida en secciones.

En la primera sección, se estudia a las sociedades mercantiles en general; entre otros aspectos, se trata el tema de la personalidad jurídica y se explora la teoría del *Disregard of legal entity*, así como su aplicabilidad o no en el derecho societario mexicano. Se estudia en esta sección tanto a la sociedad mercantil como persona moral (en sí y en relación con los socios y con terceros); como al contrato de sociedad, son sus requisitos, elementos y efectos.

En la segunda sección se estudia a cada uno de los tipos sociales previstos por la *Ley general de sociedades mercantiles*. En este estudio, por la importancia que ha cobrado en la vida jurídica y económica, se trata con mucha mayor profundidad a la Sociedad anónima.

La tercera sección se refiere al régimen de capital variable, y en ella se exploran los diferentes tratamientos que se ha dado a dicha figura.

La cuarta sección se ha consagrado a algo que hemos denominado "Negocios corporativos especialísimos", a los que nos referimos así, por ser el término *negocio* de amplitud

suficiente para abarcar las figuras de fusión, transformación y escisión. Decimos que son especialísimos, pues los tres fenómenos presentan características de excepción a diversas reglas y principios de derecho, y en esa medida deben ser reservados a las materias que son contempladas en la ley. En este punto se han abordado dichos temas en relación con la existencia de los mismos con o respecto de sociedades de distintas nacionalidades o naturaleza, así como los diversos problemas que pueden darse en torno a dichas figuras.

Se cierra esta parte con la sección quinta, en la que se estudia el final de la vida de las sociedades en sus dos momentos: la disolución y la liquidación.

La tercera parte, se dedica a las personas morales de naturaleza privada, llamadas así porque, en estricto sentido, sólo son sociedades mercantiles para el efecto de la ley, las enunciadas por el artículo primero de la *Ley general de sociedades mercantiles*.

Finalmente, la cuarta parte se dedica al contrato de Asociación en participación, y se pone por separado porque, aun cuando se regula en la ley societaria, su naturaleza no es tal.

El presente libro busca ser claro y esquemático, comprensible sí, para alumnos que apenas se adentran en la materia, pero al mismo tiempo, pretende tratar con la profundidad debida temas que merecen una consideración especial, por su complejidad o por las controversias, que, en el ámbito doctrinal o judicial, se han dado.

Temas en los que buscamos ser particularmente profundos y que pueden ser de utilidad al investigador son: el método interpretativo de la ley que proponemos, la propuesta de un derecho privado indiferenciado, el concepto de especulación comercial, la crisis de la personalidad jurídica de las personas morales (tesis del *Disregard of legal entity* o *Lifting the corporate veil*), la capacidad de las sociedades mercantiles y su vinculación con el objeto social, la nacionalidad de las sociedades mercantiles y particularmente su posibilidad de cambio, el estudio del acto jurídico por el que se crea una sociedad mercantil y el momento en que surge la personalidad jurídica, la representación de las sociedades mercantiles, el estudio de la acción como título de crédito, los aquí llamados fenómenos corporativos especialísimos y el régimen de capital variable.

Queda pues a juicio del lector y es por tanto su tarea, el provecho que pueda sacar de este texto, pues puede limitarse a aprender las bases y principios que norman la materia, o bien, en cierta medida, profundizar más en el conocimiento de la misma, y con los elementos que aquí se aportan, lanzarse a la investigación y a ampliar lo dicho, sea en el mismo sentido, sea en uno diverso, pero siempre en un afán de hacer crecer cualitativa y cuantitativamente la doctrina nacional, en el ámbito específico que nos ocupa.

Agradecemos sin más a quien a estas líneas atiende y nos ponemos a su disposición.

Luis Eduardo Paredes Sánchez
y Oliver Meade Hervert

Agradecemos la colaboración en esta obra a las siguientes personas:

César Castorena Güemes,
Juan Andrés Badillo Villar,
Othón Sánchez Gallardo,
Rodrigo Abascal Olascoaga,
José de Jesús Galván Hernández,
Christian Meade Hervert,
y
Hernán Fernández Lamadrid.

Primera parte
Parte general

Capítulo I

Concepto y fuentes

1. Concepto

§1 A lo largo de la historia, el concepto de Derecho Mercantil ha tenido muchas variaciones, más que la mayoría de las otras ramas del derecho; esto se debe al dinamismo que siempre tuvo el comercio que, por regla, siempre va un paso adelante del derecho. Así, existe gran diversidad de conceptos acerca de esta rama del derecho privado, el cual ha sido considerado desde un derecho costumbrista, hasta un derecho de leyes, y ahora con una clara tendencia a la globalización por el gran desarrollo que en los últimos años tiene el comercio internacional.

Por esta complejidad de planteamientos, subraya Langle, se ha producido la gran variedad de conceptos o definiciones posibles.

Por tanto, podemos agruparlos así:

a) Conjunto de normas jurídicas del comercio (Supino, Blando Constans, Benito y Endara Silvela, entre otros).

b) Derecho de comerciantes (Cosack, Gierke).

c) Derecho de los actos de comercio (Julliot de la Morandiere, Wahl, Marghieri, Thaller, entre otros).

d) Derecho de los actos de comerciantes, cosas y actos de comercio (Gay de Montellá, Estasen, entre otros).[1]

A estos conceptos podemos añadir el que ha empezado a predominar en la práctica que es el de *derecho del empresario*.

Para dar una definición lo más amplia posible, de fácil comprensión y que abarque los diferentes elementos de la materia, diremos que:

El derecho mercantil es la rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, las actividades del comerciante —ya sea éste individual o colectivo— y los negocios sobre cosas mercantiles.

[1] Martínez Val, José María, *Derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 8.

2. Fuentes del derecho mercantil

§2. Entendemos por fuente aquello de donde brota, surge o nace algo (en este caso: *el derecho mercantil*).

Es preciso distinguir entre *fuente material* (elemento que contribuye a la creación del derecho: convicción jurídica de los comerciantes, tradición, naturaleza de las cosas y otros factores morales, económicos, políticos, entre otros) y *fuente formal* (el origen de la reglamentación).

Centraremos nuestro estudio en las fuentes formales del derecho mercantil, es decir: la ley, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales y la doctrina.

2.1 La ley

2.1.1 Generalidades

§3. La ley es la principal fuente formal del derecho mercantil y en nuestro derecho, elaborarla corresponde al Congreso de la Unión, según establece:

La *fracción X del artículo 73 Constitucional*

El Congreso tiene facultad:

X. [...] Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio [...].

Sin embargo, para nuestros fines, entendemos por *ley mercantil* [...] no sólo las normas emanadas del Poder Legislativo Federal, sino también las que dictó el Ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias que recibió del Legislativo.

Es importante saber reconocer qué leyes o disposiciones tienen el carácter de mercantiles, a este efecto el maestro César Vivante señala:

> Las leyes mercantiles, exceptuado el nombre de *Código de Comercio*, no son designadas por el legislador con un calificativo o una contraseña que determine su naturaleza y su función comercial, sino que derivan su carácter mercantil de la materia que encierran, de su contenido. Para decidir si una ley o una disposición de ley particular es mercantil se precisa una indagación preliminar, es decir, examinar si sirve para regir una relación perteneciente a la materia comercial; y en esta indagación se deberá considerar principalmente el *Código de Comercio*, que determina cuáles son los actos y las personas que tienen carácter mercantil.[2]

Así, debemos atender a los actos y personas reguladas por una ley, y así encontrar disposiciones mercantiles en leyes típicamente mercantiles y en leyes en lo general, no mercantiles.

En el caso mexicano, por el contexto histórico de nuestra ley, existe un grupo de leyes claramente identificadas como mercantiles.

> Nuestra legislación mercantil se encuentra sumamente dispersa, toda vez que, por una parte, muchas de las materias que originalmente se encontraban reglamentadas en el *Código de*

[2] Vivante, César, *Tratado de derecho mercantil*, trad. Ricardo Espejo de Hinojosa, ed. Reus, Madrid, 1932, volumen I, p. 31.

> *Comercio*, se han segregado de éste en virtud de leyes derogatorias; y por la otra, se han expedido múltiples ordenamientos que han venido a regular materias no comprendidas antes en dicho código, de aquí que pueda decirse que nuestra legislación mercantil se encuentra integrada por el *Código de Comercio* y por las *leyes derogatorias y complementarias de él mismo*.

En cuanto a las leyes derogatorias del código podemos citar como ejemplos a la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*, la *Ley general de sociedades mercantiles*, la *Ley general de sociedades cooperativas*, y otras.

Por lo que toca a leyes complementarias es posible citar las leyes financieras en su conjunto, que han dado un paso fuera del derecho mercantil, acercándose un tanto al derecho administrativo.

El *Código de Comercio* es pues, supletorio de las demás leyes mercantiles y, por otro lado, el derecho común es supletorio del derecho mercantil (*artículo 2 del Código de Comercio*).[3] Por ello es aplicable el *Código Civil Federal* en lo que se refiere a los conceptos civiles a que hace referencia la legislación mercantil. Pero en lo que se refiere a actos civiles, que vayan a tener relevancia en el ámbito mercantil, estaremos sujetos a la legislación civil de cada Estado, por lo que sería de gran utilidad unificar la materia civil con la posibilidad propuesta por autores de la talla de César Vivante de unificar incluso la materia civil y la comercial,[4] al menos en la parte de derecho de obligaciones.

2.1.2 Interpretación de la ley

§4. Este tema es fundamental en el desarrollo del resto del libro y más adelante, al estudiar diversas figuras se hará referencia a esta parte, con la finalidad de entender bien lo que la ley dispone en cada caso.

> Interpretar es desentrañar el sentido de la ley, o como señala el maestro García Maynez, [...] descubrir el sentido que encierra.[5] Para Francesco Messineo,[6] [...] Interpretación (o hermenéutica) es la investigación y la penetración del sentido y del alcance efectivo de la norma, esto es la atribución de un significado.

Cuando la ley es clara y su aplicación al caso concreto es fácil, no es tan importante la labor interpretativa; sin embargo, ésta es definitoria cuando el texto de la ley no es claro, tiene lagunas o su aplicación al caso concreto presenta alguna complejidad.

> La finalidad última de la interpretación es descubrir [...] la inteligencia de la voluntad (o *mens*) de la ley en sí, asumida como entidad objetiva, que debe considerarse separada del conjunto de los sujetos que la estatuyen.[7]

---

[3] *Artículo 2*, A falta de disposiciones en este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el *Código Civil* aplicable en materia federal.

[4] Vivante, César, *op. cit.*

[5] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 50ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 327.

[6] Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. Santiago Sentis Melendo, ed. Ejea., Buenos Aires, 1979, tomo I, p. 95.

[7] *Ibíd*, p. 96.

La interpretación de la ley, atendiendo al sujeto que la realiza puede ser:

a) Auténtica:
   Es la interpretación hecha por el propio legislador en el texto legal.

b) Judicial:
   Es la interpretación hecha por el poder judicial y que es vinculante para las partes; una vez que se dicta sentencia, esta interpretación puede tener alcances generales si se forma jurisprudencia, como se verá más adelante.

c) Doctrinal:
   Esta interpretación la puede hacer cualquier jurista basado en métodos científicos y, aunque no vincula, sí suele tener repercusión en las interpretaciones auténtica y judicial, e incluso en la redacción de nuevas leyes.

Métodos de interpretación

§5. Mucho se ha discutido en la doctrina sobre el método más adecuado para interpretar la ley, y no existe un acuerdo general en ese sentido.

El maestro García Máynez[8] señala que existen dos extremos en cuanto a los métodos de interpretación:

a) Uno basado en el texto de la ley, conocido por la doctrina como *exegético* y por algunos autores como *sistema filológico histórico*. Se caracteriza por la aplicación del texto de la ley y a falta de un texto preciso, por la búsqueda de la voluntad del legislador, a través, principalmente, del estudio de los trabajos preparatorios, discusiones legislativas y antecedentes legislativos.

Este sistema ha sido el predominante en México, tanto a nivel doctrinal como a nivel judicial.

b) El segundo extremo señalado por el maestro es el *lógico sistemático* (en palabras de Radbruch), que se caracteriza por buscar el sentido *lógico-objetivo de la ley*, o como señalábamos en líneas anteriores, la inteligencia de la misma. Existen diversas posturas que pueden ser encajadas en este supuesto, pero de acuerdo con ésta, la ley no tiene un solo significado, ni es relevante la voluntad del legislador, pues éste ni siquiera existe como tal (como voluntad), pues son tantas las personas y voluntades distintas que intervienen en el proceso legislativo, que la llamada *voluntad del legislador* se diluye.

Consideramos que la labor interpretativa no puede ser de criterio tan estrecho como lo señala la primera escuela, pero también que existe el peligro de caer en la arbitrariedad del intérprete, si no entendemos que la interpretación tiene límites.

Lo más adecuado es no suscribirse a ninguno de los dos extremos y utilizar las distintas herramientas interpretativas que dan las diversas escuelas para, de forma holística, poder entender a cabalidad y con un sentido práctico el sentido de la ley.

[8] *Cfr.* García Máynez, *Introducción…*, *op. cit.*, nota, pp. 325-355.

Así, al interpretar contaremos con elementos o cánones de interpretación, sin estar suscritos a uno en particular, pues todos persiguen un mismo fin. […] El intérprete —señala Messineo— debe tener en cuenta cada uno de ellos y utilizarlos todos, si es necesario.[9] Lo anterior es lo que nosotros definimos como *método de la interpretación*.

A continuación estudiaremos brevemente dichos elementos:

a) **§6.** Elemento *literal*:

Atiende al significado propio de las palabras y al que adquieren en su conjunto. Debe advertirse que comúnmente la ley utiliza las palabras no en su sentido común, sino más bien en su sentido técnico-jurídico y así deberá considerarse al leer un texto legal.

Este método es el punto de partida para el método de interpretación y puede ser llamado también *exégesis*.

b) **§7.** Elemento *intención del legislador*:

Para determinar la *intención de la ley*, que es de carácter objetiva, es importante entender la *intención del legislador*, que es de carácter subjetiva.

Como ya se dijo, debe tenerse en cuenta que el legislador no es una sola persona y es probable, que en todas las personas que intervienen, no existiera una misma voluntad, lo que relativiza un tanto este método; sin embargo, para lograr conocer cuál fue la voluntad del legislador sirve seguir el proceso mental de quien elaboró la norma (de hecho, más de los redactores que de quienes finalmente votaron su aprobación), de tal forma que se entienda no sólo lo que el legislador dijo, sino también lo que quiso decir.

Sirve al efecto recurrir a las exposiciones de motivos, los trabajos preliminares, las discusiones parlamentarias, las doctrinas predominantes al redactarse la norma, y las necesidades imperantes del momento que llevaron a la redacción de la ley (*ocassio legis*).

Para que estos elementos nos sirvan, es necesario que coincidan en lo esencial con el texto final aprobado, que no sean contradictorios, que sean coherentes y que estén expresados de manera clara.

En ocasiones, el legislador ocupa *definiciones*, las cuales nos dejan ver cuál era la inclinación doctrinal de los redactores. No consideramos esta práctica incorrecta, como se ha dicho por diversos autores, pues muchas veces una definición nos revela la orientación que quiso darle el legislador a una institución jurídica. Gran favor nos hubiera hecho el legislador definiendo con claridad instituciones como la sociedad conyugal, la transformación (véase §381 y siguientes), el derecho del tanto y muchas otras figuras respecto de las cuales ni la doctrina ni la jurisprudencia han podido hallar acuerdo ni aun en los rasgos fundamentales.

[9] Messineo, Francesco, *Manual de…*, *op. cit.*, nota, tomo I, p. 98.

c) **§8.** Elemento *sistemático*:

Este método es útil en cuanto las proposiciones legales se coordinan en todo el sistema legal para dar forma a instituciones jurídicas, que en el todo legal cubren las distintas necesidades de la sociedad, de manera que se resuelva una universalidad de casos que puede ofrecer la realidad.

De esta forma, toda norma individual debe ser entendida como parte de una institución y toda institución, como parte del sistema, de tal modo que dicha norma será entendida […] en su integridad y por medio de las otras normas.[10] […] Pero sistema —señala Messineo— no es esto solamente: es también inmanencia del principio de *no contradicción* (o sea, de cohesión o de coherencia lógica), entre grupos singulares o grupos de normas.[11] Este tema es para nosotros *fundamental* en la interpretación legal, pues *se debe buscar en todo momento interpretar la ley, de manera que sea lógica con el resto del ordenamiento jurídico*, sin que se presenten situaciones extravagantes en las que se busquen salidas a casos concretos, sin que se entiendan las demás disposiciones legales.

d) **§9.** Elemento *histórico*:

Este método analiza una disposición legal, con base en sus antecedentes legislativos (norma que estuvo en vigor antes que la que ahora se interpreta), así como los modelos legislativos que se consideraron para redactar la ley. Un ejemplo de esto es la redacción de los códigos civiles del Distrito Federal, inspirados en códigos como el napoleónico o el proyecto de García Goyena.

e) **§10.** Elemento de *hecho*:

Éste se apoya en la situación de hecho que la norma se propone regular. Debe ser considerada en sentido jurídico y apoyada en estudios técnicos y económicos.

f) **§11.** Elementos *auxiliares*:

El método interpretativo se apoya además en varios criterios, o ingeniosidades jurídicas, que nos ayudan a desentrañar el sentido de la ley; a continuación se mencionan algunos:

I. Argumento *a fortiori* (mayoría de razón):

Éste puede ser *a maiori ad minus* cuando se entiende que si la ley da un derecho de amplitud mayor, también debe dar, en el mismo sentido, una facultad de amplitud menor: se enuncia de la siguiente manera, si _____puede hacer esto, con mayor razón puede hacer lo otro. También puede ser *a minori ad maius* en cuyo caso, se entiende que si una persona de categoría superior es inhábil para algo, con mayor razón un sujeto de categoría inferior debe ser inhábil.

[10] Messineo, Francesco, *op. cit.*, nota, p. 101.

[11] *Idem*.

II. Argumento *a contrario sensu*:

Se aplica a las normas de carácter excepcional en el sentido de que si una norma de excepción aplica a un caso, a los otros casos, en sentido contrario, no debe aplicar. Un fundamento para este tipo de argumento es el artículo 11 del *Código Civil Federal.*[12]

III. Argumento *a silentio* (o *ex silentio*):

Se basa en la consideración de que la ley, mientras ha dispuesto en un determinado sentido para una materia, ha callado a propósito de materias afines.

IV. *Sedes materiae* (o interpretación locativa):

Hace referencia al lugar en el que fue ubicada la norma físicamente. Es importante señalar que ésta, como los demás métodos, no son definitorios, salvo en ciertas ocasiones.

V. Disposición *coordinada* o *combinada*:

Se interpretan normas o instituciones de forma coordinada, y se enuncia: *el artículo X en relación con lo que dispone el artículo Y.*

VI. Argumento *ad absurdo* (o *ad absurdum*):

Este argumento sirve para negar la bondad de una determinada interpretación exagerando sus consecuencias, para que éstas se escuchen disparatadas. Se puede enunciar así: *si fuera válida la interpretación llegaríamos al absurdo de considerar...*

VII. *Antinomias*:

Ésta se da en el caso de dos normas vigentes incompatibles entre ellas, en este caso el intérprete deberá, utilizando todos los medios interpretativos, conciliar las disposiciones, y sólo en caso de que ello sea imposible, quitarle valor total o parcialmente a una de las disposiciones. Para ello, se usarán las siguientes reglas: *a)* norma posterior deroga a la norma anterior, *b)* norma especial deroga a la norma general, *c)* ley de jerarquía superior deroga a la norma de jerarquía inferior. En caso de igualdad en todos esos criterios, se desechará la que respecto de las demás normas, en una interpretación sistemática, sea contraria a los principios del sistema.

Para terminar con este tema, expondremos brevemente dos tendencias interpretativas que aunque han sido enunciadas de forma absoluta, para nosotros serán nuevos elementos que podrán ser utilizados para la interpretación basada en la combinación de elementos que integran el método interpretativo aquí propuesto:

1. **§12.** Método histórico-evolutivo. Según este método, partiendo del supuesto de la vida propia de la norma, ésta va adquiriendo nuevo significado con el tiempo.

[12] *Artículo 11,* Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

Para nosotros no es algo nuevo, coincidimos en que así debe ser, pero siempre dentro de los límites marcados por la norma. Esto se puede enmarcar dentro del sistema lógico-sistemático de Rádbruch y puede utilizarse, si de una interpretación integral no resultan contradicciones.

2. **§13.** Método teleológico (también llamado *jurisprudencia de intereses*). Según este método el intérprete debe realizar su labor con base en los intereses perseguidos en cada caso, adecuando el significado de la norma y aún forzándolo, logrando el fin que se propone. Consideramos que esto tampoco es nuevo, pues ya Kelsen lo había propuesto. Pero estimamos que esto debe ser dentro del marco establecido por la ley, sin ir en contra de ella, pues, de lo contrario, podríamos caer en la arbitrariedad del intérprete. Por lo demás, creemos que es válido utilizar esta interpretación siempre y cuando no se atente contra principios fundamentales del sistema jurídico ni se desnaturalice alguna institución.

2.2 La costumbre

§14. En los sistemas de derecho escrito, la costumbre ocupa un papel secundario o limitado en cuanto a la productividad de normas jurídicas, en relación con la ley, aunque le reconocemos a la costumbre el carácter de fuente formal si la ley remite a ella (*secundum legem*).

Ahora bien, en forma tradicional y unánime se reconoce que son dos los elementos constitutivos de la costumbre, de los cuales uno es materia u objetivo (*inveterata consuetudo*) y el otro subjetivo (*opinio iuris seu necessitatis*), y se define como la repetición constante y generalizada de un hecho con la convicción de que ese actuar es jurídicamente obligatorio.

Nuestra legislación, para el efecto de colmar algunas lagunas o en prevención de ellas, con alguna frecuencia remite a la costumbre y a los usos mercantiles, y consideramos que siempre habrá de recurrir a ellos en la medida que la ley lo permita.

Por tanto, diremos que si bien históricamente gran parte de las normas comerciales encuentran su origen en la costumbre, en la actualidad la importancia de esta fuente ha disminuido sensiblemente dada la cada día más frecuente intervención del legislador en materia de comercio para dictar normas que se ajusten en forma eficaz y rápida a las circunstancias siempre cambiantes del comercio. Sin embargo, esto no quiere decir que no existan algunas costumbres comerciales que regulen casos imprevistos por el legislador, pero por remisión del mismo (costumbre *secundum legem*).

2.3 Jurisprudencia

2.3.1 Generalidades

§15. El término jurisprudencia tiene significados diversos, entre los más relevantes figuran:

a) Ciencia del derecho.
b) Conjunto de decisiones de los tribunales de un Estado.
c) Criterio sustentado por los tribunales al interpretar la ley a través de la decisión de casos concretos.

El que a nuestro efecto interesa es el tercero de los conceptos señalados, y en ese sentido, jurisprudencia se define como:

> [...] el criterio aislado o reiterado, sustentado por los órganos jurisdiccionales a través de sus providencias decisorias de casos concretos, mediante el cual se fija el sentido que debe darse a la ley y que por virtud de mandato legislativo, puede ser o no obligatorio como norma de conducta para el juzgador en casos similares o iguales.[13]

Así pues, la jurisprudencia es una norma o un conjunto de normas jurídicas cuya finalidad es determinar la interpretación que debe dársele a otra norma jurídica. Al interpretar una norma jurídica, el órgano facultado emite otra que establece cómo debe ser entendida.

Para que dicha jurisprudencia sea obligatoria para los jueces, dice la *Constitución* en su *artículo 94*, *octavo párrafo*:

> La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la *Constitución*, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

Y por otro lado en el *artículo 107*, en su *fracción XIII*:

> Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el pleno o la sala respectiva, según corresponda, decidan la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.
>
> Cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo, materia de su competencia, cualquiera de esas Salas el procurador general de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en pleno decidirá cuál tesis debe prevalecer.

[13] Esta definición es del licenciado Sergio Torres Eyras, en su tiempo, secretario de estudio y cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En el artículo "Jurisprudencia Mexicana".

> La resolución que pronuncien las salas o el pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción.

Los órganos facultados para emitir jurisprudencia son únicamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

La jurisprudencia puede ser creada de dos maneras:

1. Cuando el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) contradice criterios sostenidos por las salas o por los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), o cuando alguna de las dos salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) lo hace de aquéllos de los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC).
2. Cuando los órganos facultados en lo particular interpretan el significado de una norma jurídica de la misma manera sin que dicho criterio se interrumpa en cinco sentencias, para el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y de los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), y en tres para el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Es preciso indicar que las sentencias deben provenir del mismo órgano para establecer jurisprudencia.

Por ejemplo:

> Una ley *Y* establece que *la notificación de la sentencia debe hacerse en el domicilio del sentenciado*. El órgano facultado para establecer jurisprudencia interpreta la norma anterior determinando en una sentencia que: *se entiende por domicilio al lugar donde una persona habita y duerme normalmente*.
>
> Si el órgano antes indicado emite el mismo criterio de interpretación al dictar sentencia en cinco ocasiones consecutivas, entonces se crea una jurisprudencia, misma que obliga a los órganos judiciales inferiores a ajustarse a dicho criterio al interpretar la norma aludida.

En el supuesto de que la jurisprudencia ya se haya establecido, los órganos que la emitieron la interrumpen si determinan un criterio distinto.

Por ejemplo:

> Si al interpretar la norma aludida el órgano que creó la jurisprudencia la interpreta de manera distinta al establecer que: *se entiende por domicilio el espacio físico en el cual una persona pasa la mayor parte de su tiempo*, entonces la jurisprudencia se interrumpe, así como la obligación de los órganos judiciales inferiores de ajustarse al criterio. Dichos órganos no quedarán obligados a seguir el nuevo criterio sino

hasta que se cree una nueva jurisprudencia; es decir, hasta que el órgano facultado emita el mismo criterio interpretativo cinco veces consecutivas.

Cabe precisar que en materia mercantil, los órganos facultados para establecer jurisprudencia son la SCJN, ya sea en órgano de pleno o en salas, y los TCC en materia civil. En este sentido, de acuerdo con la *Ley de amparo*, la jurisprudencia es obligatoria a todos los juzgadores (salvo los superiores) si hay cinco sentencias en el mismo sentido, sin interrupción de alguna sentencia emanada del mismo tribunal en sentido diverso.

En su carácter de norma jurídica, la jurisprudencia tiene ámbitos de validez. Atendiendo al órgano que las crea, los ámbitos personales y espaciales de validez de las jurisprudencias son los siguientes:

Órgano de emisión	**Ámbito personal de validez**	**Ámbito espacial de validez**
Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)	Salas de la SCJN y la totalidad de los tribunales y juzgados, y sólo al TEPJF en cuestiones de inconstitucionalidad de normas jurídicas generales.	Todo el territorio nacional.
Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)	La totalidad de los tribunales y juzgados, excepto el TEPJF.	Todo el territorio nacional.
Tribunales Colegiados de Circuito (TCC)	Los tribunales federales de menor jerarquía, los juzgados federales y los tribunales y juzgados locales que estén dentro de su circuito jurisdiccional.	La circunscripción territorial del TCC respectivo.
Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA)	Las salas regionales del TFJFA.	Todo el territorio nacional.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF)	Los órganos electorales.	Todo el territorio nacional.

Nótese que el ámbito espacial de validez obliga directamente a ciertos órganos, mas no a la colectividad de autoridades y particulares. Sin embargo, indirectamente lo hace, pues a final de cuentas si se genera un conflicto tiene la potencialidad de dirimirse ante alguno de los órganos facultados para emitir jurisprudencia, por lo que el criterio conforme al que habrá de resolverse será el jurisprudencial. Por tanto, sí es relevante para el particular el sentido de la misma, pues aún hoy con toda la influencia del derecho positivo sigue siendo, en muchos sentidos, vigente el aforismo *tal es la acción, tal es el derecho*.

2.3.2 Jerarquía de la jurisprudencia

§16. Por lo que hace a su jerarquía, algunos autores consideran a la jurisprudencia en la parte inferior de la estructura piramidal del derecho; sin embargo, dicha posición es incorrecta.

Al tener la función de establecer los criterios de interpretación de las normas jurídicas, la norma jurisprudencial tiene la misma jerarquía que la de la norma que interpreta, pues establece el sentido que se le debe dar; por ejemplo, si interpreta la *Constitución*, la jurisprudencia tendrá jerarquía constitucional; si interpreta una ley, tendrá la jerarquía de ley; si intepreta un reglamento, tendrá jerarquía de tal, y así sucesivamente.[14]

Ahora bien, la jerarquía existente entre las jurisprudencias está correlacionada con el órgano que la emite. En este sentido, la figura 1 indica la jerarquía de los órganos facultados para emitir jurisprudencia:

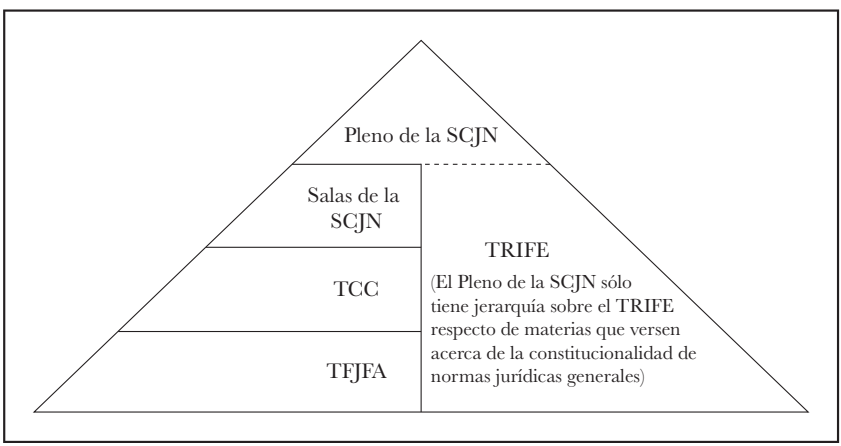


FIGURA 1.
Jerarquía de las jurisprudencias.

[14] Meade Hervert, Oliver, *El derecho*, Patria, México, 2007, pp. 22-24.

Capítulo II

Historia

1. Historia en el derecho universal

1.1 Surgimiento del derecho mercantil

§17. Como bien afirma el gran filósofo Aristóteles, el ser humano es un ser político por naturaleza. Para la satisfacción de sus necesidades intelectuales, espirituales y emocionales, requiere de otros individuos; es decir, necesita de una sociedad.

La sociología nos enseña que al conformarse naturalmente las sociedades, los seres humanos comienzan a buscar fórmulas, mecanismos y modos de vida que facilitan tanto sus relaciones comunitarias como sus necesidades propias. Es así como se gesta el derecho; es decir, un conjunto de normas jurídicas respaldadas de alguna forma por la fuerza de la comunidad o por quien ésta considere.

Simultáneamente al surgimiento de la sociedad política se crea una serie de reglas que determinan cómo ha de conducirse y comportarse el ser humano en relación con los otros miembros de la comunidad; se percata de los beneficios que vivir en sociedad implica, mismos que se reflejan en las grandes esferas de su vida. En cuanto a la rama económica, como lo expone Adam Smith, para la satisfacción de las necesidades materiales, el hombre cae en cuenta que le es más eficiente la división y especialización del trabajo, a través de la cual un sujeto se dedica a cierta actividad y los demás a otras distintas. Es decir, se percata de que le es más costoso en términos de tiempo, productividad y esfuerzo el hacer las cosas por sí mismo, que distribuyendo las funciones entre los miembros de la comunidad.

Es así como emana la figura del trueque, norma jurídica de índole contractual nacida de la costumbre a la que se le atribuye ser el origen y fuente primaria del derecho comercial o mercantil.

Algunos autores consideran que el trueque no es la fuente primaria del derecho mercantil, pues argumentan que con esta figura originalmente no se obtenía estrictamente un lucro, sino que era un mero acto entre civiles

tendiente a la satisfacción de sus necesidades. Al respecto, cabe señalar que si bien se podría considerar correcta dicha aseveración, nos estamos refiriendo a la fuente de intercambio más remota y que en definitiva constituyó posteriormente el medio mercantil y, por ende, con fines lucrativos más remoto.

Entre los cuerpos normativos más remotos del derecho mercantil se encuentran las llamadas leyes de Rodias, las cuales tienen su origen en las Islas de Rodas en la época de los fenicios y cartaginenses. Las leyes de Rodias regulaban el derecho marítimo y entre sus disposiciones se comprendían normas jurídicas que reglamentaban, entre otras figuras, la avería, el seguro y el préstamo de cambio marítimo. Posteriormente fueron acogidas por el derecho romano e incluidas en el *Digesto* como ley común del mar. Asimismo, el *ius civile* romano enriqueció el derecho marítimo, esta situación permitió que su influencia llegara hasta nuestros días.

En el derecho romano no existía como tal, una materia estrictamente comercial; sin embargo, sí una de derecho privado en cuyo contenido se encontraban normas que regulaban la materia comercial. Entre las figuras que comprendía el orden jurídico romano se encontraban:

- La *actio institoria*:

  Mediante la llamada *actio institoria* se otorgaba al dueño de un negocio mercantil el derecho de reclamar al administrador las obligaciones que contrayere; es decir, era una figura que regulaba la relación entre el dueño y su empleado comercial.

- La *actio exercitoria*:

  Era muy similar, pues a través de ésta se otorgaba la facultad de exigir el pago de las obligaciones contraídas por el capitán de un buque contra el dueño del mismo.

- El *nauticum foenus*:

  Regulaba el préstamo a la gruesa, mismo que otorgaba a un inversionista un cuantioso interés y cuya exigibilidad se sometía a la condición del retorno de un buque.

- La *naute, caupones et stabularii ut recepta restituant*:

  Finalmente, a través de ésta se establecía la obligación de custodiar y regresar el equipaje de los pasajeros del buque en que viajaban.

1.2 Derecho mercantil medieval

§18. En estricto sentido, si bien ya existían actos comerciales, el derecho mercantil no adquirió una real autonomía, sino hasta la Edad Media. Su surgimiento se debe al florecimiento y evolución que tuvo la actividad comercial, a la cual el derecho común ya no podía regular adecuadamente y dar respuesta eficiente a los problemas y necesidades de los comerciantes.

Gran evolución tuvieron las normas jurídicas en materia mercantil durante la Edad Media a consecuencia de las Cruzadas, con las cuales surgió una constante comunicación con los países orientales y, consecuentemente, un intercambio comercial entre éstos y los europeos. En estas relaciones comerciales ya comenzaban a gestarse los grandes temas de derecho internacional privado —el conflicto de leyes y el conflicto de jurisdicciones—, pues no existían reglas eficaces que dieran salida a las potenciales controversias; es decir, había una ausencia de derecho y, en consecuencia, de una fuerza estatal que respaldara la exigibilidad de las obligaciones entre el gremio comercial. Además, las reglas del fracturado derecho romano no respondían a las entonces novedosas condiciones comerciales.

Paulatinamente, los comerciantes se vieron en la imperiosa necesidad de buscar nuevos mecanismos de solución de controversias y reglas que regularan el tráfico y relaciones comerciales. Conjuntamente se fueron formando gremios, consulados y corporaciones de comerciantes, a los cuales se matriculaban y a cuyas reglas de resolución de controversias se sometían.

Entre las figuras que surgieron se encontraba la llamada *matriculuación*, antecedente de lo que se conoce como *registro público de comercio* y *la jurisdicción consular*, misma que comprendía a tribunales especializados en materia comercial.

Con el transcurso de los años y repetibilidad de actuaciones se fueron gestando usos y costumbres en materia mercantil e instaurando entes de índole jurisdiccional ante los que se sometían las controversias comerciales, cuyas resoluciones y sentencias fueron documentadas y sirvieron de fuente real y pilar para la formación de los llamados estatutos y ordenanzas, que si bien su texto y contenido eran distintos, dependiendo del lugar, guardaban un alto grado de homogeneidad.

Un ejemplo que merece mención son las Siete Partidas españolas, cuya preparación inició en 1256, durante el reinado de Alfonso X, y adquirieron su vigencia en 1348, en el reinado de Alfonso XI. La quinta partida regula las obligaciones y contratos, y en sus quince títulos reglamenta la materia comercial.

Algunos de los estatutos y ordenanzas extendieron su aplicabilidad a varias regiones; tal es el caso del afamado *Consulado del Mar*, cuerpo normativo barcelonés que llegó a tener aplicabilidad en la mayoría de los puertos del mar Mediterráneo.

A mediados del siglo XVII en Francia, Luis XIV y su ministro Colbert fueron los primeros que se dieron a la tarea de realizar una codificación del derecho mercantil. Hasta ese momento aún se acogía el criterio subjetivo que atendía al comerciante para determinar si un acto era o no de comercio.

1.3 Derecho mercantil codificado

§19. A pesar de que existieron dos intentos de codificación mercantil en 1673 y 1681 (*Ordenanzas de Luis XIV* y *Ordenanzas del comercio*), el primer código sistematizado fue el *Código de comercio francés*, mismo que formaba parte de los *Códigos de Napoleón*. El *Code de Comerce*

transformó el derecho mercantil, que hasta entonces se basaba en el sujeto de comercio, poniendo como centro del derecho comercial al acto mercantil. La influencia de dicho código se extendió a todos los países de tradición romanista, como Italia, Sicilia, España, Portugal, Países Bajos, Argentina, Chile y México, entre otros.

De acuerdo con el maestro Barrera Graf:

> Las principales características del *Código Galo* —y en general del sistema codificado del derecho mercantil—, son en primer lugar, comprender toda la materia mercantil entonces existente, en segundo lugar, y en forma muy destacada, porque cambió el sistema subjetivo y profesional de los comerciantes, que hasta entonces prevalecía, por el sistema objetivo. En tercer lugar, por regular los principales contratos mercantiles (compraventa, depósito, transporte, seguro), así como *efectos de comercio*, o sea los *títulos valor* o *títulos de crédito*, y los tres tipos tradicionales de las sociedades mercantiles:
>
> - Sociedad colectiva.
> - Sociedades en comandita.
> - Sociedad anónima (a las que a finales del siglo se agregaría la S. de R. L.).
>
> En cuarto lugar, por regular en sendos libros, la quiebra y el derecho marítimo; e igualmente porque incluía disposiciones procesales aplicables a juicios mercantiles.[1]

Italia, a pesar de que el mercantilismo económico tuvo particular auge en los reinos que existían en el actual territorio italiano, entra tarde a esta etapa, justamente por su tardía unificación para integrar lo que fue el reino de Italia. Su primer *Código de Comercio* data de 1865, pero fue sobre la base del *Código de 1882*, cuando la doctrina italiana del derecho mercantil empezó a tener el empuje que ahora mantiene.

Vidari inició esta etapa y fue el inmortal César Vivante, quien elevó la doctrina italiana casi por encima de cualquier otra, siendo considerado *el maestro de la escuela mercantilista italiana*. Su doctrina fue para dicha escuela: […] una guía segura, estrechamente vinculada a nuestra realidad y a la vez sólidamente construida; animada de una intuición jurídica casi infalible y con un encuadramiento que cataba el sentido del desarrollo de nuestra economía y a menudo se adelantaba a la formulación legislativa.[2] Al lado de Vivante se puede mencionar a Gustavo Bonnelli y a Alfredo Rocco.

Posteriormente, el *Código de Comercio del imperio alemán* entró en vigor en 1900, dejando sin vigor el de 1861. Este código novedoso no es aplicable a los actos concretos, sino que rige de forma exclusiva a los comerciantes. De esta manera, retorna la tendencia del derecho mercantil al sistema subjetivo, que se había observado en los inicios del *derecho mercantil codificado*. Por ello, aunque halagado en muchos aspectos, este código fue criticado duramente por los autores afrancesados por considerarlo un retroceso en el desarrollo del derecho mercantil.

---

[1] Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000, p. 16.

[2] Ascarelli, Tullio, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, trad. de Evelio Verdera y Tuells, Bosch, Barcelona, 1964, p. 78.

Contra la influencia de la legislación napoleónica (que persistió a pesar del código germano) surgieron dos corrientes. La primera consistente en la diversificación de la legislación mercantil, por resultar ilusoria la intención de contener en un solo código la totalidad de la regulación comercial, por lo que se comenzaron a hacer leyes derogatorias y complementarias de dichos códigos. La segunda corriente consiste en la reglamentación conjunta del Derecho civil y el mercantil.

Ejemplos de esto último son el *Código Suizo de las Obligaciones* de 1911 y muy posteriormente el *Código civil italiano* de 1942.

1.4 Derecho mercantil internacional

§20. Dados los avances de la globalización, particularmente en el ámbito del comercio, el derecho mercantil ha tomado un carácter internacional de forma más acentuada que las demás ramas del derecho, por dos vías principales:

- La de la autorregulación.
- La derivada de acuerdos y tratados internacionales.

Históricamente, el comerciante ha preferido, a través de instituciones gremiales, darse a sí mismo una regulación propia acorde con el dinamismo del comercio. Desafortunadamente esta dinámica no siempre contribuye a una correcta distribución de la riqueza por lo que es indispensable que los Estados soberanos y las organizaciones internacionales regulen el ejercicio del comercio internacional.

Hasta el momento la única salida ha sido la celebración de tratados internacionales y la conformación de organizaciones tales como la Organización Mundial de Comercio (OMC) o algunas regionales que tienen funciones similares, así como bloques comerciales como el Mercosur, la Comunidad Europea (CE) o el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN). Tristemente, en esta nueva configuración mundial los pueblos más necesitados quedan al margen del desarrollo económico.

Es enfático el maestro Vicent Chuliá a este respecto, cuando señala: […] La globalización sólo empezará a ser un fenómeno cultural positivo, cuando incluya la unidad de conciencia y opinión pública mundial. Cuando los gobernantes y empresarios de países ricos sean juzgados por la opinión pública de sus mismos países, como culpables por dejar sufrir y morir de hambre a otros seres humanos, aunque se hallen lejos de sus fronteras. Pero aún estamos lejos de ello.[3]

[3] Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, 15ª ed., Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 45.

2. Historia del derecho mercantil mexicano

2.1 Derecho comercial azteca

§21. Antes de la llegada de los españoles existía un orden jurídico azteca válido, dentro del cual se encontraban normas jurídicas que regulaban la actividad comercial de cierto grupo llamado pochteca. Estas normas tenían como fuente jurídica la costumbre y se complementaban con las reglas propias de la agrupación tendiente a guardar un orden y disciplina en el mercado, así como por los principios contenidos en las resoluciones emitidas por los juzgadores en lo específico.

Las normas mercantiles aztecas, en cuanto a su objeto, eran de dos tipos: las que se encargaban de regular estrictamente la conducta de los pochteca y las que normaban la operación interna de los mercados. En virtud de esta distinción normativa, se presume que existían dos tipos de órganos juzgadores: los que dirimían las controversias acaecidas en los mercados o tianguis y los que resolvían las controversias del gremio pochteca.

Entre los contratos que se utilizaban se encuentra la permuta, la compraventa (utilizando como instrumentos de cambio el cacao, los canutos y el polvo de oro, entre otros), el mutuo —con o sin interés—, el comodato, el transporte y la garantía. Asimismo, se usaban figuras análogas a la comisión mercantil, el depósito y la asociación en participación.

Además del derecho aplicable en el territorio azteca, existían derechos de índole costumbrista imperante en cada uno de los puertos y demás locaciones de intercambio comercial, cuya coercibilidad estaba en manos de los gobiernos de dichas entidades territoriales.

2.2 Derecho mercantil colonial

§22. La Conquista acarreó una ola de transformaciones en el comercio en México, causada por la imposición de normas jurídicas propias del continente europeo, así como del creciente comercio intercontinental.

Por evidentes razones, el comercio exterior reflejó el mayor crecimiento en la Nueva España. De gran trascendencia resultó la Casa de Contratación de Sevilla fundada a principios de 1503 con objeto de proteger y administrar la participación del reinado católico español y que eventualmente fungió como Ministerio de Comercio en la Nueva España y que se adjudicó las funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales del ámbito comercial. Entre sus funciones se encontraban:

- La regulación de expediciones del viejo reino al nuevo mundo.
- La emigración de españoles.
- El otorgamiento de autorizaciones para comercializar en la Nueva España.
- La reglamentación del tráfico comercial entre ambas entidades territoriales.
- La imposición y recaudación de contribuciones.
- Dirimir las controversias relacionadas con el comercio ultramarino y la navegación.

En virtud del exponencial aumento del número de controversias entre comerciantes, en 1543 se creó la Universidad de Cargadores de las Indias, órgano competente para dirimir las controversias surgidas a consecuencia del comercio intercontinental, el cual tenía como marco regulatorio las llamadas *Ordenanzas de la Casa de Contratación*. Este consulado tenía competencia para dirimir sumariamente los pleitos acaecidos entre sus miembros.

La Casa de Contratación de Sevilla extendió su ámbito temporal de aplicación durante tres siglos y fue suprimida por decreto en junio de 1790. En el último siglo fue perdiendo atribuciones que fueron otorgadas a favor de entidades portuarias que se generaron paulatinamente en respuesta a las necesidades locales.

Por causa de los piratas principalmente ingleses, a los navíos españoles autorizados por la Casa de Contratación no les estaba permitido viajar de manera aislada. Desde 1526 viajaban en grupos y a partir de 1543 se siguió el sistema de flotas, a las cuales se otorgaba protección armada que se cubría con el impuesto de avería.

En la segunda mitad del siglo XVIII la piratería disminuyó considerablemente, y se permitió el tránsito de barcos aislados. Asimismo, en 1778 el comercio quedó abierto con libre entrada, lo cual provocó un beneficio directo para la Nueva España, pues incrementaba el volumen de mercancías comercializadas y el flujo de dinero.

El comercio interno de la Nueva España se encontraba regulado principalmente por las *Ordenanzas del Consulado de México* y supletoriamente por las ordenanzas de los Consulados de Bilbao, Sevilla y Burgos.

El Consulado de México fue creado en 1592, estaba regulado por las ordenanzas antes referidas y era el órgano encargado de aplicarlas. Las funciones primordiales del consulado eran jurisdiccionales; sin embargo, también contaba con facultades del orden legislativo y administrativo, pues tenía autoridad para emitir disposiciones normativas de carácter general en materia comercial, así como para realizar actos de índole administrativo, tal como el cobro del impuesto aduanal, entre otros.

Las *Ordenanzas del Consulado de México* originalmente tenían como ordenamiento jurídico supletorio las ordenanzas de los consulados de Burgos y de Sevilla. Sin embargo, debido a su gran avance y utilidad, posteriormente las ordenanzas supletorias fueron las de Bilbao.

Las *Ordenanzas de Bilbao* eran mucho más avanzadas que las *Ordenanzas del Consulado de México*, satisfacían y comprendían gran número de materias no incluidas en esta última. Sus ocho primeros capítulos normaban el funcionamiento y administración del consulado; el resto de su capitulado comprendía disposiciones meramente de derecho sustantivo, que fue de gran relevancia y aplicación en México, y regulaba las compañías de comercio, los contratos, las comisiones, las letras de cambio, los vales y libranzas, los corredores de lonjas, los corredores de navíos, las quiebras, los fletamentos de navíos, los naufragios, las averías, los seguros, las pólizas, la gruesa ventura, los capitanes de navíos, entre otras figuras jurídicas.

En la última década del siglo XIX, debido al crecimiento del comercio y a la incapacidad del centralista Consulado de México, se hizo necesaria la creación de los consulados de Guadalajara y Veracruz, a los cuales se les concedieron funciones judiciales y de fomento comercial, entidades que además contaban con representantes en los pueblos ubicados dentro de su jurisdicción territorial.

2.3 Derecho mercantil en el México independiente

§23. Una vez instaurado el régimen mexicano, las ordenanzas establecidas en la Nueva España continuaron su vigencia, y fueron paulatinamente sustituidas con otros ordenamientos normativos emitidos por el gobierno del nuevo orden.

Mediante el *Decreto del 16 de octubre de 1824* se ordenó abrogar a los consulados, disponiéndose que las controversias derivadas del comercio las resolverían los alcaldes o jueces de letras, de acuerdo con las leyes comerciales vigentes.

No obstante, dicho decreto no fue del todo eficaz, pues en Veracruz aún continuaba imperando el régimen instaurado por el consulado. Asimismo, la *Ley para el arreglo de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del Fuero Común* establecía:

Artículo 147

> Luego que se instalen los tribunales superiores y juzgados de primera instancia de los departamentos en la forma que dispone esta ley, cesarán en todas sus funciones los tribunales superiores o supremos que había en los antiguos estados [...] cesando también los juzgados especiales [...] exceptuándose sólo los mercantiles, que por ahora continuarán donde los hubiere [...].

Durante la presidencia de Antonio López de Santa Anna, en 1841, se expidió el *Decreto de organización de las juntas de fomento y tribunales mercantiles*, con el cual se crearon juntas de fomento del comercio y tribunales encargados de la administración de justicia en los negocios mercantiles, en los departamentos, en los puertos habilitados para el comercio extranjero y en las plazas interiores designados por los gobernadores y juntas departamentales. Asimismo, establecía que en tanto no se expidiera un código de comercio, el derecho aplicable a los actos de comercio sería aquél establecido en las *Ordenanzas de Bilbao*, así como los ordenamientos que las complementaron y derogaron.

El 16 de mayo de 1854 el presidente en funciones, Antonio López de Santa Anna, tuvo a bien emitir el primer *Código de Comercio*. Su elaboración estuvo a cargo del ministro de justicia, negocios eclesiásticos e instrucción pública, Teodosio Lares, quien se inspiró en las *Ordenanzas de Bilbao*, el *Código de comercio español de 1829* y en el ya referido *Decreto de organización de las juntas de fomento y tribunales mercantiles*. De ahí que el ordenamiento comercial se conociera con el nombre de *Código Lares*:

- El *libro primero*, regula los agentes de comercio.
- El *libro segundo*, regula los contratos y obligaciones mercantiles.

- El *libro tercero*, regula al comercio marítimo.
- El *libro cuarto*, regula las quiebras.

A pesar de su avanzada técnica legislativa y su vanguardia sustancial, el *Código de comercio de 1854* se limitó a una vigencia de sólo dos años. En 1856, por razones meramente políticas, el entonces presidente Ignacio Comonfort declaró abrogado dicho ordenamiento y ordenó que cobraran vigencia los cuerpos normativos anteriores.

En consecuencia, adquirieron nuevamente validez las *Ordenanzas de Bilbao* y la *Ley Juárez sobre administración*, cuya aplicación se encomendó a los tribunales del orden común. Más adelante, la Constitución de 1857 les daría a los Estados la atribución de legislar en materia mercantil, por lo que algunos de ellos dictaron sus propios códigos basados en el llamado *Código Lares*. No obstante, durante la *regencia del imperio*, en 1863 se le otorgó de nuevo vigencia al *Código de 1854* y se instauraron los tribunales de carácter netamente mercantil que el mismo ordenamiento prevenía. Años después, en 1867, el gobierno nacional ordenó la formación de una nueva comisión para la elaboración de un nuevo código de comercio. En 1883 se reformó la Constitución en su artículo 72, de manera que el Congreso quedara facultado para legislar en materia mercantil.

Hasta el 31 de mayo de 1884 entró en vigor el nuevo código en la totalidad del territorio nacional que en:

- El *libro primero* regula a los comerciantes, a la capacidad comercial y la capacidad para ejercer el comercio.
- El *libro segundo*, los contratos, obligaciones mercantiles y sociedades.
- El *libro tercero*, el comercio marítimo.
- El *libro cuarto*, la propiedad mercantil y los signos distintivos.
- El *libro quinto*, las quiebras.
- El *libro sexto* contiene normas de carácter procesal, mismas que remiten a las leyes y códigos de procedimientos civiles aplicables dependiendo de la jurisdicción.

A la par se reformó la *Constitución de 1857*, lo que permitió a los jueces del orden común dirimir las controversias mercantiles.

El *Código de Comercio de 1884* preveía que los juicios se habrían de sustanciar de manera verbal, lo cual generó una serie de innumerables conflictos procesales, pues tómese en cuenta que a su vez remitía a la legislaciones y códigos del orden común, mismas que no preveían mecanismos específicos y, por ende, idóneos para la resolución de las controversias por medio de los juicios orales.

Esta situación, entre otras, dio origen a que se creara el *tercer código de comercio*, el cual fue expedido el 15 de septiembre de 1889 por el entonces presidente Porfirio Díaz, y que es el ordenamiento que actualmente nos rige.

Para la elaboración del *Código de Comercio de 1889* se tomaron como modelos el *Código de Comercio de 1884*, el *Código italiano de 1882* y el *Código español de 1885*, todos ellos inspirados

en el *Código de Comercio francés de 1808* y la *Ley francesa de sociedades de 1867*. El *Código de Comercio de 1889* originalmente estaba conformado por cinco libros:

- Título preliminar.
- De los comerciantes.
- Del comercio terrestre.
- De las quiebras.
- De los juicios mercantiles.

Con casi 120 años de vigencia, el *Código de comercio de 1889* ha sido reformado en numerosas ocasiones. Muchas de sus disposiciones han sido derogadas por diversas leyes especiales, como la *Ley general de sociedades mercantiles*, la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*, la *Ley de navegación*, la *Ley sobre el contrato de seguro*, la *Ley de concursos mercantiles*, la *Ley general de sociedades cooperativas*, entre otras.

Capítulo III

Distinción entre derecho civil y mercantil y criterios de mercantilidad

1. Generalidades

§24. Existen distintos sistemas para determinar si frente a un acto o cierta situación nos encontramos dentro del ámbito del derecho civil o del derecho mercantil. Incluso existen sistemas jurídicos en los que ambos derechos integran un gran ordenamiento de derecho privado y otros en los que sus ramas están, en mayor o menor medida, separados. De ello se desprende que hay dos grandes tipos de sistemas:

En primer lugar, encontramos los sistemas en los que existe un derecho privado indiferenciado; es decir, aplican las mismas reglas generales para el derecho civil y mercantil y sólo se presentan distinciones en casos especiales. Este sistema presenta dos vertientes:

a) Sistemas donde se da esta unicidad en el plano legislativo, como sucede en Suiza, con el *Código suizo de las obligaciones*, o en Italia, con el *Código Civil* de 1942.

b) Sistemas donde se da esta unicidad de manera consuetudinaria, como sucede en los países con la tradición jurídica conocida como *common law*.

En segundo lugar, tenemos los sistemas donde hay un derecho privado diferenciado; es decir, existen el derecho civil y el derecho mercantil por separado y cada uno sigue distintas reglas. Dentro de estos sistemas se puede hacer una subclasificación atendiendo a los criterios observados para determinar la aplicación del derecho mercantil, éstos son llamados *criterios de mercantilidad*:

a) Sistemas donde se determina la aplicación del derecho mercantil con base en un criterio subjetivo, según los cuales se aplica el derecho

mercantil cuando se esté en presencia del comerciante como sucede en Alemania, o bien, con base en la empresa como sucedió en el proyecto mexicano de 1943.

b) Sistemas donde se determina la aplicación del derecho mercantil con base en un criterio objetivo, esto puede ser tomando como objeto de regulación a la cosa mercantil como sucedía en el proyecto mexicano de 1929, o bien al acto de comercio como sucede en Francia, Italia, España y México.

2. Propuestas de derecho mercantil y civil indiferenciados

§25. La separación del derecho privado en civil y mercantil reporta cierta utilidad, pues el derecho civil es más *puro* en el sentido que se encuentra libre de consideraciones políticas, económicas, sociales y comerciales, por lo que pueden realizarse abstracciones basadas *en el más puro sentido de lo jurídico*; mientras que el derecho comercial debe regular una actividad muy cambiante, que debe atender a muchos y muy variados factores que ofrece la realidad y que inciden en el comercio y las relaciones comerciales.

Sin embargo, al estudiar diversas instituciones jurídicas, esta separación tiene problemas de interpretación por no estar seguro el intérprete del fuero al que debe someter.

Vivante señala a este respecto:

> El *Código de comercio* regula las más lozanas creaciones del derecho moderno, llenas de vigorosa frescura; pero para saber hasta dónde extiende su autoridad, es preciso hacer en cada caso una delicada investigación, tormento de la escuela y de la curia: ¿estamos ante el derecho civil o ante el derecho mercantil?[1]

La separación del derecho privado en civil y mercantil fue una reacción benéfica de las corporaciones mercantiles, en contra de la influencia asfixiante del derecho justinianeo (común), por lo que regularon sus propias relaciones.

Hoy, en mucho ha perdido su razón de ser, y en México la división ha sido muchísimo más grave: además de la separación por materia, existe una división de fuero y de legislación, pues el derecho civil es materia local y el mercantil es federal, pero el primero (civil) es supletorio del segundo (mercantil), y como eso sería de difícil aplicación, por ser en ese supuesto lo local supletorio de lo federal, entonces se creó un *Código civil federal*. Sin embargo, aun existiendo dicho código, hay relaciones que se rigen por él y otras que se rigen por los códigos locales, en fin: se ha hecho un desastre, que nadie, ni la ley, ni la jurisprudencia, ni la doctrina ha podido resolver. Creemos que unificar el Derecho privado, al menos en lo que se refiere a la *teoría general de las obligaciones*, es un paso que habrá que dar en los próximos tiempos.

[1] Vivante, César, *La unidad del derecho privado en materia de obligaciones*, trad. José de Benito, 5ª ed., Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1925, p. 31.

En el mismo tenor, Vivante afirma: "La división del *derecho privado* ejerce, en fin, una perniciosa influencia sobre su progreso científico. Cualquiera que tenga alguna familiaridad con nuestro *Código de comercio* estará convencido de que es justa la acusación, tantas veces repetida, de una gran deficiencia en las reglas generales, de una excesiva particularidad en las normas de las diversas instituciones, y este defecto tiene por origen la pobreza de los trabajos científicos".[2]

¡Cómo parece esto aplicable al caso mexicano! Afortunadamente en el caso de Italia, se puso remedio a la situación (siguiendo precisamente a Vivante) y se hizo un *Código civil*, que incluía también la materia mercantil. Nosotros hacemos votos para seguir el mismo camino a la brevedad posible.

Esto, por supuesto, se encuentra en el ámbito del deber ser, pero no debe ser desechado, pues cuando nuestro sistema tenga modificaciones, será necesario saber qué proponer en el ámbito legislativo.

[2] *Ibíd,* p. 79.

Capítulo IV

Acto de comercio

§26. Siguiendo con la tradición del *Código Napoleónico*, numerosas regulaciones mercantiles en el mundo —entre ellas la nuestra— establecen como objeto de regulación principal del *derecho mercantil* el *acto de comercio*. En principio, para todas estas legislaciones el criterio principal de mercantilidad ha sido el acto de comercio.

El *Código de comercio* señala en su:

Artículo 1

> Los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este código y las demás leyes mercantiles aplicables

De lo que puede entenderse que nuestra legislación mercantil toma como *criterio de mercantilidad* el *acto de comercio*.

Nuestro código no establece un criterio claro para determinar cuándo se está ante un acto de comercio, ni lo define, sino que se limita a establecer una lista en su *artículo 75*, con excepciones en el *76*, que no parece tener lógica:

Artículo 75:

> La ley reputa actos de comercio:
>
> I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados.
>
> II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial.
>
> III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles.
>
> IV. Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio.
>
> V. Las empresas de abastecimientos y suministros.
>
> VI. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;
>
> VII. Las empresas de fábricas y manufacturas.

VIII. Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo.

IX. Las librerías y las empresas editoriales y tipográficas.

X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda.

XI. Las empresas de espectáculos públicos.

XII. Las operaciones de comisión mercantil.

XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles.

XIV. Las operaciones de bancos.

XV. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior.

XVI. Los contratos de seguros de toda especie.

XVII. Los depósitos por causa de comercio.

XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos.

XIX. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas.

XX. Los vales u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio.

XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil.

XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio.

XXIII. La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo.

XXIV. Las operaciones contenidas en la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*.

XXV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.

Artículo 76:

No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes: [...] ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.

En virtud de lo anterior, resulta aplicable el comentario de Vivante al *Código de comercio italiano de 1882*, cuando señala: "Así, pues, no se puede dar una definición de los actos de comercio regulados por el *Código*, porque no tienen caracteres comunes: el mismo legislador ha renunciado a ello, prefiriendo indicar en una larga serie demostrativa

cuáles son los actos regidos por el Código de comercio y a esa serie debemos atenernos sin discutirla".[1]

Para definir el acto de comercio, no existe unanimidad en la Ley ni en la doctrina, es por ello que, más que definiciones, la doctrina ha realizado diversas clasificaciones; así encontramos que, por ejemplo: el maestro Mantilla Molina[2] clasifica los actos mercantiles de la siguiente forma:

- *Actos absolutamente mercantiles*:

  Que son los que en cualquier circunstancia serán mercantiles y, por tanto, les será aplicable la legislación mercantil.

- *Actos de mercantilidad condicionada*:

  Los cuales pueden o no ser mercantiles, según el caso:

  - Actos Principales, cuya mercantilidad puede estar condicionada por su objeto (indirecto), por el sujeto, o por su fin.
  - Actos Accesorios, los cuales serán mercantiles si el acto principal con el que están vinculados lo es.

Por otro lado, el maestro Jorge Barrera Graf[3] dice que los actos mercantiles son:

- *Actos mercantiles principales*:

  Lo pueden ser por el objeto, por el sujeto, por el fin o por la forma.

- *Actos mercantiles accesorios*:

  Es aplicable lo señalado cuando se explicó la clasificación del maestro Mantilla Molina.

Por nuestra parte, para dar una clasificación de fácil entendimiento, podremos decir que existen actos absolutamente mercantiles y actos de mercantilidad condicionada, por lo que estructuraremos nuestra clasificación de la siguiente manera:

1. *Actos absolutamente mercantiles*:

   - Éstos tendrán dicho carácter en cualquier circunstancia y por ningún motivo podrán ser no mercantiles.
   - Deben estar incluidos en esta categoría, los que son llamados por doctrinarios como Jorge Barrera Graf[4] como *actos mercantiles por su forma*.

---

[1] Vivante, César, *Derecho mercantil*, trad. Francisco Blanco Constans, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 42.

[2] Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, 29ª ed., Porrúa, México, 1993, pp. 60 y 61.

[3] Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000, pp. 73-77.

[4] *Ibíd*, p. 77.

Algunos ejemplos de este tipo de acto son:

- La constitución de una sociedad mercantil.
- La emisión de un título de crédito.
- La celebración de un fideicomiso.

En oposición a este tipo de actos encontramos los que son *absolutamente civiles*, los cuales de manera análoga, jamás podrán perder ese carácter. Dentro de esta categoría podemos señalar:

- La hipoteca.
- El poder.

2. *Actos de mercantilidad condicionada*:

   Estos actos se caracterizan por ser mercantiles o civiles, dependiendo de que se cumplan ciertas condiciones. Pueden ser subclasificados de la siguiente manera:

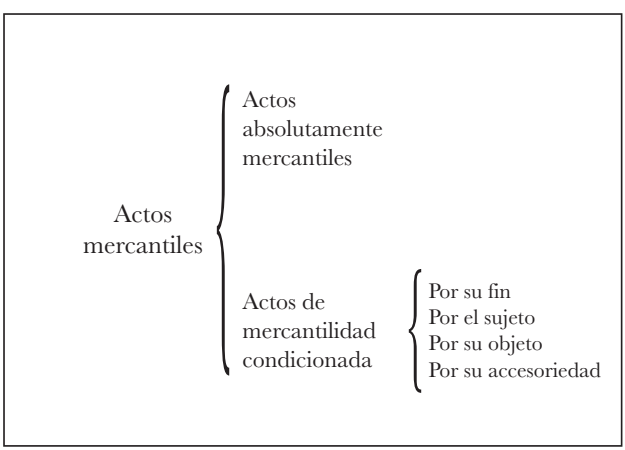
   a) Actos de mercantilidad condicionada por su fin.

   b) Actos de mercantilidad condicionada por su objeto.

   c) Actos de mercantilidad condicionada por el sujeto.

   d) Actos de mercantilidad condicionada por su accesoriedad.

Los actos anteriormente señalados, en caso de que no se presente la circunstancia respecto de la cual su mercantilidad está condicionada, serán civiles.



1. Actos absolutamente mercantiles

§27. Estos actos siempre serán mercantiles, y para ello no será obstáculo el hecho de que persigan finalidades no mercantiles, o que quien los realice no sea comerciante, o sean accesorios de un acto principal civil; *en cualquier caso serán mercantiles.*

Ejemplos de este tipo de actos lo son:

- El reporto.
- El descuento de crédito en libros.
- La apertura de crédito.
- El contrato de cuenta corriente.
- La carta de crédito.
- El crédito refaccionario.
- El de habilitación o avío.
- El fideicomiso.
- El contrato de seguro.
- La constitución de sociedades mercantiles.

Los conocidos por algunos doctrinarios como *actos de mercantilidad condicionada* por su forma, los consideramos como *actos absolutamente mercantiles*, y para que esto se entienda bastan dos ejemplos:

1. La emisión de un cheque.
2. El acto constitutivo de una sociedad mercantil.

2. Actos de mercantilidad condicionada

2.1 Por su fin

§28. Se dice que los actos con finalidad mercantil son los que persiguen la especulación comercial.

Esta expresión, aunque muy citada, en realidad queda poco clara para la mayoría de los mercantilistas, por lo que procedemos a estudiarla.

La Real Academia de la Lengua Española define el vocablo *especulación* como: "Operación comercial que se practica con mercancías, valores o efectos públicos, con ánimo de obtener lucro".

Mientras que define *especular* como: "efectuar operaciones comerciales o financieras, con la esperanza de obtener beneficios basados en las variaciones de los precios o de los cambios".

De este análisis filológico obtenemos dos criterios importantes:

- El ánimo de lucrar.
- El de obtener ganancias con base en las variaciones en los precios o en los cambios.

Sin embargo, hasta aquí el concepto sigue siendo oscuro, pues es una realidad innegable que en numerosos contratos civiles también se busca *lucrar*,[5] por lo que debemos ser más precisos, a efecto de tener lo más claro posible este concepto.

Los economistas han entendido la especulación comercial como la interposición en el intercambio de bienes y servicios, por lo que de manera esquemática diremos que en una relación mercantil tendremos personas que producen, personas que consumen y personas que se colocan en medio de dicha relación.

Así pues, debemos entender que en las relaciones civiles hay una relación directa entre el que produce y el que consume, o entre el que adquirió para su uso propio y vende, y se trata en general de actos cuyo objeto es generalmente individual o al menos no en gran volumen, y aunque se busque ganar dinero, esta ganancia se da, por regla general, guardando cierto equilibrio entre los derechos y bienes que salen del patrimonio y los que ingresan a éste y cuando no se da el caso, estamos generalmente en presencia de una liberalidad.

En cambio, en las relaciones mercantiles no sucede así, pues se presentan alguna o algunas de las siguientes características que a su vez pueden, si no definir, al menos sí identificar el ánimo de especulación comercial:

a) Interposición en el intercambio de bienes y servicios.

b) Ganancias derivadas de las variaciones en los precios y los cambios.

c) Bienes o servicios ofrecidos *en masa* o *al público*.

Así pues, los actos de mercantilidad condicionada por su fin son aquellos cuyo carácter de comercial depende del ánimo de especulación comercial con que se realizan, ejemplos de ellos los encontramos en el *Artículo 75 del Código de comercio*:

Artículo 75:

> La ley reputa actos de comercio:
>
> I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados.
>
> II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial [...].

[5] A su vez, *lucrar* se define por la Real Academia como: *ganar, sacar provecho de un negocio o encargo*.

2.2 Por el sujeto que los realiza

§29. En principio, se dice que son actos de mercantilidad condicionada por el sujeto, los que adoptan ese carácter (de mercantiles) en tanto que son realizados por sujetos de comercio o comerciantes.

Estudiaremos el concepto de comerciante más adelante, pero desde ahora diremos que para ser técnicos, debemos evitar caer en el círculo vicioso de decir que son comerciantes los que realizan actos de comercio y que son actos de comercio de mercantilidad condicionada por su sujeto los realizados por comerciantes.

Un problema interesante se presenta cuando un acto jurídico de mercantilidad condicionada es celebrado entre dos personas, de las cuales una es comerciante y la otra no.

Si decimos que el acto no es mercantil entonces queda dentro del ámbito civil y concluiríamos que estamos en presencia de un acto de naturaleza civil: sin embargo, como se señala en el:

Artículo 1050 de Código de comercio:

> Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.

Aunque este artículo se refiere a los procedimientos, de fondo indica que el acto será de naturaleza mercantil, pues al parecer no sólo serán aplicables las normas adjetivas sino que también las normas sustantivas parecieran estar incluidas en lo dispuesto por este artículo.

Esta interpretación, desde nuestro punto de vista es correcta, pues la interposición de bienes y servicios comúnmente se da entre personas que son comerciantes y otras que no lo son, y ello no le debe quitar mercantilidad a la relación. Por ejemplo, imaginemos una persona que recibe un préstamo de un banco, en este supuesto el acto se regirá por las leyes mercantiles, no obstante que en el acto intervenga una persona que no es comerciante.

Aunque materialmente este criterio sea correcto, es cuestionable desde el punto de vista constitucional pues, derivado de la cláusula residual consagrada en el *artículo 124 constitucional*, podríamos pensar en la existencia de cierta preeminencia de la legislación civil respecto de la mercantil.

Este problema se agrava debido a que el orden civil es de competencia local, y el mercantil es federal, lo que ha generado ya muchos problemas y no tiene una verdadera razón de ser, más que la histórica.

Algunos ejemplos de estos actos son:

- El depósito en almacenes generales de depósito.
- Los depósitos bancarios.
- Las fianzas otorgadas por afianzadoras.

2.3 Por el objeto

§30. En cuanto a los actos *de mercantilidad condicionada por el objeto* diremos que son mercantiles en tanto el objeto indirecto del negocio de que se trate sea cosa mercantil.

No existe en la legislación una definición de cosas mercantiles, pero sí existen en distintas leyes, bienes que siempre estarán regulados por las leyes mercantiles como los títulos de crédito o los buques. Algunos contratos de mercantilidad condicionada por su objeto son:

- La compraventa de acciones.
- La emisión de obligaciones.
- Los contratos sobre buques.

2.4 Por accesoriedad

§31. Existen actos absolutamente mercantiles y actos absolutamente civiles, aunque hay algunos que en principio son civiles, pero que pueden ser mercantiles dependiendo de ciertos factores. En el caso que nos ocupa, estamos hablando de *actos accesorios* que seguirán la naturaleza mercantil de uno principal que tenga dicho carácter. Esto no es más que una manifestación de la vieja máxima *accesio cetit principalli*.

Capítulo V

Sujeto de comercio. Comerciante

1. Concepto

§32. Aunque el criterio predominante en México y en general en los países que han seguido el ejemplo de la codificación napoleónica, considera que el derecho mercantil regula eminentemente *actos de comercio* (criterio objetivo), nuestro país sí ha recibido cierta influencia de posturas como la alemana, que considera que dicha rama del derecho regula principalmente al comerciante.

De forma preliminar, diremos que es comerciante la persona que ejerce el comercio, lo cual, aunque a primera vista parece demasiado simple, encierra un contenido mucho más amplio.

Nuestro *Código de comercio* no define el concepto de comerciante; sin embargo, establece una enumeración de lo que considera como tal, refiriéndose tanto a las personas físicas como a las morales y señala:

Artículo 3º del Código de comercio:

Se reputan en derecho comerciantes:

I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria.

II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles.

III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Con base en el *artículo 3º* estudiaremos cada caso por separado.

2. Comerciante persona física

§33. La fracción primera del *artículo 3º*, en apariencia, se refiere a las personas físicas; sin embargo, si se lee detenidamente veremos que es posible incluir también a las personas morales, ya que al decir que lo son: las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación

ordinaria, está incluyendo a toda suerte de personas en la medida en que puedan ejercer el comercio, ya sean físicas, morales, mexicanas o extranjeras.

Si decimos que es comerciante la persona física que tiene la capacidad jurídica para ejercer el comercio y hace de él su ocupación ordinaria, debemos entender, en primer lugar, lo que implica ejercer el comercio y hacer de éste su ocupación ordinaria.

Hay quien considera que esto último se cumple sólo con la repetición de actos de comercio, ahora bien, ¿cuál es la medida que determina cuándo tal repetición de actos otorga a su autor el carácter de comerciante?

De adoptar la postura antes señalada, entraríamos en un terreno sumamente pantanoso a la hora de determinar quién es en realidad comerciante, y la gente abusaría de ello para aparecer o no como tal, según le conviniera. Por ello, es preciso aclarar qué tipos de actos de comercio ejecutados de manera habitual, ordinaria, o sistemática, otorgan a su autor el carácter de comerciante.

Sin lugar a duda, podemos decir que los actos absolutamente mercantiles no dan a quienes los ejecutan la calidad de comerciante, incluso cuando esto sea de manera reiterada. ¿Por qué afirmamos esto?

Sirva de explicación el siguiente ejemplo: pensemos que, de manera periódica, una persona firma cinco cheques con la finalidad de pagar sus necesidades personales. La emisión de un título de crédito es un acto absolutamente mercantil y precisamente por ello, no podrá otorgar a su autor ese carácter, pues en el caso concreto que nos ocupa el signatario está ocupando dichos títulos como medio de pago, y no ejerciendo el comercio.

Ahora analizaremos si los actos de mercantilidad condicionada dan a su autor el carácter de comerciante. Veamos cada caso por separado:

- Naturalmente, no nos sirven para este efecto los *actos de mercantilidad condicionada* por el sujeto que los realiza, pues entraríamos en el círculo vicioso de que se habló líneas atrás. (Véase §29).

- Tampoco debemos considerar a los actos accesoriamente mercantiles, pues en realidad debemos fijarnos en el acto principal, que será en todo caso, el que dará el carácter mercantil tanto al acto como al sujeto, de darse el supuesto.

- Nos parece que los actos de mercantilidad condicionada por el objeto tampoco otorgan el carácter de comerciante a quien los realiza pues si una persona compra un buque, no necesariamente por este motivo se convierte en comerciante.

  Por ejemplo, podemos hablar de una persona que con fines de recreo adquiere un yate, lo cual en principio es un acto mercantil, pues está el acto dentro del marco de la *Ley de navegación y comercio marítimos*, y en virtud de ello, ese acto es mercantil; sin embargo, no por ello la persona que lo realiza debe considerarse comerciante.

- En cuanto a los *actos de mercantilidad condicionada por su fin*, consideramos que éstos sí le otorgan a la persona que los realiza el carácter de comerciante, siempre y cuando, como afirma el maestro Barrera Graf,[1] reúnan las siguientes características:

  a) Sean homogéneos.
  b) Tengan carácter especulativo.
  c) Sean permanentes y periódicos.
  d) Sean realizados a nombre propio.

En pocas palabras, consideramos que la realización de dichos actos debe ser una ocupación constante, lo cual no implica que no tenga otras actividades, ni siquiera que sean la principal, y por eso el maestro Mantilla Molina[2] señala que de ello puede interpretarse que finalmente es comerciante el titular de una negociación mercantil, y entonces para concluir diremos que *el verdadero comerciante es el empresario*.

La misma fracción habla de la capacidad, y éste es un tema importante cuando se trata de analizar la figura del *comerciante persona física*.

La capacidad es la aptitud de la persona para contraer derechos y obligaciones y esta puede ser:

a) De goce (también llamada en otros países *capacidad jurídica* o *de derecho*):
   Que se define igual que la capacidad en general.

b) De ejercicio (también llamada en otros países *capacidad de obrar*):
   Que es la aptitud de la persona para ejercer derechos y contraer obligaciones por sí misma, y puede ser sustancial y procesal, según se ejerzan, contraigan, se exijan o se defiendan dichos derechos y obligaciones frente a otras personas o bien ante los tribunales.

El *Código de comercio* señala en su:

Artículo 5º:

> [...] toda persona que, según las leyes comunes, es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.

Asimismo, el *Código civil federal* dice en su:

Artículo 1798:

> Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

[1] Barrera Graf, Jorge, *Instituciones…, op. cit.*, nota, p. 166.

[2] Mantilla Molina, Roberto, *Derecho…, op. cit.* nota, pp. 98-100.

Y se considera de manera unánime en la doctrina que las personas exceptuadas por esta ley son a las que se refiere el *artículo 450* del Código civil federal, que son: los menores de edad, y los que padecen algún trastorno mental o fisiológico que les impide gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por cualquier medio.

Aquí tenemos que distinguir por un lado, la capacidad de ser comerciante, y por otro lado, la capacidad para realizar por sí mismo actos de comercio.

La primera parte del *artículo 5* del *Código de comercio* se refiere a la *capacidad de ejercicio*; ahora bien, a este mismo respecto, ¿qué pasa cuando un menor o un incapaz adquieren el carácter de comerciantes?, ¿es esto posible?

Creemos que sí, porque el enunciado de la *fracción primera del artículo 3º* del *Código de comercio* lo permite y porque no existe ninguna prohibición. Lo que resulta un tanto difícil es que el incapaz llegue a encontrarse en este supuesto. Sin embargo, esto sucede principalmente cuando por herencia, legado o donación adquieren una negociación mercantil.

Cabe aplicar aquí lo dispuesto por el *artículo 556* del *Código Civil para el Distrito Federal* que señala:

Artículo 556 del *Código Civil para el Distrito Federal*:

> Si el padre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el juez, con informe de dos peritos, decidirá si ha de continuar o no la negociación; a no ser que los padres hubieren dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad, en cuanto no ofrezca grave inconveniente a juicio del juez.

Y aunque este artículo se refiere al caso de *sucesión mortis-causa*, consideramos que es aplicable, por analogía, a todos los casos en que dicha adquisición se produzca a *título gratuito*.

Ahora, creemos difícil que de otra manera llegue un incapaz a convertirse en comerciante, pues aunque tenga dinero suficiente para que sus representantes legales pretendan iniciar un negocio, al ser las negociaciones mercantiles por su propia naturaleza especulativas, consideramos que se estaría comprometiendo la integridad del patrimonio del incapaz.

En cuanto a la capacidad de goce debemos decir que, en principio, todas las personas la tienen, incluso los no nacidos o *nasciturus*; sin embargo, encontramos que hay personas que por algún motivo no pueden ser comerciantes. Aquí nos encontramos con las *prohibiciones* y las *incompatibilidades* que están reguladas principalmente en el *artículo 12* del *Código de comercio*.

Dentro de las prohibiciones encontramos las siguientes:

Artículo 12 del *Código de comercio*:

> No pueden ejercer el comercio: [...]
>
> II. Los quebrados que no hayan sido rehabilitados [...], y
>
> III. 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.

En estos dos casos vemos a diversas personas que por diferentes motivos *no pueden ser comerciantes*, lo cual no implica, en la lógica de lo que se ha expuesto, que *no puedan realizar*

actos de comercio, lo único que *prohíbe* es tener el estatus o la *calidad de comerciante*, por lo que la eficacia de los actos que realice no se verá afectada en forma alguna. Cabe señalar que por otro lado, la legislación mercantil mexicana no establece ninguna sanción para el caso de violación de este precepto, por lo que se trata de una norma imperfecta.

Es de advertir que estos casos sólo deben aplicar al c*omerciante persona física*, pues una *sociedad mercantil* lo será sin importar que se encuentre en quiebra.

En el caso de la *fracción III*, cabe señalar que prácticamente todos los doctrinarios le hicieron críticas, pues a una persona que ya se haya reintegrado debidamente a la sociedad en virtud de haber cumplido su condena, le seguía estableciendo la misma prohibición; es por ello que el 26 de enero de 2006 el legislador federal incluyó, mediante una reforma, un párrafo que establece que dicha limitación comienza a surtir sus efectos a partir de que causa ejecutoria la sentencia respectiva y dura hasta que se cumple con la condena, lo cual nos parece francamente atinado.

Dentro de las incompatibilidades encontramos una, en la *fracción I* del *artículo 12* que señala:

Artículo 12, fracción I:

No pueden ejercer el comercio:

I. Los corredores [...].

Y hay una muy parecida en el:

Artículo 32 de la *Ley del notariado para el Distrito Federal*:

[...] el notario tampoco podrá ser comerciante [...].

Aquí nos encontramos más bien con prohibiciones administrativas que impone el Estado a quienes en virtud de una patente se les ha conferido la fe pública, por lo que su violación implica una infracción que es sancionada en los términos de sus respectivas leyes.

3. Comerciante persona moral

§34. Pasando al tema de las personas morales hay que distinguir los supuestos de las *fracciones II* y *III*, que se refieren a personas morales mexicanas y extranjeras, respectivamente.

La legislación mercantil considera personas morales mexicanas a las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles, es decir, adopta un criterio totalmente formal. El tema de la capacidad de estos comerciantes será tratado más adelante cuando se estudien los atributos de la personalidad de las sociedades mercantiles. (Véase §87 y siguientes.)

4. Personas morales extranjeras

§35. De ellas se hablará más adelante, valga decir por el momento que el legislador se apartó del criterio formal para volver al criterio material, tal como lo hace con las personas físicas. (Véase §417 y siguientes.)

5. Sujetos accidentales de comercio

§36. El *Código de Comercio* señala en su:

Artículo 4:

> 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 ella a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria o trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas [...].

De este artículo la doctrina ha deducido la existencia de los llamados *sujetos accidentales de comercio*. A nosotros nos parece que lo dispuesto en dicho artículo es inocuo en cuanto a que se ha dicho que nuestro código establece al acto de comercio como criterio básico de mercantilidad, y en los casos de que se ocupa el artículo citado la ley mercantil regulará precisamente el acto de comercio.

Capítulo VI

Negociación mercantil o empresa

1. Concepto

§37. Antes de proponer una definición, debemos decir que existen diversas expresiones con las que la doctrina y la ley se han referido al concepto que estamos tratando, entre ellos podemos señalar: negociación mercantil, empresa, hacienda, fundo comercial, negociación fabril y otras más.[1]

Podemos definir a la empresa o negociación mercantil como el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener y ofrecer al público bienes y servicios con propósito de lucro y de manera sistemática.

No se debe confundir el término empresa con algunos otros, como lo es el de *artesano* o *profesionista*, pues en estos casos se trata de una persona que depende de la habilidad que tiene para desempeñar determinado oficio, para tener ese carácter; esto es diverso de la empresa o de la negociación mercantil, pues en ella no se depende sólo de esa habilidad sino que hay un concepto económico que le otorga ese carácter.

Uno de los términos que más se confunden con el de empresa es el de *hacienda* (del italiano *azienda*), que no es otra cosa que el conjunto de elementos materiales e inmateriales que integran la empresa; es decir, es la empresa sin el empresario.

2. La hacienda y sus elementos

§38. Para Ascarelli: […] El conjunto de bienes organizados por el empresario para la explotación de la empresa constituye la hacienda […].[2] Añade el

[1] Para Barrera, la empresa o negociación mercantil es una figura esencial del nuevo derecho mercantil, que consiste en el conjunto de cosas y de personas organizadas por el titular, con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa de producción o de intercambio de bienes o de servicios destinados al mercado. Barrera Graf, Jorge, *Instituciones…, op. cit.*, nota, p. 82.

[2] Ascarelli, Tullio, *Iniciación…, op. cit.*, p. 269.

maestro: […]. La hacienda constituye así un conjunto cuya unidad es funcional o instrumental; su función es precisamente la de coordinar bienes para la producción y el intercambio de determinados productos.[3]

En cuanto a sus elementos, debemos distinguir entre:

- Los materiales.
- Los inmateriales.

2.1 Elementos inmateriales

1. **§39.** *Clientela*:
   Es el conjunto de personas que son consumidores o prestatarias de los bienes o servicios que produce o presta la empresa.
2. *Avío*:
   Es un concepto muy general, pero implica el conocimiento de la clientela, la regla del servicio, el conocimiento de los gustos del cliente, los productos de los proveedores, en pocas palabras, el *know-how*.
3. *Derecho al arrendamiento*:
   Si el local que emplea la empresa no pertenece a su dueño, entonces dentro de los elementos que la integran habrán de considerarse los derechos que se tengan sobre aquél, en virtud de contratos de arrendamiento o similares.
4. *Propiedad industrial*:
   Consiste en derechos intelectuales que implican creaciones de ese orden que son protegidas por el ordenamiento legal.
5. *Personal*:
   Es el conjunto de personas que se encuentran subordinadas al empresario y, por tanto, dentro de este elemento hemos de considerar el conjunto de derechos que se derivan de las múltiples relaciones laborales que se generen en una empresa.

2.2 Elementos materiales

§40. Debemos incluir en esta clasificación a:

- Los muebles.
- Los inmuebles.

[3] *Ibíd*, p. 275.

- Las mercancías.
- Las materias primas.

3. Naturaleza jurídica

§41. Se presentan en la doctrina distintas posturas sobre la naturaleza jurídica de las negociaciones mercantiles; sin embargo, sólo trataremos brevemente cada una de ellas.

Existen sectores doctrinales que afirman que la empresa o negociación mercantil es una *persona moral* y para justificar su dicho arguyen que la empresa tiene atributos de la personalidad, como patrimonio, nombre, nacionalidad y domicilio; sin embargo, consideramos que ésta no es su naturaleza, pues la personalidad jurídica la otorga la ley a quien quiere, y lo hace de manera expresa. Además, la ley mexicana en ningún ordenamiento le otorga esta categoría a las negociaciones mercantiles, por lo que, en virtud de ello, debemos concluir que *la negociación mercantil no es una persona moral*. En cuanto a los pretendidos atributos de la personalidad diremos que éstos no son tales, ya que aunque son características similares no tienen dicho carácter y en todo caso no le dan a la persona esta categoría, pues los atributos de la personalidad emanan de la persona, mientras que la persona no emana de los atributos de la personalidad.

Hay quien considera que la naturaleza jurídica de la negociación mercantil es la de ser un *patrimonio*, a este respecto hay que señalar que para considerar válida esta teoría, hay que ser partidarios de *la teoría del patrimonio de afectación*; en ese entendido podríamos hacer tal aseveración; sin embargo, dicha teoría no ha sido reconocida por el derecho positivo mexicano y, por lo tanto, es inaplicable.[4]

Por otro lado, existen doctrinarios que afirman que la negociación mercantil es una *universalidad de derecho*; sin embargo, no lo consideramos así, pues una universalidad está integrada por bienes y derechos, así como obligaciones y, por tanto, los primeros están afectos al pago de dichas deudas, tal como sucede con el patrimonio —que es una especie de universalidad de derecho, pues podríamos decir que ésta es el género y el patrimonio es una especie—, o bien, una herencia, caso en el cual también encontramos un conjunto de bienes y derechos que responden por ciertas obligaciones.

La *negociación mercantil*, a diferencia de las *universalidades de derecho* citadas, no responden por las deudas, o al menos no de manera universal, y en virtud de ello podemos decir que la *negociación mercantil no es una universalidad de derecho*.

Finalmente, hay una teoría —a la cual nos sumamos— que considera que la naturaleza jurídica de la negociación mercantil es la de ser una *universalidad de hecho*. Una universalidad de hecho es un conjunto de derechos y bienes, como lo puede ser una biblioteca, un acervo histórico de documentos o una colección de automóviles; que tiene la

[4] Ibarrola, Antonio de, *Cosas y sucesiones*, 7ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 53.

característica de ser susceptible de considerarse como una unidad y de ser así protegida por la ley; no obstante, no responde por deudas como la herencia o el patrimonio.

Consideramos entonces que la verdadera naturaleza jurídica de la negociación mercantil es la de ser una universalidad de hecho.

Capítulo VII

Obligaciones del comerciante

1. Enunciación

§42. Las obligaciones de los comerciantes se consignan en el:

Artículo 16 del *Código de Comercio*:

Todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados:

I. A la publicación, por medio de la prensa, de la calidad mercantil, con sus circunstancias esenciales, y en su oportunidad, de las modificaciones que se adopten.

II. A la inscripción en el Registro Público de Comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios.

III. A mantener un sistema de contabilidad conforme al *Artículo 33*.

IV. A la conservación de la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante.

2. Publicidad mercantil

§43. Respecto a esta obligación, los comerciantes tienen el deber de hacer saber de la apertura del establecimiento o despacho de su propiedad, por los medios de comunicación que sean idóneos, en las plazas en que tengan domicilio, sucursales, relaciones o corresponsables mercantiles; en esta información se debe dar a conocer el nombre del establecimiento o despacho, su ubicación y objeto; si hay persona encargada de su administración, su nombre y firma; si hay una sociedad, su naturaleza, la indicación del gerente o gerentes, la razón social o denominación y la persona o personas autorizadas para usar una u otra, y la designación de las casas, sucursales o agencias, si las hay. Asimismo, se debe informar de las modificaciones que sufra cualquiera de las circunstancias antes referidas.

3. Inscripción en el Registro público de comercio

§44. Los comerciantes deben inscribirse en el Registro público de comercio, aunque se señala en el *artículo 19*: del *Código de comercio* que la inscripción o matrícula en el mismo será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio, y obligatoria para todas las sociedades mercantiles y para los buques. Los primeros quedarán matriculados de oficio al inscribir cualquier documento cuyo registro sea necesario.

4. Mantener un sistema de contabilidad

§45. Los comerciantes están obligados a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado que podrá llevarse mediante los instrumentos, recursos y sistemas de registro y procesamiento que mejor se acomoden a las características particulares del negocio, pero en todo caso deberá satisfacer los siguientes requisitos mínimos que señala la ley:

a) Permitirá identificar las operaciones individuales y sus características, así como conectar dichas operaciones individuales con los documentos comprobatorios originales de las mismas.

b) Permitirá seguir la huella desde las operaciones individuales a las acumulaciones que den como resultado las cifras finales de las cuentas y viceversa.

c) Permitirá la preparación de los estados que se incluyan en la información financiera del negocio.

d) Permitirá conectar y seguir la huella entre las cifras de dichos estados, las acumulaciones de las cuentas y las operaciones individuales.

e) Incluirá los sistemas de control y verificación internos necesarios para impedir la omisión del registro de operaciones, para asegurar la corrección del registro contable y para asegurar la corrección de las cifras resultantes (*artículo 33* del *Código de comercio*).

Cualquiera que sea el sistema de registro que se emplee, se deberán llevar debidamente encuadernados, empastados y foliados el libro mayor y, en el caso de las personas morales, el libro o los libros de actas. La encuadernación de estos libros podrá hacerse a posteriori, dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio; sin perjuicio de los requisitos especiales que establezcan las leyes y reglamentos fiscales para los registros y documentos que tengan relación con las obligaciones fiscales del comerciante (*artículo 34*).

En el libro mayor se deberán anotar, como mínimo y por lo menos una vez al mes, los nombres o designaciones de las cuentas de la contabilidad, su saldo al final del periodo de registro inmediato anterior, el total de movimientos de cargo o crédito a cada cuenta en el periodo y su saldo final. Podrán llevarse mayores particulares por oficinas, segmen-

tos de actividad o cualesquier otra clasificación, pero en todos los casos deberá existir un mayor general en que se concentren todas las operaciones de la entidad (*artículo 35*).

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 (*artículo 36*).

Todos los registros a que se refiere este capítulo deberán llevarse en castellano, aunque el comerciante sea extranjero. En caso de no cumplirse este requisito el comerciante incurrirá en una multa no menos de 25,000.00 pesos, que no excederá del 5% de su capital y las autoridades correspondientes podrán ordenar que se haga la traducción al castellano por medio de perito traductor debidamente reconocido, siendo por cuenta del comerciante todos los costos originados por dicha traducción (*artículo 37*).

El comerciante deberá conservar, debidamente archivados, los comprobantes originales de sus operaciones, de tal manera que puedan relacionarse con dichas operaciones y con el registro que de ellas se haga, y deberá conservarlos por un plazo mínimo de 10 años (*artículo 38*).

En el libro de actas que llevará cada sociedad, cuando se trate de juntas generales se expresará:

i) La fecha respectiva y los asistentes a ellas.

ii) Los números de acciones que cada uno represente.

iii) El número de votos de que pueden hacer uso.

iv) Los acuerdos que se tomen, los que se consignarán a la letra; y cuando las votaciones no sean económicas, los votos emitidos, cuidando además de consignar todo lo que conduzca al perfecto conocimiento de lo acordado.

v) Cuando el acta se refiera a la sesión del Consejo de administración, sólo se expresará: la fecha, nombre de los asistentes y relación de los acuerdos aprobados.

vi) Estas actas serán autorizadas con las firmas de las personas a quienes los estatutos confieran esta facultad (*artículo 41*).

No se puede hacer pesquisa de oficio por tribunal ni autoridad alguna, para inquirir si los comerciantes llevan o no el sistema de contabilidad a que se refiere el *Código de comercio* (*artículo 42*). De hecho, ésta es una norma imperfecta, pues no tiene sanción.

Tampoco podrá decretarse, a instancia de parte, la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros, registros, comprobantes, cartas, cuentas y documentos de los comerciantes, sino en los casos de sucesión universal, liquidación de compañía, dirección o gestión comercial por cuenta de otro o de quiebra (*artículo 43*).

Fuera de los casos señalados, sólo podrá decretarse la exhibición de los libros, registros y documentos de los comerciantes, a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a

quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición (*artículo 44*).

El reconocimiento se hará en el lugar en que habitualmente se guarden o conserven los libros, registros o documentos, o en el que de común acuerdo fijen las partes, en presencia del comerciante o de la persona que comisione y se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación directa con la acción deducida comprendiendo en ellos aun los que sean extraños a la cuenta especial del que ha solicitado el reconocimiento.

Si los libros se hallasen fuera de la residencia del tribunal que decrete su exhibición se verificará ésta, en el lugar donde existan dichos libros, sin exigirse su traslación al del juicio (*artículo 45*).

Todo comerciante está obligado a conservar los libros, registros y documentos de su negocio por un plazo mínimo de diez años. Los herederos de un comerciante tienen la misma obligación (*artículo 46*).

5. Guardar la correspondencia

§46. Los comerciantes están obligados a conservar debidamente archivadas las cartas, telegramas y otros documentos que reciban en relación con sus negocios o giro, así como copias de las que expidan (*artículo 47*).

Tratándose de las copias de las cartas, telegramas y otros documentos que los comerciantes expidan, así como de los que reciban fuera de las excepciones que más adelante se señalan, el archivo podrá integrarse con copias obtenidas por cualquier medio: mecánico, fotográfico o electrónico, que permita su reproducción posterior íntegra y su consulta o compulsa en caso necesario (*artículo 48*).

Los comerciantes están obligados a conservar por un plazo mínimo de 10 años los originales de las cartas, telegramas, mensajes de datos o cualesquiera otros documentos en que se consignen contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones (*artículo 49*).

Para efectos de la conservación o presentación de originales, en el caso de mensajes de datos se requerirá que la información se haya mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y sea accesible para su ulterior consulta. La Secretaría de Economía establecerá los requisitos que deberán observarse para la conservación de mensajes de datos.

Los tribunales pueden decretar de oficio, o a instancia de parte legítima, que se presenten en juicio las cartas que tengan relación con el asunto del litigio, así como que se compulsen de las respectivas copias las que se hayan escrito por los litigantes, fijándose de antemano, con precisión, por la parte que las solicite, las que hayan de ser copiadas o reproducidas (*artículo 50*).

Capítulo VIII

Auxiliares mercantiles

§47. Para el desempeño de la empresa se requiere de auxilio y son pocos los casos en que una empresa opera sólo con una persona. Observamos auxiliares mercantiles en la mayoría de las empresas, desde un simple puesto ambulante, hasta en una gran corporación.

En términos generales, los auxiliares mercantiles son las personas que ayudan y colaboran con una empresa en la consecución de sus actividades comerciales.

Los auxiliares mercantiles pueden ser de dos tipos:

1. *Auxiliares del comerciante*:

   Prestan sus servicios de modo exclusivo al comerciante y se encuentran en una relación de subordinación jerárquica respecto del comerciante o empresa.

2. *Auxiliares del comercio*:

   No colaboran exclusivamente con un comerciante, sino que tienen la posibilidad de prestar sus servicios a varios comerciantes, por lo que no guardan un vínculo jerárquico con las personas sino que operan en un plano de coordinación con las mismas.

1. Auxiliares del comerciante

§48. Los auxiliares del comerciante son las personas que ayudan y colaboran permanente y subordinadamente con una empresa en la consecución de sus actividades comerciales.

Es de observarse que el concepto de trabajador es distinto del de auxiliar del comerciante. El trabajador es un término más amplio, por lo que no todo trabajador es un auxiliar del comerciante, pero sí todo auxiliar del comerciante es un trabajador.

Se podría cuestionar la afirmación anterior, pues cada vez es más común la práctica, con miras de evitar las cargas de cumplir las prestaciones laborales y sociales, de utilizar formas como la contratación por servicios profesionales

que desvirtúan la relación laboral; sin embargo, en estricto sentido, el *auxiliar del comerciante* sí es un trabajador, pues presta un trabajo personal subordinado a favor de un patrón a cambio de un salario.

No obstante que se niegue la relación de trabajo, si en la consecución de los actos comerciales *de facto* existe subordinación, una permanencia en el trabajo y la percepción de una contraprestación por los servicios y éstos son elementos que presumen una relación laboral, estamos en presencia de la figura del *auxiliar del comerciante* y también *de un trabajador*.

La diferencia que distingue a un auxiliar del comerciante de cualquier trabajador, versa en la materia del trabajo que se presta: si consiste en actividades tendientes a coadyuvar en la concreción de actos de comercio, entonces el trabajador es un dependiente mercantil. Por ejemplo:

> Imaginemos un establecimiento comercial de vestimenta que cuenta, entre otros trabajadores, con un cajero y con un empleado de limpieza. Mientras que el primero se encuentra realizando actividades directamente relacionadas con la materia comercial, el segundo no.

La distinción anterior se podría cuestionar, pues hay quienes argumentarían que la totalidad de los trabajadores son dependientes al participar de una u otra forma en el objeto comercial de la empresa.

Sin embargo, hay quien afirma que el ayudante de limpieza desempeña un importante papel en la concreción de la venta, pues al mantener el establecimiento en impecable condición, participa directamente en la política de mercadotecnia, pues hace sentir al cliente cómodo y confiado, situación que lo incita a comprar la mercancía.

No obstante el muy válido cuestionamiento anterior, consideramos que el auxiliar del comerciante es quien realiza a favor de la empresa actividades directamente relacionadas con la consecución de actos mercantiles. La opinión en contrario, equipara a todo trabajador o *prestador de servicios* de una empresa a un auxiliar del comerciante.

Ahora bien, el auxiliar del comerciante no tiene el carácter de comerciante, pues los actos de naturaleza comercial en los que participa los realiza en nombre y representación del comerciante, ya sea éste persona física o moral; es decir, los efectos de sus actos recaen sobre la persona (el empresario) para la cual labora o presta sus servicios.

Existen dos tipos de auxiliares del comerciante: factores y dependientes. La principal distinción entre ambas figuras es que la primera tiene atribuciones generales respecto al negocio, mientras que la segunda, limitadas y concretas.

Al efecto, el *Código de comercio* dispone en su:

Artículo 309:

> Se reputarán factores los que tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos.

Se reputarán dependientes los que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste. Todo comerciante en el ejercicio de su tráfico, podrá constituir factores y dependientes.

1.1 Factores

1.1.1 Generalidades

§49. Son factores mercantiles las personas que tienen a su cargo la dirección de una empresa o establecimiento, o estén autorizadas para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dicha empresa o establecimiento, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos.

Es característica de los factores la amplitud de facultades con la que cuentan, la cual comprende el giro o tráfico de la empresa, para el caso de las empresas de personas físicas, y las establecidas en el objeto social, para el caso de las sociedades mercantiles. En este orden de ideas, podemos afirmar que las facultades de los factores son generales sin más límites que los que excedan el giro del negocio

De su definición, nótese que existen dos tipos de actividades realizadas por los factores:

a) La dirección de la empresa o establecimiento.

b) La facultad de contratar respecto de todos los negocios concernientes a la empresa o establecimiento.

A pesar de que estas actividades son distintas, por su propia naturaleza interrelacionada funcionan de manera conjunta. En este orden de ideas, resultaría ilógico y contrario a toda practicidad el que un factor tenga la potestad de dirigir una empresa, pero no la de contratar; es decir, de realizar los actos tendientes al cumplimiento de su giro, y viceversa.

Asimismo, si el factor sólo se limitara a contar con la atribución de contratar respecto de la totalidad de los negocios de la empresa, pasaría de ser un formal órgano de la misma a meramente un comisionista mercantil o apoderado, situación que lo desvirtuaría de su naturaleza de órgano interno y subordinado de la empresa.

En virtud de lo anterior, a pesar de la distinción de las actividades propias del factor que el *artículo 309* del *Código de comercio* hace, éstas son conjuntas, por lo que abiertamente criticamos su redacción por las confusiones que genera en cuanto a la naturaleza de la figura jurídica mercantil.

1.1.2 Factores de empresas cuyo titular es una persona física

§50. Cuando el comerciante es persona física, en él se concentra la empresa, por lo que es el sujeto respecto al cual surten efecto los derechos y obligaciones de la actividad empresarial que desempeña. En este supuesto, un factor mercantil sería la persona a quien el empresario encargue los negocios de su empresa o establecimiento.

1.1.3 Factores de empresas cuyo titular es una persona moral

§51. Para el caso de que el comerciante sea una persona moral, en términos generales el factor mercantil sería el administrador o gerente de la sociedad titular de la empresa; es decir, sería a su vez órgano administrativo o directivo de la empresa. Es de observarse que la figura de factor puede coincidir con la de socio; sin embargo, se distingue de la sociedad titular de la empresa, pues ésta goza de su propia personalidad y como tal es sujeto de derechos y obligaciones. Asimismo, aun cuando el factor sea socio, es decir, que su titularidad recaiga en la misma persona, son dos entidades distintas, cada uno con atribuciones propias.

El *artículo 318* del *Código de comercio* prevé la hipótesis anterior al señalar que:

> Si el principal interesare al factor en alguna o algunas operaciones, con respecto a ellas y con relación al principal, el factor será reputado asociado.

En efecto, se reconoce que uno de los asociados en el negocio (aunque no sea una sociedad mercantil formal) funge como factor y como socio. Es de señalarse que el propio artículo limita esta posibilidad al disponer que […] ni el factor ni el dependiente tendrá este carácter, ni el de socios, si sólo los interesare el principal en las utilidades del giro, reputándose sueldo dicho interés.

1.1.4 Requisitos para ser factor

§52. Los requisitos para ser factor son:

a) Tener la capacidad necesaria para obligarse.

b) Contar con poder o autorización por escrito de la persona por cuya cuenta se haga el tráfico.

En término laxos, la capacidad para obligarse se limita a la mayoría de edad y a estar en pleno uso de sus facultades mentales. Por lo que respecta al segundo de los requisitos, el *Código de comercio* en su *artículo 310* es muy claro al exigir al comerciante que otorgue al factor poder o autorización escrita para que le permita realizar sus funciones.

A pesar de la exigencia de autorización escrita, esta situación no tiene consecuencias para los terceros con quienes la empresa realiza operaciones comerciales. En efecto, cuando el factor contrata sobre objetos comprendidos en el giro del negocio a su cargo, se entienden realizados por cuenta del principal, aun cuando no lo hubiere expresamente manifestado, haya transgredido sus facultades o cometido abuso de confianza.

Los actos y contratos que realice el factor que no se encuentren dentro del giro del negocio a su cargo, pero que los haya efectuado por orden del principal o haya obtenido su aprobación expresa o tácita, obligan a este último. Estos actos en principio sólo se presentan cuando el principal es una persona física, pues en el caso de las personas morales mercantiles, los órganos sociales no pueden realizar más actividades que las previstas en el objeto social expresado en los estatutos, a reserva de que nuevas posturas doctrinarias opinen lo contrario. (Véase §255.)

Los factores tienen el deber jurídico de manifestar expresamente en los documentos que negocian y contratan a nombre de su principal (ya sea persona física o de la persona moral de la cual fungen como órgano o representante); sin embargo, por lo que hace a los contratos consensuales, es decir, los que no requieren de formalidad escrita alguna, por la naturaleza misma de la operación y la practicidad mercantil, muchas veces no lo hacen.

Los principales quedan obligados en los contratos que en su negocio, por su cuenta y por su nombre realicen los factores; no obstante, si los factores contrataren en su propio nombre y por cuenta del principal, quedan obligados directamente con quien contraten, por lo que este último puede exigir el cumplimiento de la obligación que resulte tanto contra el factor como contra el principal. Si obran en el nombre de su principal, no.

1.1.5. Terminación de la calidad de factor

§53. El factor termina sus funciones cuando:

a) El poder o autorización que le dan dicho carácter es revocado.

b) El establecimiento a su cargo sea enajenado.

Por lo que hace a la primera causal, es de mencionarse que los actos comerciales que el factor realice serán válidos hasta que el factor tenga conocimiento de la revocación del poder que los autoriza (*artículo 319* del *Código de comercio*). Sin embargo, para los terceros, sólo se tendrán por revocados si la revocación se inscribe en el Registro Público de Comercio respectivo y se publica por medio de circulares (*artículo 320* del *Código de comercio*). Al respecto, es de observarse la inaplicabilidad actual de la redacción de nuestro código comercial de 1889: es difícil imaginar que un tercero acuda al Registro Público de Comercio o esté al pendiente de las circulares, en la práctica no emitidas, para verificar si el factor aún cuenta con poder o autorización para ejercer su función. Asimismo, como ya hemos mencionado, cuando el

factor contrata sobre objetos comprendidos en el giro del negocio a su cargo, se entienden realizados por cuenta del principal.

Cabe considerar que si el factor aún labora en el comercio del principal, el tercero bien puede presumir que está facultado para ello. En este sentido, el *artículo 315* del *Código de comercio* dispone que: "Siempre que los contratos celebrados por los factores recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de que están encargados, se entenderán hechos por cuenta del principal, aun cuando el factor no lo haya expresado así al celebrarlos, haya trasgredido sus facultades o cometido abuso de confianza".

En virtud de lo anterior, encontramos cierta contradicción entre los *artículos 315* y *320*. De acuerdo con el primero, si el factor, en exceso de facultades, realiza actos comprendidos en el giro o tráfico, éstos se entenderán hechos por cuenta del principal y surtirán efecto frente a terceros. Sin embargo, de acuerdo con el segundo, si la revocación del poder se hace del conocimiento del factor, se inscribe en el Registro Público de Comercio y se publica, los actos y contratos ejecutados por el factor no serán válidos.

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucedería si, a pesar de la revocación, el factor sigue laborando en la empresa, ¿serían los actos inválidos o válidos? Al respecto, opinamos que los actos tendrían validez, pues existen elementos que autorizan a los terceros a presuponer que aún los tiene, en términos del *artículo 315* antes citado.

En lo que respecta a la segunda causal (inciso b), se prevé que se pierde el carácter de factor cuando el establecimiento a su cargo sea enajenado. Cabe indicar que si bien se pierde la calidad de factor, no necesariamente la de trabajador. No abundaremos al respecto por exceder el objeto propio de esta obra.

1.1.6 Calidad del factor

§53. El factor, en su calidad de auxiliar del comerciante, está sujeto en principio a una relación laboral. Al respecto, Mantilla Molina, considera que:

> El comerciante capaz puede obtener los servicios del factor mediante un contrato de prestación de servicios, de trabajo o de asociación. Lo primero, cuando del factor tenga, aun frente a su principal, la dirección efectiva de la negociación; lo cual sucederá, sobre todo, si este último, no reside en el lugar de la ubicación de su establecimiento.
>
> Por el contrario, si el principal se reserva la facultad de dar instrucciones y órdenes a su factor, si éste es dentro de la negociación un mero ayudante (aunque con amplísimas facultades frente a terceros) de quien efectivamente la dirige y es su dueño, habrá una verdadera subordinación, que caracteriza como de índole laboral a la relación.
>
> Si, por último, el factor presta sus servicios a cambio de una remuneración o cuando menos la más importante, y si al mismo tiempo goza de suficiente libertad para actuar, el contrato que lo liga al principal será en verdad de asociación en participación.[1]

[1] Mantilla Molina, Roberto, *Derecho…*, *op. cit.*, p. 177.

Específicamente en lo que se refiere al *contrato de asociación en participación*, la *Ley general de sociedades mercantiles* lo define en su *artículo 252* como aquel 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 de comercio.

Del análisis del artículo anterior y del *318* del *Código de comercio*, parecería que dichas disposiciones se contraponen, pues el segundo exige que el principal interese al factor en cuestiones que vayan más allá del mero reparto de utilidades, mientras que el segundo no le impone otra obligación más que la de aportar bienes o servicios y una participación en las utilidades y pérdidas del negocio mercantil o al menos de una o varias operaciones.

Ahora bien, si dichos numerales se interpretan sistemáticamente, para que el factor tenga el carácter de asociado es necesario, además de que aporte sus servicios, que participe en las pérdidas. Por tanto, sólo si se cumplen tales requisitos legales se podría afirmar que el factor tiene el carácter de asociado y no de trabajador.

1.2 Dependientes

1.2.1 Generalidades

§54. Son dependientes las personas que desempeñen constantemente alguno o varios actos relacionados de manera directa con el comercio, en nombre y por cuenta del propietario del negocio. Al respecto, el *Código de comercio* en su:

Artículo 309, segundo párrafo, señala:

> Se reputarán dependientes los que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste.

Los actos de los dependientes, en su calidad de auxiliares del comerciante, obligan a sus principales en todas las operaciones que éstos les hubieren encomendado, incluyéndose la recepción de mercancía (*artículos 321* y *324* del *Código de comercio*); es decir, que obran a nombre y por cuenta del comerciante.

La diferencia primordial entre el factor y el dependiente versa sobre la amplitud o especificidad de las funciones que realizan. Mientras que el primero tiene a su cargo la dirección general de la empresa o establecimiento, el segundo se avoca a la realización de una o varias actividades específicas dentro de la misma. Así, por ejemplo, el gerente general (factor) de la sucursal 007 del establecimiento "El Lupe" tiene a su cargo y responsabilidad la totalidad de las actividades y funciones propias del mismo, mientras que el cajero (dependiente) sólo está encargado de realizar la actividad de cobrar y expedir recibos.

De acuerdo con lo anterior, la representación del dependiente no es general, como en el caso del factor, sino que se avoca a ciertas funciones y áreas específicas. Otra distinción

entre el factor y el dependiente es que este último siempre obra a nombre y por cuenta del comerciante (principal).

Para el factor las facultades son generales y consisten en la dirección de la empresa o establecimiento y en la contratación referente a los negocios concernientes a la empresa o establecimiento, sin más límite que el que excede la naturaleza misma del giro (tratándose de persona física) y los estatutos sociales (para el caso de la sociedad mercantil). Por lo que hace al dependiente, sus facultades son limitadas y específicas; es decir, el alcance de sus atribuciones es expresamente establecido por el principal o superior.

1.2.2 Calidades de los dependientes

§55. Existen dos tipos de auxiliares mercantiles dependientes:

- Los *fijos* son las personas que trabajan fijamente en la empresa o establecimiento abierto al público del comerciante.
- Los *viajeros*, por su parte, están constituidos por las personas que continuamente se trasladan a locaciones distintas a la ubicación de la empresa o establecimiento, con miras a lograr la concreción de actos comerciales.

La autorización otorgada a los dependientes fijos para realizar operaciones comerciales se presume, siempre que se realicen en establecimientos públicos. Al efecto el *artículo 322* del *Código de comercio* estatuye:

Artículo 322:

> Los dependientes encargados de vender se reputarán autorizados para cobrar el importe de las ventas y extender los correspondientes recibos a nombre de los principales, siempre que las ventas sean en almacén público y al por menor; o siendo al por mayor, se hayan verificado al contado y el pago se haya hecho en el almacén.

Si bien el artículo transcrito hace referencia específica a los dependientes que realicen ventas, éste se aplica analógicamente al resto de las operaciones comerciales.[2]

Nótese que la presunción de la autorización sólo se presenta si los actos de comercio se efectúan dentro del almacén público. De ahí que sea sólo aplicable a los dependientes fijos.

Los dependientes viajantes, a diferencia de los fijos, sí requieren de autorización escrita para realizar operaciones comerciales, y sólo están facultados para realizar los actos que expresamente el principal disponga. Al efecto, el *artículo 323* del *Código de comercio* dispone:

Artículo 323:

> Los dependientes viajantes autorizados con cartas u otros documentos para gestionar negocios, o hacer operaciones de tráfico, obligarán a su principal dentro de las atribuciones expresadas en los documentos que los autoricen.

[2] Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho mercantil*, 27ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 274.

Como ya se indicó, en su carácter de auxiliar del comerciante, el dependiente tiene el carácter de trabajador respecto del principal. Es evidente que en el vínculo jurídico normativo entre ellos existente, hay una subordinación, una relación continua y un salario. Asimismo, por los mismos motivos que el factor, el dependiente no tiene el carácter de comerciante.

1.2.3 Terminación de la calidad de dependiente

§56. La relación entre el principal y el dependiente deriva de un contrato, el cual, en virtud de que se trata de uno de índole laboral, debe ser por escrito.

El contrato creador del vínculo jurídico entre los principales o dependientes, de acuerdo con el:

Artículo 328 del *Código de comercio*:

> Si el contrato entre los principales y sus dependientes no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido avisando con un mes de anticipación. Si se hubiere celebrado por tiempo fijo ninguna de las partes contratantes, sin el consentimiento de la otra, podrá separarse antes del plazo convenido, bajo pena de indemnización de daños y perjuicios.

En tal virtud, opinamos que en el caso de que el principal decida dar por terminado el contrato sin causa justificada, en términos del *artículo 330* del *Código de comercio*, y, por ende, la relación laboral que de facto existe, además de las prestaciones laborales que le correspondieren en términos de la *Ley federal del trabajo*, debe pagarle los daños y perjuicios ocasionados por tal acto.

El *Código de comercio*, en sus *artículos 330* y *331* prevé dos hipótesis para dar finalización al contrato laboral. En el primero, se prevén las causales de despido por parte del principal hacia el dependiente, y en el segundo, las que tiene el dependiente de despedirse del principal. Al efecto, dichos numerales establecen:

Artículo 330:

> Los principales podrán despedir a sus dependientes antes del plazo convenido:
>
> I. Por fraude o abuso de confianza en los encargos que les hubieren confiado.
>
> II. Por hacer alguna operación de comercio sin autorización de su principal, por cuenta propia.
>
> III. Por faltar gravemente al respeto y consideración debidos a su principal o personas de su familia o dependencia.

Artículo 331:

> Los dependientes podrán despedirse de sus principales antes del plazo fijado:
>
> I. Por falta de cumplimiento, por parte del principal, de cualquiera de las condiciones concertadas en beneficio del dependiente;
>
> II. Por malos tratamientos u ofensas graves, por parte del principal.

2. Auxiliares del comercio

§57. Los auxiliares del comercio no forman parte de la empresa, sino que son personas cuyos servicios contrata y que operan en un marco de coordinación con ésta; no son órganos internos, sino que guardan independencia.

Consecuentemente, a diferencia de los *auxiliares del comerciante*, los *auxiliares del comercio* no se encuentran ligados por una relación de subordinación a la empresa, sino por una *relación contractual de índole mercantil* en un plano de igualdad interpersonal, y son auxiliares externos y libres.

En este orden de ideas, se podría argüir que dentro de los auxiliares del comercio se encuentran todas las personas que contribuyan con la empresa a la concreción de su objeto comercial.

En este sentido, esta categoría comprendería a los comisionistas, mediadores, corredores, agentes, contadores, abogados, etcétera. Sin embargo, si bien es cierto que coadyuvan con la actividad comercial, no todas las funciones propias de éstos están directamente ancladas a la consumación de los actos de comercio.

En este orden de ideas, consideramos que sólo los auxiliares que desempeñan un papel directo en la consecución de los actos comerciales pueden ser calificados estrictamente como auxiliares del comercio. Para fines académicos y sin la pretensión de ser exhaustivos, consideramos dentro de esta categoría a los agentes, corredores o mediadores y comisionistas.

2.1 Los agentes

§58. El agente es un comerciante que tiene como función la realización continua de operaciones mercantiles a nombre y a cuenta de otro comerciante, a cambio de una remuneración.

La relación jurídica entre el comerciante y el agente nace en la agencia, contrato mercantil atípico y, por ende, no regulado en lo particular; sin embargo, sí encontramos referencias al mismo en distintas leyes y otras disposiciones jurídicas de índole general (por ejemplo: *artículos 19* a *21* de la *Ley de navegación*; *75*, *fracción X*, *602* y *1043* del *Código de comercio*; entre otras).

El contrato de agencia es aquel (contrato) mediante el cual una persona denominada agente se obliga a promover y/o concluir negocios permanentemente por cuenta de otra llamada empresario, mediante una contraprestación.[3]

El agente mercantil es por sí mismo un comerciante y es independiente. En principio, no guarda una relación de trabajo con el comerciante, sino una de índole contractual

[3] *Cfr.* Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 6ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 291.

mercantil. Goza de cierto grado de libertad de actuación, ajustándose a lo estipulado en el contrato de agencia, así como de las disposiciones jurídicas que atendiendo a su naturaleza le regulen. Siempre actúa por cuenta ajena. Representa de manera continua, estable y profesional al comerciante para la concreción de sus actividades comerciales. Asimismo, su remuneración generalmente depende de los resultados que alcance y puede ser porcentual o fija.

A pesar de que doctrinalmente no existe una relación laboral entre el agente y el comerciante, la *Ley federal del trabajo* sí considera que existe si se configura permanencia y existe una subordinación y dependencia económica. Al efecto, su:

Artículo 285 estatuye:

> Los agentes de comercio, de seguros, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, son trabajadores de la empresa o empresas a las que presten sus servicios, cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas.

El agente puede ser exclusivo o no, dependiendo de la relación contractual que establezca con el empresario. Las facultades del agente mercantil pueden limitarse a actuar como simple transmisor de las ofertas del comerciante a quien representa o extenderse a la celebración de contratos a nombre y a cuenta de éste.

2.2 Corredores o mediadores

§59. El corredor es un comerciante que tiene como función poner en contacto a dos o más personas para que realicen una operación comercial, a cambio de un porcentaje de la operación efectuada.

La correduría o mediación surge del contrato de corretaje o mediación, mediante el cual una persona llamada corredor o mediador se obliga a indicar a otra (a la que se le puede denominar cliente, comitente, mandante u oferente) la oportunidad de realizar un negocio con un tercero, siendo intermediario para lograr su concreción.[4]

Hoy en día encontramos corredores de diversa índole. Muy comunes son los de bolsa, cuya función es fungir como intermediarios en las operaciones bursátiles, poniendo en contacto a los respectivos comerciantes. Asimismo, son bien conocidos los corredores de bienes raíces, cuya función versa estrictamente en poner en contacto a los potenciales compradores y vendedores de inmuebles.

La característica estricta de la correduría propiamente dicha es la imparcialidad e independencia con que actúan. Su función se restringe al mero contacto entre comerciantes e intermediación; es decir, hacer que se conozcan las partes para que realicen un negocio o varios.

[4] *Cfr.* Arce Gargollo, Javier, *op. cit.*, pp. 265-267.

En esta conjetura, a diferencia del comisionista, el corredor no tiene interés directo a favor de una de las partes en la concreción del negocio mercantil, sino que opera como un simple intermediario; es decir, es independiente de las partes.

Por lo que hace a la remuneración que se paga al corredor o mediador por la intermediación entre las partes, puede realizarse por una sola o por ambas, ya sea en cantidad fija o porcentaje, y generalmente se encuentra ligada al resultado; es decir, a la concreción del negocio jurídico.

Si bien la figura de la correduría es fuente y origen de la correduría pública, no deben confundirse, pues aunque puede aceptarse que la segunda cuenta con funciones de intermediación, su función primordial es la de dar fe pública de la celebración de actos de naturaleza mercantil.

2.3 Los comisionistas

§60. El comisionista es el sujeto que realiza a nombre y cuenta del comitente actos concretos de comercio. Tiene su origen en la comisión mercantil, contrato mercantil típico regulado en el *capítulo I*, del *título tercero* del *Código de comercio*; al efecto, en su:

Artículo 273 establece:

> El mandato aplicado a actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere la comisión mercantil y comisionista el que la desempeña.

Ahora bien, el mandato es un contrato civil por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.[5] Por tanto, de acuerdo con lo señalado en el párrafo precedente, si se trata de actos de comercio, entonces el mandato es una comisión, mediante la cual se encarga la realización de actos de comercio y donde las partes en lugar de ser *mandante-mandatario*, son *comitente-comisionista*.

El comisionista es un auxiliar del comercio independiente, razón por la cual está en la posibilidad de prestar sus servicios no sólo a un comerciante, sino a varios. A cambio de los servicios prestados, el comisionista tiene derecho a recibir una remuneración llamada comisión, misma que puede ser porcentual o fija y por la actividad o por los resultados.

La relación contractual entre el comitente y el comisionista no es permanente, sino que se limita a la realización de actos esporádicos y concretos de comercio.

Asimismo, al ser un auxiliar del comercio que por definición actúa en una relación de coordinación con la empresa y es independiente, puede realizar comisiones no sólo a favor de un comerciante, sino de cuantos dispongan, salvo que por excepción se estipule lo contrario.

---

[5] Esta definición es la acogida por el *Código civil para el Distrito Federal* en su *artículo 2546*.

Al ser un contrato típico, el *Código de comercio* establece que basta el mero consentimiento de las partes en la formación del contrato, por lo que es clasificado como consensual; sin embargo, exige que deba ratificarse, es decir, confirmarse una vez que la operación mercantil respectiva haya sido concretada. En este sentido, el:

Artículo 274 del *Código de comercio* dispone:

> El comisionista, para desempeñar su encargo, no necesitará poder constituido en escritura pública, siéndole suficiente recibirlo por escrito o de palabra; pero cuando haya sido verbal se ha de ratificar por escrito antes que el negocio concluya.

El comitente es quien formalmente propone al comisionista que realice la actividad. Una vez que acepta, propiamente se configura el contrato de comisión mercantil. Al efecto, el:

Artículo 275 del *Código de comercio* estatuye:

> Es libre el comisionista para aceptar o no el encargo que se le hace por el comitente; pero en caso de rehusarlo, lo avisará así inmediatamente, o por el correo más próximo al día en que recibió la comisión, si el comitente no residiere en el mismo lugar.

En términos del *artículo 276*:

> La aceptación no debe ser expresa necesariamente, sino que puede ser tácita, entendiéndose por otorgada cuando el comisionista practique la gestión encomendada, caso en el cual queda obligado a continuarla.

De acuerdo con el *artículo 280* del *Código de comercio*:

> El comisionista debe desempeñar los encargos por sí mismo y no puede delegarlos, salvo que esté autorizado para ello en términos del contrato de comisión mercantil. Sin embargo, bajo su responsabilidad puede auxiliarse de dependientes en operaciones subalternas.

Como ya se indicó, las reglas específicas del contrato de comisión mercantil se encuentran estatuidas en el *capítulo I* del *título tercero* del *Código de comercio*, por lo que es necesario atender a ellas para analizar las previsiones específicas que lo regulan.

Capítulo IX

Registro público de comercio

1. Concepto y utilidad

§61. Los actos jurídicos en principio sólo deben afectar el patrimonio de las personas que los realizan, esto en virtud del viejo aforismo *res inter allios acta allüs necue nocere necue podesse potest*, que ha sido recogido por prácticamente todas las legislaciones. Sin embargo, en el tráfico jurídico particularmente del derecho comercial, existe gran cantidad de terceros que pueden resultar afectados por la realización de determinado acto jurídico, estos terceros deben ser protegidos en su derecho a fin de que un acto jurídico ajeno a ellos no les afecte, y asimismo, al celebrar un acto jurídico, deben tener certeza de que ningún derecho preexistente afectará los alcances ni eficacia del que ellos pretenden realizar. El ordenamiento jurídico ha ideado diversos medios de publicidad a fin de que el público esté enterado de las situaciones jurídicas que guardan determinados bienes, empresas y personas.

Cuando abordamos el tema de *derecho registral*, así sea tangencialmente, estamos haciendo de lado, hasta cierto punto, el tema de la justicia, la cual debe ser el eje en torno a la que debe girar el estudio del derecho. Esto lo afirmamos no porque con instituciones como la que nos ocupa se busque la injusticia, sino porque el *derecho positivo mexicano* ha optado por brindar certeza jurídica a quienes, derivados de una apariencia de buen derecho, deciden celebrar actos jurídicos con quien aparece en tal virtud legitimado para ello.

Así pues, la apariencia jurídica que generan los medios de publicidad (*verdad formal*), pesará más que el derecho del que efectivamente sean titulares los terceros (*verdad material*), pues la primera será oponible frente a la segunda en el momento de llegar a un conflicto de intereses.

El ordenamiento jurídico provee a los particulares certeza jurídica a través de un medio concreto de publicidad como lo son los *registros públicos*. Los cuales se caracterizan por estar al alcance de cualquier particular que desee conocer el contenido de la información que obra en su acervo.

Recogiendo lo anterior podemos concluir que el *Registro público de comercio* busca otorgar certeza jurídica a los particulares, mediante el asiento de actos y situaciones relativas a los comerciantes, haciendo público el contenido de los mismos para que así sean oponibles frente a terceros.

2. Registro público de comercio como institución

§62. El *Registro público de comercio* es una institución dependiente de la Secretaría de Economía, que da publicidad a los hechos y actos jurídicos que requieren de dicho requisito para ser oponibles frente a terceros.

La materia mercantil, como ya se ha dicho, es materia federal en virtud de lo establecido por el *artículo 73*, *fracción X constitucional*, por lo que organizar el *Registro público de comercio* debe ser también una atribución de los poderes federales.

Así funciona en todo el país, aunque en virtud de convenios de colaboración, la operación del mismo corresponde, en buena medida, a las oficinas del *Registro público de la propiedad* de cada entidad federativa (materia local); como lo establece el:

Artículo 18 del *Código de comercio*, que señala:

> La operación del *Registro público de comercio* está a cargo de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, en adelante la Secretaría, y de las autoridades responsables del registro público de la propiedad en los estados y en el Distrito Federal, en términos de este código y de los convenios de coordinación que se suscriban conforme a lo dispuesto por el *artículo 116* de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Para estos efectos existirán las oficinas del *Registro público de comercio* en cada entidad federativa que demande el tráfico mercantil.

Se presenta un problema de interpretación constitucional en la organización del *Registro público de comercio en el Distrito Federal*, pues el *artículo 122* de nuestra *Carta magna* en su *base primera*, *fracción quinta*, *inciso h)*, atribuye a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la facultad de:

> Legislar en las materias civil y penal; normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad *y de comercio*.

Lo cual por estar en la propia *constitución* es una excepción válida a la regla general establecida por el *artículo 73*.

Esto representa un problema para seguir la tendencia (sana tendencia, en materia registral) de lograr una base de datos central. Consideramos que la redacción errónea del citado artículo constitucional se debió a la costumbre de denominar a los registros públicos de la propiedad, como registros públicos de la propiedad *y del comercio*, pues en los hechos, siempre han funcionado así. Por tanto, consideramos que la intención del constituyente permanente fue la de otorgar al Distrito Federal, lo mismo que a las demás entidades federativas, atribuciones para organizar el registro público de la propiedad.

3. Funcionarios

§63. Las oficinas del *Registro público de comercio* tienen por titulares a los *responsables de oficina* de los cuales existe un padrón nacional y son depositarios de la *fe pública registral mercantil* para cuyo ejercicio se auxilian de los registradores.

Artículo 38 del *Reglamento del registro público de comercio*:

> El registrador es el servidor público auxiliar de la función registral mercantil, que tiene a su cargo examinar y calificar bajo su responsabilidad los documentos que se presenten, para su posterior inscripción en la base de datos mediante la firma electrónica generada por el responsable de oficina habilitado.

Finalmente está el analista que es:

> El servidor público responsable de revisar y capturar la información de la forma precodificada y el testimonio o archivo magnético, póliza o acta correspondiente a un acto mercantil inscribible en el *Registro público de comercio*.

4. Principios registrales

§64. Para algunos autores los principios registrales son aplicables, salvo escasas excepciones, a todo tipo de registros públicos. Para otros autores, cada registro posee sus propios principios registrales, lo cual no implica que en ciertos casos algunos de estos principios coincidan entre sí.

Nosotros consideramos que todo registro se debe guiar por los mismos principios, ya que el propósito de la existencia de un registro público es otorgar seguridad jurídica a los particulares mediante los efectos que la inscripción produce respecto de los actos, haciéndolos oponibles frente a terceros.

Los principios registrales, según el maestro Roca Sastre:

> Son las orientaciones capitales, las líneas directrices del sistema, la serie sistemática de bases fundamentales, y el resultado de la sintetización del ordenamiento jurídico registral.

4.1 Principio de publicidad

§65. Este principio es el más importante ya que se considera la razón de ser del registro y puede ser analizado desde dos puntos de vista:

a) *Formal*:

La publicidad formal se refiere a que cualquier persona puede consultar las inscripciones, así como solicitar las constancias y certificaciones de los asientos y anotaciones. Su fundamento legal lo encontramos en el *artículo 30* del *Código de Comercio*.

b) *Material*:

La publicidad material contiene dos aspectos, uno positivo y otro negativo. El primero se refiere a que la publicidad registral hace presumir la existencia de los actos jurídicos; mientras el segundo, indica que los derechos no inscritos en el registro no surten efectos jurídicos frente a terceros, sino únicamente entre las partes que lo celebren.

4.2 Principio de tercero registral

§66. *Tercero* es la persona que no es parte en un contrato. Por regla general, los contratos no le afectan ni le benefician a los terceros. Sin embargo, por virtud de este principio, pueden hacer prevalecer el derecho que de buena fe adquieren, fundados en un asiento registral, frente al de alguna otra persona que, siendo materialmente titular de un derecho, éste no se halle inscrito en registro.

4.3 Principio de rogación

§67. Este principio sostiene que es necesaria la solicitud por parte del *titular registral* para que sea realizado cualquier asiento, por lo que al *Registro público de comercio* no le es permitido actuar de oficio. Su fundamento lo encontramos en el *artículo 19* del *Reglamento del registro público de comercio*.

Es de señalarse que la solicitud de registro hecha por los interesados necesariamente debe realizarse por escrito (*artículos 36* y *47* del *Reglamento del registro público de comercio*).

4.4 Principio de consentimiento

§68. Este principio se encuentra íntimamente ligado con el de rogación, en virtud de que todo registro presupone la existencia de un *titular registral*, que será la persona a cuyo favor está inscrito el derecho que consta en el registro. Por lo cual, en todo caso, dicho titular registral, para que la inscripción hecha a su favor sea modificada, ha de manifestar su consentimiento.

4.5 Principio de legalidad

§69. Este principio, también llamado por algunos doctrinarios *principio de calificación*, se traduce en que antes de inscribir un documento en el registro, el *registrador* debe realizar un estudio de fondo y de forma del documento a inscribir, a fin de que cumpla con los requisitos exigidos por la ley para su registro. Para muchos doctrinarios, esta calificación sólo debe versar sobre las *formas extrínsecas* del acto, sin ir al fondo, pues un perito, como lo es el notario público, lo ha revisado ya.

4.6 Principio de prioridad

§70. El principio de prioridad es también conocido por algunos doctrinarios como *principio de prelación*. Encuentra su fundamento en el viejo aforismo *prior tempore potior iure* (*primero en tiempo, primero en derecho*).

La prioridad consiste en la preferencia de un derecho frente a otro por la fecha de presentación en el registro, para determinar dicha preferencia deberá considerarse el número de control que se asigna al ingresar el documento a registro. Es importante destacar que, cuando se habla del primero, no nos referimos al primero que realizó el acto, sino al que lo inscribió.

4.7 Principio de tracto sucesivo

§71. Este principio se encuentra fundado en el concepto filosófico de *causalidad*, según el cual no puede haber efecto sin causa.

De acuerdo con este principio, cada asiento forma parte de una *cadena* de asientos, en otras palabras, para que se pueda hacer una inscripción es necesario que se haga la anterior, que será su presupuesto lógico.

5. Sistema registral

§72. Existen diversos sistemas registrales, los cuales podemos clasificar de acuerdo con los siguientes criterios:

En cuanto a sus efectos pueden ser:

a) *Sustantivos*:

En estos sistemas, la inscripción de un acto constituye un elemento de existencia para el acto jurídico inscrito. Esto se presenta en sistemas principalmente anglosajones, donde todos los bienes son propiedad de la corona y, por tanto, su *consentimiento* es necesario. Esto opera más bien en los *sistemas registrales inmobiliarios*.

b) *Constitutivos*:

En estos casos el registro es constitutivo de derechos, y generalmente la inscripción en el mismo constituye un modo necesario para que se produzcan los efectos de los actos jurídicos.

c) *Declarativos*:

En estos sistemas, el acto es perfecto y eficaz desde que se celebró, y su inscripción genera oponibilidad frente a terceros.

El *Registro público de comercio* se ubica dentro de los declarativos, con algunas excepciones que estudiaremos más adelante. (Véase §150, §362, §364, §387 y §399.)

En cuanto a la forma en que se asientan los datos, existen los siguientes sistemas:

a) Sistema de libros:

En esta forma de asentar los datos, se van llenando libros en los que se realizan los asientos, y generalmente cada inscripción va remitiendo a su antecedente de tal forma que se pueda verificar el llamado "tracto registral".

b) Sistema de folios:

En este sistema se utiliza un folio (hoja o cartón numerado), en el que se asientan todos los datos relativos a un bien o a una persona, sin tener que estar remitiendo a antecedentes que se encuentren en otros textos.

c) Sistema electrónico:

En este caso se tiene una base de datos central, que puede ser consultada y operada por computadoras, sin que necesariamente exista un sustento material de dichos datos.

El *Registro público de comercio*, de acuerdo con la legislación vigente, se fundamenta en una combinación de los sistemas de folios y electrónicos, por lo que existirá el llamado *Folio mercantil electrónico* en el que se asientan las anotaciones e inscripciones y obra en una base de datos central que puede ser manejada desde cualquier parte de la República Mexicana.

El sistema que coordinan todas la oficinas del *Registro público de comercio* es conocido como Sistema Integral de Gestión Registral (SIGER) que es un programa informático por el que se realiza la captura, almacenamiento, custodia, seguridad, consulta, reproducción, verificación, administración y transmisión de información del *Registro público de comercio*.

En cuanto a la unidad básica, es decir, el elemento en torno al cual agrupan los asientos, existen los siguientes sistemas:

a) La cosa (finca, bien mueble, buque, entre otros) como unidad básica registral.

b) La persona como unidad básica registral.

El *Registro público de comercio* se organiza en torno a la persona, como se establece en el:

Artículo 19 del *Código de comercio* que señala:

> La inscripción o matrícula en el registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio, y obligatoria para todas las sociedades mercantiles y para los buques. Los primeros quedarán matriculados de oficio al inscribir cualquier documento cuyo registro sea necesario.

6. Folio mercantil electrónico

§73. Como ya se dijo, los asientos se realizarán en un archivo electrónico conocido como *folio mercantil electrónico* que sustituyó a los anteriores folios mercantiles. En los cuales se harán los siguientes asientos, según lo dispone el:

Artículo 21 del *Código de comercio*:

Existirá un folio electrónico por cada comerciante o sociedad, en el que se anotarán:

I. Su nombre, razón social o título.

II. La clase de comercio u operaciones a que se dedique.

III. La fecha en que deba comenzar o haya comenzado sus operaciones.

IV. El domicilio con especificación de las sucursales que hubiere establecido, sin perjuicio de inscribir las sucursales en el *Registro del partido judicial* en que estén domiciliadas.

V. Las escrituras de constitución de sociedad mercantil, cualesquiera que sean su objeto o denominación, así como las de modificación, rescisión, disolución o escisión de las mismas sociedades.

VI. El acta de la primera junta general y documentos anexos a ella, en las sociedades anónimas que se constituyan por suscripción pública.

VII. Los poderes generales[1] y nombramientos, y revocación de los mismos si la hubiere, conferidos a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios [...].

[...] IX. La licencia que un cónyuge haya dado al otro en los términos del *segundo párrafo* del *artículo 9*.

X. Las capitulaciones matrimoniales y los documentos que acrediten alguna modificación a las mismas.

XI. Los documentos justificativos de los haberes o patrimonio que tenga el hijo o el pupilo que estén bajo la patria potestad, o bajo la tutela del padre o tutor comerciantes.

XII. El aumento o diminución [*sic*] del capital efectivo en las sociedades anónimas y en comandita por acciones [...].

[...] XIV. Las emisiones de acciones, cédulas y obligaciones de ferrocarriles y de toda clase de sociedades, sean de obras públicas, compañías de crédito u otras, expresando la serie y número de los títulos de cada emisión, su interés y amortización, la cantidad total de la emisión, y los bienes, obras, derechos o hipotecas, cuando los hubiere, que se afecten a su pago. También se inscribirán con arreglo a estos preceptos, las emisiones que hicieren los particulares;...

XIX. Las fianzas de los corredores.

[1] Es importante señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido el *criterio jurisprudencial* consistente en que: los poderes para pleitos y cobranzas no deben entenderse como generales para efectos de su inscripción en el *Registro público de comercio*, toda vez que con ellos no se busca la celebración de negocios jurídicos que deban ser oponibles frente a terceros, sino solamente representación en trámites ante juzgados y en procedimientos contenciosos.

7. Documentos inscribibles

§74. Los *actos inscribibles*, que han sido descritos al citar el *artículo 21* del *Código de comercio*, para poder ser objeto de inscripción deben constar en documentos auténticos, los cuales, para efectos de la materia serán los señalados en:

Artículo 25 del *Código de comercio* que señala:

> Los actos que conforme a este Código u otras leyes deban inscribirse en el Registro Público de Comercio deberán constar en:
>
> I. Instrumentos públicos otorgados ante notario o corredor público.
>
> II. Resoluciones y providencias judiciales o administrativas certificadas.
>
> III. Documentos privados ratificados ante notario o corredor público, o autoridad judicial competente, según corresponda.
>
> IV. Los demás documentos que de conformidad con otras leyes así lo prevean.

En cuanto los documentos extranjeros, éstos deben constar previamente en instrumento público ante notario o corredor o bien, si se trata de sentencias, debe ser ordenada su inscripción por un tribunal mexicano (*artículo 26* del *Código de comercio*).

8. Sistema integral de gestión registral (SIGER)

§75. En términos de lo dispuesto por la *Ley orgánica de la administración pública federal*, en su *artículo 34, fracción XIV*, y *quinto transitorio* del *Decreto que reforma y adiciona a esta ley*, publicado en el *Diario oficial de la federación* (DOF) el 30 de noviembre del 2000, a la Secretaría de Economía le corresponde regular y vigilar, de conformidad con las disposiciones aplicables, la prestación del servicio registral mercantil a nivel federal, así como promover y apoyar el adecuado funcionamiento de los registros públicos locales.

El *artículo 4* del *Reglamento del registro público de comercio*, define al SIGER de la siguiente manera:

> [...] es el programa informático a través del cual se realizará la captura, almacenamiento, custodia, seguridad, consulta, reproducción, verificación, administración y transmisión de la información del Registro.

El SIGER tiene como principales objetivos:

- Automatizar el procedimiento registral en las oficinas del *Registro público de comercio*, proporcionando una herramienta que permita dar seguridad en el uso de la firma electrónica como actualmente sucede con la firma autógrafa y uso de sellos en libros.
- Su implementación a nivel nacional permite mejores tiempos de respuesta con todos los beneficios que eso origina.

- El SIGER comprende las funciones de control, administración y seguimiento de los trámites de los actos jurídicos que son llevados a cabo en el Registro Público.
- Tiene la capacidad de llevar una memoria de todos y cada uno de los movimientos que se realizan durante el proceso registral, desde la fase de recepción de documentos hasta la entrega del documento que avala la terminación del trámite.
- A la fecha se han suscrito 31 Convenios con las entidades federativas de Nuevo León, Tabasco, San Luis Potosí, Jalisco, Quintana Roo, Colima, Estado de México, Sinaloa, Guerrero, Chiapas, Tlaxcala, Morelos, Durango, Coahuila, Querétaro, Aguascalientes, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Guanajuato, Zacatecas, Yucatán, Veracruz, Baja California Sur, Sonora, Tamaulipas, Campeche, Baja California, Hidalgo, Michoacán y Chihuahua.[2]

El 17 de julio de 2007, el Gobierno del Distrito Federal celebró con la Secretaría de Economía, un convenio por el que pacta la incorporción paulatina de ésa entidad al SIGER, pero hasta el momento el sistema no se ha modificado.[3]

9. Procedimiento registral

§76. El procedimiento registral es automatizado y supuestamente, está sujeto a tiempos máximos de respuesta, los cuales tristemente vemos que en muchas oficinas encargadas son desoídos por los funcionarios que han protestado *guardar y hacer guardar la ley*.

Las fases de dicho procedimiento están descritas en el *artículo 21 bis* del *Código de comercio* y éstas son las siguientes:

a) Recepción, física o electrónica de una forma precodificada:
   - Acompañada del instrumento en el que conste el acto a inscribir, pago de los derechos, generación de una boleta de ingreso y del número de control progresivo e invariable para cada acto.
   - Esta recepción puede ser de dos maneras:
     I. Recepción electrónica

     El notario o corredor público autorizado envía por medios electrónicos a través del SIGER, la forma precodificada respectiva acompañada del archivo magnético del testimonio, póliza o acta en el que conste el acto a inscribir. En este caso se presume que el fedatario público se ha cerciorado de que el

[2] Información obtenida en la página web: www.siger.gob.mx

[3] En el *Registro público de comercio del Distrito Federal* sigue funcionando el *folio mercantil*, que es muy similar al *folio real* con el que opera el *Registro público de la propiedad*. El *folio mercantil* es una cartulina plegable con una portada que contiene los datos esenciales de la sociedad o comerciante de que se trate, y tres partes: en la primera se inscriben los datos de la constitución, la administración y las reformas, asimismo se inscriben aquí los poderes, de acuerdo con lo que disponía el *artículo 31, fracción V*, del antiguo reglamento; en la segunda se inscriben los gravámenes que pesen sobre cada sociedad, y en la tercera parte se inscriben las sentencias.

acto tiene todos los elementos necesarios para su configuración, por lo que inmediatamente se pasa a la calificación por los registradores.

II. Recepción física

La persona interesada o su representante, en la ventanilla de recepción de la oficina del *Registro público de comercio*, presenta la forma precodificada respectiva acompañada del testimonio, póliza o acta en el que conste el acto a inscribir. En este caso es necesario que el documento pase primero a ser revisado por los analistas quienes generan una *boleta de ingreso*.

b) Análisis de la forma precodificada y la verificación de la existencia o inexistencia de antecedentes registrales y, en su caso, preinscripción de dicha información a la base de datos ubicada en la entidad federativa:

Esta etapa sólo se dará en el supuesto de que la recepción del documento sea física.

c) Calificación:

- En la que se autorizará en definitiva la inscripción en la base de datos mediante la firma electrónica del servidor público competente, con lo cual se generará o adicionará el folio mercantil electrónico correspondiente.

En la *fase de calificación*, el responsable de oficina o el registrador recibe a través del SIGER el acto a procesar, identificándolo por el número de control, la fecha y la hora, y revisará los datos capturados en la fase de análisis; de ser correctos y procedente la inscripción del acto, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, el responsable de oficina autoriza, mediante la generación de una firma electrónica, su inscripción en la base de datos, con lo cual se crea en forma definitiva el folio mercantil electrónico correspondiente o se agrega a éste el acto de que se trate.

Los subsecuentes actos registrables relativos a un comerciante o sociedad se inscribirán en el folio electrónico generado.

En caso de que existan defectos u omisiones, previa fundamentación y motivación, procederá el responsable de oficina o el registrador, en su caso, a la suspensión o denegación del asiento.

d) Emisión de una boleta de inscripción que será entregada física o electrónicamente:

Una vez firmado electrónicamente e inscrito el acto en la base de datos de la oficina del *Registro público de comercio*, en la entidad federativa de que se trate, el mismo *Registro público de comercio*, a través del SIGER, emite una boleta de inscripción que se entrega al interesado previa presentación de la boleta de ingreso, o podrá verificarla e imprimirla a través del SIGER si el notario o corredor público presentó el acto a inscribir usando medios electrónicos.

Los actos inscritos y firmados electrónicamente a través del SIGER son enviados a la base de datos central de la Secretaría de Economía por medio de un proceso que debe realizarse diariamente en las oficinas integradas a la *Red nacional del registro público de comercio*.

10. Clases de asiento

§77. En general, en el *derecho registral* se dice que hay tres tipos de asiento:

1. *Inscripción*:

   De acuerdo con el licenciado Guillermo Colín Sánchez, inscripción es el acto procedimental a través del cual, el registrador, observando las formalidades legales, materializa en el libro o folio correspondiente al acto jurídico, utilizando la forma escrita.[4]

2. *Anotación*:

   De acuerdo con el propio Colín Sánchez, la anotación son actos procedimentales que sirven […] para patentizar situaciones que sin modificar la esencia de la inscripción, a la cual están referidas, de algún modo afectan el contenido de la misma.[5]

3. *Cancelación*:

   Es un asiento que deja sin efectos una inscripción o una anotación; ésta se puede dar cuando se extingue el acto inscrito, cuando el mismo es nulo o cuando es nula la inscripción. La cancelación se da siempre por rogación de parte, de persona a cuyo favor está hecha quien deberá manifestar su consentimiento en instrumento público, o bien de parte interesada, si es que el acto se ha extinguido por disposición legal o por causas que resulten del documento.

11. Denegación y suspensión del asiento

§78. No siempre el *procedimiento registral* termina con la inscripción del acto en el *Registro público de comercio*. La inscripción puede ser denegada cuando el acto o el contrato no sean inscribibles; cuando el asiento sea incongruente a los asientos preexistentes, es decir, no se dé el llamado tracto registral, y cuando el documento no exprese con claridad los datos que debe contener la inscripción. En estos casos, si la autoridad judicial o administrativa ordena la inscripción, la misma producirá efectos desde su presentación original.

También puede suspenderse el asiento, si existen defectos u omisiones subsanables y en este caso, una vez que dichos defectos u omisiones sean subsanados, opera la inscripción.

Existe un recurso de revisión que se lleva de acuerdo con la *Ley federal del procedimiento administrativo* para el caso de negación de la inscripción o suspensión de la misma.

---

[4] Colín Sánchez, Guillermo, *Procedimiento registral de la propiedad*, 5ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 108.

[5] *Ibíd*, pp. 109 y 110.

12. Consultas y certificaciones

§79. El *Registro público de comercio*, como su nombre lo indica, es un registro público y, por tanto, los datos en él asentados pueden ser consultados por cualquier persona. Para ello, el *Código de comercio* señala que la Secretaría de Economía puede autorizar a las personas con los requisitos señalados por la normatividad existente, así como a los notarios y corredores habilitados para enviar y recibir información.

Así lo dispone el artículo que a continuación citamos:

Artículo 22 del *Reglamento del registro público de comercio*:

> Las consultas que se efectúen a las bases de datos del Registro se sujetarán a los siguientes niveles de acceso:
>
> I. Consulta general.
>
> II. Consulta realizada por fedatarios públicos.
>
> III. Consulta realizada por instituciones de crédito, organizaciones auxiliares del crédito, entidades financieras, comercializadoras y demás personas en favor de quienes se constituyan gravámenes sobre un bien mueble, con el objeto de otorgar los créditos.
>
> IV. Consulta realizada por interesados para usos estadísticos, sin proporcionar información individualizada.
>
> V. Consultas distintas a las señaladas, siempre y cuando la Secretaría autorice expresamente el uso de la información conforme a las leyes y reglamentos aplicables.
>
> Para efecto de lo anterior, se deberá identificar plenamente al usuario que solicita la consulta, así como el derecho que tenga a la información, de conformidad con lo dispuesto por el *artículo 22* y los lineamientos que establece la secretaría de conformidad con el *artículo 18* del *Código de comercio*.

El *Registro público de comercio* emite diversas certificaciones y cualquier persona puede pedirlas. Lo deben solicitar por escrito y si un acto, hecho o motivo de asiento se encuentra apenas en preinscripción se contesta así señalando que dicha contestación se basa en los asientos de presentación; estas certificaciones las pueden obtener los notarios y los corredores a través del SIGER.

13. Rectificación

§80. La rectificación de los asientos en la base de datos del *Registro público de comercio* sólo procede cuando exista discrepancia entre el instrumento donde conste el acto y la inscripción. A esta discrepancia se le conoce como *error*, que puede ser *material* o *de concepto*, los cuales están definidos por el:

Artículo 32 del *Código de comercio*:

> Error material
>
> Se entenderá que se comete *error material* cuando se escriban unas palabras por otras, se omita la expresión de alguna circunstancia o se equivoquen los nombres propios o las can-

tidades al copiarlas del instrumento donde conste el acto, sin cambiar por eso el sentido general de la inscripción ni el de alguno de sus conceptos.

Error de concepto

Se entenderá que se comete *error de concepto* cuando al expresar en la inscripción, alguno de los contenidos del instrumento, se altere o varíe su sentido porque el responsable de la inscripción se hubiere formado un juicio equivocado del mismo, por una errónea calificación del contrato o acto en él consignado o por cualquiera otra circunstancia similar.

Segunda parte
Sociedades mercantiles

Capítulo I

SECCIÓN PRIMERA
SOCIEDAD MERCANTIL EN GENERAL

Concepto

§81. Francisco Vincent Chuliá, jurista español, advierte que la sociedad es —y puede ser a la vez— un contrato, una forma legal típica de agrupación voluntaria de personas y una técnica de organización de empresa.[1] Para nosotros, sin demérito de ello, es además, una persona moral, que por ley se reputa comerciante.

Esto último se desprende de los *artículos 25* del *Código civil federal*, *fracción tercera*, y del *artículo 3º* del *Código de comercio*.

En estricto sentido sólo son sociedades mercantiles las enunciadas en el *artículo 1* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, que señala:

Artículo 1:

Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

I. Sociedad en nombre colectivo.

II. Sociedad en comandita simple.

III. Sociedad de responsabilidad limitada.

IV. Sociedad anónima.

V. Sociedad en comandita por acciones.

VI. Sociedad cooperativa.

[1] Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, 15ª ed., Tirant le Blanch, Valencia, 2002, p. 224.

Por lo que consideramos que las personas morales de otra naturaleza que ejerzan el comercio en nuestro país, no son sociedades mercantiles (salvo que la propia ley les diera ese carácter de forma expresa), no obstante que pudieran ser comerciantes por la *fracción primera* del *artículo 3º* del *Código de comercio*:

Artículo 3°:

> Se reputan en derecho comerciantes:
>
> I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria [...], o bien, que pudieran ser consideradas sociedades extranjeras de naturaleza mercantil.

El criterio para determinar el carácter de sociedad mercantil es eminentemente formal, sin que al efecto importe que materialmente la sociedad ejerza otra clase de actividades diversas al comercio, tal como se señala en nuestra ley societaria:

Artículo 4º:

> Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el *artículo 1°* de esta ley.

Acotado así el concepto de sociedad, procedemos a dar nuestra definición:

Las sociedades mercantiles son aquellas personas morales constituidas de acuerdo con las leyes mercantiles mexicanas, adoptando formalmente dicho carácter.

Capítulo II

Personalidad jurídica

1. Concepto de personalidad jurídica

§82. Es importante analizar la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, por lo que se debe recurrir a los conceptos básicos de derecho civil, buscando recordar qué es la persona y qué es la personalidad jurídica.

Existen tres conceptos diversos de persona:

1. El común.
2. El filosófico.
3. El jurídico.

Sobre el común no hay mayor cosa que decir, es la noción que todos tenemos de persona; refiriéndonos al filosófico, citaremos a Boecio, quien define a la persona como una sustancia individual de naturaleza racional.[1]

En cuanto al concepto jurídico, existen numerosas escuelas. De manera sumaria, podemos establecer dos grandes grupos:

1. Las *vertientes iusnaturalistas*, que consideran que el concepto de persona proviene del derecho natural, y el ordenamiento jurídico no hace otra cosa que reconocer la realidad y proteger a la persona. Por ello, los iusnaturalistas equiparan el concepto filosófico de persona al jurídico.
2. Las *vertientes iuspositivistas* consideran que es persona toda entidad —material o no— a la que el Estado le otorga ese carácter. Y definen entonces a la persona como un *centro de imputación jurídica*; es decir, un sujeto de derechos y obligaciones.

En realidad estas dos posturas no se contraponen, pues es cierto que el derecho debe proteger a la persona humana, cuya existencia es en última instancia causa y finalidad de toda idea de derecho. Así pues, también es cierto que

[1] En sectores teológicos se habla de la *persona humana*, en contraposición de la *persona angélica* y la *persona divina*.

elaborar un concepto de persona (en sentido jurídico), que exceda ese significado e incluso difiera del mismo, no necesariamente implica desproteger a la persona humana.

El concepto filosófico de persona, que subyace en la idea de *derechos humanos*, algunos consagrados en las llamadas *garantías individuales*, que son el reflejo positivista de los derechos humanos, no necesariamente coincide con el concepto jurídico de persona.

Como *centro de imputación jurídica*, debemos afirmar que el ordenamiento jurídico le puede otorgar dicho carácter a quién quiera o a lo que quiera.

Para que *algo* o *alguien* sea considerado un centro de imputación jurídica deberá tener *personalidad jurídica*.

La personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

Sólo la ley puede otorgar la personalidad jurídica, que es una *aptitud*, y se la puede otorgar y retirar a la entidad que sea.

Como consecuencia de lo anterior, diremos que en derecho *se es persona por tener personalidad jurídica y no se tiene personalidad jurídica por ser persona*.

Y esto no debe ofender ni herir a los sectores iusnaturalistas, pues nada predica respecto de a quién se le otorga, simplemente definimos qué es la persona para el derecho y, si bien es cierto que un sistema jurídico basado en valores y principios éticos debe otorgar personalidad jurídica a las personas humanas, también lo es que hay muchas otras entidades a las que el ordenamiento le otorga esta personalidad sin ser necesariamente personas humanas, lo cual no atenta de ninguna forma contra los postulados iusnaturalistas y sí es de gran utilidad para el mundo del derecho.

2. Personalidad jurídica de las personas morales

§83. Las personas pueden ser físicas o morales.

El concepto de *persona física* corresponde al ser humano a quien se le reconoce la personalidad jurídica; mientras que la *persona moral* es toda entidad distinta de las personas físicas, a las que la ley les otorga la personalidad jurídica. Estas personas morales también son conocidas como personas jurídicas.

Para explicar la personalidad jurídica de las personas morales existen diversas teorías. Para clasificarlas, podemos establecer dos grandes grupos: las teorías que niegan la personalidad de las personas morales y las que la afirman.

2.1 Teorías que niegan la personalidad jurídica de las personas morales

a) **§84.** *Teoría de la ficción*:

Dentro de las que la niegan encontramos la teoría de la ficción defendida, entre otros, por Savigny;[2] postura que afirma que las personas son seres con voluntad mientras que las personas morales carecen de ella y, por tanto, son invento del derecho, una ficción, a esta postura cabe hacer la crítica consistente en que, si para que haya persona, en términos de derecho es determinante la voluntad, ¿qué sucede con los niños que aún no la pueden manifestar o con los mentecatos? Aplicando un argumento *ad absurdum* (véase §11) *terminaríamos por no considerarlos personas.*

b) *Teoría del patrimonio de afectación*:

Otra teoría que niega la personalidad jurídica de las personas morales es la que la considera como un patrimonio de afectación, entre los autores que la defienden están los maestros Brinz y Winscheid,[3] quienes consideran que una persona moral es un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que conforman un patrimonio afecto a determinado fin; a este respecto debemos decir que en el derecho mexicano no está reconocida la teoría del patrimonio de afectación, que sostiene la posibilidad de que existan patrimonios independientes de la persona, en atención a los fines que aquél persiga; y por lo tanto no puede existir un patrimonio sin una persona, así es que, de aceptar esta teoría, estaríamos confundiendo a la persona con uno de sus atributos.

c) *Teoría de la propiedad colectiva con administrador*:

Finalmente, dentro de las posturas que niegan la personalidad jurídica de las personas morales están las que consideran a la persona moral como una propiedad colectiva con administrador, el principal postulante de esta tesis es el maestro francés Planiol así como Barthelemy.[4] Consideramos que esta postura es sumamente criticable, pues la copropiedad es una situación no deseada por el derecho, mientras que el otorgamiento de personalidad a las personas morales es una situación sumamente útil para las relaciones jurídicas; asimismo, no necesariamente en una persona moral intervienen varias personas, sino que puede darse el caso, como lo es en las fundaciones, que no intervienen varias personas en el acto de la constitución.

---

[2] Citado por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 6ª ed., Porrúa, México, 1998, pp. 278 y 279.

[3] Citados por Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil*, 18ª ed., Porrúa, 1973, p. 348.

[4] Ídem, p. 348.

2.2 Teorías que afirman la personalidad jurídica de las personas morales

§85. En cuanto a las teorías que afirman la personalidad jurídica de las personas morales, estudiaremos las siguientes:

a) *Teorías realistas*:

Las vertientes realistas consideran que las personas morales existen por su propia naturaleza. En este grupo encontramos las siguientes teorías:

- Tesis organicista:

  Principalmente sostenida por Otto von Gierke,[5] sostiene que las personas morales son equiparables a los organismos vivos; es decir, son una especie de cuerpo con órganos que actúan en el mundo del derecho tal como las personas físicas.

- Teoría del poder de la voluntad:

  Esta postura, defendida por Saleilles y Jellinek[6] señala que hay persona moral donde hay voluntad uniforme de sus miembros (si bien en esto se asemeja a la teoría de la ficción, difiere en que la teoría del poder de la voluntad afirma la personalidad jurídica de las personas morales, mientras que la teoría de la ficción la niega); afirmación que es falsa, pues esto no es reconocido por ley y, por otro lado, de ser así se produciría una gran inseguridad jurídica.

- Teoría del interés jurídicamente tutelado:

  Esta postura, postulada por Ihering y Michoud,[7] considera que la actuación de personas físicas en grupo es un interés jurídicamente tutelado o protegido y, por tanto, la ley reconoce esta situación, así como la personalidad jurídica.

  Sobre esta última postura consideramos que, si bien es cierto que detrás de toda persona moral hay un interés jurídico tutelado, el término es demasiado vago, pues a final de cuentas, también en el reconocimiento de la personalidad a las personas físicas hay un interés jurídicamente tutelado.

b) *Teorías formalistas*:

Entre quienes postulan estas tesis encontramos principalmente a Hans Kelsen[8] y a Francisco Ferrara,[9] el primero como ya se dijo antes, considera a las personas como un

---

[5] Citado por Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil*, 18ª ed., Porrúa, 1973, p. 350.

[6] Ídem, pp. 350 y 351.

[7] Ídem, p. 351.

[8] Ídem, pp. 351 y 352.

[9] Citado por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 6ª ed., Porrúa, México, 1998, pp. 281-286.

centro de imputación jurídica, y consideramos que ésta es la concepción más adecuada, pues entonces, sin prejuzgar de lo correcto o incorrecto que sea el reconocimiento u otorgamiento de personalidad que haga la ley, tendrá personalidad jurídica justamente quien sea reconocido como persona por el ordenamiento jurídico.

3. Crisis de la personalidad jurídica de las llamadas personas morales (Tesis del *Disregard of legal entity* o *Lifting the corporate veil*)

§86. Basados en las tesis de Ferrara y Kelsen concluimos que la personalidad la otorga el ordenamiento jurídico a cualesquier ente de la realidad o de la razón, de lo que se desprende que, si este ente es un ser humano, estamos frente a una persona física y si no lo es, se trata de una persona moral o jurídica. En este tenor, como señala Rolf Serick: *la persona jurídica está rigurosamente separada de sus miembros*;[10] no obstante, en términos reales son solamente las personas físicas quienes poseen inteligencia y voluntad para determinar las relaciones jurídicas, por lo que en ese sentido la personalidad jurídica de las personas morales ha sido un medio para que las personas físicas tengan facilidades para expandirse económicamente, como señala Vicent Chuliá: *[…] por la posibilidad de multiplicar y descentralizar las empresas, separar los patrimonios [sic] empresariales de los familiares o personales, permitir la concentración financiera mediante las sociedades por acciones y los grupos de sociedades nacionales como multinacionales […].*[11]

El problema radica en la posibilidad de que a través de las personas morales, las personas físicas puedan realizar actos que para ellas están prohibidos, lo cual intrínsecamente no es un problema sino que deviene en tal en la medida en que oculto en el *velo corporativo* alguien trate en *fraude a la ley*[12] de evadir prohibiciones atentando contra principios fundamentales de un Estado o sociedad.

Esta doctrina surge en el derecho privado estadounidense, jurisprudencialmente y en Europa, como consecuencia del derecho de guerra,[13] en particular durante la Segunda

[10] Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, trad. José Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958, p. 31.

[11] Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción…*, *op. cit.*, p. 237.

[12] Para Rolf Serick *[…] Se habla de un fraude a la ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a prohibir que se alcance por medio de una determinada forma negocial*. Mientras que para Lehmann, *[…] existe un fraude de ley cuando una forma jurídica se aplica para unos fines para los que no ha sido creada y la ley desaprueba de una manera expresa o tácita semejante aprovechamiento […]*. Citados por Serick, Rolf, *Apariencia…*, *op. cit.*, nota, p. 44.

[13] De acuerdo con Serick, la jurisprudencia estadounidense ya había esbozado esta doctrina —sin sistematizarla— a principios del siglo XIX. Serick, Rolf, *Apariencia…*, *op. cit.*, nota, pp. 92 y 93.

Guerra Mundial cuando ciudadanos de países del Eje a los que les estaba prohibido hacer negocios en territorio de países aliados evadían esta prohibición mediante la creación de personas morales de nacionalidad diversa a la de ellos. Esto mismo sucedía en sentido opuesto con los ciudadanos de países aliados en países del Eje.

Por esta razón, la jurisprudencia en ese tiempo optó por rasgar o levantar el velo corporativo para dejar al descubierto los intereses de las personas que estaban detrás de una persona moral, descubriendo así el fraude a la ley. El encargado de ordenar este levantamiento del velo es el propio juez una vez que se acredita estar en el supuesto de procedencia.

Esta doctrina no ha sido reconocida plenamente en México de forma general y solamente se puede apreciar en algunas disposiciones de carácter fiscal y financiero.

En derecho comparado la jurisprudencia, según —Vincent Chuliá— en la mayoría de los países ha reconocido la posibilidad de levantar *el velo corporativo* en cuatro grupos de casos:

1. *Unidad de empresa*:

   Cuando por encima de las sociedades existen entidades, sujetos o esferas, unidad de empresa o confusión de patrimonios, unidad efectiva de caja, de plantillas laborales. Suele haber un solo grupo de personas o incluso una sola que controla diversas sociedades, y que se ocultan en el velo corporativo de personas morales para evadir responsabilidades fiscales o laborales, o bien para "darle vuelta" a prohibiciones que les son aplicables a ellos. Por ejemplo, personas que para evadir el pago de PTU, crean una sociedad que no reporta utilidades, con la finalidad de tener a los empleados en la nómina de esta última sociedad.[14]

2. *Infracapitalización en las sociedades sin responsabilidad personal de los socios*:

   Cuando el reconocimiento de la separación del patrimonio de la sociedad se revela injustificado, porque ésta no ha sido dotada del capital propio o fondos propios adecuados a los riesgos empresariales asumidos en una medida que aconseja ignorar la personalidad jurídica de la sociedad y exigir la responsabilidad personal de sus socios de control. Este caso indicado de infracapitalización, puede ser:

   i) Infracapitalización nominal (las necesidades de fondos propios de la sociedad se intentan cubrir con créditos de los socios).

   ii) La infracapitalización material (la sociedad se constituyó o funciona con un patrimonio insuficiente, o irrisorio, para las exigencias de la empresa proyectada).[15]

[14] *Cfr.* Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción…*, p. 237.

[15] *Ibíd,* pp. 237 y 238.

3. *Control o dirección externa efectiva*:

   Si este control permite afirmar que de los acuerdos de la sociedad controlada debe responder la sociedad dominante o *el socio tirano*. Así sucede en especial en el derecho *anti-trust*,[16] pero este criterio no puede generalizarse, porque impediría la adquisición de participaciones de control (o *buy outs*). En cambio, debe tenerse en cuenta para impedir que en una empresa competidora, mediante la adquisición del control y con el de la participación indirecta en una sociedad filial de la sociedad controlada, se introduzcan relaciones contractuales de fuerte carácter personal: por ejemplo, que se burlen restricciones a la libre transmisión de las acciones o participaciones en los estatutos sociales de la filial y que, de manera inmediata, sólo obligarán a la sociedad cuyo control fue adquirido.[17]

4. *Abuso de la personalidad jurídica*:

   Sea en fraude a la ley (por ejemplo, para fingir pluralidad de concursantes a una subasta) o sea en fraude de acreedores (por ejemplo, ventas a bajo precio a determinadas sociedades del mismo grupo *transfer pricing*; o venta del paquete de control de una sociedad a una sociedad instrumental, para que ésta lo revenda al verdadero comprador a precio muy superior, lucrándose los vendedores, como socios de la sociedad instrumental, generalmente situada en un paraíso fiscal).[18]

Según Rolf Serick: es necesario también penetrar el velo corporativo cuando a través de personas morales se realiza algún acto, ya no fraude a la ley, sino incluso también en *fraude al contrato*, es decir, cuando por medio de la sociedad, *[…] puede quedar burlado o lesionado un contrato*.[19]

Terminamos este apartado con una cita del libro de Federico de Castro y Bravo, en su artículo: "¿Crisis de la sociedad anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima", que dice a la letra: *[…] los tribunales y la doctrina se vieron obligados —quizá por vez primera— a descorrer el velo artificial de la sociedad y a juzgar conforme a la realidad […]*. Y luego añade: *[…] perdido el respeto supersticioso a los conceptos abstractos, cada vez serán más los casos en que se considere necesario no detenerse ante la forma jurídica, ante la persona jurídica, e investigar el fondo real de la situación […]*.[20]

---

[16] El derecho *anti-trust*: *[…]Tiene su origen en la voluntad del Congreso de Estados Unidos que aprobó en 1890 la Ley Sherman contra los abusos de los monopolios […]* y es conocido en México como *derecho de competencia económica*.

[17] *Cfr.* Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción…*, p. 238.

[18] Ídem, p. 238.

[19] Serick, Rolf, *Apariencia…, op. cit.*, p. 59.

[20] Castro y Bravo, Federico de, "¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima", citado por Serick, Rolf, *Apariencia…, op. cit.*, p. 266.

Capítulo III

Atributos de la personalidad y elementos esenciales de las sociedades mercantiles

1. Patrimonio y capital social

1.1 Patrimonio

§87. El patrimonio es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, susceptibles de consideración económica, atribuibles a una persona, que conforman una universalidad de derecho.

El patrimonio es un atributo de la personalidad y un concepto indispensable para el buen desarrollo de las relaciones jurídicas. La gran importancia del mismo en el tráfico jurídico consiste en su reconocimiento como *prenda general tácita* (de la que mucho se ha dicho que no es prenda, ni es general ni es tácita, pero que sigue siendo un concepto funcional) pues, como se afirma en el *artículo 2964* del *Código civil para el Distrito Federal*, las personas responden de sus deudas con todos sus bienes y derechos.

Este patrimonio se presenta en las sociedades mercantiles y está integrado por bienes, derechos y obligaciones, que en los registros contables, concretamente en el *balance general de las sociedades* se reportarán como *activos* y *pasivos*.

1.2 Capital social

1.2.1 Concepto

§88. Al tratar el tema del patrimonio mucho se habla del capital social, el cual podemos definir como:

> La suma de las obligaciones de dar de los socios o accionistas —llamadas también aportaciones— que constituyen el mínimo capital contable para que pueda haber utilidades y que una vez pagadas constituyen un *pasivo de la sociedad* para con los socios. Este capital social se reporta en el balance general dentro de los pasivos.

1.2.2 Principios que regulan el capital social

a) *Realidad*:

En virtud de este principio el capital social debe corresponder a la obligación de dar; es decir, a la aportación. Por lo que en principio podemos decir que recién constituida la sociedad y pagada la misma va a corresponder con el patrimonio (a reserva de que existan primas sobre acciones o alguna otra situación fuera de lo normal).

b) *Garantía*:

Este principio se cumple de manera distinta en sociedades de capital y en sociedades de personas:

- Sociedades de capital:

  En las que los acreedores de la sociedad pueden ir contra el patrimonio de los socios hasta el monto de sus aportaciones, funciona como garantía hasta ese monto, al tiempo que sirve para limitar la responsabilidad de los accionistas.

- Sociedades de personas:

  No tiene el capital social dicha función, sino que más bien se establece como una cantidad que ayuda al pago de los gastos operativos iniciales y, por tanto, también al pago de las deudas en caso de ser necesario.

  Debemos decir que es erróneo medir la capacidad de responder por deudas (*capacidad crediticia*) con base en el capital social, pues éste sólo establece el límite de la responsabilidad de los socios y sirve a la sociedad para iniciar operaciones, pero en realidad las *sociedades mercantiles*, al igual que todas las personas, responden de sus deudas con su patrimonio, por lo que puede suceder que una Sociedad Anónima con un capital social de $50,000.00 tenga una capacidad crediticia mucho mayor en tanto el activo neto que integra su patrimonio sea mucho mayor.

c) *Estabilidad*:

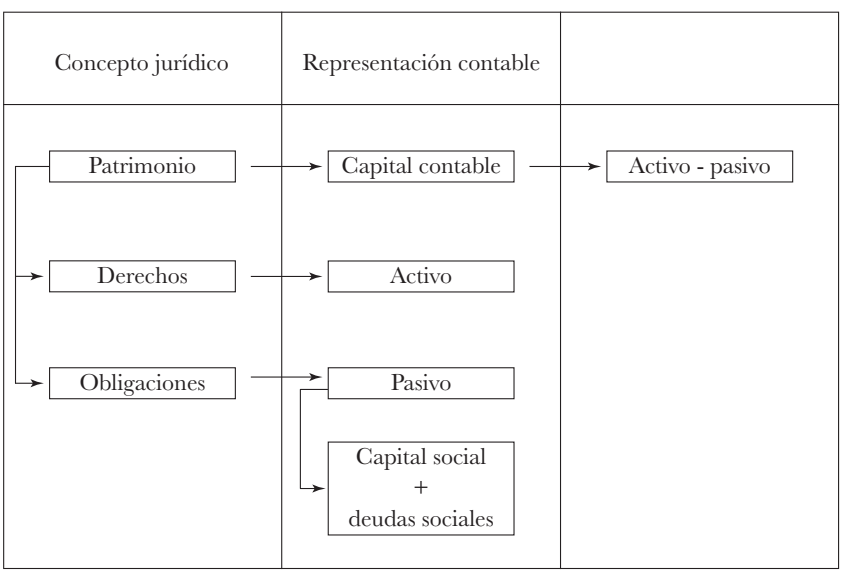
Al ser una garantía para los terceros, respecto del cumplimiento de las obligaciones de la sociedad, la permanencia del mismo debe estar protegida por la ley para que no queden los acreedores desamparados ante un brusco e inesperado movimiento del capital social, por ello la ley establece candados y requisitos de publicidad para los movimientos de capital que puedan afectar a terceros.

Frente al capital social debemos también considerar otro concepto: el llamado *capital contable* que, aunque es un concepto más contable que jurídico, nos va a ayudar a entender la diferencia entre *capital social* y *patrimonio*.

Capital contable:

Es el patrimonio puesto en el balance general; es decir, el patrimonio traducido en números:

- Bienes y derechos constituyen el *activo*.
- Mientras que las obligaciones constituyen *el pasivo*.
- De restar el *total de pasivos* al *total de activos*, obtenemos el *activo neto*, que es igual al *capital contable* (véase cuadro 1).



Cuadro 1.

1.2.3 Variaciones en el capital social

§89. En virtud del principio de estabilidad (véase §88) nuestra ley vela porque existan suficientes medios a fin de que el capital social no tenga movimientos bruscos que puedan afectar los intereses de terceros acreedores, así pues la *Ley general de sociedades mercantiles* señala:

Artículo 9:

> Toda sociedad podrá aumentar o disminuir su capital, observando, según su naturaleza, los requisitos que exige esta ley.

En este primer párrafo la ley establece la regla general aplicable a todos los tipos sociales, pero que al ser la variación una reforma estatutaria, implica que la decisión sea tomada por el órgano y la mayoría prevista para el tipo específico de que se trate. El siguiente párrafo se refiere exclusivamente a los casos de disminución de capital social mediante reembolso a los accionistas o liberación de exhibiciones; es decir, a las llamadas:

Disminuciones reales:

> La reducción del capital social, efectuada mediante reembolso a los socios o liberación concedida a éstos de exhibiciones no realizadas, se publicará por tres veces en el Periódico Oficial de la entidad federativa en la que tenga su domicilio la sociedad, con intervalos de diez días.

Es importante aclarar que la ley habla del periódico oficial de la entidad federativa, por lo que es clara la intención del legislador de que se haga en este tipo de medios y no en el *Diario oficial de la federación*; sin embargo, hay opiniones bastante autorizadas que consideran que como el *Diario oficial de la federación* es oficial en todas las entidades federativas, es bastante con esa publicación, nuestra opinión en la práctica es evitar entrar a esta discusión y cumplir con el texto de la ley que es claro.

Artículo 9, tercer párrafo establece:

> [...] Los acreedores de la sociedad, separada o conjuntamente, podrán oponerse ante la autoridad judicial a dicha reducción, desde el día en que se haya tomado la decisión por la sociedad, hasta cinco después de la última publicación.

Y finalmente se establece en la forma en que se tramita la aludida oposición:

Artículo 9, cuarto párrafo:

> La oposición se tramitará en la vía sumaria, suspendiéndose la reducción entre 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.

Es importante advertir el error del legislador al prever la *vía sumaria* siendo que ésta no existe en nuestro derecho procesal mercantil (véase §105, §141).

1.2.4 Métodos para realizar los aumentos y disminuciones

§90. Existen dos métodos principales:

- El primero consiste en modificar el valor de las acciones (hacia arriba o hacia abajo, según se trate de aumento o reducción).
- El segundo implica emitir nuevas acciones (si es aumento) o cancelar acciones (si es reducción).

1.2.5 Aumentos de capital social

§91. Hay dos especies básicas de aumentos:

- *Aumentos reales*:
  - Implican un aumento del patrimonio que se hace a través de nuevas aportaciones ya sea de los propios socios o accionistas, o bien de terceros.
  - Aquí aplican diversas reglas que veremos más adelante al estudiar cada uno de los tipos sociales.
- *Aumentos contables*:
  - Éstos no implican un aumento en el capital contable sino que sólo implican reajustes en las partidas del balance.

Entre los reajustes en las partidas del balance estudiaremos los siguientes:

a) *Capitalización de reservas*:

Artículo 21 de la *Ley general de sociedades mercantiles*:
Las sociedades tienen obligación de llevar ciertas reservas, éstas pueden capitalizarse, siempre y cuando posteriormente se restituyan.

b) *Capitalización de utilidades*:

Esto se da en el momento en que una sociedad produce utilidades y éstas no se convierten en dividendos para ser repartidos entre los accionistas ni se invierten nuevamente en el desarrollo de la sociedad, sino que se llevan a capital social.

c) *Capitalización de créditos contra la sociedad*:

- Otro aumento contable es la capitalización de créditos contra la sociedad, y esto implica un convenio de la sociedad con los acreedores a fin de pagarle los créditos que éste tenga contra la sociedad con acciones o partes sociales de la propia sociedad.

- Por ser estas acciones liberadas, el antiguo acreedor seguirá teniendo tal carácter, pero ahora de la misma manera que el resto de los socios o accionistas.

d) *Conversión de obligaciones en acciones*:

- Las sociedades anónimas (véase §218 y siguientes) pueden emitir cierto tipo de títulos de crédito denominados *obligaciones*, los cuales consignan créditos colectivos en contra de la sociedad y son emitidos en serie.

- Si se trata de obligaciones *convertibles en acciones* (véase §224), existe un procedimiento previsto en el artículo *210-bis* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*; mientras que si se trata de obligaciones no convertibles en acciones, entonces se podrá hacer esta capitalización como sucede en el caso de cualesquier otro acreedor de la sociedad.

e) *Reevaluación de activos*:

Cuando con motivo del aumento en el valor de los bienes que forman parte del activo de una sociedad, aumenta el capital contable de la misma, este excedente se puede llevar a capital y emitir acciones que se considerarán liberadas, como se verá más adelante (véase §203).

1.2.6 Disminución de capital social

§92. De manera análoga como sucede con los aumentos, también hay disminuciones reales y disminuciones contables:

- *Disminuciones reales*:

§93. Las disminuciones reales implican una efectiva disminución en el patrimonio social, y están previstas en el *artículo 9* de la *Ley general de sociedades mercantiles* que en sus *párrafos 2º* al *4º* se refieren a:

- La reducción del capital social, efectuada mediante reembolso a los socios o liberación concedida a éstos de exhibiciones no realizadas.

- Además de éstos, hay otro caso de disminución real: el que se da por retiro o exclusión de un socio; sin embargo, consideramos que aquí no debe aplicar el *artículo 9º* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, máxime que el mismo sigue siendo responsable por las operaciones pendientes de acuerdo con el *artículo 14* de la propia ley (véase §161).

- *Disminuciones contables*:

  §94. Al igual que los aumentos contables, se dan por reajustes en las partidas del balance, de tal forma que no se altera el patrimonio de la sociedad.

Algunos de los casos de disminuciones contables son:

a) *Absorción de pérdidas*:

§95. Cuando los ingresos que obtiene la sociedad no alcanzan a pagar el capital social (que, como ya se dijo, es el mínimo capital contable que debe de existir para que puedan haber utilidades) se considera que hay *pérdida*. Esta situación implica que con la totalidad del activo de la sociedad no alcanza para pagar a los accionistas el monto de sus aportaciones.

Para regular esta situación se puede hacer un ajuste en las partidas del balance de tal forma que la sociedad se encuentre en posibilidad de cubrir el monto de dichas aportaciones.

b) *Devaluación de activos*:

§96. Si con motivo de una devaluación se presenta la situación antes señalada (y, por tanto, hay pérdidas) procederá la disminución de capital.

c) *Cancelación de acciones*:

§97. Este caso se presentaría en el supuesto de adjudicación por deudas de los accionistas con la sociedad, previsto en el *artículo 134* de la ley de la materia, siempre que no se puedan vender a alguien más en el plazo de tres meses y en el caso de que no se paguen las acciones cuando exista dividendo pasivo, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 121* de dicho ordenamiento (véase §185 y §203).

d) *Amortización de acciones con utilidades repartibles*:

§98. Se debate en doctrina si este supuesto implica la disminución del capital social; sin embargo, consideramos que no hay disminución de capital, pues el pago de dichas acciones se hace con las *utilidades repartibles* por lo que el ajuste en el balance implicará que de la partida identificada como tal se ajustará a la baja, pues de ahí saldría el dinero para pagar a los accionistas cuyas acciones serían amortizadas, y no del capital social, por lo que, sin que lo señale la ley, la amortización de acciones con utilidades repartibles debe implicar en todo caso el aumento en el valor nominal de las acciones que no sean amortizadas (precisamente para que el pago se haga con *utilidades repartibles* y no con el capital social).

1.2.7 Casos de aumento y disminución concomitantes (*operación acordeón* o *coup d`acordéon*)

§99. Existen también procedimientos de disminución y aumentos concomitantes, analizaremos dos supuestos:

a) *Aumento seguido de disminución*:

§100. Este caso se presenta cuando los accionistas requieren por algún motivo de liquidez en alguna etapa de la vida de la sociedad, para lograr esto se hace un aumento de capital, capitalizando las reservas, utilidades y demás conceptos —como el de reevaluación de activos— y ya que se tiene el capital más alto posible se acuerda una disminución mediante reembolso a accionistas, de manera que al captar todos los recursos de la sociedad se pueda reembolsar la mayor cantidad posible.

b) *Disminución seguida de aumento*:

§101. Éste se presenta normalmente en las sociedades que han reportado pérdidas y requieren nuevas inversiones, las cuales se piensan obtener a través del ingreso de nuevos socios o accionistas, mismos que pretenden suscribir acciones; pero se presenta el problema de que al aportar el dinero, éste se destina a recuperar las pérdidas y, finalmente, las acciones o partes sociales que se suscriben valen menos de lo que se invirtió; para evitar esto se hace primero una disminución por virtud de la cual los socios actuales absorben las pérdidas y una vez que ya no existen dichas pérdidas, se hace un aumento, se emiten nuevas acciones y entonces los nuevos inversionistas adquieren dichas acciones a valor real.[1]

1.3 Aportaciones

§102. Las aportaciones son la prestación de dar o hacer a cargo de cada socio, que sumada a la de los demás integra el capital social.

Hay dos clases de aportaciones:

1. Aportaciones en capital
   - Ésta puede ser en dinero o en especie.

[1] A este respecto señala Cosack: *persigue con esto la sociedad un doble fin, tanto el aumentar su patrimonio líquido, como el facilitar la distribución futura del patrimonio social a los accionistas. Un paso semejante sólo debe darlo cuando se encuentre en caso de necesidad y quiera* sanear *su situación patrimonial. El saneamiento se realiza, por regla general, de modo que, de una parte, la sociedad emite nuevas acciones, mientras que, de otra, reduce el valor de las antiguas o convierte éstas más o menos fuertemente. Entonces, a los accionistas antiguos, interesados por el recurso en la suscripción de las nuevas acciones, se les atribuyen frecuentemente ventajas de distinta clase. Un procedimiento semejante; sin embargo, es admisible si las ventajas están en relación con el sacrificio que aquellos accionistas ofrecen a favor de la sociedad, por medio de la suscripción, porque en otro caso serían tratados desigualmente. La cuestión; sin embargo, es discutida*. Cosack, Honrad, *Tratado de derecho mercantil*, trad. Antonio Polo, 12ª ed., *Revista de derecho privado*, Madrid, 1930, p. 175.

- Para las aportaciones en especie existe una reglamentación especial en los *artículos 11* y *12* de la *Ley general de sociedades mercantiles*:

  Artículo 11:

  Salvo pacto en contrario, las aportaciones de bienes se entenderán traslativas de dominio. El riesgo de la cosa no será a cargo de la sociedad, sino hasta que se le haga la entrega respectiva.

  - Esto presenta una derogación a la *teoría general de las obligaciones*, pues por regla general los riesgos se transmiten al transmitirse la propiedad, en el caso de este tipo de aportaciones, se transmiten con la entrega.

  Artículo 12:

  A pesar de cualquier pacto en contrario, el socio que aportare a la sociedad uno o más créditos, responderá de la existencia y legitimidad de ellos, así como de la solvencia del deudor, en la época de la aportación, y de que, si se tratare de títulos de crédito, éstos no han sido objeto de la publicación que previene la Ley para los casos de pérdida de valores de tal especie.

2. Aportaciones en industria

   Éstas son obligaciones de hacer a cargo de un socio, las cuales son difíciles de cuantificar; por lo que no forman parte del capital social.

1.4 Régimen económico. Utilidades, pérdidas, reservas, ejercicio social y dividendos

1.4.1 Utilidades y pérdidas

§103. Las utilidades son, de acuerdo con el maestro Jorge Barrera Graf:[2]

Rendimientos o frutos civiles de las acciones o partes sociales que se distribuyen entre los socios o que se invierten en la consecución del fin de la sociedad.

Las pérdidas, en contrapartida de las utilidades, son el resultado negativo del balance que se da cuando los pasivos son mayores a los activos y, por tanto, no alcanzan a cubrir el capital social.

El *artículo 16* de la *Ley general de sociedades mercantiles* establece una regulación de las ganancias y pérdidas de las sociedades mercantiles, siendo dicho artículo del tenor siguiente:

En el reparto de las ganancias o pérdidas se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes:

I. La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones.

[2] Barrera Graf, Jorge, *Instituciones…, op. cit.*, pp. 293 y 294.

> II. Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esa mitad se dividirá entre ellos por igual.
>
> III. El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas.

Ahora bien, el *artículo 16* se refiere a *ganancias o pérdidas*, nosotros estamos hablando de *utilidades y pérdidas* y se habla también del término *dividendo*; todos estos términos hemos de tenerlos claros a fin de evitar caer en confusiones provocadas por el pobre uso de los tecnicismos que hace nuestra legislación.

En nuestro concepto las utilidades y las pérdidas son:

- Utilidades:

  Son los rendimientos generados por una sociedad cuando existe superávit o excedente, de la operación consistente en restar a los ingresos, los gastos y demás pasivo real.

- Pérdidas:

  Por el contrario, son el déficit que se presenta cuando en la mencionada operación, el activo social no alcanza a cubrir el capital social

Cabe señalar que, conforme al *artículo 18* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, si hubiere pérdida en el capital social, éste deberá ser reintegrado o reducido antes de hacerse repartición o asignación de utilidades.

1.4.2 Dividendos

§104. El *artículo 19* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, señala que:

> La distribución de utilidades sólo puede hacerse después de que hayan sido debidamente aprobados, los estados financieros que las arrojen, por la asamblea de socios o accionistas.

Asimismo, el *artículo 19*, también señala que:

> [...] Tampoco puede hacerse distribución de utilidades mientras no hayan sido restituidas o absorbidas mediante aplicación de otras partidas del patrimonio, las pérdidas sufridas en uno o varios ejercicios anteriores, o haya sido reducido el capital social.

Cualquier estipulación en contrario no produce, de acuerdo con el mismo *artículo 19*:

> [...] efecto legal, y tanto la sociedad como sus acreedores pueden repetir por los anticipos o reparticiones de utilidades hechas en contravención de este artículo, 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.

1.4.3 Reservas

§105. El *artículo 20* de la *Ley general de sociedades mercantiles* señala que: "de las utilidades netas" de toda sociedad, debe separarse anualmente el cinco por ciento, como mínimo, para formar el fondo de reserva, hasta que importe la quinta parte del capital social y de igual forma señala que "el fondo de reserva deberá ser reconstituido de la misma manera cuando disminuya por cualquier motivo".

En el mismo orden de ideas, el *artículo 21* del mismo ordenamiento describe como "nulos de pleno derecho" los acuerdos de los administradores o de las juntas de socios y asambleas, que sean contrarios a lo que dispone el artículo anterior. Asimismo hace a los administradores responsables de manera ilimitada y solidaria, para entregar a la sociedad dichas cantidades, aunque también señala, en alivio de los administradores, que quedan a salvo sus derechos para repetir contra los socios por el valor de lo que entregaron cuando el fondo de reserva se repartió.

No obstante lo anterior, el último párrafo del artículo en comento aclara que no se entenderá como reparto la capitalización de la reserva legal, pero en este caso deberá volverse a constituir a partir del ejercicio siguiente en que se capitalice, en los mismos términos que se constituyó inicialmente.

Finalmente, el *artículo 22* insiste en un error ya señalado al establecer que:

> Para hacer efectiva dicha obligación, cualquier socio o acreedor de la sociedad puede demandar su cumplimiento en la *vía sumaria* (véase §89).

1.4.4 Ejercicios sociales

§106. El ejercicio social es el periodo en que una sociedad o una empresa dividen su actividad económica.

El ejercicio social de las sociedades mercantiles coincide con el año de calendario, salvo que las mismas queden legalmente constituidas con posterioridad al 1 de enero del año que corresponda, en cuyo caso el primer ejercicio inicia en la fecha de su constitución y concluye el 31 de diciembre del mismo año.

En los casos en que una sociedad entre en liquidación o sea fusionada, su ejercicio social termina anticipadamente en la fecha en que entra en liquidación o se fusiona y se considera que hay un ejercicio durante todo el tiempo en que la sociedad esté en liquidación, haciendo el legislador una atinada aclaración al ordenar:

> [...] debiendo coincidir este último con lo que al efecto establece el *artículo 11* del *Código fiscal de la federación*.

De conformidad con lo anterior, vemos que al terminar un ejercicio social se hace una especie de *corte de caja*, se aprueba el balance y sus anexos, entre ellos el estado de resultados (que reporta las utilidades) y en su caso, se determina qué hacer con dichas utilidades.

1.4.5 Destino de las utilidades

§107. Una vez que termina el ejercicio, sucede lo siguiente:

1. Se aprueba información financiera. En ella se debe determinar la *utilidad bruta*.
2. Se restituyen las pérdidas de capital social de años anteriores.
3. Se separa la cantidad necesaria para la reserva.
4. El remanente constituye la llamada *utilidad repartible*.

Esta utilidad repartible puede tener numerosas finalidades entre las que se mencionan las siguientes:

1. *Capitalización*:

   En este caso se llevan al capital social, procediendo un aumento de capital.

2. *Amortización de acciones con utilidades repartibles*:

   Este caso se estudiará más adelante (véase §187).

3. *Inversión de la sociedad*:

   Esto se puede hacer en múltiples actividades y activos.

4. *Decreto de dividendos*:

   En caso de que se acuerde por la asamblea repartir las utilidades, se decretan dividendos y hasta ese momento surge el derecho de los socios o accionistas a reclamar dicha cantidad.

1.4.6 Sociedad leonina

§108. La legislación mercantil, de manera análoga a la civil, establece restricciones a las llamadas *sociedades leoninas*, las cuales están prohibidas por el *artículo 17* de la *Ley general de sociedades mercantiles* que señala:

Artículo 17

> No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias.

Vale la pena contrastar este artículo con lo que ordena el *Código civil para el Distrito Federal*, respecto de la Sociedad Civil, veamos:

Artículo 2696

> 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.

Obsérvese cómo ambas reglamentaciones son deficientes: la mercantil por ocuparse sólo de las ganancias, con lo que permite que todas las pérdidas recaigan sobre una persona exclusivamente, y la civil por prohibir solamente la sociedad en que se estipulen tanto pérdidas como provechos para algunas personas (pues ocupa la conjunción copulativa "y"), siendo que su antecedente directo es el *artículo 1691* del *Código civil español*, que habla de *ganancias* "o" *pérdidas*.

2. Capacidad

2.1 Concepto, clases y figuras afines[3]

§109. Se define *capacidad* como la aptitud de la persona para ser titular de derechos y contraer obligaciones.

La capacidad se clasifica en:

- *Capacidad de goce*:
  Es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y contraer obligaciones.

- *Capacidad de ejercicio*:
  Es la aptitud del sujeto para ejercer sus derechos y contraer obligaciones por sí mismo, así como para acudir por su propio derecho ante tribunales. En consecuencia de ello, la capacidad de ejercicio puede ser sustancial (ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo) o procesal (acudir a los tribunales a defender sus derechos).

2.1.1 Diferencia entre capacidad de goce y de ejercicio

- Mientras que la *capacidad de goce* mide la idoneidad del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, la capacidad de ejercicio permite a la persona ejercer por sí mismo dichos derechos o contraer igualmente dichas obligaciones.

[3] Este tema, aunque es estrictamente de carácter civil, resulta indispensable para comprender el actuar de las sociedades mercantiles. Por tal motivo, consideramos conveniente tratarlo a fondo con la finalidad de entender sus alcances respecto de las personas morales de derecho privado.

- Es importante apuntar que la falta de capacidad de ejercicio se resuelve a través de la representación, mientras que ésta no nos sirve para superar la incapacidad de goce.

2.1.2 Diferencia entre capacidad y legitimación

- Numerosos juristas han tratado de poner la figura de la legitimación al lado de los dos tipos de capacidad, confundiendo comúnmente los conceptos.
- La legitimación es el reconocimiento hecho por el ordenamiento legal para que una persona realice con eficacia un determinado acto jurídico.
- No es correcto establecer *niveles* de capacidad, diciendo que hay:

  1. Capacidad de goce.
  2. Capacidad de ejercicio.
  3. Legitimación.

- En realidad lo que tienen en común dichas figuras es que son presupuestos de validez del negocio jurídico en la teoría de la legitimación en los negocios jurídicos.

Los presupuestos de validez del negocio jurídico son la capacidad, la idoneidad del objeto y la legitimación.

De acuerdo con lo anterior, antes de ver los elementos de existencia y validez, para ver si se cumplen, hay que estudiar los *presupuestos*.

De dichos presupuestos, el que nos ocupa es la *legitimación*, esta figura proviene del derecho procesal y es Francesco Carnelutti[4] quien la lleva al resto de las disciplinas jurídicas y ha venido a explicar situaciones que antes resultaban extravagantes.

La legitimación entonces debe verse siempre respecto de una persona frente a un negocio jurídico específico. Si lo puede realizar con eficacia está legitimado, de no ser así, no. Esto, que parece una verdad de perogrullo, tiene un sentido no tan superficial, pues en realidad, una persona que en condiciones normales no puede realizar un acto jurídico, puede legitimarse en virtud de distintas circunstancias.

La legitimación puede ser:

I. *Directa*:

   La persona realiza un negocio jurídico y éste despliega su eficacia en la esfera jurídica de su autor siendo éste el supuesto más común.

[4] *Cfr.* Ladaria Caldentey, Jorge, *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952, pp. 12 y 13.

II. *Indirecta*:

- La persona realiza un negocio jurídico y éste despliega su eficacia en la esfera jurídica distinta de la de su autor.
- Aquí encontramos los fenómenos de representación, sustitución legal, y figuras afines como la sindicatura en las quiebras, el albaceazgo y tantas otras.
- Es importante observar que mientras que la capacidad se predica respecto de la persona en cuya esfera jurídica se reflejarán los negocios objeto de análisis, la legitimación (indirecta) se predica respecto de la persona que materialmente realiza el acto (es decir: el representante, el síndico, albacea, entre otras).

III. *Extraordinaria*:

- La persona realiza un negocio jurídico, el cual tiene eficacia, no obstante su antijuricidad.
- Aquí encontramos negocios jurídicos que subsisten con base en presunciones, o con base en la apariencia de legalidad, no obstante que materialmente sus autores no tengan derecho a realizarlo.
- Ejemplos de esto son las enajenaciones realizadas por titulares registrales que no son materialmente propietarios, o por herederos o puentes, o por poseedores de muebles

2.1.3 Diferencia entre personalidad y capacidad de goce

§110. Es un error muy común confundir estos dos conceptos, por lo que a pesar de ser materia de otro estudio, vale la pena aclararlos; pues en materia societaria la confusión es más frecuente.

- La personalidad jurídica la atribuye el ordenamiento jurídico y a partir de dicha atribución, la entidad de que se trate se convierte en sujeto de derechos y obligaciones (centro de imputación jurídica), como ya se explicó antes.
- La personalidad jurídica se tiene o no; no acepta graduaciones, pues como dice el maestro Galindo Garfias,[5] es *única*, *indivisa* y *abstracta*.
- Ahora bien, una vez que la ley otorga la personalidad a una entidad y en consecuencia existe una persona, ésta tiene atributos de la personalidad, uno de los cuales es la capacidad, que como decíamos puede ser de goce o de ejercicio.

[5] Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, 18ª ed., Porrúa, 1973, p. 307.

- Todas las personas tienen, al menos en un grado reducido, capacidad de goce, pues pueden ser titulares de algún derecho, más no todas las personas tienen capacidad de ejercicio.

- Si toda persona tiene capacidad de goce se dirá erróneamente que es lo mismo que la personalidad, lo cual es falso y constituye una sinécdoque[6] pues se confunde a la personalidad con uno de sus atributos; lo que es tan erróneo como confundir a un ser humano con uno de sus miembros.

Según Ignacio Galido Garfias:[7] *[…] la capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta; es una medida, es mesurable*.

Así, es sumamente atinado el *artículo 22* del *Código civil para el Distrito Federal* que señala, por lo que se refiere a las personas físicas: *[…] La* capacidad jurídica *de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código*.

Con ello, no se entra al dilema de la personalidad jurídica y sólo habla de la *capacidad* (*de goce*), la cual, por supuesto, presume la personalidad, y diremos entonces que el *nasciturus* tiene personalidad jurídica, y también capacidad de goce reducida a su mínima expresión. Esto último, sin embargo, es tema para analizar en un estudio diverso al presente.

Como corolario diremos que la personalidad jurídica convierte en persona a una entidad; ésta tiene capacidad de goce, y en la medida que la tenga, puede realizar cierta clase de actos por sí o por otro; y tiene capacidad de ejercicio en la medida en que puede hacerlo por sí mismo. Finalmente, y lo aclaramos en un razonamiento distinto, si la persona puede realizar un negocio con eficacia, por el motivo que sea, *aquí hay legitimación*. Basten para justificar lo dicho los siguientes ejemplos:

Un menor de, por ejemplo, ocho años de edad.

- Tiene:
  - *Personalidad jurídica*, pues es susceptible de tener derechos y obligaciones (es un ente de imputación jurídica).
  - *Capacidad de goce*, reducida a la que tienen los menores en esa edad, pues puede realizar ciertos actos jurídicos en los términos permitidos por la ley, pero no puede contraer matrimonio, ni reconocer hijos, ni otorgar testamento, actos que requieren una capacidad de goce mayor.

---

[6] La Real Academia de la Lengua Española define sinécdoque como: *Tropo que consiste en extender, restringir o alterar de algún modo la significación de las palabras, para designar un todo con el nombre de una de sus partes […].*

[7] Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, p. 307.

- No tiene:
  - *Capacidad de ejercicio* (o al menos no plena), pues así lo dispone el *artículo 450* del *Código civil para el Distrito Federal* en su *fracción primera* y el *artículo 23* del mismo ordenamiento al señalar:

    > La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio... Los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

En cuanto a la legitimación, no podremos saber si se da hasta no estar frente a un negocio jurídico concreto, aunque, por regla general, los negocios jurídicos que realicen no tendrán eficacia al ser nulos por falta de capacidad; es decir, en principio no estarán legitimados para realizar negocios jurídicos.

Esto no es una regla absoluta pues a guisa de ejemplo señalaremos el caso de un menor que realiza un negocio —digamos una compraventa de inmuebles— para la cual carece de capacidad de ejercicio y, por tanto, sería procedente la nulidad; sin embargo, los *artículos 639* y *640* del *Código civil para el Distrito Federal* señalan:

> [...] que los menores no pueden alegar dicha nulidad [...] si han presentado certificados falsos del *Registro civil* para hacerse pasar como mayores [...]

Por lo que a pesar de la antijuricidad de el acto, éste tendrá eficacia (y por lo tanto habrá legitimación) derivada de la apariencia jurídica.

Este ejemplo, ajeno al tema que nos ocupa, nos sirve de punto de comparación con nuestro objeto de estudio:

Una sociedad mercantil.

- Tiene:
  - Personalidad jurídica, pues está reconocida en la ley, como ya se ha dicho.
  - Capacidad de goce, la cual, como se dirá más adelante, no está limitada por el objeto (ya refutaremos más adelante la teoría de los actos *ultra-vires*) sino más bien por las disposiciones legales (véase §158).
  - En atención a ello, no puede realizar actos propios de las personas físicas ni aquellos que les estén prohibidos, según su naturaleza.
- No tiene:
  - Capacidad de ejercicio, pues como señala el *artículo 26* del *Código civil para el Distrito Federal*, *las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que la representan*.

Por lo que se refiere a la legitimación, nuevamente habrá que estudiarla respecto de cada negocio en particular, atendiendo por supuesto, a la subsistencia de los efectos del mismo.

2.2 Capacidad de goce en las sociedades mercantiles

§111. Esta capacidad es la aptitud de las sociedades mercantiles para ser titular de derechos y obligaciones.

Así pues, una sociedad mercantil no la tiene para casarse, para adoptar hijos y para muchas otras cosas, mientras que sí la tiene para realizar los numerosos actos que su naturaleza le permite.

Más adelante se disertará sobre si esta capacidad está limitada por el objeto social, como lo plantea la teoría de los *actos ultra-vires* (véase §158).

2.3 Capacidad de ejercicio en las sociedades mercantiles

§112. Existen fundamentalmente dos posturas al respecto.

1. Las sociedades no tienen capacidad de ejercicio, porque siempre tienen que actuar representadas por una persona física.
2. Las sociedades —sostiene la *teoría de los órganos*— son como organismos vivos y en consecuencia tienen órganos sociales que son equiparables a los órganos del ser humano, por lo que cuando obran sus órganos es como cuando una persona física ocupa sus manos o sus pies.

No obstante que el derecho mexicano gusta de la teoría de los órganos y es un tanto romántica, la cuestión es bizantina, pues no hay lugar a dudas de que las sociedades tienen que actuar siempre a través de personas físicas, sea por ser órganos, sea por ser representantes. No obstante ello, para ser técnicos debemos afirmar que *las sociedades no tienen capacidad de ejercicio*.

3. Objeto social

§113. El *objeto social* es la *finalidad de la sociedad*. No hay que confundir este objeto con el *objeto del contrato constitutivo*, que, como ya se verá, el *directo* será crear, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones y el *indirecto* será una cosa o un hecho (véase §139).

Numerosos doctrinarios consideran que el objeto social representa un límite a la capacidad, existiendo aún divergencia entre ellos sobre si lo es a la capacidad de goce o a la de ejercicio (véase §158).

Esta postura la defienden los seguidores de la doctrina de los actos *ultra-vires*,[8] teoría anglosajona —ya casi en desuso— que considera que la capacidad de las sociedades se encuentra limitada por el objeto o finalidad de la misma.

Debemos señalar que en el supuesto de que sí representara el objeto un límite a la capacidad, nos parece indiscutible que lo sería a la capacidad de goce, pues limitaría, como ya se explicó, los derechos y obligaciones de los que pueda ser titular la sociedad. Ya hemos dicho que a nuestro parecer las sociedades no tienen capacidad de ejercicio.

Quienes consideran que efectivamente el objeto social es un límite a la capacidad, argumentan para sustentar esta postura el *artículo 10* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, que en su primer párrafo señala: "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", así como el *artículo 26* del *Código civil federal* supletorio de la legislación mercantil que señala: "Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución".

En virtud de ello —dicen quienes así piensan— la capacidad de goce y, por tanto, los derechos y obligaciones de los que puede ser titular la sociedad, se encuentra limitada por el *objeto social*. De esto se desprendería que en caso de realizar una operación fuera del objeto social estaríamos en presencia de una ineficacia por incapacidad; es decir, una nulidad relativa en términos de los *artículos 2230* y *2228* del *Código civil federal*.

No compartimos nosotros dicha postura, pues consideramos que el objeto social limita no la capacidad de goce sino más bien las facultades de los administradores, pues así lo señala el propio *artículo 10* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, y por otro lado hay que recordar que el *órgano supremo de cada sociedad* puede modificar el objeto, y estaríamos diciendo que un órgano social es capaz de limitar la capacidad de goce de una persona moral a su antojo y si las personas morales actúan a través de sus órganos, entonces las personas morales podrían por sí mismas modificar su capacidad de goce en todo momento.

El maestro Walter Frisch Philipp[9] nos señala que: *[…] en realidad los límites de la capacidad de goce vienen impuestos por la ley, según la naturaleza de cada tipo social*, opinión con la que coincidimos plenamente. La implicación práctica de esta diferencia conceptual, consiste en que el acto realizado por un administrador de la sociedad fuera del objeto social no es ya un acto viciado por falta de capacidad sino que es un acto realizado en exceso de facultades.

Ahora bien, si este objeto —que hemos dicho que limita solamente las facultades de los administradores— excediera lo que permite la ley, entonces, el *artículo 3º* de la

[8] El vocablo latino *ultra-vires* se traduce como *ultra* = más allá y *vires* = fuerzas, por lo que significa *más allá de sus fuerzas*.

[9] Frisch Philipp, Walter, *Sociedad anónima mexicana*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 1996, p. 81.

Ley general de sociedades mercantiles, señala que: *[…] procede la inmediata liquidación a petición de cualquier persona o del Ministerio Público* (véase §144).

4. Duración

§114. La *duración* es un plazo para poner en liquidación a la sociedad, antes de cuyo cumplimiento se verificará la vida normal de la sociedad.

A diferencia de lo que sucede con las sociedades civiles, en las sociedades mercantiles, una vez que se cumple el plazo, por ministerio de ley entra en estado de liquidación la sociedad.

Es un práctica corriente en el mundo corporativo establecer una duración indefinida y sobre este respecto hay dos posturas:

- La primera señala que esto sólo se puede hacer así cuando la ley lo prevé, tal como sucede con la mayoría de las sociedades de carácter financiero.
- La segunda postura señala que siempre se puede.

Por nuestra parte no encontramos ningún motivo por el que no sea posible establecer una duración indefinida, pues lo que se busca con la duración es que los terceros tengan conocimiento del momento en que entrará en liquidación la sociedad y si no existe esta fecha, entonces nunca sucederá, si no es por acuerdo de accionistas, lo cual podría ocurrir aun en el caso de que sí existiera una duración determinada. Sin embargo, comúnmente se pone en las escrituras constitutivas la duración de 99 años.

5. Domicilio

§115. El domicilio es la *sede jurídica de la persona*, en la cual ésta cumple sus obligaciones y ejerce sus derechos.

El domicilio no consiste en una dirección, sino más bien en una plaza determinada, como podría ser México, Distrito Federal; la ciudad de Puebla, estado de Puebla; Monterrey, estado de Nuevo León, entre otros.

El concepto de domicilio está regulado por el derecho civil. Para el caso de personas morales el *artículo 33* del *Código civil federal* (CCF) establece que las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración.

Se discute en la doctrina, si es posible establecer algo contrario a esta norma y César Vivante[10] considera que: *[…] esto no es posible pues precisamente para evitar fraudes, se busca que el domicilio siempre se encuentre en el lugar donde está la administración de la sociedad*. Compartimos esta postura.

[10] Citado por Barrera Graf, Jorge, *Instituciones…, op. cit.*, p. 311.

Para las *sociedades mercantiles* el domicilio tiene varias utilidades, como pueden ser:

- La de fijar el lugar para celebrar las asambleas y las sesiones de consejo.
- Hacer los pagos.
- Para hacer publicaciones.
- Para fijar los tribunales a los que se habrá de someter la sociedad.
- El lugar o la oficina concreta donde se inscribirán en el *Registro público de comercio*.
- Así como para señalar la nacionalidad.

6. Denominación o razón social

§116. De la misma manera que el nombre es un atributo en las personas físicas, las personas morales se identifican con la denominación o razón social. Éstas consisten en los vocablos con los que las sociedades son identificadas frente al Estado y la sociedad.

La denominación social por lo general se integra por vocablos que hacen referencia a la actividad propia de la sociedad de que se trata, mientras que la razón social usualmente está construida por vocablos que corresponden a los nombres de los socios que integran la sociedad.

En realidad no están definidas en la legislación, aunque en las sociedades de personas generalmente se ocupa una razón social y en las sociedades de capitales por lo común se ocupa una denominación; sin embargo, ésta no es una regla absoluta, salvo en algunos tipos sociales.

7. Nacionalidad de las sociedades mercantiles

§117. Uno de los temas más debatidos por la doctrina no sólo societaria sino también de derecho internacional privado y constitucional, es el de la *nacionalidad de las personas morales en general*.

Para abordar este difícil y espinoso tema, estudiaremos primero el *concepto de nacionalidad* y sus notas características, su aplicabilidad a la persona moral (en particular a las sociedades mercantiles), los criterios para definirla, la posibilidad de cambio de la misma y finalmente algunas cuestiones prácticas en torno al tema.

7.1 Concepto de nacionalidad

§118. No existe un concepto uniforme de nacionalidad, pero en términos generales debemos decir que existen dos grandes vertientes para definirla:

- Las que se acogen a un criterio sociológico.
- Las que se acogen a un criterio jurídico.

De entre quienes se acogen a un criterio sociológico citaremos a Pascuale Manzini, quien define la nacionalidad como: *[…] una sociedad natural de hombres, a quienes la unidad de territorio, de origen, de costumbres y de lenguaje lleva a la comunidad de vida y de conciencia sociales*,[11] y por otra parte a Trigueros para quien es: *[…] un vínculo natural, que por efecto de la vida en común y de la conciencia social idéntica hace al individuo miembro del grupo que forma la nación*.[12]

De entre quienes se acogen a un principio de derecho positivo citaremos a Sánchez Bringas, para quien la nacionalidad es: *[…] el vínculo jurídico y político que determina una situación de pertenencia de un individuo con un estado*.[13] Además, al notario Francisco Javier Arredondo Galván para quien la nacionalidad (mexicana) es: *[…] la relación jurídica y política que une a un mexicano con el estado[…] y de la cual derivan un conjunto de derechos y obligaciones*.[14]

Sin embargo, nos parece más adecuado estudiar la nacionalidad como un concepto jurídico de gran importancia, no sólo por cuanto civilmente constituye un atributo de la personalidad: el estado político, sino por cuanto es el concepto por el que el Estado soberano atribuye a una persona la cualidad de formar parte de su población y por lo tanto elemento constitutivo de su propia sustancia.[15]

Por lo anterior se puede concluir que:

Es posible definir la nacionalidad como el vínculo jurídico y político que le otorga a una persona la calidad de ser integrante de la población de un estado y de la cual derivan un conjunto de derechos y obligaciones.

7.2 Aplicabilidad del concepto de nacionalidad a las personas morales

§119. Como en muchos otros dilemas jurídicos, los juristas no han encontrado unanimidad en este tema; en términos generales podemos clasificar las posturas en tres grupos:

1. *Los que niegan la nacionalidad de las personas morales*:

   §120. Quienes así piensan arguyen que este atributo es exclusivo de las personas físicas y que la naturaleza de las morales en incompatible con el mismo, pues sólo el individuo puede formar parte de la población.

[11] Citado por Siqueiros, José Luis, *Las reclamaciones internacionales por intereses extranjeros en sociedades mexicanas*, Imprenta Universitaria, México, 1947, p. 22.

[12] *Ibíd*, p. 23.

[13] Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, Porrúa, México, 1998, p. 152, citado por Orozco Garibay Pascual Alberto, *Nacionales, ciudadanos y extranjeros: la población del estado mexicano*, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Porrúa y Colegio de Notarios del D. F. A. C., México, 2003, pp. 2 y 3.

[14] Arredondo Galván, Francisco Javier, *Personas físicas nacionales y extranjeras. Régimen jurídico*, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Porrúa y El Colegio de Notarios del D. F. A. C., México, 2003, pp. 3 y 4.

[15] De los tres elementos del Estado (gobierno, territorio y población) parece ser la población precisamente el más importante, pues los otros dos se edifican y subsisten precisamente en la medida que sirven a la población.

El más destacado paladín de esta postura es el célebre jurista francés Jean-Paulin Niboyet quien señala, a decir de los notarios de Barcelona y Tarragona, respectivamente, Enrique Gabarró y Samsó y José María Puig Salellas: […] *la nacionalidad es una relación de orden político entre una persona individual y un Estado y las reglas de la* seudonacionalidad *de las sociedades son distintas de la nacionalidad ordinaria*.[16]

2. *Los que afirman la nacionalidad de las personas morales*:

> **§121.** De acuerdo con quienes así piensan: […] *la persona moral o jurídica, que es persona —al igual que la persona física— gracias a que el Estado le otorgó la personalidad jurídica* debe tener entre sus atributos la nacionalidad, no habiendo más distinción entre ambas que los criterios para determinarla y las consecuencias derivadas de su naturaleza.

Esta postura es defendida por juristas de la talla de Ferrara, los hermanos Mazeud, Pascual Fiore, Arellano García e Isay (al menos en sus primeros estudios). Sin embargo, esta postura es la más técnica, pues si, siguiendo a Ferrara y a Kelsen: la personalidad la otorga el Estado a quien o a lo que en su soberanía juzgue pertinente, entonces ese mismo Estado puede considerar a esas personas, sean físicas o morales, como nacionales o no.

3. *Tesis intermedias*:

> **§122.** Existen otras posturas a este respecto, una de ellas es la italiana que: pretende resolver la cuestión de manera sumamente frívola y equipara para ello el concepto de nacionalidad y domicilio, pero este criterio, más allá de lo práctico que pueda ser, es técnicamente inconsistente, pues son conceptos de esencia y orden distintos, que aunque puedan estar vinculados no son idénticos.

Más allá de filias y fobias en este tema y buscando ser dispensados de la obligación de entrar a fondo a la polémica doctrinal que en torno a esta cuestión se ha desatado, diremos que: en la práctica tiene más utilidad considerar que sí es aplicable el término *nacionalidad* a las personas morales y se entiende que así lo quiere la ley, como se desprende de lo dispuesto por la legislación correspondiente que es la *Ley de nacionalidad*, misma que en sus *artículos 8* y *9* señala:

- Son *personas morales de nacionalidad mexicana* las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal.
- Las *personas físicas y morales extranjeras* deberán cumplir con lo señalado por el *artículo 27 constitucional*.

[16] Gabarró y Samsó, Enrique y José María Puig Salellas, *Conflictos de leyes en sociedades civiles y mercantiles*, Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1965, p. 6.

Valga para aclarar este punto la equilibrada y madura opinión del jurista francés Isay, de la que hacen referencia los notarios Gabarró y Puig, a quienes citamos textualmente: *[…] incluso en un sentido menos extremo, si entendemos de [sic] que nacionalidad es tanto como aquella cualidad por la que un sujeto jurídico se vincula con una soberanía de la que depende y por la que es protegida (Isay: De la nacionalité), evidentemente deberemos admitir la existencia de una nacionalidad en las sociedades*.

Puntualicemos, no obstante, el criterio del nombrado autor, uno de los paladines más subrayados, al menos al principio, de la atribución de una nacionalidad a las personas jurídicas; posteriormente, en 1924, indicó: *[…] Según mi actual concepción, las personas jurídicas no son susceptibles de tener propiamente, es decir, corporalmente una nacionalidad. Pero en todo caso, son susceptibles de mantener una relación jurídica que muestra amplias analogías con lo que llamamos nacionalidad*.[17]

A efecto de conciliar posturas nos apegamos a lo dicho por Isay, no obstante que consideramos más técnica la postura afirmativa.[18]

7.3 Diversos criterios para determinar la nacionalidad de las personas morales

§123. El problema de cómo determinar la nacionalidad de las personas morales perdería gran parte de su dificultad si, como observa Clabacielli, en su obra *Il dirito Internazionale Comerciale*, existiese un acuerdo internacional que adoptara un criterio, con carácter general, a este respecto.[19] Como esto no es así, estudiaremos los diversos criterios que en las distintas legislaciones se han adoptado para resolver este problema.

7.3.1 Voluntad de los socios

§124. El *Código de derecho internacional privado*, aprobado por la Conferencia Panamericana de la Habana en 1928, conocido como *Código Bustamante* recoge como criterio para resolver el tema de la nacionalidad de las sociedades en sus *artículos 18* y *19*, el criterio de la autonomía de la voluntad.

Este criterio ha sido superado, pues considerar a una persona como nacional es hacerla parte integrante de la población de un Estado (y, como ya se dijo, parte sustancial del mismo), por lo que se considera que este tema no puede quedar en manos de la autonomía de la voluntad.

---

[17] Gabarró y Samsó, *op. cit.*, p. 5.

[18] No pasa desapercibido para los autores que las personas morales nunca tendrán ciertos derechos, derivado de su naturaleza, tales como tener el estatus de ciudadano; pero el que la capacidad de goce tenga matices distintos en las personas morales, no implica que por ello no deban tener nacionalidad. Tema interesante también es el de las garantías individuales, las cuales sí son atribuibles a las personas morales, si son compatibles con su naturaleza, pero no lo son las que son exclusivas del individuo —identificadas con los derechos humanos— como por ejemplo, las penales, aunque sí otras, tales como el derecho a ser oído y vencido en juicio, el principio de legalidad, entre otros.

[19] *Cfr.* Gabarró y Samsó, *op. cit.*, p. 9.

7.3.2 Autorización por la soberanía de la nación a la que va a acogerse la sociedad (la que otorga la personalidad)

§125. Como ya se ha dicho antes, cada Estado, a través de su ordenamiento jurídico, autoriza a las corporaciones para ser consideradas como personas morales. Esta *autorización* confiere precisamente la personalidad jurídica. La ley portuguesa de 1881[20] consideraba extranjeras a las sociedades que habían sido autorizadas por gobiernos extranjeros. Un importante sector doctrinal ha considerado esta doctrina como la más viable.

7.3.3 Control

§126. Este criterio no ha prosperado en situaciones de normalidad, sino más bien en situaciones de emergencia y con la característica de ser transitorio.

Surge durante la Primera Guerra Mundial. En la guerra los Estados se enfrentan entre sí y ningún rincón de la vida nacional se mantiene ajeno a la contienda, entre otros, el ámbito de la actividad económica queda inmerso en esta situación, de manera que las sociedades controladas por súbditos del país enemigo son enemigas, independientemente de cuál sea su nacionalidad en situaciones normales. Esto implica, como ya se ha dicho antes *rasgar el velo corporativo* y ver qué hay detrás de la sociedad (véase §86).

Así pues, la guerra ha puesto en evidencia la supuesta crisis de la personalidad jurídica de las corporaciones. Hay dos criterios para determinar el control:

a) *El capital*:

   En este caso la nacionalidad se determinará por la de los socios o accionistas que han aportado el capital social.

b) *El órgano de administración*:

   Toda vez que se ha intentado en estas situaciones evadir las restricciones legales, también se puede entender que tienen el control de la sociedad quienes controlan el órgano de administración, de acuerdo con esto, la nacionalidad de la sociedad será la de los miembros de dicho órgano.

7.3.4 Lugar de constitución (*ius soli*)

§127. Este criterio equipara el acto constitutivo de las personas morales al nacimiento de las personas físicas y define la nacionalidad de acuerdo con el lugar (físico) en que fue constituida la sociedad.

En Inglaterra ha sido éste el criterio típico, salvo por un tiempo (durante las guerras mundiales) en que se adoptó el criterio del control.[21]

---

[20] *Ibíd*, p.11.

[21] Durante la Primera Guerra Mundial se desató un pleito entre las compañías Daimler y Continental Tyre and Rubber, la cual fue constituida en Inglaterra, pero con capital casi en su totalidad alemán. La cámara de los lores suspendió el criterio de la constitución (también conocido como *incorporación*) y adoptó el del control. *Idem*.

7.3.5 La ley que rige la constitución de la sociedad (*¿ius sanguini?*)

§128. A diferencia del criterio anterior, el presente considera como elemento determinante para definir la nacionalidad, las leyes bajo las que se crea la persona moral de que se trate.

Aquí no interesa si la sociedad se constituyó en China o en Argentina, lo que importa es que en el lugar que sea, la sociedad se constituya de acuerdo con las leyes de un determinado Estado, de ahí que hagamos una poco técnica —pero didáctica— analogía con el *ius sanguini*.

El *Código civil italiano* adopta esta postura, aunque al igual que nuestro artículo correspondiente de la *Ley de nacionalidad*, en la parte relativa, admite varias interpretaciones.

7.3.6 El domicilio o sede de la sociedad

§129. El sistema más extensamente difundido es el que basa la nacionalidad de las sociedades en el domicilio social, partiendo de la base de que el domicilio es la única circunstancia que establece un vínculo efectivo entre la sociedad y el Estado.

Es importante destacar que para este criterio es relevante también saber qué criterios existen para determinar el domicilio de las sociedades.

Tal como sucede en nuestro derecho hay acuerdo en la doctrina que el criterio más adecuado es el basado en la sede de la administración de la sociedad.

7.3.7 Combinación de dos sistemas

§130. Quienes adoptan este sistema, combinan generalmente la constitución (ya sea el lugar o la ley de constitución) y el domicilio de la sociedad.

7.3.8 Sistema adoptado por México

§131. Nuestra *Ley de nacionalidad* publicada el 23 de enero de 1998, adopta el último de los criterios, en el *artículo 8* ya citado:

> Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal.

Esta ley tuvo como antecedentes:

i) *Ley de nacionalidad y naturalización de 1993*.

ii) *Ley de nacionalidad y naturalización de 1934*.

iii) *Ley de extranjería y naturalización de 1886*.

Esta última fue muy célebre, realizada por el insigne Ignacio L. Vallarta, a quien se le encomendó dicha tarea.

Vallarta tuvo el mérito de introducir a la legislación mexicana la nacionalidad de las personas morales, pues esta ley en su *artículo 5* señalaba:

> La nacionalidad de las personas o entidades morales jurídicas se regula por la ley que autoriza su formación: en consecuencia, todas las que se constituyan conforme a las leyes de la República serán mexicanas siempre que además tengan en ellas [*sic*] su domicilio legal.

De esta forma vemos que el criterio señalado ha sido adoptado por todas las leyes mexicanas de la materia.

De la redacción *las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas*, así como de su antecedente histórico, se desprende que: lo importante, además del domicilio es que se constituyan de acuerdo con la ley mexicana y no que se constituyan en territorio nacional.

De acuerdo con la anterior cabe hacerse la siguiente pregunta, ¿se puede constituir una sociedad mexicana, es decir, conforme a las leyes mexicanas, en el extranjero?

Parece que la respuesta ya no está en la *Ley de nacionalidad* sino más bien en *las leyes mexicanas* conforme a las cuales se debe constituir la sociedad para ser mexicana.

En el caso de las sociedades civiles cuya forma es escrita no hay ningún problema, pero para el caso de las sociedades mercantiles, cuya forma de constitución es ante notario público (*artículo 5* de la *Ley general de sociedades mercantiles*), la respuesta no es tan simple.

Al no haber tratados internacionales en esta materia específica, nuestra legislación, al referirse a un *notario* se refiere a alguno con fe pública en nuestro país y no en algún otro, por lo que de esta interpretación conservadora, basada en elementos *exegéticos*, *filológicos* e *históricos* (véase §5, §6, §7 y §9), concluimos que una sociedad mercantil mexicana se debe constituir ante un notario mexicano y, por ende en México.[22]

---

[22] Surge la interrogante de si es posible constituir sociedades mercantiles mexicanas ante cónsul mexicano en el extranjero, al efecto la *Ley del servicio exterior mexicano* señala en su *Artículo 44*, Corresponde a los jefes de oficinas consulares:
IV. Ejercer funciones notariales en los actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en territorio mexicano, en los términos señalados por el Reglamento. Su fe pública será equivalente en toda la República, a la que tienen los actos de los notarios en el Distrito Federal[...].
Hasta este punto pareciera que sí, pero la ley remite al reglamento que señala:
Artículo 85
En el ejercicio de funciones notariales, las oficinas consulares podrán dar fe, autenticar y protocolizar contratos de mandato y poderes, testamentos públicos abiertos, actos de repudiación de herencias y autorizaciones que otorguen las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela sobre menores o incapaces, siempre y cuando dichos actos jurídicos se celebren dentro de su circunscripción y estén destinados a surtir efectos en México.
Artículo 86.
Las oficinas consulares asentarán y autorizarán las escrituras que se otorguen ante su fe en su protocolo, autorizado previamente por la Secretaría, y elaborado conforme a las disposiciones de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.
No queda claro si la enunciación del *artículo 85* es limitativo o enunciativo, pero la redacción da a entender un carácter taxativo, por lo que parece que de momento no es posible constituir sociedades mercantiles ante cónsul mexicano, aunque bastaría una reforma en el reglamento para que esto fuera posible.

Por supuesto, una interpretación más moderna, basada en elementos *de hecho*, *evolutivos* y *teleológicos* (véase §5, §10, §13), podría permitirnos la constitución de una sociedad mexicana en el extranjero.

Cabe señalar que en cuanto al domicilio, debemos recordar el *artículo 33* del *Código civil federal* que señala:

> Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración.

7.4 Posibilidad de cambio de nacionalidad de las sociedades mercantiles

§132. Ésta ha sido una cuestión también muy discutida y se presentan al respecto dos posturas: la que afirma esta posibilidad y la que la niega:

7.4.1 Argumentos a favor de la posibilidad de cambio de nacionalidad

§133. El argumento que se ha dado al respecto es el de la autonomía de la voluntad y se refuerza por lo señalado por el *artículo 182* de la *Ley general de sociedades mercantiles* que señala: *[…] Son asambleas extraordinarias, las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos: […] V. Cambio de nacionalidad de la sociedad*.

Es criticable esta postura pues el criterio de la autonomía de la voluntad no es suficiente en esta materia que es de derecho público y compromete la sustancia misma del Estado mexicano (véase §124).

Por ello, aunque corporativamente en el ámbito del derecho privado se puede hacer el cambio estatutario (y nuestra legislación mercantil lo permite para las sociedades mercantiles mexicanas), en la realidad, para recibir la nacionalidad se requiere el otorgamiento de la misma por parte del Estado que recibe a la sociedad como su nacional. Por eso es criticable el término *adopción de nacionalidad*, pues la nacionalidad no es algo que se adopte, sino un estatus que es otorgado de forma unilateral por un Estado, mismo que podrá fijar las reglas que juzgue conveniente para otorgar dicha nacionalidad (dependerá, por lo tanto la cuestión, del criterio adoptado por cada Estado para conceder la nacionalidad a la sociedad que estatutariamente haya realizado la modificación en la cláusula relativa a la nacionalidad).[23]

[23] En el caso de que esto sea posible (que consideramos que no cuando al Estado mexicano le corresponda otorgar la nacionalidad) resultaría aun interesante determinar si esto implica además del cambio de nacionalidad una transformación. Debemos concluir que sí, pero dicha transformación quedaría subsumida en un procedimiento de transmutación mucho más profundo que es el cambio de nacionalidad, pero todo ello deberá estar regido por las leyes del Estado que reciba a la sociedad.

7.4.2 Argumentos en contra de la posibilidad de cambio de nacionalidad

§134. Para que una persona (física o moral) sea considerada nacional de un Estado, en este caso el Estado mexicano, es necesario que éste le otorgue unilateralmente ese carácter.

La legislación mexicana pide para ello dos requisitos:

1. Estar constituida conforme a las leyes del país.
2. Tener el domicilio en territorio nacional.

Así, si la sociedad no *nació* como mexicana nunca lo será.

A este respecto Gay de Montellá ha dicho: […] es indiscutible que la *compañía mercantil*, persona jurídica que ha nacido al amparo de las disposiciones de una ley y de un poder público, cuando abandona la órbita de la soberanía de aquella legislación por la cual se rige su capacidad, y pasa a depender de una nueva ley y de un nuevo poder, pierde la razón y la base de su existencia jurídica y queda convertida en simple *asociación de hecho*.[24]

No se debería ser tan absoluto y concluir, como el citado maestro lo hace, la imposibilidad del aludido cambio; sin embargo, sí creemos que esto, en principio, es como lo señala; salvo, por supuesto, en el caso de que el Estado-destino regule el otorgamiento de la nueva nacionalidad.

7.4.3 Razonamiento de los autores

§135. El *artículo 8* de la *Ley de nacionalidad* señala:

> Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal.

Si *constituir* se refiere al acto constitutivo y el legislador equipara este momento al del nacimiento de las personas físicas, no es posible que una persona moral extranjera *adopte* la nacionalidad mexicana.

Sin embargo, para despejar cualquier duda que pueda surgir al respecto vale la pena analizar el significado de la palabra y la Real Academia Española proporciona, varias acepciones de dicho término, de las cuales dos son las que importan:

> *Constituir* (del latín *constituĕre*).
>
> 1. tr. Formar, componer, ser. El Sol y los planetas constituyen el sistema solar. El robo constituye delito.
> 2. tr. Establecer, erigir, fundar. Constituir una familia, un Estado. U. t. c. prnl. Constituirse en tribunal […].

[24] Montellá, Gay de, *Tratado de compañías colectivas, comanditarias simples y por acciones, de responsabilidad limitada, cooperativas y asociaciones de cuentas*, Bosch, Barcelona, 1945, p. 154.

De la acepción más aplicable dependerá por completo el que se pueda o no realizar este cambio de nacionalidad, pues:

a) Si consideramos como válida la primera acepción (como sinónimo de compuesta o integrada), entonces bastará que los estatutos se reformen para adecuarse a la legislación mexicana, ya que el estar constituida conforme a la legislación mexicana implicará estar formada, compuesta, integrada, conforme a la misma, independientemente de cómo haya nacido, y se cumplirá con lo dispuesto por el *artículo 8* de la *Ley de nacionalidad*.

b) Si consideramos como válida la segunda acepción (como sinónimo de erigida o fundada), entonces será imposible el cambio de nacionalidad, pues si la sociedad no fue fundada o erigida conforme a la ley mexicana nunca podrá ser mexicana, pues el Estado, a través de su legislación, nunca le otorgará dicho estatus.

¿Cuál interpretación debemos darle a la palabra constituir? Parece que tendremos que recurrir a los diversos criterios interpretativos, pues si basamos nuestra interpretación en la voluntad del legislador, como lo aconsejaría la escuela de la exégesis, *sin lugar a duda*, al hablar de que estén constituidas se refiere al momento de la celebración del contrato social, pues en la legislación mexicana el término constituir no es equívoco en esta materia (esto se desprende claramente de los *artículos 5*, *6*, *89*, *90* y otros más de nuestra ley).

Si por otro lado adoptamos los métodos interpretativos de Gustavo Radbruch o de Kelsen para quienes la norma que ha de aplicarse es un marco que encierra diversas posibilidades, por lo cual la decisión de que una de éstas es elegida constituye un acto jurídico enteramente válido […][25] y reafirma […] Es, pues, erróneo creer que la ley tiene siempre un sentido único y por tanto, que sólo puede autorizar una interpretación.[26]

De acuerdo con este método el intérprete podría elegir libremente el significado de *constituir* que más conviniera a sus intereses y entonces podemos elegir la acepción que significa *estar formada o integrada* y entonces considerar como viable el cambio de nacionalidad para que una sociedad extranjera reciba la nacionalidad mexicana.

La jurisprudencia y la doctrina mexicanas siempre se han inclinado más por el método exegético, como se ha dicho (véase §5), y le da un valor superior a la voluntad del legislador por lo que parece ser más prudente evitar el cambio de nacionalidad recibiendo la mexicana, pues en caso de controversia, al final es probable que los tribunales decidieran de acuerdo con una interpretación exegética.

---

[25] Citado por García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 5ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 552.

[26] *Ídem*.

No obstante, con una interpretación más liberal, motivada en elementos teleológicos se podría —y de hecho notarios brillantes así lo han hecho constar—: realizar el cambio de nacionalidad con base en el *artículo 8* de nuestra *Ley de nacionalidad*, cumpliendo con los requisitos que ésta señala para que el Estado mexicano confiera a la sociedad el carácter de mexicana.

Quien busque —como bien supremo protegido por el derecho— la seguridad jurídica debe tratar con suma cautela este tipo de actos de *adopción de nacionalidad*, *nacionalización* o *naturalización de personas morales* (como se les ha llamado) por ser controvertidos en una interpretación exegética según la que probablemente decidirían los tribunales en caso de contienda (y esto es una crítica velada al hecho de que los juzgadores, en muchos casos, no hayan actualizado sus criterios) y por otro, porque este tipo de cambios de nacionalidad pueden realizarse con la finalidad de realizar *fraude a la ley* buscando evadir el cumplimiento de principios legales a través de este armado corporativo.

Ahora bien, es respetable, fundado y perfectamente defendible que se haga este cambio de nacionalidad y de ninguna manera constituye un acto ilegal; sin embargo, quienes sean encargados de formalizar este tipo de modificaciones estatutarias y su criterio sea a favor de ello, deberán hacer uso de su prudencia y estudiar el caso concreto, cerciorándose, dentro de lo que le es permitido y ético, que dicho movimiento tenga fines de reestructura corporativa y económica y no de defraudación o ilegalidad.

7.5 Cláusula de extranjería

§136. Un problema que se ha generado con las sociedades mercantiles —y en general con las personas morales de derecho privado— es la tendencia de las personas físicas a utilizarlas para evadir prohibiciones, o para obtener beneficios que de otra manera no podrían lograr (véase §86).

Un rubro en el que se suele dar esta situación es en *materia de extranjería*, pues hay beneficios que les están reservados a los nacionales y, por otro lado, existen prohibiciones para las personas extranjeras.

Para regular esto, en particular por lo que se refiere a inversión extranjera, la *Ley de inversión extranjera* ha establecido como parte indispensable de los estatutos sociales la llamada *cláusula de extranjería*, que puede ser *cláusula de admisión de extranjeros* o *cláusula de exclusión de extranjeros*, las cuales son definidas por la *Ley de inversión extranjera* y su reglamento:

> *Cláusula de exclusión de extranjeros*
>
> Está definida por el *artículo 2, fracción VII*, de la *Ley de inversión extranjera*, de la siguiente manera:
>
> El convenio o pacto expreso que forme parte integrante de los estatutos sociales, por el que se establezca que las sociedades de que se trate no admitirán directa ni indirectamente como socios o accionistas a inversionistas extranjeros, ni a sociedades con cláusula de admisión de extranjeros.

Cláusula de admisión de extranjeros:

> Al contrario de lo que establece la de exclusión, permite la admisión de extranjeros. Respecto de ellas el *artículo 14* del reglamento de la *Ley de inversión extranjera*, señala:
>
> > Cuando en los estatutos sociales no se pacte la cláusula de exclusión de extranjeros, se debe celebrar un convenio o pacto expreso que forme parte integrante de los estatutos sociales, por el que los socios extranjeros, actuales o futuros de la sociedad, se obligan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores a considerarse como nacionales respecto de:
> >
> > I. Las acciones, partes sociales o derechos que adquieran de dichas sociedades.
> >
> > II. Los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses de que sean titulares tales sociedades.
> >
> > III. Los derechos y obligaciones que deriven de los contratos en que sean parte las propias sociedades.
> >
> > El convenio o pacto señalados deberán incluir la renuncia a invocar la protección de sus gobiernos bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la Nación los derechos y bienes que hubiesen adquirido.

El efecto principal de esta cláusula es evitar que se viole o que se de vuelta en fraude a la ley a la disposición constitucional contenida en el *artículo 27*, *fracción I* de nuestra *Carta magna*, consistente en que:

> Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos [...].

Capítulo IV

Constitución de sociedades mercantiles

1. Naturaleza jurídica del acto jurídico de constitución

§137. Las sociedades mercantiles se crean —en principio— a través del llamado *contrato de sociedad*, el cual se define como:

> El acto jurídico por virtud del cual, los socios se obligan a combinar recursos y esfuerzos para realizar un fin común, creando para dicho efecto una persona moral.[1]

Sin embargo, si bien se habla de contrato social, mucho se ha preguntado la doctrina cuál es la naturaleza jurídica del acto por el que se constituye una persona moral.

León Duguit, según el maestro Francisco Lozano Noriega,[2] establece una clasificación de los actos jurídicos plurilaterales, la cual considera que el acto jurídico plurilateral, puede ser

- *Contrato*:

  Se caracteriza porque hay un acuerdo de voluntades con voluntades diferentes, finalidades diversas y existe contraposición de intereses.

- *Acto colectivo*:

  En cambio, es también un acuerdo de voluntades; sin embargo, existen finalidades iguales, pues de la deliberación de una colectividad se obtiene una sola manifestación de voluntad, no obstante la divergencia de algunos de los miembros de dicha colectividad; un ejemplo de esto

[1] Para Vivante, la sociedad mercantil surge de un contrato por el cual dos o más personas convienen en formar con sus aportaciones en fondo social con el fin de partir las ganancias que puedan obtenerse en el ejercicio de uno o más actos de comercio; sin embargo no compartimos esta postura, pues el efecto principal, no es ese, sino más bien el surgimiento de una persona moral. *Cfr.* Vivante, César, *Tratado…, op. cit.*, volumen II, p. 31.

[2] Lozano Noriega, Francisco, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., México, 2001, pp. 301 y 309.

lo encontramos en los actos que se realizan por los órganos colegiados tales como un tribunal o un órgano social plurisubjetivo.[3]

- *Acto unión*:

  Es también un acuerdo de voluntades en el que hay finalidades iguales en cada una de las voluntades, pero éstas se dan en un momento distinto o por etapas, un ejemplo de esto es el matrimonio que se da en un inicio por la voluntad de los cónyuges y posteriormente la voluntad del Estado representado por el juez del *Registro civil*.

De acuerdo con esta clasificación, y según quienes la proponen, el acto por el que se constituye una sociedad se ubicaría dentro de la segunda clasificación; es decir, el *acto colectivo*.

Independientemente de la aplicabilidad o no de dicha clasificación al supuesto que nos ocupa, es interesante la postura del maestro Castán Tobeñas quien advierte que hay dos momentos para juzgar la manifestación de la voluntad: un primer momento que es el de la constitución, donde sí existe contraposición de intereses, toda vez que cada quien quiere lograr para sí las mejores condiciones posibles de negociación (por lo que podríamos hablar de contrato). Un segundo momento se da una vez perfeccionado el acto constitutivo en el que las decisiones se tomarán de manera colectiva, en esta nueva etapa ya no habrá contraposición de intereses no obstante que haya un voto distinto, pues ahora quien manifiesta su voluntad no es ya cada uno de los socios, sino la sociedad como tal a través de uno de sus órganos (por lo que podemos hablar de actos colectivos).

Para nosotros, no obstante que doctrinarios de primerísima línea[4] postulan la tesis anticontractualista, es claro que el llamado *contrato de sociedad* es un acuerdo de voluntades

[3] En sentido similar, Lehmann habla... como especie de los negocios jurídicos plurilaterales, de los "Acuerdos" (*beschlüsse*), los cuales "Entran en consideración en las asociaciones, sociedades, comunidades. Los participantes emiten también aquí declaraciones de idéntica dirección, pero que desembocan en la creación de un contenido unitario de voluntad, decisivo para la comunidad. A diferencia de lo que acontece en el acto conjunto, basta aquí, por lo general, que la mayoría emitan declaraciones coincidentes". Lehmann, Heinrich, *El negocio jurídico*, trad. José María Nava, Leyer, Bogotá, 2005, pp. 26 y 27.

[4] Broseta Pont dice:
Mientras los códigos decimonónicos afirman la naturaleza contractual del negocio constitutivo de la sociedad, la niegan rotundamente Messineo y gran parte de la doctrina alemana, apoyándose en los siguientes argumentos:
1) A diferencia de lo que ocurre en los contratos conmutativos, en el acto constitutivo de la sociedad no existen prestaciones de las partes que se crucen como contraprestación, sino prestaciones que salen de la esfera patrimonial de cada una de ellas y que concurren a la formación de un patrimonio social;
2) A diferencia de lo que ocurre en aquellos contratos, en el negocio constitutivo de la sociedad no existen dos partes con intereses contrapuestos que intentan armonizarse a través de un consentimiento perfeccionador, sino una sola parte (integrada por todos los socios) caracterizada por la posesión de un mismo interés (crear la sociedad con ánimo lucrativo);
3) A consecuencia de las razones anteriores, se afirma la imposibilidad de aplicar al negocio constitutivo de la sociedad gran parte del régimen jurídico de los contratos bilaterales;
4) Y, finalmente, se le niega naturaleza contractual, porque a diferencia de lo que ocurre en los contratos bilaterales, del contrato de sociedad nace una persona jurídica distinta a los socios.
Broseta Pont, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1978, pp. 155 y 156.

porque se crean derechos y obligaciones, aun cuando éstos tengan características especiales, tales como el surgimiento de una persona moral y del estatus de socio; por lo que dicho acto es un contrato.

2. Clasificación del contrato de sociedad

§138. Es posible clasificar el contrato de sociedad de diversas maneras:

1. *Definitivo, en contraposición a preparatorio*:
   - El contrato de sociedad tiene por objeto principal la creación de una persona moral y no la celebración de otro contrato, por ello se considera que es un contrato principal.
   - Existen sectores de la doctrina que lo consideran preparatorio, pues en muchas ocasiones se utiliza como parte de la estrategia previa a la realización de un determinado negocio; no obstante que en ocasiones así se proceda, el objeto del contrato sigue siendo el mismo, sin importarnos el motivo determinante de la voluntad.

2. *Oneroso en contraposición a gratuito*:
   - El contrato de sociedad es oneroso, pues se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y ello se demuestra con las disposiciones que evitan la existencia de sociedades leoninas que en materia de sociedades mercantiles están reguladas en el *artículo 17* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, señalando que:

     > No producirán ningún efecto legal las disposiciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias.

3. *Conmutativo en contraposición a aleatorio*:
   - El *artículo 1838* del *Código civil para el Distrito Federal* señala que el contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.

     Partiendo de esta definición pudiera pensarse que el contrato de sociedad es aleatorio, pues la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida y eso no se sabe sino hasta que la sociedad inicia operaciones y empieza a reportar ganancias o pérdidas.

Se debe evitar esta confusión pues, aunque el texto del código es impreciso, lo que en realidad determina la aleatoriedad de un contrato es que no se sabe para quién serán las ganancias y para quién las pérdidas, siendo que en el contrato de sociedad sí se conoce.

4. *Plurilateral en oposición a bilateral y unilateral*:

   Esto es así por la pluralidad de personas que participan en el mismo, quienes para algunos no son partes, pues tienen intereses que confluyen, y para otros sí lo son en tanto que al celebrar el contrato negocian intereses contrarios.

3. Elementos de existencia del contrato de sociedad

3.1 Objeto

§139. El objeto del contrato de sociedad es crear una serie de derechos y obligaciones entre los socios de la sociedad para con los propios socios y de los socios para con la sociedad, así como la creación de una persona moral, y este objeto es distinto del objeto (finalidad) de la sociedad u objeto social.

El objeto indirecto del contrato es la aportación, la cual puede ser en dinero o en otros bienes y en ambos casos siempre implica la transmisión de la propiedad y los socios que hacen esta aportación son precisamente los capitalistas y finalmente, puede ser también una industria, ya que los socios que hacen este tipo de aportación son los *socios industriales*.

Otro elemento específico vinculado con el objeto es la participación de los socios o accionistas en las ganancias y pérdidas.

3.2 Consentimiento

§140. El consentimiento para el caso del contrato de sociedad, debe ser expreso, no obstante ello, pudiera ser tácito en el caso previsto por el *artículo 3* de la *Ley general de sociedades mercantiles* en su *tercer párrafo* referido al supuesto en el que la sociedad, sin estar constituida ante notario, se manifiesta como tal frente a terceros. Este caso será siempre de excepción. Otro elemento específico, es la participación de los socios o accionistas en las ganancias y pérdidas, de no haber este elemento estaremos en la presencia de una sociedad leonina y, por lo tanto, viciada, como ya se ha visto.

Al tiempo de estudiar el consentimiento debemos mencionar un elemento específico del contrato de sociedad, que es la *affectio societatis* o la decisión constante de mantenerse unidos los socios.

4. Elementos de validez del contrato de sociedad

4.1 Forma

§141. La forma del contrato de sociedad es la escrita y de acuerdo con lo dispuesto por el *artículo 5º* de la *Ley general de sociedades mercantiles* debe hacerse ante *notario* tanto la constitución como las modificaciones al contrato de sociedad. El *artículo 6º* de dicha ley establece los siguientes requisitos:

I. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad.

II. El objeto de la sociedad.

III. Su razón social o denominación.

IV. Su duración.

V. El importe del capital social.

VI. 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.

Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije:

VII. El domicilio de la sociedad.

VIII. La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores.

IX. El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social.

X. La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad.

XI. El importe del fondo de reserva.

XII. Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente.

XIII. Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.

Respecto de estos requisitos el *artículo 6º*, también señala: […] Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma.

El *artículo 7* de *Ley general de sociedades mercantiles* señala que: Si el contrato social no se hubiere otorgado en escritura ante *notario*, pero contuviere los requisitos que señalan las *fracciones I* a *VII* del *artículo 6°*, cualesquier persona que figure como socio podrá demandar en la vía sumaria (véase §89 y §105) el otorgamiento de la escritura correspondiente.

Lo planteado en el *artículo 7* no es otra cosa que la llamada acción proforma, y que no existe en materia de sociedades civiles, pues el *artículo 2691*, equivalente del *Código civil para*

el Distrito Federal (2691) señala: "La falta de forma prescrita para el contrato de sociedad, sólo produce el efecto de que los socios puedan pedir, en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido, y a falta de convenio, conforme al *capítulo V* de esta *sección*; pero mientras que esa 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".

Surge aquí la pregunta de si en virtud de lo que ha quedado dicho en el *artículo 7* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, permite que se celebre un contrato de sociedad verbalmente.

En principio la respuesta es sí, pues así lo autoriza el *artículo 7*; sin embargo, el problema será el método para probar dicha celebración, lo cual suena muy difícil aunque no imposible, pues podrán existir registros contables, movimientos bancarios y otro tipo de movimientos que permitan llegar al conocimiento de que se ha constituido una sociedad verbalmente.

El contrato social debe ser inscrito en el Registro público de comercio que no es un elemento de validez ni existencia, pues en México no tiene efecto constitutivo ni sustantivo sino que sólo genera oponibilidad frente a terceros, por lo que es un requisito de publicidad.

4.2 Capacidad

§142. Para celebrar el contrato de sociedad se requiere la capacidad general para contratar; es decir, aquella a la que se refiere el *artículo 1798* del *Código civil federal*; que se refiere a las personas que no están, lo que en los supuestos del *artículo 450* del mismo ordenamiento, a saber: que no sean menores de edad y que sean aptos para gobernarse, obligarse y manifestar su voluntad por sí o por cualquier otro medio.

El acto de constituir una sociedad mercantil es de disposición pues en cualquier caso habrá aportación ya sea en capital o en industria.

Un problema interesante es el referido a si un incapaz es apto para celebrar el contrato de sociedad por medio de sus representantes.

Es discutible si se puede o no celebrar este contrato por los representantes legales de los menores e incapaces, pues se trata de un acto de dominio, por lo que los padres en ejercicio de la patria potestad o los tutores no pueden celebrarlo, ya que son meros administradores. Sin embargo, si la sociedad se constituye por personas capaces, sí puede suceder que los menores llegaran a ser socios o accionistas de una sociedad mercantil, si por donación, herencia o legado, adquirieran las acciones o partes sociales respectivas.

En ese orden de ideas, también puede discutirse si las personas que son inhábiles para ejercer el comercio pueden ser accionistas o socios de las sociedades mercantiles.

Los únicos actos que —bajo ciertas circunstancias— atribuyen al que los realiza el carácter de comerciante son de mercantilidad condicionada por su fin (véase §33), por lo que siendo el contrato de sociedad (mercantil) un acto absolutamente mercantil, el estatus de socio o accionista no otorga al mismo, el carácter de comerciante.

Sin embargo, se debe evitar utilizar a las sociedades mercantiles para realizar actos en fraude a la ley (véase §86) en las condiciones que ya se señalaron, fuera de eso, la inhabilitación o incompatibilidad para ejercer el comercio no impide a una persona ser socio o accionista de una sociedad mercantil. Incluso, bajo esta perspectiva, una sociedad civil o aun una fundación o asociación, pudiera ser socio o accionista de una sociedad mercantil.

4.3 Ausencia de vicios

§143. A este respecto no hay reglas especiales y aplica tal cual la *teoría general de las obligaciones*.

4.4 Licitud en el objeto motivo o fin determinante de la voluntad (móvil jurídico concreto)[5]

§144. En este aspecto también aplica la *teoría general de las obligaciones*, aunque el *artículo 3* de la *Ley general de sociedades mercantiles* establece una regla especial al disponer:

> Las sociedades que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán nulas y se procederá a su inmediata liquidación, a petición que en todo tiempo podrá hacer cualquiera persona, incluso el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.
>
> La liquidación se limitará a la realización del activo social para pagar las deudas de la sociedad, y el remanente se aplicará al pago de la responsabilidad civil, y en defecto de ésta, a la *beneficencia pública* de la localidad en que la sociedad haya tenido su domicilio.

El *artículo 3* de la *Ley general de sociedades mercantiles* adolece de graves fallas:

- En primer lugar, la nulidad debe ser por situaciones previas o simultáneas a la celebración del contrato, por lo que dicha sanción no es aplicable al caso de que las sociedades […] *ejecuten habitualmente actos ilícitos* […] , sino que debería ser más bien resolución o rescisión.
- Por otro lado, la sanción es excesiva y confiscatoria, pues no restituye a los socios o accionistas ni siquiera su aportación.

5. Efectos del contrato de sociedad

§145. En general, surgen para los socios o accionistas diversas obligaciones, como realizar las aportaciones debidas o constituir las reservas legales; sin embargo, también existen derechos, los cuales se pueden clasificar en corporativos y económicos (que estudiaremos con cada uno de los distintos tipos sociales), aunque el efecto más importante del contrato de sociedad es, en definitiva, la creación de una persona moral. Otros efectos importantes son la aprobación de los estatutos sociales y el surgimiento del estatus de socio.

---

[5] Josserand, Louis, *Los móviles de los actos jurídicos en el derecho privado*, trad. Carlos Julio Latorre C. (traducido en 1939), Leyer, Bogotá, pp. 327-333.

5.1 Surgimiento de la personalidad jurídica

§146. El efecto principal del contrato de sociedad es precisamente la creación o el surgimiento de una persona moral; es decir, en el acto de celebrar un contrato de sociedad el derecho reconoce la cualidad de hacer surgir la personalidad jurídica para un ente distinto de una persona física.

Como ya se ha dicho, solamente el ordenamiento jurídico otorga la personalidad jurídica. En ese sentido, el *artículo 25* del *Código civil federal*, en su *fracción tercera* señala como personas morales reconocidas por la legislación civil, a las sociedades civiles y mercantiles.

Ahora bien, ¿cuál es el momento preciso en que surge esta personalidad? Existen aquí varias posturas que se analizarán por separado:

5.1.1 Primera postura
Inscripción en el Registro público de comercio

§147. La mayor parte de los doctrinarios de México, señalando al maestro Mantilla Molina, a Jorge Barrera Graf y a Walter Frisch[6] entre otros, consideran que la personalidad jurídica de las sociedades surge en el momento de su inscripción en el *Registro público de comercio*. Llegan a esta conclusión —errónea desde nuestro punto de vista— basados en el *artículo 2* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, que señala:

> Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro público de comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios, [...]

Asimismo, en su *segundo párrafo* establece:

> [...] Salvo el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro público de comercio.

5.1.2 Segunda postura
Exteriorización frente a terceros

§148. Esta postura afirma que surge la personalidad jurídica de una sociedad mercantil al momento en que esta sociedad se exterioriza frente a terceros.

Quienes llegan a esta conclusión lo hacen basados en el *párrafo tercero* del propio *artículo 2* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, que señala:

> Las sociedades no inscritas en el Registro público de comercio que se encuentren exteriorizadas como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica.

---

[6] Philipp, Frisch, *Sociedad...*, *op. cit.*, p. 85.

5.1.3 Tercera postura
Derecho comparado

§149. En el derecho español existen diversas etapas de constitución, hay en concreto dos momentos:

1. *Etapa de formación*:
   En la que la sociedad ya tiene personalidad y se pueden iniciar operaciones, estableciendo la ley para ese caso la responsabilidad subsidiaria de los socios.

2. *Registro de la sociedad*:
   Cuando la sociedad queda registrada en el Registro público de comercio o su equivalente y a partir de ese momento cesa la responsabilidad subsidiaria de los socios, y entonces se limita solamente al monto de las aportaciones.[7]

En el sistema original español, mientras la sociedad no está inscrita se considera como cooperativa o como sociedad civil y una vez inscrita se considerará como una sociedad mercantil; análogo a lo que sucede en España es lo que se establece en materia de responsabilidad en la *Ley general de sociedades cooperativas*, que es muy parecido.

5.1.4 Cuarta postura
Celebración del contrato social

§150. Finalmente, nosotros proponemos, aun cuando sea en contra de la doctrina dominante, la siguiente afirmación: La personalidad de las sociedades mercantiles *surge como regla general desde el momento en que se celebra el contrato social*,[8] para llegar a esta conclusión nos basamos en los siguientes argumentos:

1. El objeto principal del contrato, como ya se dijo antes, es justamente la creación de una persona moral.

---

[7] El maestro Vicent Chuliá señala al respecto:
1. El *artículo 15* de la LSA (Ley de sociedades anónimas) regula la situación de sociedad en formación, durante el periodo que transcurre entre cuando se otorga el contrato en escritura pública (sociedad constituida) y el de la inscripción en el Registro Mercantil (sociedad inscrita), cuando, aun teniendo los socios voluntad de inscribir la sociedad, consienten en la iniciación de operaciones sociales antes de inscribirla.
2. La LSA acoge aquí la doctrina alemana de la *sociedad en formación* o *presociedad*, que intentó superar el planteamiento prohibitivo del legislador, dirigido a impedir fraudes y abusos, que se remonta al *Código de comercio alemán de 1861* (prohibiciones de contratar con terceros, iniciar operaciones sociales, emitir o entregar acciones, etc.)[...].
[...] 5. Durante el periodo de sociedad en formación (antes de inscripción) el *artículo 15* LSA establece un régimen distinto para los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad, según las circunstancias de los mismos. Los celebrados por los fundadores en nombre propio, quedan fuera de la norma: en tal caso, sólo responden quienes lo celebraron.

[8] El emblemático maestro germano Konrad Kosack señala al respecto: [...] tan pronto han sido fijados los Estatutos por los fundadores y aceptadas las acciones, la sociedad anónima, si bien todavía incompleta se considera, sin embargo, como creada [...], y más adelante: [...] tan pronto la Sociedad anónima ha sido inscrita en el Registro mercantil, deviene una Sociedad anónima perfecta o completa [...]. Cosack, Konrad, *Tratado..., op. cit.*, pp. 109 y 110.

2. El contrato se perfecciona una vez que tiene elementos de existencia y de validez, por lo que si el contrato se ha perfeccionado, lo natural es que surta efectos. ¿Cuáles son sus efectos? La creación de una persona moral.

3. A partir de que el contrato social se celebra existen diversos elementos como el nombre, la capacidad, el domicilio, la nacionalidad y el patrimonio, los cuales son atributos de la personalidad y como tales son inseparables de la persona, por lo que no pueden existir de manera separada a la persona.

4. Hablando del patrimonio, que se acaba de señalar entre los atributos de la personalidad, diremos que desde la celebración del contrato de sociedad existe un capital social y, por tanto, los socios en ese momento ya tienen la obligación para con la sociedad de hacer las aportaciones respectivas, o bien, si hacen aportaciones desde la celebración del contrato, entonces la sociedad tendrá ya su primer pasivo (si hay pasivo es porque hay patrimonio y si hay patrimonio es porque hay personalidad) y lo que es más contundente aún, es que si el pago o si la aportación es en *especie* esta aportación *tendrá efectos traslativos* y entonces surge la interrogante, ¿si no hay persona moral hasta la constitución, entonces a quién se les transmiten esos bienes habida cuenta de que precisamente el acto en que se hace la aportación que es el contrato constitutivo y que por ello tiene carácter traslativo?

5. Si en el acto por el que se constituye la sociedad se otorgan poderes, a partir de ese momento los apoderados están facultados y legitimados para actuar en representación de la sociedad y, por tanto, de obrar con eficacia en patrimonio ajeno. Para que esa representación tenga lugar, es necesario que exista personalidad jurídica.

6. El Registro público de comercio es, en el derecho mexicano, por regla general declarativo y sólo por excepción es constitutivo, como las excepciones a las reglas generales deben ser expresas, y no encontramos en este caso un texto que así lo señale, consideramos que a este respecto el efecto del registro es también declarativo, con la única novedad del *efecto sanatorio pleno* (véase §153).

7. El *artículo 2*, cuando establece que las sociedades mercantiles inscritas en el Registro público de comercio *tendrán personalidad jurídica*,[9] está haciendo tal afirmación pero no le está negando la personalidad a las sociedades mercantiles no inscritas en el Registro público de comercio; asimismo, diremos que lo establecido en el *párrafo segundo* de dicho artículo en el sentido de que una sociedad que ha sido ya inscrita en el Registro público de comercio no podrá ser declarada nula, sí es una

[9] Quienes basados en este artículo, buscan deducir que la personalidad jurídica surge con la inscripción del Registro público de comercio (RPC), lo hacen basados en la interpretación *a contrario sensu*, pues dicen: [...] si las sociedades mercantiles inscritas en el RPC tendrán personalidad jurídica; *a contrario*: si no están inscritas no la tienen. Estos intérpretes se han olvidado de que el argumento *a contrario sensu* sólo es aplicable tratándose de normas de carácter excepcional, como se ha explicado, siguiendo a Francesco Messineo al estudiar el tema de la interpretación.

excepción a lo declarativo del Registro público, pero no está diciendo que hasta ese momento surja la personalidad sino que está afirmando que a partir de ese momento no puede ser atacado el acto constitutivo de nulidad (véase §72).

Con base en estos argumentos, se concluye que, por regla general, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles inicia con la celebración del contrato social.

Ahora bien, lo que se afirma es una regla general; sin embargo, ésta admite una excepción y se encuentra establecida en el *tercer párrafo* del *artículo 2* de la *Ley general de sociedades mercantiles* y que se refiere al caso en el que las sociedades *se hayan exteriorizado como tales frente a terceros*, a las cuales se les reconoce personalidad jurídica aunque no estén inscritas en el Registro público de comercio o no constar en escritura pública.

Esta excepción la establece la ley a efecto de proteger a terceros con los que la sociedad pudiera celebrar negocios antes de estar constituida conforme a derecho.

El carácter de excepción del precepto es discutible, pues en términos generales para que se diera la exteriorización señalada debería haber algún acuerdo previo entre los accionistas, cuando menos tácito; de ahí que al hablar del consentimiento como elemento de existencia del contrato social, señalamos la posibilidad de que éste se diera tácitamente.

Ahora bien, en este último caso de excepción, ¿qué sucede cuando se ha exteriorizado la sociedad frente a terceros y no se ha realizado la escritura correspondiente?

En este caso tenemos que distinguir dos situaciones:

- Si existen los elementos esenciales de la sociedad entonces procede la acción proforma en términos del *artículo 7* de la *Ley general de sociedades mercantiles*.
- Si no los hay debemos concluir que debe proceder la liquidación, no obstante que la ley diga que debe ser nula, pues en materia societaria es la forma en que opera la nulidad.

5.2 Aprobación de los estatutos

§151. El conjunto de normas convencionales que describen y regulan a la sociedad constituyen los estatutos sociales y la integración de éstos está descrita en el *artículo 6* de nuestra ley societaria, de los cuales, los esenciales han sido ya estudiados.

En su conjunto, los estatutos establecen las reglas aplicables a los socios en asamblea, a la administración, la vigilancia y, en general, a toda la vida de la sociedad, especificando el contenido de la ley a la sociedad en particular.

Frecuentemente, tanto en la doctrina como en el derecho comparado y en la práctica corporativa y notarial se habla de *estatutos*, independientemente del contrato de sociedad. Consideramos que esto no debe ser así, pues los estatutos forman parte integrante del contrato y no pueden coexistir fuera del mismo, así lo señala el insigne maestro Vivante

al afirmar: […] se debe reconocer que aun teniendo funciones distintas, son partes integrantes del mismo acto, ya que si el acto constitutivo es un contrato, los estatutos forman simplemente uno de sus elementos. Los estatutos deben necesariamente redactarse y votarse juntos con la escritura de constitución, porque no se puede concluir un contrato si simultáneamente no se establecen todos los elementos sobre los que debe reunirse el consentimiento de los contratantes. Uno no tiene eficacia jurídica cuando el otro no lo completa: *instrumento constitutivo*, porque no indica el futuro ordenamiento de la *sociedad*; los *estatutos*, porque no contienen el *contrato* y principalmente la expresión de los accionistas contratantes y de sus aportaciones. Precisamente por su unidad orgánica, la ley quiere que dichos dos documentos vayan siempre unidos […].[10]

Con el mismo argumento consideremos apropiada la costumbre de incluir a los estatutos como parte de la escritura y no como un anexo de la misma, aunque no es tampoco grave hacerlo como anexo, pues éstos se entienden —al menos en el ámbito notarial— como parte integrante de la escritura.

5.3 Surgimiento del estatus de socio

§152. Con la celebración del contrato de sociedad, los suscriptores del mismo adquieren el estatus de socio; es decir, el complejo de derechos y obligaciones que tiene el contratante por virtud del cual mantiene su voluntad constante de estar ligado a los demás socios (*affectio societatis*), se obliga frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales en términos del contrato y goza de las prerrogativas del socio.

6. Sociedad de hecho e irregular

§153. La *sociedad de hecho* es la que existe, aunque no cubra los requisitos formales y de publicidad que exige la ley. El caso regulado por la ley es de las sociedades irregulares, las cuales según se desprende del *artículo 2* de la *Ley general de sociedades mercantiles* son las que existiendo como sociedades, han incumplido el requisito de su inscripción en el Registro público de comercio, haya escritura pública o no la haya.

Para el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez: […] no son lo mismo las sociedades irregulares y las de hecho, pues estas últimas son las sociedades nulas, simuladas o puramente internas.[11]

Respetamos su punto de vista, aunque lo cierto es que la ley no trata ese tema, ni la doctrina de forma unánime.

Volviendo al tema de las sociedades irregulares, cabe preguntar, ¿cuál es el efecto de la inscripción en dicho registro?

---

[10] Vivante, César, *Tratado…*, *op. cit.*, volumen II, p. 191.

[11] *Cfr.* Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Las sociedades…*, *op. cit.*, p. 82.

De lo que hemos dicho antes (véase §150), debemos afirmar que el registro no otorga personalidad jurídica. Ahora bien, el *artículo 2* de la *Ley general de sociedades mercantiles* señala: Salvo en el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro público de comercio, a esto se le llama *efecto sanatorio pleno* y tiene como antecedente el trámite de homologación judicial a que debían ser sometidos los estatutos de las sociedades mercantiles antes de la reforma de 1992, pero que sigue existiendo en la legislación vigente.

Sería posible pensar que ha perdido razón de ser este *efecto sanatorio*, sin embargo, consideramos que la razón de fondo por la que el mismo existe en la inscripción del Registro público de comercio es la protección a terceros, toda vez que, a guisa de ejemplo, si un tercero, para conocer la situación jurídica que guarda una sociedad con la que va a contratar, o respecto de la cual va adquirir participación, solicita y obtiene la información del Registro público de comercio, en la cual consta que dicha sociedad está perfectamente constituida, la ley considera que debe ser protegido, y en consecuencia dispone que dicha sociedad no puede ser nula. En caso contrario, podría darse el supuesto de que, habiendo obrado con toda responsabilidad ese tercero (pues consultó debidamente el registro), resulte perjudicado en virtud de una eventual nulidad de la sociedad.

Independientemente de cuál sea el motivo de esta disposición, ya sea por mera reminiscencia histórica o bien que tenga aún una motivación vigente de la ley, consideramos que es aplicable el llamado *efecto sanatorio pleno*.

Respecto de estas sociedades irregulares el *artículo 2º* de la LGSM establece 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 disposiciones de esta ley según la clase de sociedad de que se trate.

En relación con los representantes de la sociedad el *artículo 2º* también señala:

> 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 sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resulten perjudicados.

El *artículo 2º* parece estar en franca contraposición a lo dispuesto en el mismo sentido por el *artículo 7* del reglamento del Registro público de comercio, que en su *párrafo tercero* prescribe:

> Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad antes del registro de la escritura constitutiva contraerán frente a terceros responsabilidad ilimitada y solidaria por dichas operaciones.

Vemos entonces que el *artículo 2* señala la responsabilidad frente a terceros como subsidiaria, solidaria e ilimitadamente; mientras que el *artículo 7* la señala como ilimitada y solidaria.

En este caso de conflicto de leyes debemos decir que la redacción del *artículo 2* tal como la conocemos data del 2 de febrero de 1943, mientras que el texto del *artículo 7* es original del tiempo de la publicación de la ley, por lo que siendo el texto del *artículo 2* posterior, diremos que la ley posterior deroga a la anterior y, por tanto, es aplicable la responsabilidad, subsidiaria, solidaria e ilimitada, aclarando que es subsidiaria respecto de la sociedad, solidaria respecto de los demás representantes e ilimitada en cuanto a que no se restringe a un cierto monto.

Finalmente, el último párrafo del *artículo 2* señala:

> [...] 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.

Capítulo V

Representación de las sociedades mercantiles

1. Concepto y aplicación

§154. Para abordar este tema recordemos rápidamente algunos conceptos del derecho civil:

- *Representación*:
  - La *representación* es la facultad de obrar a nombre y por cuenta de otro, o bien, el reconocimiento hecho por la norma a una persona para actuar con eficacia en la esfera jurídica ajena, a nombre y por cuenta del titular de dicha esfera jurídica.

La representación puede ser voluntaria, legal y orgánica. La voluntaria es otorgada por la persona en cuya esfera jurídica va a actuar el representante. La legal es otorgada por la ley. La orgánica la tienen los órganos de las sociedades respecto de las propias sociedades.

Recordemos también que la *teoría de los órganos*, la cual es seguida por nuestro ordenamiento legal, señala que las sociedades actúan como organismos vivos a través de sus órganos.

Artículo 27 del Código Civil para el Distrito Federal señala al respecto:

> Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.

Por su parte el:

Artículo 10 de la *Ley general de sociedades mercantiles* ordena:

> La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o a sus 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 cual se desprende que, como se dijo antes, el objeto establece el alcance de las facultades de los administradores y no de la capacidad de goce, como afirman algunos doctrinarios. Ahora bien, ¿qué es lo que exactamente pueden hacer los administradores?

Ha sido un tema largamente discutido por la doctrina en diferentes países: la determinación de las características y los alcances del llamado *acto de administración*.

El maestro francés Julien Bonnecase[1] ha sido especialmente atinado en su opinión al respecto y ha resuelto el problema juzgando dicho tipo de actos según el patrimonio de que se trate. De acuerdo con esta teoría existen tres tipos de patrimonio:

1. *Patrimonio de derecho común*:

   §155. Es el que tiene cualquier persona física o persona moral de carácter civil, en los cuales se busca que el patrimonio tenga estabilidad. En estos casos un administrador podrá realizar los actos necesarios para conservar el contenido del patrimonio sin poder disponer de los bienes que lo integran y sin poder comprometerlos o ponerlos en riesgo. Sin embargo, no necesariamente coincide el *disponer* con *enajenar*, pues lo que se busca en el acto de administración es la preservación del elemento capital, por lo que dentro de este mismo género de actos es perfectamente entendible enajenar los frutos que produce una cosa, pues no obstante ello, el elemento capital sigue intacto.

2. *Patrimonio de explotación*:

   §156. En ese tipo de patrimonio se busca especular, y aun cuando ello implique riesgo para el elemento capital. Se pretende obtener ganancias y lucro en una proporción mayor a la que se da en el patrimonio de derecho común. En este tipo de patrimonio el autor francés llama al acto de administración *acto de gestión*, que es el mismo acto de administración cuando se trata del patrimonio de un comerciante. Así, un acto será de *gestión* (o administración) en tanto se cumpla con la finalidad especulativa de dicho patrimonio; es decir, se podrá disponer de los bienes y derechos que lo integran e incluso poner en riesgo su estabilidad siempre y cuando el objeto o la finalidad de dicho patrimonio se cumpla o al menos se tienda a cumplir.

3. *Patrimonio en liquidación*:

   §157. Es aquel patrimonio que busca la realización del activo social a través del pago de las deudas y la venta de los bienes en especie, para poder obtener una cantidad líquida. En este tipo de patrimonio, los actos de administración serán todos los que tiendan a lograr la realización de dicho activo así como la obtención de numerario, por ser repartido a los beneficiarios que correspondan.

[1] *Cfr.* Bonnecase, Julien, *Las perdonas en el derecho civil*, Leyer, Bogotá, pp. 179-201.

La principal crítica que se le ha hecho a esta doctrina en México es la de no estar prevista en ley, pero debemos decir que esta doctrina la deduce Bonnecase de la legislación francesa, en las materias en que se presenta la representación (en cualquiera de sus variantes), por ejemplo en la tutela y la patria potestad, en el mandato y las sociedades y en otras instituciones que son —todas ellas— de trato análogo en la legislación mexicana respecto de la legislación francesa, y por ello consideramos que dicha teoría sí es también aplicable en el derecho mexicano.

A las sociedades mercantiles debemos ubicarlas dentro de la segunda clasificación; es decir, del patrimonio de explotación (cuando menos hasta el momento en que entran en estado de liquidación), de ahí que sea tan lógica la redacción del primer párrafo del *artículo 10* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, pues entonces debemos decir que los administradores pueden hacer todas las actividades que sean inherentes o necesarias para el cumplimiento de su objeto, sin que importe que alguno o algunos de esos actos pudieran ser considerados en un patrimonio de derecho común como actos de disposición.

Ahora bien, en adición a lo establecido por esta doctrina, nos parece conveniente determinar una división más entre *activo fijo* y *circulante*, para entender la forma en que debe considerarse el cumplimiento del objeto respecto de los bienes del patrimonio que vayan a ser objeto indirecto de los actos jurídicos que hayan de realizar los administradores.

Esto porque es común que, por la costumbre mexicana de hacer objetos sumamente amplios, se establezca entre las finalidades de la sociedad la de, por ejemplo, *adquirir y enajenar todo tipo de bienes, ya sean muebles o inmuebles*, lo que nos daría a entender que, en consecuencia, los administradores de la misma y todos los apoderados facultados para realizar actos de administración, podrían enajenar cualquier bien de la sociedad.

Lo anterior es parcialmente cierto, pero tiene sus excepciones:

Supongamos que entre los bienes de dicha sociedad, que pudiera tener el objeto de ser titular de una empresa inmobiliaria, se encuentra un inmueble en el que están establecidas sus oficinas corporativas, en ese caso es de dudosa atingencia afirmar que el administrador podrá enajenar dichos bienes.

Nos parece que deben evitarse este tipo de excesos, y por ello es mejor sólo incluir en el objeto la sustancia de lo que será la finalidad de la sociedad sin profundizar en todas y cada una de las actividades que podrá realizar la sociedad.

No obstante, como consecuencia de resoluciones jurisprudenciales, en México se ha optado por enumerar todas y cada una de las actividades que las sociedades puedan realizar, pues además se ha considerado muchas veces el objeto como limitación de la capacidad de goce y por ello existe la tendencia a ser sumamente específico al respecto.

Consideramos esta última postura como equivocada, pues lleva al exceso antes señalado y por ello consideramos mejor señalar el objeto principal y en todo caso, para evitar artimañas de los litigantes, expresar en lo que se conoce en el oficio notarial como

desarrollo del objeto y que se acostumbra poner en seguida del objeto social, las actividades que puede realizar el administrador, que deberán ser siempre tendientes al cumplimiento del fin principal de la sociedad.

En términos generales y utilizando palabras contables, podemos decir que los bienes que integren el *activo fijo* de la sociedad normalmente no serán destinados a la explotación de la misma, pues son un elemento estable de dicho patrimonio; mientras que los que integren el *activo circulante* sí servirán para ello y, por tanto, los administradores sí podrán realizar actos que en un patrimonio de derecho común serían de disposición, y que en este patrimonio son actos de administración o de gestión.

De acuerdo con lo dicho en los últimos párrafos consideramos adecuado tomar las siguientes previsiones al respecto, al redactar contratos de sociedad:

1. Establecer de manera clara el objeto principal de la sociedad.
2. Por separado, en el *desarrollo del objeto* especificar todas las actividades que pueden realizar los administradores y aclarar que esto será así en lo que fuere necesario para la consecución de dicho objeto.
3. Estipular en el contrato que los actos de disposición (que por virtud del tipo de patrimonio, en realidad sean de *administración* o de *gestión*) se deberán referir exclusivamente a los bienes que integren el activo circulante de la sociedad.

2. Doctrina de los *actos ultra vires*

§158. Es importante hablar de los *actos ultra vires* que son definidos por la doctrina como los actos realizados fuera del objeto. Esta doctrina, que ha venido cayendo poco a poco en desuso y que es postulada por el derecho anglosajón, busca dar una solución a la consecuencia de los actos realizados más allá del objeto de la sociedad, de ahí la expresión *ultra vires* que significa más allá de sus fuerzas (*ultra* = más allá y *vires* = fuerza).

De acuerdo con esta doctrina, la actividad de la sociedad se encuentra limitada por el objeto de la misma (está limitada su capacidad de goce), y todos los actos que se realicen fuera del objeto serán nulos por falta de capacidad.

Para efectos prácticos, lo que nos interesa respecto de estos *actos ultra vires* es la consecuencia de su realización y aquí nuevamente tenemos diversas posturas:

Si consideramos que en realidad se trata de una falta de capacidad de goce (ya hemos dicho que no compartimos esa postura), entonces estaremos frente a una nulidad relativa (*artículo 2228* del *Código civil para el Distrito Federal*); aunque hay doctrinarios como Jorge Barrera Graf[2] que señalan que lo que genera es una inoponibilidad, postura que respetamos, pero para la cual no encontramos fundamento.

[2] Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, p. 581.

Como hemos dicho (véase §113), consideramos que el objeto delimita las facultades de los administradores y no la capacidad de goce de las sociedades.

Así pues dejemos a un lado esta cuestión para tratar el tema de los actos realizados en exceso de facultades, pues consideramos que, en virtud de todo lo ya explicado, resulta como corolario que los llamados *actos ultra vires* deben tener el mismo trato que los actos realizados en exceso de facultades.

3. Actos realizados en exceso de facultades

§159. A este respecto, hablamos de actos que realizan los representantes de las sociedades fuera de las facultades que les fueron otorgadas. Parece que podríamos aplicar aquí el *artículo 2568* del *Código civil federal* que impone para los mandatarios que excedan sus facultades, la obligación de responder por daños y perjuicios tanto al mandante como al tercero (si éste lo ignorara) y el mandante tiene la opción de ratificar el acto realizado o dejar la obligación a cargo del mandatario; así pues, parece que los actos que realicen los administradores en exceso de su facultades los obligarán a responder por daños y perjuicios frente a la sociedad y frente al tercero con el que contraten —en su caso— y quedará la opción para la sociedad de ratificar o no el acto ejecutado.

Ahora bien, volviendo al tema de los *actos ultra vires*, si se concluyó que el objeto limita las facultades de los administradores y los administradores son representantes orgánicos o necesarios de la sociedad, a final de cuentas el acto realizado fuera del objeto es en realidad un *acto realizado en exceso de facultades* y, por tanto, debemos concluir que en ambos casos debe darse la misma sanción.

4. Otorgamiento y prueba de la representación

§160. En los párrafos *segundo* a *cuarto* del *artículo 10* de la *Ley general de sociedades mercantiles* se establecen las condiciones para otorgar y acreditar la representación orgánica de las sociedades. Estudiemos el texto de dichos párrafos:

Artículo 10 de la *Ley general de sociedades mercantiles*:

> Para que surtan efecto los poderes que otorgue la sociedad mediante acuerdo de la asamblea o del órgano colegiado de administración, en su caso, bastará con la protocolización ante notario de la parte del acta en que conste el acuerdo relativo a su otorgamiento, debidamente firmada por quienes actuaron como presidente o secretario de la asamblea o del órgano de administración según corresponda, quienes deberán firmar el instrumento notarial, o en su defecto lo podrá firmar el delegado especialmente designado para ello en sustitución de los anteriores.

Es importante señalar que dicha protocolización es necesaria para que tal otorgamiento surta eficacia; sin embargo, no existe *acción pro-forma*, pues el acto que nos ocupa es esencialmente revocable.

Artículo 10, *tercer párrafo* señala:

> El notario hará constar en el instrumento correspondiente, mediante la relación, inserción o el agregado al apéndice de las certificaciones, en lo conducente, de los documentos que al efecto se le exhiban, la denominación o razón social de la sociedad, su domicilio, duración, importe del capital social y objeto de la misma, así como las facultades que conforme a sus estatutos le correspondan al órgano que acordó el otorgamiento del poder y, en su caso, la designación de los miembros del órgano de administración.

Cuarto párrafo más adelante señala:

> Si la sociedad otorgare el poder por conducto de una persona distinta de los órganos mencionados, en adición a la relación o inserción indicadas en el párrafo anterior, se deberá dejar acreditado que dicha persona tiene las facultades para ello.

4.1 Protocolización de actas

Importante cuestión es conocer el alcance que tiene la intervención del notario, sobre todo tratándose de la *protocolización de actas*. El notario puede realizar dos tipos de instrumentos notariales:

1. *Escrituras*:
   - Consignan actos jurídicos en los que el notario redacta las cláusulas, en términos jurídicos, pero sujetándose a la voluntad de los clientes.
   - En éstas el notario es *autor* de la configuración misma del acto y de su clausulado.

2. *Actas*:
   - En ellas el notario da fe de hechos, situaciones o declaraciones (hechos jurídicos) que le constan o que se le manifiestan.

En general, la protocolización en sentido estricto (porque en sentido amplio ésta se refiere a elevar a protocolo cualquier hecho o acto), se considera como un *acta notarial*, y por lo tanto el notario se limita a transcribir, agregar al apéndice o relacionar los documentos que para dicho efecto se le presentan.

La protocolización de documentos se utiliza generalmente con la finalidad de conservarlos en una matriz, de la cual se harán numerosas reproducciones sin que se afecte el original. En el caso de la protocolización de actas se busca además, lograr la eficacia de un nombramiento, cumplir con una formalidad, o bien convertir el documento en auténtico a efecto de lograr su inscripción en algún registro público. En el caso de protocolización de actas estamos justo en el límite de la diferencia entre actas y escrituras, pues aunque se consignan en ellas generalmente actos jurídicos al parecer éstos se configuran al resolverse así en la asamblea, de lo que toma nota el secretario y finalmente, el notario sólo hace constar que se presenta el acta levantada por el secretario y lo hace constar en el instrumento.

De lo anterior diremos que dicho instrumento parece ser un acta y en ese sentido, los siguientes artículos de la *Ley del notariado para el Distrito Federal* establecen:

Artículo 128 de la *Ley del notariado para el Distrito Federal*:

> Entre los hechos por los que el notario debe asentar un acta, se encuentran los siguientes:
>
> V. Protocolización de documentos [...].

Artículo 136:

> Para la protocolización de un documento, el notario lo insertará en la parte relativa del acta que al efecto se asiente mediante su transcripción o la reproducción de su imagen en la forma prevenida por el *artículo 85*, o lo agregará al apéndice en el legajo marcado con el número de acta y bajo la letra o número que le corresponda.

Artículo 137:

> No podrá protocolizarse el documento cuyo contenido sea contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres. Ni tampoco podrá protocolizarse el documento que contenga algún acto que conforme a las leyes deba constar en escritura o por acuerdo de partes, en término del artículo anterior.

Artículo 138:

> Los nombramientos, poderes y facultades, que consten en actas de reuniones legalmente celebradas por órganos de personas morales o comunidades o agrupaciones en general, *tendrán efectos aunque no fueren conferidos en escritura por la simple protocolización de dichas actas*, siempre que conste la rogación específica de quien haya sido designado delegado para ello en la reunión de que se trate, se cumplan los requisitos específicos para la validez de la asamblea o junta respectiva y el notario certifique que no tiene indicio alguno de su falsedad. Al instrumento relativo *le será aplicable lo establecido* en el apartado correspondiente *a las escrituras* dentro de esta sección.

Este artículo suple las exigencias de la legislación para la formalidad de un poder o mandato, en el caso de que para estos últimos sea requerida la escritura pública. Por otro lado, el *artículo 102* del ordenamiento en cita, que se refiere a las escrituras señala:

Artículo 102:

> El notario redactará las escrituras en español, sin perjuicio de que pueda asentar palabras en otro idioma, que sean generalmente usadas como términos de ciencia o arte determinados, y observará las reglas siguientes:
>
> IX. En las protocolizaciones de actas que se levanten con motivo de reuniones o asambleas, se relacionarán únicamente, sin necesidad de transcribir, o transcribirán los antecedentes que sean necesarios en concepto del notario para acreditar su legal constitución y existencia, así como la validez y eficacia de los acuerdos respectivos, de conformidad con su régimen legal y estatutos vigentes, según los documentos que se le exhiban al notario.

Así encontramos que la legislación notarial es ambigua, pero, de un estudio sistemático de todo lo anterior, podemos obtener las siguientes conclusiones:

1. La *protocolización de actas de asamblea* y similares es notarialmente un acta.
2. No obstante ello, el notario debe verificar que los actos en ella contenidos sean acordes a la legislación que las regula.

3. En el caso de poderes, que por ley deban constar en escritura pública, la *Ley del notariado para el Distrito Federal* considera como suficiente que se haga la protocolización, pero señala que al efecto se deben seguir las disposiciones que establece la ley para las escrituras.
4. En la legislación notarial, en general, no obstante que *protocolizar* implica que sólo se presente el acta al notario y éste la agregue de alguna manera a su protocolo, sí se busca que el notario se cerciore de la validez de los acuerdos tomados y de la legalidad de los mismos y, en el aspecto formal, que se cumpla con todos los requisitos previstos para las escrituras.

Capítulo VI

Socios y sociedades respecto de los acreedores de ambos

§161. El estatus de socio trae consigo un complejo de derechos y obligaciones de diversa naturaleza que no sólo han de ser analizados en referencia a los socios y la sociedad, sino que también deben estudiarse respecto de los terceros y su relación con los socios y la sociedad.

Tratemos primero el tema *de los acreedores de la sociedad contra los socios*, aquí se citan los *artículos 24*, *13*, *14* y *15* de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*.

Artículo 24:

> La sentencia que se pronuncie contra la sociedad condenándola al cumplimiento de obligaciones respecto de tercero, tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios, cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad. En este caso, la sentencia se ejecutará primero en los bienes de la sociedad y sólo a falta o insuficiencia de éstos, en los bienes de los socios demandados.
>
> Cuando la obligación de los socios se limite al pago de sus aportaciones, la ejecución de la sentencia se reducirá al monto insoluto exigible.

Para los socios que entran en una sociedad, nuestra ley, señala:

Artículo 13:

> El nuevo socio de una sociedad ya constituida responde de todas las obligaciones sociales contraídas antes de su admisión, aun cuando se modifique la razón social o la denominación. El pacto en contrario no producirá efecto en perjuicio de terceros.

Si es el caso de separación o exclusión de un socio, los *artículos 14* y *15* de la LGSM, señala las siguientes obligaciones:

Artículo 14:

> El socio que se separe o fuere excluido de una sociedad, quedará responsable para con los terceros, de todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión. El pacto en contrario no producirá efecto en perjuicio de terceros.

Artículo 15:

> En los casos de exclusión o separación de un socio, excepto en las sociedades de capital variable, la sociedad podrá retener la parte de capital y utilidades de aquél hasta cumplir con las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión o separación, debiendo hacerse hasta entonces la liquidación del haber social que le corresponda.

Por lo que se refiere a las relaciones de los acreedores de los socios para con la sociedad, aquí citamos el *artículo 23*, *primero*, *segundo* y *tercer párrafo*.

Artículo 23:

> Los acreedores particulares de un socio no podrán, mientras dure la sociedad, hacer efectivos sus derechos sino sobre las utilidades que correspondan al socio según los correspondientes estados financieros, y, cuando se disuelva la sociedad, sobre la porción que le corresponda en la liquidación. Igualmente, podrán hacer efectivos sus derechos sobre cualquier otro reembolso que se haga a favor de los socios, tales como devolución de primas sobre acciones, devoluciones de aportaciones adicionales y cualquier otro semejante.
>
> Podrán, sin embargo, embargar la porción que le corresponda al socio en la liquidación y, en las sociedades por acciones, podrán embargar y hacer vender las acciones del deudor.
>
> Cuando las acciones estuvieren caucionando las gestiones de los administradores o comisarios, el embargo producirá el efecto de que, llegado el momento en que deban devolverse las acciones se pongan éstas a disposición de la autoridad que practicó el embargo, así como los dividendos causados desde la fecha de la diligencia.

Capítulo I

SECCIÓN SEGUNDA
TIPOS SOCIALES EN PARTICULAR

Sociedad anónima

1. Historia

§162. A diferencia de otros tipos de sociedades, no se encuentran antecedentes de la sociedad anónima ni en los pueblos primitivos ni en la antigüedad. Se ha querido señalar, como menciona el maestro español José María Martínez de Val que […] un antecedente romano del tipo social que nos ocupa fue la *societas vectigalium publicorum* que tenía carácter corporativo y cuyos derechos sociales eran fácilmente transmisibles,[…],[1] sin embargo, según el mismo autor, no tenía las características esenciales de esta sociedad, y además, lo que para nosotros es más grave; no tenía personalidad jurídica.

Por otro lado, tanto en Grecia como en Roma existieron bancos privados, pero no se puede probar que hayan funcionado con un régimen similar a las sociedades anónimas modernas.

Un verdadero antecedente de la sociedad aparece en la Italia bajo-medieval, concretamente en Génova, a partir del año 1407, donde la Casa de San Giorgio (luego Banco de San Giorgio) dividió su capital en partes iguales y transmisibles y limitó la responsabilidad de sus socios al importe de su participación en tal empresa. Tuvo la categoría de corporación pública e incluso tuvo la facultad de emitir billetes y garantizar empréstitos de la República Genovesa.

[1] Martínez de Val, José María, *Derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 128.

Muchos años después surge en Milán el Banco de San Ambrosio (1592) que posteriormente se convirtió en banco por acciones y es en ese tiempo (1598), cuando suele fijarse el nacimiento de la sociedad anónima, la cual a partir de entonces se ha convertido en el principal vehículo del comercio y en estandarte del capitalismo.

Como origen de la sociedad anónima se habla también de las compañías colonizadoras holandesas, las cuales eran verdaderas corporaciones mercantiles, aunque fueran entes de derecho público creadas por cartas otorgadas por el Estado, y tuvieran un estatus especial dotado de una cierta soberanía. Este régimen fue copiado por Inglaterra, Suecia, Dinamarca y Francia durante el siglo XVII.

Para Garrigues en el derecho de tradición hispana, según señala Martínez de Val están: […] la de Guipúzcoa para el tráfico con Caracas, la de Cádiz para el de Filipinas y las de La Habana (1740), y otras surgidas también en el siglo XVIII, en Granada, Sevilla y Barcelona […].[2] La sociedad anónima como tal ya fue regulada por el primer código de comercio español conocido como *Código Sáinz Andino*.

En México la sociedad anónima fue regulada por el *Código Lares*, así como por los códigos de comercio tanto de 1884 como de 1889, pasando después a ser regulada por la *Ley general de sociedades mercantiles*.

Legislativamente la sociedad anónima ha pasado por tres etapas fundamentales en derecho comparado:

a) Una primera etapa, en la que se constituyen por órdenes del Estado que mediante una carta fundacional se rigen por derecho público, el Estado tiene parte del capital, y tienen algo parecido a la soberanía.

b) Una segunda etapa, en la que ya son *sociedades de derecho privado*, y tienen las notas esenciales que conservan actualmente, pero requieren para su constitución alguna autorización administrativa o judicial.

c) Una tercera etapa, en la que queda prácticamente en manos de los particulares la *constitución de la sociedad*, sólo siendo necesaria alguna inscripción en registro o trámite administrativo equivalente.

Esto no implica que la regulación de las sociedades anónimas haya salido totalmente de las disposiciones de orden público, pues son tales los intereses que para la economía general pueden estar involucrados en este tipo de sociedades, que en general la doctrina ha considerado que cuando la ley establece mínimos, debe entenderse que se trata de disposiciones de orden público.

Para entender claramente el desarrollo de la sociedad anónima es indispensable comprender el origen de la acción como lo señala el maestro Garrigues […] el concepto primordial de la sociedad anónima (SA) es el concepto de la acción […].

[2] *Ibíd,* p. 129.

Porque, según aclara Barrera Graf: […] en efecto, en función de ella se estructura y funciona la compañía, y es ella la que otorga al socio su carácter de tal, y le permite el ejercicio de los múltiples derechos corporativos que adquiere al ingresar a la sociedad.[3]

El maestro italiano Nicola Gasperoni nos refiere acerca del particular: "La investigación histórica ha demostrado que la palabra acción, que se encuentra mencionada ya en antiguos documentos del siglo XV se usó por primera vez en Holanda en los albores del siglo XVI, con el significado de *fracción del capital social*, por las grandes compañías creadas para la conquista y aprovechamiento de las colonias de ultramar y como muy probablemente aquellas compañías tuvieron su origen en el condominio naval, puede adelantarse la hipótesis de que la acción se derive históricamente de los *carati*, esto es, de las cuotas de aquella comunidad naval […]".[4]

De acuerdo con el propio Gasperoni, […] de manera análoga a la *letra de cambio*, que de ser un documento probatorio del *contrato de cambio trayecticio*, y que después, al necesitar de la aceptación de la persona obligada y poder cederse mediante la firma del beneficiario, se terminó por convertir en un *título de crédito independiente*; la acción nació como un documento probatorio de los empréstitos que se otorgaban por los bancos italianos garantizados por las ciudades (tal como sucedía con el Banco de San Giorgio), que eran llamados *biglietti di cartulario* o *cartulas*.

Posteriormente, las grandes compañías colonizadoras emitieron *acciones* que eran análogas a los *biglietti* y eran también meros documentos probatorios de los intereses que las personas y los Estados tenían en dichas compañías.

Con el auge de estas compañías se hizo común la cesión de esos derechos y se entregaban dichos documentos para facilitar estas negociaciones. De esa forma pronto hubo una consustancialidad del título con el derecho o *estatus* de socio de dichas compañías y pronto se convirtieron en *títulos de crédito*.

"La comparación —señala Gasperoni— entre la evolución histórica de la *letra de cambio* y de la *acción* viene indirectamente en apoyo de la sistematización que hacemos al colocar *la acción* entre los *títulos de crédito* y demuestra cómo, en general, todos los títulos de crédito fueron en su origen *documentos probatorios* antes de transformarse en *documentos dispositivos*, esto es, documentos necesarios para el ejercicio y la transmisión de los derechos mencionados en ellos".[5]

---

[3] Barrera Graf, Jorge, *Instituciones…*, *op. cit.*, nota, p. 482.

[4] Gasperoni, Nicola, *Las acciones de las sociedades mercantiles*, trad. Francisco Javier Osset, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1950, pp. 5 y 6.

[5] *Ibíd*, p. 70.

2. Conceptualización

§163. El *artículo 87* de la *Ley general de sociedades mercantiles* define la sociedad anónima con base en la denominación social y en la responsabilidad de los socios de la siguiente manera:

> Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.

En cuanto a la denominación, el *artículo 88* de la misma ley señala que ésta se formará libremente y que irá siempre seguida de las palabras *sociedad anónima* o de su abreviatura *S. A.*

Cabe preguntarse si la omisión de este último requisito genera algún tipo de sanción para la sociedad en caso de incumplimiento, como sucede con la *sociedad de responsabilidad limitada*, a este respecto consideramos que no es así, pues se trata de una sanción y para que aplique es necesario que esté previsto en la ley por lo que no procede, como se ha dicho por alguien más,[6] el incremento en la responsabilidad de los accionistas.

3. Constitución

§164. De acuerdo con el *artículo 89* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere cumplir con los siguientes requisitos:

> I. Que haya dos socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos.

Cabe señalar que hasta antes de la reforma del 11 de junio de 1992, en vigor al día siguiente, se requería la existencia de al menos cinco accionistas.

> II. Que el capital social no sea menor de cincuenta mil pesos y que esté íntegramente suscrito.

Respecto de este requisito es importante señalar que la última actualización de la cantidad proviene también de la reforma del 11 de junio de 1992 y nos parece que es tiempo de volver a reformarla.

> III. Que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos, el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario.
>
> IV. Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario.

Nuestra legislación prevé dos procedimientos para constituir una sociedad anónima:

- *Simultánea*, por comparecencia ante notario público.
- *Sucesiva*, por suscripción pública.

---

[6] *Cfr.* Mantilla Molina, Roberto, *Derecho..., op. cit.*, p. 347.

3.1 Procedimiento simultáneo

§165. En este procedimiento las partes acuden ante el notario de su elección, como sucede con los demás tipos societarios y deben incluirse en la escritura correspondiente los requisitos establecidos por:

Artículo 91 de la *Ley de general de sociedades mercantiles*:

I. La parte exhibida del capital social.

II. El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, salvo lo dispuesto en el *segundo párrafo* de la *fracción IV* del *artículo 125* (referido al caso de acciones sin expresión de valor nominal).

III. La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones.

IV. La participación en las utilidades concedida a los fundadores.

V. El nombramiento de uno o varios comisarios.

VI. Las facultades de la asamblea general y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales puedan ser modificadas por la voluntad de los socios.

3.2 Procedimiento sucesivo (o por suscripción pública)

§166. Este sistema cayó en desuso en la práctica mercantil mexicana, por lo que para su estudio nos limitaremos a citar los artículos relativos a la *Ley general de sociedades mercantiles*:

Artículo 92:

Cuando la sociedad anónima haya de constituirse por suscripción pública, los fundadores redactarán y depositarán en el Registro público de comercio un programa que deberá contener el proyecto de los estatutos, con los requisitos del *artículo 6°*, excepción hecha de los establecidos por las *fracciones I* y *VI*, *primer párrafo*, y con los del *artículo 91*, exceptuando el prevenido por la *fracción V*.

Artículo 93:

Cada suscripción se recogerá por duplicado en ejemplares del programa, y contendrá:

I. El nombre, nacionalidad y domicilio del suscriptor.

II. El número, expresado con letras, de las acciones suscritas; su naturaleza y valor.

III. La forma y términos en que el suscriptor se obligue a pagar la primera exhibición.

IV. Cuando las acciones hayan de pagarse con bienes distintos del numerario, la determinación de éstos.

V. La forma de hacer la convocatoria para la Asamblea General Constitutiva y las reglas conforme a las cuales deba celebrarse.

VI. La fecha de la suscripción.

VII. La declaración de que el suscriptor conoce y acepta el proyecto de los estatutos.

Los fundadores conservarán en su poder un ejemplar de la suscripción y entregarán el duplicado al suscriptor.

Artículo 94:

Los suscriptores depositarán en la institución de crédito designada al efecto por los fundadores, las cantidades que se hubieren obligado a exhibir en numerario, de acuerdo con la *fracción III* del *artículo 93*, para que sean recogidas por los representantes de la sociedad una vez constituida.

Artículo 95:

Las aportaciones distintas del numerario se formalizarán al protocolizarse el acta de la asamblea constitutiva de la sociedad.

Artículo 96:

Si un suscriptor faltare a las obligaciones que establecen los *artículos 94* y *95*, los fundadores podrán exigirle judicialmente el cumplimiento o tener por no suscritas las acciones.

Artículo 97:

Todas las acciones deberán quedar suscritas dentro del término de un año, contado desde la fecha del programa, a no ser que en éste se fije un plazo menor.

Artículo 98:

Si vencido el plazo convencional o el legal que menciona el artículo anterior, el capital social no fuere íntegramente suscrito, o por cualquier otro motivo no se llegare a constituir la sociedad, los suscriptores quedarán desligados y podrán retirar las cantidades que hubieren depositado.

Artículo 99:

Suscrito el capital social y las exhibiciones legales, los fundadores, dentro de un plazo de quince días, publicarán la convocatoria para la reunión de la Asamblea General Constitutiva, en la forma prevista en el programa.

Artículo 100:

La Asamblea General Constitutiva se ocupará:

I. De comprobar la existencia de la primera exhibición prevenida en el proyecto de estatutos.

II. De examinar y en su caso aprobar el avalúo de los bienes distintos del numerario que uno o más socios se hubiesen obligado a aportar. Los suscriptores no tendrán derecho a voto con relación a sus respectivas aportaciones en especie.

III. De deliberar acerca de la participación que los fundadores se hubiesen reservado en las utilidades.

IV. De hacer el nombramiento de los administradores y comisarios que hayan de funcionar durante el plazo señalado por los estatutos, con la designación de quiénes de los primeros han de usar la firma social.

Artículo 101:

> Aprobada por la asamblea general la constitución de la sociedad, se procederá a la protocolización y registro del acta de la junta y de los estatutos.

Artículo 102:

> Toda operación hecha por los fundadores de una sociedad anónima, con excepción de las necesarias para constituirla, será nula con respecto a la misma, si no fuere aprobada por la asamblea general.

Cabe señalar que no resulta operante esta forma de constituir la *sociedad anónima*, entre otras cosas, porque la reglamentación actual del Registro público de comercio no prevé el depósito del citado *programa*, y por lo general las oficinas locales encargadas no tienen instalaciones para la realización del mencionado depósito; sin embargo, consideramos que las autoridades están obligadas a llevar a cabo dicho depósito en caso de que los particulares lo soliciten.

4. Fundadores

§167. Los fundadores de una sociedad anónima son, de acuerdo con el *artículo 103* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, los mencionados en el *artículo 92* de la misma, es decir, los que redactan y depositan en el Registro público de comercio el programa que se refiere al procedimiento de suscripción pública, así como los otorgantes del contrato constitutivo social en el caso de una constitución ante notario.

Artículo 104:

> 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 el pacto en contrario es nulo.

Cabe señalar que esta prohibición sólo atañe a los beneficios que menoscaben el capital social, de lo que podría desprenderse que al legislador le pareció que otro tipo de beneficios sí son viables, lo cual parece un desatino, pues podría afectar de tal forma a las utilidades o a otras partidas patrimoniales que se diera un trato injusto a los accionistas no fundadores, tanto o más que si se afectara el capital social.

En nuestra legislación se establece que los fundadores pueden contar con una participación en las utilidades anuales que nunca excederá de 10% ni podrá abarcar un periodo de más de 10 años a partir de la constitución de la sociedad, esta participación no podrá cubrirse sino después de haber pagado a los accionistas un dividendo de 5% sobre el valor exhibido de sus acciones y para acreditar el derecho a esta participación existen ciertos *títulos de créditos* conocidos como *bonos del fundador* (véase §217).

Cabe señalar que para hacer más funcional esta *protección a los accionistas no fundadores* era conveniente establecer una *prohibición* más general en cuanto a los beneficios (no limitada a los que afecten al capital social) y establecer como excepción la del porcentaje de utilidad representado por los bonos del fundador.

5. Acción

5.1 Concepto

- *Acción*:
  - **§168.** Es el documento (título de crédito) que emiten las sociedades anónimas como fracción de su capital social y que incorpora los derechos de su titular, llamado accionista, atribuyéndole el estatus de socio.
  - El capital social de la sociedad anónima siempre estará integrado por acciones.
  - Todas las acciones son de igual valor y confieren iguales derechos, como lo establece el *artículo 112* de la *Ley general de sociedades mercantiles*.
  - La acción tiene distintos valores, a saber:
    - *Valor nominal*:
      - Es el valor establecido para las acciones en el contrato social.
      - La suma del valor nominal de todas las acciones de una sociedad anónima es igual al capital social.
      - Además, existen acciones sin expresión de valor nominal, de los que se hablará más adelante (véase §189).
    - *Valor contable (o real)*:
      - Este valor corresponde al activo neto que representa cada acción.
      - La suma del valor contable de las acciones es igual al capital contable.
    - *Valor comercial*:
      - Este valor es distinto a los anteriores pues significa la cantidad que el público en general está dispuesto a pagar por una acción.
      - No necesariamente corresponde al valor contable, pues el valor que subjetivamente se le otorgue a una acción tiene que ver con situaciones como el prestigio de la sociedad o la expectativa que genera el giro al que la misma se dedica o el éxito comercial, entre otros factores.
    - *Valor bursátil*:
      - Este valor se obtiene de las cotizaciones de las acciones en bolsa.
      - Sólo se aplica a las sociedades que cotizan en bolsa.
      - Su valor casi nunca coincide con el valor contable ni nominal de la acción, pues depende de diversos factores, como la oferta y la demanda, el prestigio de la sociedad, los problemas políticos y económicos que puedan afectarla, entre otros.

5.2 Acción como título de crédito

§169. Mucho se ha discutido por la doctrina acerca de si las acciones de la sociedad anónima son *títulos de crédito* tal como los conocemos en la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*. En primer lugar debemos aclarar que la denominación adecuada es la de *título de crédito*, lo que procedemos a explicar.

La doctrina italiana designa a los títulos de referencia como títulos de crédito. Esta terminología ha sido duramente criticada por la doctrina alemana por cuanto considera que existen títulos que no sólo incorporan derechos de crédito,[7] sino que además pueden otorgar a su representante un e*status*.[8]

La doctrina alemana, principalmente en voz de Brunner, acuñó el término *título-valor* (equivalente al término alemán *wert-papiere*), por considerar más adecuado este término (pues *valor* es algo más amplio que *crédito*). No obstante ello, el propio Brunner[9] dentro de la significación del término excluye su aplicabilidad a documentos que sí son conocidos por nosotros como tales.

Dentro de la doctrina nacional se ha dicho, principalmente por Joaquín Rodríguez y Rodríguez, que el *título-valor* es un género y el *título de crédito* es una especie dentro del mismo, y por tanto la acción es genéricamente un *título-valor* sin encontrarse dentro de la especie de los *títulos de crédito*.

Más allá de esta última explicación que resulta seductora y es discursivamente satisfactoria, no encontramos para llegar a esa conclusión ningún fundamento legal ni histórico.

En virtud de lo anterior consideramos que, tal como lo señala el maestro Cervantes Ahumada, ya que el significado atribuido a los tecnicismos jurídicos no necesariamente debe corresponder al significado literal, debemos considerar que la denominación correcta en México es la de *título de crédito*.

En adición a ello, diremos que nuestra ley es expresa al así ordenarlo en el *artículo 22* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*, que señala: "Respecto a los títulos de deuda pública, a los billetes de banco, a las acciones de sociedades y a los demás títulos de crédito regulados por leyes especiales, se aplicará lo prescrito en las disposiciones legales relativas y, en cuanto ellas no prevengan, lo dispuesto por este capítulo".

---

[7] Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, 15ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 8.

[8] Para Francesco Messineo: Es esencialmente diverso del derecho subjetivo, del poder y de la facultad es el estado (estatus). El estado consiste en una cualidad jurídica —por lo general, permanente [...]— que se adquiere, aun independientemente de un acto de voluntad del sujeto y de la cual derivan, como consecuencia, uno o más derechos subjetivos, y también —eventualmente— deberes, para aquel que tiene tal cualidad. Por lo que hay quien prefiere definir el estatus (propiamente: de persona), como fuente, o presupuesto de la capacidad jurídica, o identificar el estatus con la capacidad jurídica. Messineo, Francesco, *Manual de..., op. cit.*, nota, tomo II, p. 16. En lo personal, no concordamos con esta última equiparación, pero sí con el concepto propuesto de estatus.

[9] Citado por Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, 15ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 9.

Una vez aclarado el tema de la denominación, conviene estudiar si la naturaleza de la acción es compatible con la de los *títulos de crédito*.

De acuerdo con el *artículo 5º* de la *Ley de títulos y operaciones de crédito*, el *título de crédito* es el documento necesario para ejercer el derecho literal que en él se consigna.

La doctrina en general, establece que las características de los títulos de crédito son:

- Literalidad.
- Incorporación.
- Legitimación.
- Autonomía.

Por ello resulta pertinente analizar si la acción cumple con estos requisitos. Analicemos cada una de dichas características:

1. *Literalidad*:

   §170. Los títulos de crédito consignan un crédito justamente como se haga constar en el mismo, siendo la letra la medida del derecho.

Parece que esto no sucede en la acción, pues independientemente del valor nominal descrito en la acción, el valor contable que represente dependerá del activo neto de la sociedad; asimismo, pueden darse reformas al contrato social que impliquen a final de cuentas un cambio en los derechos y obligaciones que incorpora el título, sin que esto necesariamente (fuera de los casos a que se refiere el *artículo 125* de la *Ley general de sociedades mercantiles*) implique una modificación al título. De acuerdo con lo anterior, el título conocido como acción no parece cumplir con el requisito o la característica de la literalidad.

2. *Incorporación*:

   §171. Esta característica implica que el derecho está incorporado al título, a tal grado que incluso, el derecho se vuelve accesorio al título; del tal suerte que si desaparece el título, desaparece el derecho.

A simple vista esto tampoco sucede con la acción, pues en todo momento estará también el libro de accionistas y el propio contrato constitutivo, donde se podrá ver quiénes son los socios o accionistas.

3. *Legitimación*:

   §172. De acuerdo con esta característica se debe considerar como *titular del derecho* a quien sea *titular del título* y, por tanto, solo él estará legitimado para exigir el derecho. Mientras que, por otro lado, el deudor estará liberado de la obligación una vez que le pague al tenedor legítimo del título.

Esta característica sí es aplicable a las acciones, pues efectivamente el titular, de acuerdo con la *ley de circulación de la acción* (endoso y registro en el libro de accionistas), podrá ejercer los derechos tanto económicos como corporativos del accionista.

4. *Autonomía*:

   §173. En virtud de esta característica los *títulos de crédito*, al entrar en circulación se desvinculan del negocio causal originario, por lo que no le son oponibles a los tenedores las excepciones derivadas del mismo. Al parecer la acción no cumple con esta característica.

Aunque no se cumplen en su cabalidad estas características debemos decir que no son esenciales en los *títulos de crédito*, pues sólo se presentan a plenitud en algunas especies de títulos de crédito conocidos como *completos*, y en contraposición a éstos existen también los llamados *incompletos*, por no cumplir con alguna o algunas de las referidas características.

Además, por lo que se refiere a la literalidad, el valor representado es el nominal, por lo que técnicamente sí se cumple la característica, y para el caso de que se den modificaciones en los datos señalados en la acción se debe hacer el canje o certificación por notario público (*artículo 140* de la *Ley general de sociedades mercantiles*). Por lo que se refiere a la incorporación, el derecho por regla general sí debe corresponder a lo establecido en la acción, y la disparidad entre lo consignado en el título y el derecho existente, sólo debe ser temporal. Finalmente, refiriéndonos a la autonomía son muchos los casos de los títulos llamados causales, los cuales se distinguen por no desvincularse nunca del negocio causal originario.

Ahora bien, debemos concluir que las acciones sí son títulos de crédito, de los llamados incompletos y causales; esto es así por su naturaleza, por su historia y finalmente porque así los señala la ley en el *artículo 111* de la LGSM que dice a la letra:

> Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley.

5.3 Características particulares de la acción

§174. La acción presenta diversas características, que son las siguientes:

1. *Indivisibilidad*:

   §175. La acción es indivisible, por lo que si surgieran varios titulares éstos serán copropietarios. Para este caso la ley prevé que debe nombrarse un representante común y esta comunidad se regirá por las reglas que fija el derecho común para la copropiedad (*artículo 122*, LGSM).

2. *Causalidad*:

   §176. La mayoría de los títulos de crédito son abstractos, lo cual implica que al circular —por el medio que corresponda según la ley de circulación que los rija— se desvinculan del negocio causal originario, por lo que en lo sucesivo a su titular sólo le son oponibles las excepciones que deriven propiamente del título.

La acción es un título de crédito causal, lo que quiere decir que nunca se desvincula del negocio causal original, que lo es tanto el acto constitutivo como la vida misma de la sociedad.

3. *Incorporación de un estatus y de derechos corporativos*:

   §177. La acción, asimismo, tiene un doble contenido: por un lado está el económico y por otro el corporativo. Lo anterior implica que, como el resto de los títulos de crédito da derecho a exigir una cierta cantidad económica (cuando así corresponda), pero también tiene la característica de atribuir un estatus (véase §169), que es el de accionista, y por consecuencia, acredita para el mismo derechos corporativos como el voto, el derecho de preferencia y otros.

4. *Cualidad de ser, en cuanto a su ley de circulación propiamente nominativa*:

   §178. Los títulos de crédito en cuanto a su ley de circulación pueden clasificarse en *al portador* (no están expedidos a nombre de una persona en particular y su transmisión se verifica por la simple entrega) y *nominativos* (están emitidos a nombre de una persona en especial). Los nominativos pueden ser:

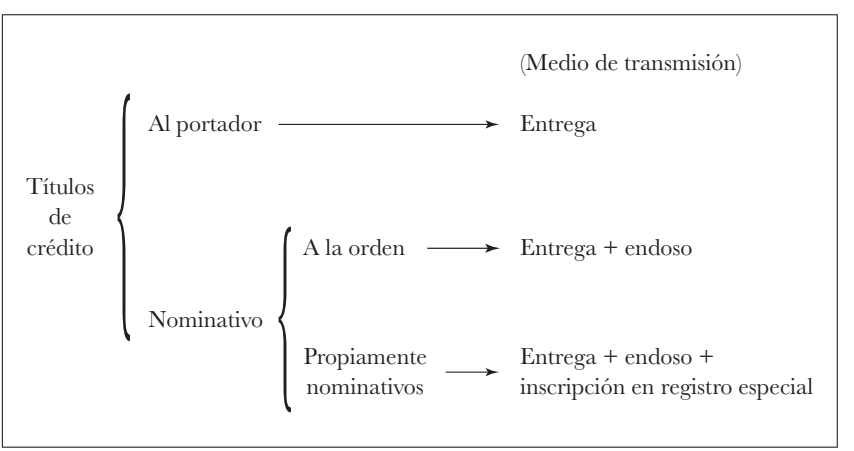
   - *A la orden*:

     Caso en el cual la transmisión sea a través del endoso (y la entrega).

   - O bien, *propiamente nominativos*:

     Caso en el que para su transmisión se requiere, además de la entrega y del endoso, su inscripción en un registro especial que al efecto lleve el emisor, lo cual está previsto en los *artículos 23* y *24* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*.

Sirva para explicar lo anterior, el siguiente esquema:



Las acciones se incluyen dentro de los títulos de crédito *propiamente nominativos*, por lo que para su transmisión se requiere la entrega, el endoso y la inscripción en el registro respectivo.

5.4 Transmisión de las acciones

§179. Las acciones son *títulos de crédito eminentemente negociables*, no obstante que la propia ley permite e impone ciertas restricciones. En términos generales se les aplican las disposiciones que rigen a los títulos de su género o *títulos propiamente nominativos*.

Resulta de particular interés estudiar las disposiciones de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* que son aplicables a las acciones por lo que se refiere a su transmisión. En el *artículo 22* se establece la *regulación supletoria* de esta ley respecto de las acciones.

Artículo 22:

> Respecto a los títulos de deuda pública, a los billetes de banco, a las acciones de sociedades y a los demás títulos de crédito regulados por leyes especiales se aplicará lo prescrito en las disposiciones legales relativas y, en cuanto ellas no prevengan, lo dispuesto por este capítulo.

El *artículo 23* nos da la definición legal de los títulos nominativos:

Artículo 23:

> Son títulos nominativos, los expedidos a favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento [...].

Asimismo, dicho artículo se refiere a los títulos de esta especie que traen adheridos cupones, respecto de los que señala:

Artículo 23 (continuación):

> En el caso de títulos nominativos que llevan adheridos cupones, se considerará que son cupones nominativos, cuando los mismos estén identificados y vinculados por su número, serie y demás datos con el título correspondiente.
>
> Únicamente el legítimo propietario del título nominativo o su representante legal podrán ejercer, contra la entrega de los cupones correspondientes, los derechos patrimoniales que otorgue el título al cual estén adheridos.

El *artículo 24* se refiere a los títulos conocidos doctrinalmente como *propiamente nominativos*:

Artículo 24:

> 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. Cuando sea necesario el registro, ningún acto u operación referente al crédito surtirá efectos contra el emisor, o contra los terceros, si no se inscribe en el registro y en el título.

Estando las acciones ubicadas entre los títulos a los que se refiere el *artículo 24* citado, veamos lo que señala la *Ley general de sociedades mercantiles* respecto de estas formalidades:

Artículo 128 de la LGSM:

> Las sociedades anónimas tendrán un registro de acciones que contendrá:
>
> I. El nombre, la nacionalidad y el domicilio del accionista, y la indicación de las acciones que le pertenezcan, expresándose los números, series, clases y demás particularidades.
>
> II. La indicación de las exhibiciones que se efectúen.
>
> III. Las transmisiones que se realicen en los términos que prescribe el *artículo 129*.

Artículo 129:

> La sociedad considerará como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito como tal en el registro a que se refiere el artículo anterior. A este efecto, la sociedad deberá inscribir en dicho registro, a petición de cualquier titular, las transmisiones que se efectúen.

De lo anterior se desprende que aun cuando el *artículo 129* señala que la sociedad considera como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito como tal en el registro a que se refiere el *artículo 128*, esto no priva de eficacia al endoso, pues la administración de la sociedad estará obligada a inscribir en dicho registro a los legítimos tenedores del título, es decir, quien sea tenedor y aparezca como último endosatario.

Actualmente las acciones son necesariamente nominativas, sin embargo, hasta antes de la reforma publicada el 22 de diciembre de 1982, en vigor a partir del 1 de enero de 1983, sí se podían emitir acciones al portador. A partir de entonces deben ser títulos nominativos tanto las acciones como los bonos del fundador, las obligaciones y los certificados de depósito.

De acuerdo con los *artículos transitorios* de dicha reforma, en su *artículo cuarto* (reformado), a partir del 1 de enero de 1884 dichos títulos se convierten en nominativos por ministerio de ley, siendo ya sólo necesaria la formalización de dicha conversión, la cual puede hacerse mediante anotación en los títulos.

Transitorios:

> *Artículo primero*:
>
> El presente Decreto entrará en vigor en toda la República el día 1 de enero de 1983.
>
> *Artículo segundo*:
>
> [...] En todos aquellos ordenamientos legales distintos a éste, en donde se mencionan las acciones, los bonos del fundador, las obligaciones y los certificados de depósito, como títulos valor al portador, deberá entenderse como referidos a nominativos.
>
> *Artículo tercero*:
>
> Las sociedades podrán emitir acciones y obligaciones al portador hasta el 31 de marzo de 1983, siempre que dichas acciones y obligaciones se hubieran emitido en virtud de acuerdo de asamblea general de accionistas de la emisora, tomado antes del 10 de diciembre de 1982 [...].

Artículo cuarto:

> Las acciones, los bonos de fundador, las obligaciones, los certificados de depósito y los certificados de participación, emitidos al portador se convierten en nominativos por ministerio de ley, sin necesidad de acuerdo de asamblea [...] la fracción I, se refiere a la obligación de ciertas personas para realizar la formalización a solicitud de los tenedores de los títulos, entre ellas la administración y la vigilancia.
>
> [...] II. La formalización en nominativos de los títulos al portador se realizará mediante anotación en los títulos al portador de su conversión en nominativos [...]
>
> [...] III. A partir del 1 de enero de 1985, los títulos de crédito al portador a que se refiere este artículo no podrán seguir circulando, ni se podrán ejercer los derechos incorporados a los mismos, ni cobrar ni pagar intereses o dividendos, a menos que se formalice su conversión en nominativos. Los notarios, fedatarios, así como los encargados de los registros públicos, deberán abstenerse, bajo pérdida de la patente, autorización o empleo, de protocolizar, dar fe o registrar, respectivamente, actos relativos a los títulos de crédito al portador mencionados en el párrafo primero de este artículo.

Como se puede apreciar, dicho artículo, en su fracción tercera, establece que los títulos al portador, de las clases señaladas, no pueden seguir circulando a partir de 1985 ni se pueden ejercer los derechos incorporados, hasta que se haga la señalada formalización. Asimismo establece para los notarios y demás fedatarios y registradores, la obligación de abstenerse, bajo pérdida de la patente, de protocolizar, dar fe, o registrar, actos relativos a los títulos mencionados.

No obstante que deben ser muy cuidadosos los notarios y otros fedatarios de no violar esta disposición, también debemos decir que el legislador federal no tiene facultades para imponer una pena de esta naturaleza a los notarios, toda vez que su nombramiento y remoción corresponde a la autoridad local. Así lo ha concluido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada identificada con el *numeral 625/95*.

> NOTARIOS. EL CONGRESO DE LA UNIÓN CARECE DE FACULTADES PARA LEGISLAR EN MATERIA DE OTORGAMIENTO O PÉRDIDA DE LA PATENTE NOTARIAL (ARTÍCULO 30 DE LA LEY PARA PROMOVER LA INVERSIÓN MEXICANA Y REGULAR LA INVERSIÓN EXTRANJERA, VIGENTE HASTA EL 15 DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES).-
>
> El *artículo 30* de la *Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el nueve de marzo de mil novecientos setenta y tres, establece que el incumplimiento de la obligación que impone a los notarios para que inserten en los documentos en que intervengan las autorizaciones que deban expedirse en términos de dicha ley, dará lugar a la pérdida del cargo. Dicho numeral invade indebidamente la esfera local, ya que de conformidad con el artículo 73 de la norma fundamental, el Congreso de la Unión carece de facultades expresas o implícitas que le permitan legislar en torno a la cancelación de una patente notarial, motivo por el cual esas facultades se entienden reservadas a los Estados en términos del artículo 124 constitucional, solución que es congruente con la naturaleza de la función notarial que el Gobierno Local encomienda al notario por un acto de autoridad (FIAT), por lo que sólo a dicho gobierno corresponde establecer los términos para el otorgamiento y la extinción de la patente respectiva.
>
> *Amparo en revisión 625/95*.-Jesús Zazueta Sánchez.-*5 de noviembre de 1996*.-Unanimidad de diez votos.-*Ausente*: Humberto Román Palacios.-*Ponente*: Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas.-*Secretario*: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

En cuanto a la práctica, la transmisión de las acciones se debe hacer normalmente por endoso, no obstante que es posible hacerla por cesión ordinaria sin que exista mayor diferencia, pues en cualquier caso sigue el título vinculado al negocio causal.

El *artículo 25* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*: Prevé la posibilidad de asentar en los títulos nominativos las cláusulas *no a la orden* o *no negociable*.

Consideramos que es posible asentar dichas cláusulas en el título, aunque es poca la utilidad que hacerlo reportaría, pues en ese caso la acción seguiría siendo transmisible por cesión, lo cual en el caso que nos ocupa no hace mucha diferencia, pues de acuerdo con el:

Artículo 27 de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*:

> La transmisión del título nominativo por cesión ordinaria o por cualquier otro medio legal diverso del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiere; pero lo sujeta a todas las excepciones personales que el obligado habría podido oponer al autor de la transmisión antes de ésta.

Lo cual en el caso de las acciones sucede aún si circula por medio del endoso.

Para *acreditar que* una *transmisión* se ha dado por medio distinto al endoso, el *artículo 28* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* señala:

> El que justifique que un título nominativo negociable le ha sido transmitido por medio distinto del endoso, puede exigir que el juez, en vía de jurisdicción voluntaria, haga constar la transmisión en el documento mismo o en hoja adherida a él. La firma del Juez deberá ser legalizada.

De este artículo hablaremos más adelante cuando estudiemos a la acción como objeto de actos y hechos jurídicos.

Finalmente citaremos el artículo 29 de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* para tener presentes los requisitos del endoso:

> El endoso debe constar en el título relativo o en hoja adherida al mismo, y llenar los siguientes requisitos:
>
> I. El nombre del endosatario.
>
> II. La firma del endosante o de la persona que suscriba el endoso a su ruego o en su nombre.
>
> III. La clase de endoso.
>
> IV. El lugar y la fecha.

5.5 Restricciones a la transmisibilidad de las acciones

§180. Si bien ya se dijo que la acción es un título eminentemente negociable, esta característica admite algunas restricciones, que a continuación estudiaremos.

5.5.1 Acciones de circulación restringida

§181. El *artículo 130* de la *Ley general de sociedades mercantiles* señala que: "En el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración. El consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado".

Iniciaremos el análisis de este tipo de acciones diciendo que deben ser consecuencia de un pacto en el contrato social, y que si bien la ley permite el pacto, no lo impone y su violación (o sea, la transmisión sin autorización) constituiría una violación a lo pactado por los accionistas y no una contravención a la ley, por lo que sería sancionada más por daños y perjuicios[10] que por nulidad la cual siempre debe derivar de la ley.

Llama la atención que el artículo mencionado señale que se requiere de la autorización del *consejo de administración*, lo que nos hace pensar que para la ley las sociedades anónimas administradas por un administrador único no están capacitadas para emitir este tipo de acciones. Consideramos que esto no es así, ya que el legislador por error no habló de *órgano de administración*, pues no encontramos ninguna razón por la cual debiera ser así, y aún más, implicaría un grave problema de interpretación el hecho de que la escritura constitutiva ordenara la existencia de este tipo de acciones y que posteriormente se cambiara la forma de administrar la sociedad encomendando dicha labor a un administrador único.

Consideramos que el legislador debió prever un plazo para que el órgano de administración designe al comprador, al no hacerlo se debe pactar en el contrato social y en caso contrario, estar a lo dispuesto por las *reglas generales de contratación mercantil*.[11]

5.5.2 Derecho del tanto

§182. Clasificado como un derecho preferencial y considerado por algunos doctrinarios —entre ellos el maestro José Arce y Cervantes—,[12] como un *derecho real (dudoso)*, el *derecho del tanto* es regulado por el derecho civil en diversas figuras como un medio para terminar con las comunidades de derechos subjetivos no deseadas por la ley, tales como la *copropiedad* o la *comunidad hereditaria*.

---

[10] Recordemos la supletoriedad del derecho civil para el mercantil y que en materia de incumplimiento a las disposiciones contractuales resulta aplicable lo dispuesto por el capítulo referido a las *Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones*, que abarca los *artículos 2104* y *siguientes* del *Código civil federal* y que castiga el incumplimiento de las obligaciones con la indemnización por daños y perjuicios, salvo el pacto de penas convencionales, lo cual pudiera ser recomendable en el caso que nos ocupa.

[11] El *artículo 83* del *Código de comercio* señala:
Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este Código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeren acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución.

[12] Arce y Cervantes, José, *De los bienes*, 4ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 13.

En virtud de este derecho los comuneros que deciden enajenar su parte de manera onerosa (con contraprestaciones en bienes fungibles), deben dar preferencia (o tanto) a los demás comuneros para que adquieran en las mismas circunstancias que hayan sido previamente concertadas con un tercero ajeno a la comunidad. De esta forma, al ejercerse se reduce esta comunidad no deseada.

La doctrina ha considerado como la sanción más correcta, en caso de violación de este derecho, el retracto, que implica la subrogación del comunero en la situación jurídica del adquirente; no obstante ello, nuestra legislación común se ha inclinado más a sancionar el incumplimiento con la nulidad.

Sin regular sus efectos, este mismo *derecho del tanto* se ha prescrito también para algunas figuras ajenas a la comunidad, pero *emparentadas* con ellas como podría ser el usufructo o la enajenación de vía pública y aun para figuras que implican una comunidad deseada por la ley como la derivada de un contrato social y sostenida por la *affectio societatis*.

En este último caso vemos que en sociedades de personas (sociedad civil, sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple y sociedad de responsabilidad limitada) se utiliza —sin regular sus efectos— con una finalidad diversa: evitar que personas ajenas a la sociedad entren a la comunidad, pues debemos recordar que los derechos y las obligaciones derivadas son *intuitu personae*. Al no estar regulados los efectos por la ley, pero ser llamado como derecho del tanto pareciera ser la voluntad del legislador que se apliquen las consecuencias previstas para el caso prototípico de la copropiedad.

Consecuencias tan graves como *la nulidad* o *el retracto*, no pueden ser previstas por el *pacto de los particulares* sino que deben encontrar su fuente en la ley, por ello estamos en contra de posturas como la del maestro Barrera Graf,[13] quien señala que es posible pactar este derecho.

5.5.3 Acciones pagaderas en especie

§183. El *artículo 141* de la *Ley general de sociedades mercantiles* señala:

> Las acciones pagadas en todo o en parte mediante aportaciones en especie, deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años. Si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas.

Algunos doctrinarios han interpretado el *artículo 141* en el sentido de que si durante el plazo en que las acciones quedan depositadas en la sociedad éstas no se pueden

[13] Señala Barrera Graf: [...] Mantilla Molina, afirma que:
[...] el máximo de restricciones [...] a la circulación [...] es el que deriva del *artículo 130 LGSM* [...], y por tanto niega valor a tal pacto (el de derecho del tanto), que en su opinión atentaría contra el principio de la circulación de las acciones. Nuestra opinión es divergente; pese a dicha función circulatoria propia de los títulos valores, y de las acciones como tales, el derecho del tanto concedido al propietario de las acciones también es un derecho propio y natural de éste que tendría que ser negado expresamente por la ley, para no poder ejercitarse como una facultad propia del dueño. Barrera Graf, Jorge, *Instituciones..., op. cit.,* nota, p. 532.

transmitir; sin embargo, en nuestro concepto esto no es así, pues el depósito no tiene esa consecuencia debido a que la posesión derivada pasa a manos del depositario y la facultad de disponer del bien es del propietario.

5.5.4 Prohibición de la sociedad anónima de adquirir sus propias acciones

§184. El *artículo 134* de la *Ley general de sociedades mercantiles* establece una prohibición general para que la sociedad anónima adquiera sus propias acciones.

Para los *consejeros y administradores* que autoricen una adquisición de acciones en contravención a lo anterior, el *artículo 138* de la ley establece como sanción la responsabilidad personal y solidaria por los daños y perjuicios que por este motivo se causen a la sociedad o a los acreedores de ésta.

Este principio admite varias excepciones, algunas previstas en la propia *Ley general de sociedades mercantiles* y otras en diversas leyes financieras:

a) *Adquisición de acciones propias por remate judicial:*

- **§185.** La primera excepción a este principio la encontramos en el mismo *artículo 134* y se refiere a la *adjudicación judicial* a favor de la sociedad de las acciones que estén garantizando créditos de la sociedad de que se trate en contra de sus accionistas.
- En este caso, la sociedad dispondrá de tres meses para vender las acciones, contados a partir del momento en que la sociedad pudo disponer de ellas.
- En caso de que no sea posible realizar tal venta, las acciones quedarán extinguidas y procederá la reducción del capital social.
- Consideramos que en este caso no procede la realización de las publicaciones a que se refiere el *artículo 9* de la ley, pues éste alude a la reducción de capital que se da por reembolso a los accionistas o por liberación de exhibiciones pendientes.
- El mismo *artículo 134* prevé que las acciones, mientras pertenezcan a la sociedad, no pueden ser representadas en asamblea.

b) Reducción de capital social mediante reembolso a los accionistas:

§186. El *artículo 135* señala que, en el caso de reducción del capital social mediante reembolso a los accionistas, la designación de las acciones que se nulifiquen se hará por sorteo ante notario o corredor público.

- En la práctica es común que se haga la *renuncia al sorteo*.
- Para deducir la viabilidad de esta renuncia diremos que la finalidad del sorteo es la protección de los accionistas minoritarios que podrían quedar fuera por acuerdo de la mayoría; gracias al sorteo, si la asamblea acuerda la reducción por reembolso, la determinación del accionista será aleatoria.

- Por tanto, consideramos que no se puede renunciar a este derecho con anticipación pues los accionistas minoritarios quedarían *a prori* en un estado de indefensión que eventualmente los dejaría fuera de la sociedad.
- No obstante, es posible esta renuncia en el momento de celebrarse la asamblea que determine la reducción, pues así se da la oportunidad de que voluntariamente se disponga del estatus de accionista sin que se afecten los derechos de nadie, sin demérito de dar cumplimiento a las demás disposiciones que rigen tanto las reducciones de capital social como el retiro de los accionistas.
- La renuncia al sorteo es un derecho individual del accionista y no se puede renunciar por acuerdo de la mayoría.

c) Amortización de acciones con utilidades repartibles.

- **§187.** El término amortización significa según la Real Academia Española *redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda*.
- Se debe entender aquí que se *redime* o *extingue la obligación de la sociedad* para con el accionista y que este pago se realiza con utilidades repartibles, es decir, las que ya se han determinado (pagado el capital social y las demás obligaciones de la sociedad) con anterioridad a que se decreten dividendos.
- La amortización de acciones no implica, en principio, reducción en el capital social pues el pago se hace precisamente con utilidades repartibles, por lo que en todo caso aumenta la proporción que en el capital social tengan los demás accionistas.
- Si no se quiere hacer esto, se puede acordar concomitantemente una reducción en el capital social de la sociedad y así, cada accionista mantendrá su mismo monto en el capital social (conservando en consecuencia el mismo límite en su responsabilidad), pero es importante decir que este acuerdo será un acto corporativo distinto al de la amortización y no se dará como consecuencia directa del mismo, pues precisamente el pago de las acciones se hace con dinero proveniente de las utilidades repartibles y no del capital social, por lo que éste ha de permanecer intacto.
- El artículo 136 de la *Ley general de sociedades mercantiles* señala: […] para que proceda la amortización de acciones con utilidades repartibles, es preciso que el contrato social lo autorice, y para ello establece las siguientes reglas:

  I. La amortización debe ser decretada por la *asamblea general de accionistas*, aclarando el artículo 182, en su fracción IX, que debe ser la *asamblea extraordinaria* la que la acuerde.

  II. Sólo pueden amortizarse acciones íntegramente pagadas.

  III. La adquisición de acciones para amortizarlas se debe hacer en bolsa; pero si el contrato social o el acuerdo de la *asamblea general* fijan un precio determinado, las acciones amortizadas se designarán por sorteo ante notario o corredor titulado: El resultado del sorteo debe publicarse por una sola vez en el *periódico oficial* de la entidad federativa del domicilio de la sociedad.

De esto último surgen algunas dudas: en primer lugar ha quedado prácticamente en desuso el que la adquisición se realice en bolsa (léase en el mercado bursátil), pues hoy son muy pocas (en porcentaje) las sociedades anónimas de la magnitud suficiente para cotizar en bolsa, por lo que esta disposición no debiera estar en la LGSM aplicable a todas las sociedades, sino más bien en otras leyes como la *Ley del mercado de valores*.

Por otro lado, aunque en ocasiones la práctica corporativa ha considerado como *periódico oficial* al *Diario oficial de la federación* consideramos que la ley se refiere más bien a los periódicos o gacetas que emiten los gobiernos de las entidades federativas, tal como lo señala el texto legal.

Finalmente consideramos que es aplicable aquí lo dicho con anterioridad referente a la renuncia del sorteo.

IV. 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 (véase §206).

V. 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 a que se refiere la fracción III, 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, aquél se aplicará a la sociedad y éstas quedarán anuladas.

5.6 Emisión de las acciones

§188. El *artículo 124* de la *Ley general de sociedades mercantiles* señala que:

- 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.
- Mientras se entregan los títulos, pueden expedirse certificados provisionales que serán siempre nominativos y que deberán canjearse por los títulos en su oportunidad.
- Los duplicados del programa en que se hayan verificado las suscripciones se canjearán por títulos definitivos o certificados provisionales, dentro de un plazo que no excederá de dos meses, contado a partir de la fecha del contrato social.
- Los duplicados servirán como certificados provisionales o títulos definitivos en los casos en que la ley lo señala.

5.7 Contenido de la acción

§189. Por lo que se refiere al contenido formal, los títulos de las acciones y los certificados provisionales, de acuerdo con lo dispuesto por el *artículo 125* de la *Ley general de sociedades mercantiles* deben expresar los siguientes elementos:

1. Elementos personales:

I. El nombre, nacionalidad y domicilio del accionista.

II. La denominación, domicilio y duración de la sociedad.

III. La fecha de la constitución de la sociedad y los datos de su inscripción en el Registro Público de Comercio.

2. *Elementos reales*:

IV. El importe del capital social, el número total y el valor nominal de las acciones. Si el capital se integra mediante diversas o sucesivas series de acciones, las menciones del importe del capital social y del número de acciones se concretarán en cada emisión, a los totales que se alcancen con cada una de dichas series. Cuando así lo prevenga el contrato social, podrá omitirse el valor nominal de las acciones, en cuyo caso se omitirá también el importe del capital social.

V. Las exhibiciones que sobre el valor de la acción haya pagado el accionista, o la indicación de ser liberada.

VI. La serie y número de la acción o del certificado provisional, con indicación del número total de acciones que corresponda a la serie.

3. *Elementos funcionales*:

VII. Los derechos concedidos y las obligaciones impuestas al tenedor de la acción, y en su caso, las limitaciones al derecho de voto.

VIII. La firma autógrafa de los administradores que conforme al contrato social deban suscribir el documento, o bien la firma impresa en facsímil de dichos administradores a condición, en este último caso, de que se deposite el original de las firmas respectivas en el Registro Público de Comercio en que se haya registrado la sociedad.

Por lo que se refiere al contenido material añadiremos que las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos y asimismo que los títulos de las acciones y los certificados provisionales podrán amparar una o varias acciones.

Por último señalaremos que está prohibido a las sociedades anónimas emitir acciones por un valor menor a su valor nominal (*artículo 115* de la *Ley general de sociedades mercantiles*).

5.8 Acción como objeto de derechos y obligaciones

§190. El *artículo 755* del *Código civil federal* considera las acciones bienes muebles y como tales pueden ser objeto de derechos y obligaciones. En principio diremos que pueden ser objeto de cualquier clase de obligaciones que impliquen bienes muebles, pero estudiaremos algunos en particular que presentan cierto tipo de complejidad.

5.8.1 Sucesión *mortis-causa*

§191. Los herederos y legatarios pueden adquirir acciones por la vía sucesoria. El derecho material se transmite desde que fallece el autor de la herencia; sin embargo, al estar éste incorporado a un título de crédito es necesario que dicha transmisión se realice de acuerdo con la ley de circulación que rige a la acción, para ello se presenta el problema de que la persona legitimada para realizar el endoso o cesión ha fallecido.

Para formalizar esta transmisión de propiedad es preciso realizar el trámite sucesorio, ya sea ante juez o notario, aceptar la herencia, nombrar albacea, realizar inventario, liquidar la universalidad de bienes y finalmente hacer la partición, para después adjudicar, salvo que se tratara de un legado, caso en el cual la adjudicación se hará en la última etapa de la liquidación, después de haber pagado las demás deudas.

El problema radica en la adjudicación y para ello consideramos tres posibles soluciones:

a) Certificación de notario público:

- **§192.** Es común que el albacea solicite al notario que haga constar mediante certificación notarial,[14] en el reverso del título de la acción, que ésta ha sido transmitida a título de herencia.

- Aun cuando para el notario es válido hacer este tipo de certificaciones, no consideramos que sea éste el medio idóneo para formalizar la transmisión de la propiedad, pues ya hemos explicado cuál es la manera en que se debe transmitir la propiedad de la acción, habida cuenta que se trata de un título de crédito nominativo, de la especie de los *propiamente nominativos*.

b) *Vía jurisdicción voluntaria ante juez*:

- **§193.** Otra manera de hacer constar la transmisión la encontramos en el *artículo 28* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* que señala:

> El que justifique que un título nominativo negociable le ha sido transmitido por medio distinto del endoso, puede exigir que el juez, en vía de jurisdicción voluntaria, haga constar la transmisión en el documento mismo o en hoja adherida a él. La firma del juez deberá ser legalizada.[15]

- Si bien esta forma de acreditar la transmisión resulta mucho más segura y acorde con la letra de la ley, no estamos seguros de su necesidad, y considera-

---

[14] Para conocer el significado del tecnicismo *certificación notarial* citaremos el artículo correspondiente de la *Ley del notariado para el Distrito Federal*:
Artículo 155:
Certificación notarial es la relación que hace el Notario de un acto o hecho que obra en su protocolo, en un documento que él mismo expide o en un documento preexistente, así como la afirmación de que una transcripción o reproducción coincide fielmente con su original; comprendiéndose dentro de dichas certificaciones las siguientes [...]:
[...] III. La relación sucinta de un acto o hecho, o de uno de sus elementos o circunstancias que consten en su protocolo, que asiente en un documento que al efecto expida a petición de parte o autoridad facultada para hacerlo, o en un documento preexistente, también a solicitud de parte, lo que hará constar en la propia certificación sin necesidad de tomar razón en nota complementaria [...].

[15] Resulta sumamente criticable que la ley establezca que la firma del juez deba ser legalizada, pues no vemos por qué se deba hacer este trámite administrativo, siendo que no es necesario acreditar frente a nadie, salvo que se tratara de un Estado extranjero, que la firma del juez sea auténtica.

mos que sólo habrá de hacerse en el caso de que resulte imposible hacerlo de la manera *normal*.

c) Por endoso e inscripción en el libro de registro de accionistas por el albacea:

§194. Las acciones y en general los títulos de crédito no se encuentran sometidas a un régimen especial cuando forman parte del haber de una sucesión.

Al igual que todos los demás bienes, deben ser inventariados y después de la liquidación y la partición, adjudicados como corresponda según su naturaleza.

El *artículo 1767* del *Código civil para el Distrito Federal* señala:

> Aprobados el inventario y la cuenta de administración, el albacea debe hacer en seguida la partición de la herencia.

Considerando la última etapa, que es la de partición como una obligación del albacea, quien deberá hacer formalizar la transmisión según la naturaleza que corresponda a cada uno de los bienes relictos.

De esta forma, si se trata de inmuebles, lo hará mediante escritura pública (*artículo 1777* del *Código civil para el Distrito Federal*), si se trata de muebles, lo hará mediante entrega; en ese mismo orden de ideas, si se trata de títulos de crédito propiamente nominativos, la transmisión se hará por la entrega, endoso e inscripción en el libro de registro de accionistas.

Consideramos que durante el trámite sucesorio es el albacea quien debe ejercitar los derechos contenidos en la acción, y los frutos civiles pasarán a formar parte, en calidad de frutos, del caudal que posteriormente se repartirá a los herederos.

5.8.2 Reporto

§195. *Artículo 259* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* (LGTOC):

> El reporto es el contrato por virtud del cual el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio, más un premio.

En virtud de que el reportador es propietario de los títulos, será éste quien ejerza todos los derechos consignados en el título.

5.8.3 Prenda

§196. El derecho real de garantía que se puede constituir sobre las acciones es el de prenda, por ser un bien mueble, de acuerdo con la legislación civil. Recordemos que la prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia por el pago (*artículo 2856* del

Código civil para el Distrito Federal). Cuando la prenda se constituye sobre títulos de crédito, estaremos frente a una prenda mercantil, la cual está regulada en la LGTOC.

La polémica se ha desatado por el texto del *artículo 338* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* (LGTOC) que señala "El acreedor prendario, además de estar obligado a la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda, debe ejercitar todos los derechos inherentes a ellos, siendo los gastos por cuenta del deudor, y debiendo aplicarse, en su oportunidad, al pago del crédito, todas las sumas que sean percibidas, salvo pacto en contrario. Es nulo todo convenio que limite la responsabilidad que para el acreedor establece este artículo".

Acerca del particular, la doctrina ha propuesto diversas soluciones:

En primer lugar encontramos sectores doctrinales que consideran que esta disposición (o su equivalente en distintos derechos) se refiere exclusivamente a los *derechos patrimoniales*, por los que los *derechos corporativos* quedan excluidos y, por tanto, es el deudor prendario quien debe ejercer los derechos corporativos, pensamiento que comparten Vivante o Scialoja.

Por otro lado encontramos autores como Mantilla Molina[16] y Manuel Rojas Jr.,[17] que consideran que este artículo es aplicable a los demás títulos de crédito y no a las acciones por ser contrario a su naturaleza.

Por su parte, existen corrientes que consideran que el acreedor prendario debe ser quien concurra a la asamblea ordinaria y el deudor quien concurra a la asamblea extraordinaria. Esta salida, aunque novedosa, no tiene sustento en ningún fundamento legal.

Finalmente están quienes consideran que al señalar el precepto citado *todos los derechos*, resulta evidente que el legislador quiso ser contundente y no dejar ninguno fuera. Así lo ha considerado la legislación española y la jurisprudencia francesa y consideramos nosotros que es la postura más adecuada, pues en muchos casos es necesario que el acreedor prendario tenga los derechos corporativos a fin de poderse cerciorar de que sus derechos estén a salvo. Creemos además que, independientemente de que el texto legal es perfectible, nuestra legislación de momento no deja lugar a dudas, por lo que debemos considerar que al acreedor prendario le corresponde ejercer todos los derechos tanto corporativos como económicos.

5.8.4 Fideicomiso

§197. En virtud de que el contrato de fideicomiso es esencialmente traslativo de dominio y que la propiedad le corresponde al fiduciario; a este último le corresponde el ejercicio de todos los derechos y habrá que observar las disposiciones del contrato para saber en qué sentido debe obrar el fiduciario; esto es: en seguimiento de los fines señalados con anterioridad o en obediencia a las instrucciones del comité técnico o de alguna otra entidad.

---

[16] Mantilla Molina, Roberto, *Derecho…, op. cit.,* nota, p. 382.

[17] Citado por Mantilla Molina, Roberto, *Derecho…, op. cit.,* nota, p. 382.

5.8.5 Embargo

- **§198.** El embargo es un acto procesal que grava a un bien afectándolo a las resultas de un juicio.
- Durante el proceso el accionista sigue siendo propietario, por lo que consideramos que todos los derechos serán ejercidos por el propietario de la acción, no obstante que sí se pueden retener los frutos civiles de la acción, como lo señala el *artículo 23* de la *Ley general de sociedades mercantiles* (véase §161).

5.8.6 Usufructo

§199. La constitución del derecho real de usufructo sobre acciones, también ha sido un tema ampliamente debatido por la doctrina, pues no existe una disposición que resuelva el problema. En general se han propuesto las siguientes salidas:

- La primera consiste en que al usufructuario le corresponden los derechos económicos (frutos civiles), mientras que al nudo propietario le corresponden los derechos corporativos.
- La segunda tiene la variante de concederle al usufructuario, además de los frutos civiles, el derecho de participar en la asamblea ordinaria, mientras que al nudo propietario correspondería el derecho a participar en la asamblea extraordinaria.

Para las dos posturas existen buenas razones, pero como no hay un fundamento al respecto lo más apropiado y lo que genera seguridad jurídica más plena es, como sucede en el caso de copropiedad, designar un representante común. Por lo que se refiere a los derechos patrimoniales, el maestro Rojina Villegas señala:

> Los autores están de acuerdo en distinguir, tratándose de beneficios, dos aspectos: unos son los regulares, constantes en toda empresa o sociedad, llamados dividendos, que no se amortizan o capitalizan y que anualmente se distribuyen a sus socios; estos beneficios regulares sí son percibidos por el usufructuario. Pero además, existe [*sic*] otra clase de beneficios que arrojan los balances de una negociación, que no son regulares, que no se perciben anualmente, que se capitalizan o se aplican al fondo de reserva de una sociedad, sobre los cuales el usufructuario de una acción o de un derecho de socio no tiene participación por cuanto se destinan a las emergencias o eventualidades de la misma negociación y, por consiguiente, no son utilidades líquidas que deban percibirse en forma definitiva, sino que quedarán al resultado de la liquidación al terminar la sociedad.
>
> Nuestra ley no contiene reglas especiales para normar los derechos del usufructuario en este caso; por consiguiente debe aplicarse la doctrina expuesta, que es consecuencia de la definición del usufructo con la cual coincidimos plenamente, en el sentido de que: [...] el usufructuario debe gozar de los bienes ajenos, sin alterar su forma ni sustancia y, por lo tanto, debe sólo recibir los frutos regulares y constantes y no los productos de la cosa.[18]

Coincidimos plenamente con el maestro.

[18] Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, tomo III, 5ª ed., Porrúa, México, 1981, p. 441.

5.8.7 Copropiedad

§200. El *artículo 122* de la *Ley general de sociedades mercantiles* señala:

> Cada acción es indivisible, y en consecuencia, cuando haya varios copropietarios de una misma acción, nombrarán un representante común, y si no se pusieren de acuerdo, el nombramiento será hecho por la autoridad judicial.
>
> El representante común no podrá enajenar o gravar la acción, sino de acuerdo con las disposiciones del derecho común en materia de copropiedad.

Consideramos que era más claro remitir directamente a las reglas de la copropiedad en el derecho común, aunque dicha remisión es innecesaria, pues dada la naturaleza de bien mueble que tiene la acción, la cotitularidad implica, necesariamente, copropiedad, por lo que esta remisión se daría aunque no estuviera establecida en la legislación mercantil.

5.9 Clasificación de las acciones

§201. En general, las acciones pueden ser clasificadas en *acciones propias* cuya esencia corresponde a la que ya hemos estudiado, mientras que las *impropias* llevan ese nombre, pero no comparten su esencia sino sólo ciertas notas. En estricto sentido sólo las *acciones propias* son acciones.

5.9.1 Acciones propias

§201. Es posible clasificar estas acciones conforme a los siguientes criterios:

a) **§202.** *Según el medio de pago* se clasifican en:

I. *Acciones pagadas en numerario*:

Basta con que se exhiba 20% del capital social al momento de constituir la sociedad.

II. *Acciones pagadas en especie*:

Sobre este tipo de acciones el *artículo 141* de la LGSM señala que deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años y que si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor a 25% del valor por el cual fueron aportados, el accionista estará obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, misma que tiene derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas.

b) **§203.** *Según la cantidad exhibida* se clasifican en:

I. *Acciones liberadas*:

De acuerdo con lo dispuesto por el *artículo 116* de la LGSM, las acciones serán liberadas una vez que se ha cubierto totalmente su importe, así como las siguientes:

a) Las que resulten de la capitalización de primas sobre acciones, por acuerdo de la asamblea extraordinaria de accionistas.

b) Las que resulten de la capitalización de aportaciones previas de los accionistas.

c) Las que resulten de la capitalización de utilidades retenidas.

d) Las que resulten de la revaluación de activos.[19]

II. *Acciones pagadoras*:

Son las acciones cuyo importe no está totalmente pagado y están reguladas en los *artículos 117* a *121* de la misma ley de acuerdo con lo siguiente:

- La parte no pagada de las acciones se conoce como *dividendo pasivo.*
- La importancia del dividendo pasivo radica en que la distribución de las utilidades y del capital social se hace de acuerdo justamente al importe exhibido de las acciones.

Asimismo, los suscriptores y adquirentes de acciones pagadoras son responsables por el importe insoluto de la acción durante cinco años, contados desde la fecha del registro de traspaso, pero no podrá reclamarse el pago al enajenante sin que antes se haga excusión en los bienes del adquirente. Esto implica que todos los enajenantes de la acción son obligados solidarios frente a la sociedad por el dividendo pasivo, pero subsidiariamente con el adquirente.

Es interesante analizar si resulta aplicable el *artículo 34* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*, que señala:

> El endoso en propiedad transfiere la propiedad del título y todos los derechos a él inherentes. El endoso en propiedad no obligará solidariamente al endosante sino en los casos en que la ley establezca solidaridad (caso en el que se encuentran la letra de cambio, el pagaré, el cheque, el bono de prenda, y al parecer, en este caso, la acción). Cuando la ley establezca —continúa el artículo en cita— la responsabilidad solidaria de los endosantes, éstos pueden liberarse de ella mediante la cláusula *sin mi responsabilidad*.

Este artículo no es aplicable pues establece un beneficio para el tenedor del título, mientras que el caso que nos ocupa se refiere a una obligación a cargo de este último, por lo que no es el mismo supuesto y no aplica la mencionada regla.

En caso de que no se pague el dividendo pasivo, la *Ley general de sociedades mercantiles* distingue los siguientes supuestos:

El primero (*Artículo 118*) se refiere al caso en que la acción señale plazo de vencimiento y monto a pagar, supuesto en el que procederá, a elección de la sociedad el cumplimiento forzoso en la *vía sumaria mercantil*[20] o bien la venta de las acciones de acuerdo con el procedimiento que más adelante se señalará.

---

[19] Sobre estos supuestos ya se abundó al estudiar *los movimientos de capital social* (véase §91).

[20] Vid.

El segundo supuesto (*Artículo 119*) se refiere al caso en que la acción no señala el plazo de vencimiento y el monto a pagar, hipótesis en la que se deberá hacer una publicación en el periódico oficial de la entidad federativa de que se trate, cuando menos 30 días antes de la fecha que se señale y en caso de que dentro del plazo referido no se pague, se procederá tal como en el primer supuesto.

La venta de acciones a que se refieren los artículos anteriormente citados —señala el *artículo 120* de nuestra ley societaria— debe hacerse a través de corredor titulado y se extenderán nuevos títulos o nuevos certificados provisionales para sustituir a los anteriores.

El producto de la venta se deberá aplicar al pago de la exhibición decretada, y si excede del importe de ésta, se deben cubrir también los gastos de la venta y los intereses legales sobre el monto de la exhibición. El remanente se entregará al antiguo accionista, si lo reclamare dentro del plazo de un año, contado a partir de la fecha de la venta.

Finalmente el *artículo 121* señala que si en el plazo de un mes, a partir de la fecha en que debiera hacerse el pago de la exhibición, no se hubiere iniciado la reclamación judicial o no hubiere sido posible vender las acciones en un precio que cubra el valor de la exhibición se declararán extinguidas aquéllas y se procederá a la consiguiente reducción del capital social.

c) *Acciones de voto limitado*:

- **§204.** El *artículo 112* de la *Ley general de sociedades mercantiles* establece el principio general de que […] Las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos; y el *artículo 113* establece que […] cada acción sólo tiene derecho a un voto […]; sin embargo, existen algunas excepciones a dichos principios, una de ellas es el de las *acciones de voto limitado*.
- El *artículo 113* de la misma ley regula estas acciones señalando que su existencia debe estar prevista en el contrato social y que dichas acciones sólo tienen derecho de voto en las *asambleas extraordinarias* que se reúnan para tratar los asuntos comprendidos en las *fracciones I*, *II*, *IV*, *V*, *VI* y *VII* (prórroga, disolución anticipada, cambio de objeto, fusión y transformación) del *artículo 182*.
- Es criticable que el legislador, al incluir el *artículo 228 bis*, referente a la *escisión*, no la haya integrado dentro de los supuestos de derecho al voto señalado.

Éstos son el mínimo de asuntos (o el máximo de limitaciones) al que pueden tener derecho a votar los titulares de acciones de voto limitado, pero ello no obsta para que se señalen otras materias en que sea posible votar por los mismos. Por ello nos parece prudente establecer estatutariamente el caso de escisión.

Como compensación a esta limitación de votos, la ley otorga a los titulares de las acciones de voto limitado un derecho preferente para recibir dividendos al señalar que

no podrán asignarse dividendos a las acciones ordinarias sin que antes se pague a las de voto limitado un dividendo de 5%.

La doctrina señala que este dividendo es acumulativo y participante; *acumulativo* por cuanto si en un ejercicio no se alcanza ese 5% se acumulará para el siguiente ejercicio, como lo señala el artículo en cita: "Cuando en algún ejercicio social no haya dividendos o sean inferiores a dicho 5%, se cubrirá éste en los años siguientes con la prelación indicada", y *participante* por cuanto el dividendo que corresponde no es máximo del 5%, pues puede ser mayor.

Sin embargo, hay quienes[21] señalan que 5% es un mínimo y que podría ser superior, nosotros coincidimos en este punto

Resulta curiosa la omisión del legislador de no señalar sobre qué se toma ese 5%. Al efecto consideramos que tenemos dos opciones:

1. Respecto del valor nominal de la acción.
2. Respecto del valor contable de la acción.

Consideramos que debe ser sobre el *valor nominal de la acción*, pues justamente son las utilidades las que dan lugar al dividendo, y estas utilidades son el excedente que se dé en el activo de la sociedad después de repuesto el capital social.

Cuando en algún ejercicio social no haya dividendos o sean inferiores a dicho 5% se cubrirá éste en los años siguientes con la prelación indicada. Al hacerse la liquidación de la sociedad, las acciones de voto limitado se reembolsarán antes que las ordinarias. En el contrato social podrá pactarse que a las acciones de voto limitado se les fije un dividendo superior al de las acciones ordinarias. Los tenedores de las acciones de voto limitado tienen los derechos que esta ley confiere a las minorías para oponerse a las decisiones de las asambleas y para revisar el balance y los libros de la sociedad.

d) *Acciones privilegiadas*:

> **§205.** Éstas están parcamente reguladas en el *artículo 182* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, que en su *fracción VIII* señala, […] Son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos: […] VIII. Emisión de acciones privilegiadas.

Éste sería otro caso de excepción al principio consagrado por el *artículo 112*; sin embargo, no queda claro a qué tipo de privilegio se refiere, pero podemos considerar que puede tratarse de algún beneficio en el dividendo o en la cuota de liquidación. De acuerdo con algunas interpretaciones, las acciones privilegiadas son un género, respecto del que las acciones de voto limitado son una especie.

[21] Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000, p. 507.

5.9.2 Acciones impropias

a) *Acciones de goce*:

§206. Ya hemos hablado de la amortización de acciones con utilidades repartibles, ya señalamos que se decreta por la asamblea extraordinaria, que sólo opera respecto de las acciones íntegramente pagadas, que la adquisición se hace en bolsa, salvo que el contrato social o la asamblea fijen el precio, caso en el que la determinación se hace mediante sorteo ante notario público o corredor titulado; que se procede a la anulación de los títulos y que en su lugar, si lo prevé el contrato social, pueden emitirse acciones de goce (véase §187).

Estas acciones tienen derecho a las utilidades líquidas, después de pagado el dividendo correspondiente a las acciones no reembolsadas, de acuerdo con lo dispuesto por el contrato social. Si el propio contrato social así lo señala, pueden conceder a su titular derecho de voto en las materias y en el porcentaje que ahí mismo se establezca.

Asimismo, pueden dar derecho en la liquidación a una parte del *haber social*, después de cubiertos los derechos que correspondan a las acciones no reembolsadas. Las acciones de goce no se computan en el capital social.

b) *Acciones de trabajo*:

§207. El *artículo 114* de la *Ley general de sociedades mercantiles* regula las Acciones de Trabajo de la siguiente manera:

> 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 corresponda.

Estas acciones, que han caído en desuso, fueron introducidas por el legislador a efecto de dar cumplimiento a lo ordenado por la constitución en materia de participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, sirva para entender ello el texto de la exposicion de motivos de nuestra *Ley general de sociedades mercantiles*, que al efecto señala:

> Al aceptar las acciones de trabajo dejando plena autonomía a los estatutos para la determinación de su régimen jurídico, el gobierno no ha querido prejuzgar si estas acciones de trabajo ofrecen el mejor procedimiento para cumplimentar los *incisos VI* y *IX* del *artículo 123 constitucional*, en cuanto establecen que: [...] en toda empresa agrícola, comercial, mercantil, fabril o minera, los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades. Por prevención expresa de la constitución toca a las comisiones especiales que se formarán en cada municipio y, en su defecto, a las *Juntas centrales de conciliación y arbitraje* fijar dicha participación.

La ley se ha limitado por ese motivo a ofrecer esquemáticamente la posibilidad, que era preciso consignar, supuesto que implica una restricción al principio de que toda acción debe ser representación de una parte del capital, de que actúen como socios per-

sonas que no hayan hecho una aportación inicial de cosas, siempre que presten trabajo o servicios a la compañía en el curso de su existencia jurídica.

c) *Acciones de tesorería*:

§208. Más adelante (véase §335 y siguientes) estudiaremos el tema de la *modalidad de capital variable*, y ahí veremos que existe la posibilidad de que las sociedades por acciones emitan acciones no suscritas que queden en manos de la tesorería de la sociedad, las cuales se irán entregando a medida que se realice la suscripción de las mismas.

6. Accionista

§209. El accionista es la persona física o moral titular del título denominado acción, y el título de crédito conocido como acción otorga a su titular un estatus, que es el de accionista, y dicho estatus le confiere diversos derechos y obligaciones.

6.1 Obligaciones del accionista

§210. El principio general lo establece el *artículo 87* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, al afirmar, desde la misma definición, de la *sociedad anónima* que la obligación de los socios *se limita al pago de sus acciones*.

Esta obligación es la principal, y si el contrato social o la asamblea de accionistas no señalan nada, diremos que es la única. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación, el tema ya ha sido tratado al hablar de las *acciones liberadas y pagadoras* (véase §223), cuando se abordó en específico el tema del *dividendo pasivo*; sin embrago, puede haber obligaciones distintas establecidas en el contrato social o pactadas por la asamblea de accionistas, como ejemplo de este tipo de obligaciones señalaremos las siguientes:

a) Pagos adicionales por servicios prestados.
   Esto sucede particularmente en sociedades anónimas que son titulares de una negociación mercantil que funcione como club deportivo, social o similares.

b) Pactos de no competencia.

c) Obligaciones de comprar o vender bienes y servicios producidos por las sociedades.

Las sociedades anónimas reguladas por leyes financieras establecen en muchas ocasiones obligaciones distintas de las señaladas y destacan por su novedad las permitidas por la nueva *Ley del mercado de valores*.

6.2 Derechos del accionista

§211. El título de crédito denominado acción lleva incorporados dos tipos de derecho:

1. *Derechos económicos o patrimoniales*:

   a) *Derecho a las utilidades*:

   §212. Ya se habló del concepto de utilidades al estudiar la sociedad mercantil en general (véase §103), por lo que sólo diremos que este derecho lo tiene el accionista hasta que hablamos de la *utilidad repartible* y aun esta utilidad repartible, no es disponible por el accionista en lo individual, sino hasta que se decretan los dividendos.

   b) *Derecho a dividendos*:

   - **§213.** La utilidad repartible se puede repartir entre los socios o no.
   - En caso de que no se decida hacer así, se le puede dar a la misma diversas utilidades como invertirla en la actividad propia de la sociedad, constituir algún tipo de reserva, por ejemplo, para futuros aumentos de capital, o cualquier otra que los accionistas pacten.
   - Para que surja el derecho individual de los socios a recibir dividendos es necesario que sean decretados; es decir, que la asamblea ordinaria de accionistas decida que la utilidad repartible será distribuida entre los accionistas.
   - Existen dos sistemas para decretar dividendos:

     1. Cuando se determina que hay utilidad repartible y la asamblea decida la repartición de la misma.
     2. Cuando estatutariamente se pacta que tan pronto se determine la existencia de utilidad repartible, ésta sea considerada dividendo en automático.

   - En principio, el pago de dividendos se hace en dinero, pero nada obsta para que se haga en especie, ya sean bienes, productos de la actividad de la sociedad o incluso acciones, aunque consideramos que en este caso estaríamos más bien en el supuesto de capitalización de utilidades.
   - Es importante tener en cuenta que está prohibido hacer anticipos sobre dividendos, tal como lo señala el *artículo 139* de la LGSM:

     > En ningún caso podrán las sociedades anónimas hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones.

c) *Intereses constructivos*:

- **§214.** El *artículo 123* de la LGSM prevé que se puede establecer en el contrato social que las acciones, durante un plazo máximo de tres años desde su emisión, otorguen derecho a intereses no mayores del 9% anual.
- En ese caso dichos intereses deben ser cargados a gastos generales.

d) *Derecho de opción*:

- **§215.** Los accionistas tienen derecho de preferencia (u opción) en proporción al número de sus acciones para suscribir las que se emitan en casos de aumento de capital.
- Este derecho se ejerce dentro de los 15 días siguientes a la publicación del acuerdo tomado en asamblea general extraordinaria, por el que se haga dicho aumento, en el periódico oficial del domicilio.
- Este derecho no es disponible por los accionistas, separado de la acción, por lo que para transmitirlo se debe transmitir la acción.
- Doctrinalmente se establece que existen diversos casos en los que no procede el derecho de opción, entre los que se señalan la *capitalización de utilidades*, la *reevaluación de activos*, la *capitalización de reservas* y otras similares; coincidimos con dicha postura, pues no es necesario ya que de por sí aumenta el valor de la acción o se emiten nuevas acciones a favor de los propios accionistas.
- Para el caso de aportaciones en especie, creemos que el tema depende de la fungibilidad de los bienes a aportarse, pues si éstos son no fungibles, sólo aquella persona propietaria del bien que la sociedad requiere podrá hacer dicha aportación, en cuyo caso no sería procedente el derecho de opción.
- Por el contrario, si se trata de bienes fungibles, consideramos que cualquier persona que tenga bienes de la misma especie, cantidad y calidad podría hacer la suscripción, por lo que consideramos que aquí sí procede dicho derecho.
- Todas las acciones tienen derecho de opción, salvo las que no son representativas del capital social (impropias).

En caso de que existan acciones de diversa categoría es mejor pactar en el contrato social que sólo hay derecho de opción dentro de cada serie de acciones, lo que consideramos es posible en virtud de lo dispuesto por el *segundo párrafo* del *artículo 112* de la LGSM que señala: […] en el contrato social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase […].

Se cuestiona a la vez en doctrina si este derecho de opción es renunciable, a lo que respondemos que hay que distinguir dos momentos:

1. Antes de que se presente el supuesto del aumento de capital, momento en el que consideramos que no es posible hacer esta renuncia.
2. Una vez que ya se acordó el aumento y que se actualiza el derecho para los accionistas, momento en el que consideramos que es plenamente renunciable.

e) *Derecho a una cuota de liquidación*:

§216. Una vez disuelta la sociedad y después de haber sido liquidada, sobra una cantidad de bienes que se compone del capital social, más alguna otra suma que corresponderá a utilidades, suma que conforma el haber social que una vez extinta la personalidad jurídica de la sociedad se convierte en diversas cuotas de liquidación y que corresponderán en principio a los accionistas.

7. Títulos emitidos por la sociedad anónima distintos de la acción

7.1 Bonos del fundador

§217. Los derechos de los fundadores en la sociedad anónima (véase §167) no pueden exceder de 10% de las utilidades ni durar más de 10 años y sólo se pueden pagar una vez que los accionistas han recibido dividendos por al menos 5% del valor (nominal).

- Para acreditar dichos derechos se expedirán títulos especiales denominados *bonos de fundador*, según señala el *artículo 106* de la *Ley general de sociedades mercantiles*.
- Los bonos de fundador no se computan en el capital social, ni autorizan a sus tenedores para participar en la disolución de la sociedad, ni para intervenir en su administración.
- Sólo confieren el derecho de percibir la participación en las utilidades que el bono exprese y por el tiempo que en el mismo se indique, como lo señala el *artículo 107* de la *Ley general de sociedades mercantiles*.
- En cuanto a su contenido, el *artículo 108* de la *Ley general de sociedades mercantiles* señala que los *bonos de fundador* deberán contener:

I. Nombre, nacionalidad y domicilio del fundador.
II. La expresión *bono de fundador* con caracteres visibles.
III. La denominación, domicilio, duración, capital de la sociedad y fecha de constitución.
IV. El número ordinal del bono y la indicación del número total de los bonos emitidos.
V. La participación que corresponda al bono en las utilidades y el tiempo durante el cual deba ser pagada.
VI. Las indicaciones que conforme a las leyes deben contener las acciones por lo que hace a la nacionalidad de cualquier adquirente del bono.
VII. La firma autógrafa de los administradores que deben suscribir el documento conforme a los estatutos.

- Los tenedores de bonos de fundador tienen derecho al canje de sus títulos por otros que representen distintas participaciones, siempre que la participación total de los nuevos bonos sea idéntica a la de los canjeados.
- En cuanto a su naturaleza, diremos que por serle aplicable el *artículo 111* de la LGSM, por remisión expresa del *artículo 110* del mismo ordenamiento, deben ser considerados, al igual que las acciones, como títulos de crédito.
- Son también aplicables, por remisión hecha por el *artículo 110* de la LGSM, a los bonos del fundador según los *artículos 124*, *126* y *127*, de la LGSM referidos a la época de su emisión, la posibilidad de amparar en un solo documento varios bonos y la existencia de cupones, respectivamente.

7.2 Obligaciones

1. *Concepto y utilidad*:

§218. Las obligaciones son títulos de crédito, emitidos por las sociedades anónimas que representan la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo a cargo de la sociedad emisora (a*rtículo 208* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*).

El que se utilice el término *obligaciones* es criticable porque su significado corresponde también a otro concepto de primerísimo orden para el derecho privado y no el de *bonos* que es su sinónimo y que es más claro.

Las obligaciones son un medio que tienen las sociedades anónimas para hacerse de capital, sin incluir —en principio— a quienes aportan dicho capital entre los accionistas de la sociedad.

De esta forma se beneficia a la sociedad, al tener de momento liquidez y por otro lado se benefician los tenedores de las obligaciones, pues obtienen un rédito por la cantidad representada por la obligación.

2. *Características*:

- **§219.** Se trata de títulos de crédito.
- En tanto títulos de crédito, las obligaciones son un bien mueble aun cuando —señala el *artículo 208* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*— se trate de obligaciones que estén garantizadas con hipoteca.
- Se trata de un título de crédito nominativo, siéndole aplicable en los *transitorios de 1982* como cuando se estudió el tema de la acción (véase §179).

El *artículo 109* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* (LGTOC) establece una excepción al permitir que las acciones sean al portador, si se trata de títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores, colocados en el extranjero, entre el gran público inversionista. Las obligaciones siempre deben estar denominadas en múltiplos de 10 centavos.

3. *Emisión*:
   - **§220.** La emisión es un acto jurídico unilateral como se señala en el *artículo 213* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* (LGTOC) donde se afirma que dicha emisión se hará […] por declaración de voluntad de la sociedad emisora […].
   - La forma que debe revestir dicho acto es, de acuerdo con la ley, la de *acta* ante notario.

En realidad, por tratarse de un acto jurídico, más bien se debe hacer constar en *escritura pública*. Pues recordemos que de acuerdo con la normatividad notarial, en las actas se hacen constar hechos jurídicos y en las escrituras, actos.

- La emisión debe ser inscrita en el *Registro público de comercio* y también en el *Registro público de la propiedad del estado* que corresponda, si en garantía de la emisión se hipoteca algún bien inmueble.
- El instrumento en que se haga constar la emisión de obligaciones deberá contener lo siguiente:

  I. Los datos a que se refieren las *fracciones I* y *II* del *artículo 210* de la LTOC; es decir, nombre, nacionalidad y domicilio del obligacionista, excepto en los casos en que se trate de obligaciones emitidas al portador, y la denominación, el objeto y el domicilio de la sociedad emisora.

  II. A lo anterior deberá añadirse:

  a) En antecedentes o consignada su protocolización en el propio instrumento, el acta de la *Asamblea general extraordinaria de accionistas* que haya autorizado la emisión.

  b) En antecedentes, el balance que se haya practicado precisamente para preparar la emisión, certificado por contador público.

  c) En antecedentes o protocolizada en el mismo instrumento, el acta de la sesión del *consejo de administración* en que se haya hecho la designación de la persona o personas que deben suscribir la emisión.[22]

[22] Por ser la designación de dicho representante un otorgamiento de poder, debemos sujetarnos a las reglas de forma aplicables a los mismos, por lo que siendo dicha designación para realizar un acto que se otorga en escritura pública, el poder debe ser otorgado también en escritura pública (*artículo 2555* del *Código civil para el Distrito Federal*), y por ser otorgado por un órgano colectivo, resulta aplicable el *artículo 138* de la *Ley del notariado para el Distrito Federal*, que señala:
[…] Los nombramientos, poderes y facultades, que consten en actas de reuniones legalmente celebradas por órganos de personas morales o comunidades o agrupaciones en general, tendrán efectos aunque no fueren conferidos en escritura por la simple protocolización de dichas actas, siempre que conste la rogación específica de quien haya sido designado delegado para ello en la reunión de que se trate, se cumplan los requisitos específicos para la validez de la asamblea o junta respectiva y el Notario certifique que no tiene indicio alguno de su falsedad. Al instrumento relativo le será aplicable lo establecido en el apartado correspondiente a las escrituras dentro de esta sección.

III. Los datos a que se refieren las *fracciones III*, *IV*, *V* y *VI* del *artículo 210* de la LTOC:

Fracción III:

El importe del capital pagado de la sociedad emisora y el de su activo y de su pasivo, según el balance que se practique precisamente para efectuar la emisión.

Fracción IV:

El importe de la emisión, con especificación del número y del valor nominal de las obligaciones que se emitan.

Fracción V:

El tipo de interés pactado.

Fracción VI:

El término señalado para el pago de interés y de capital y los plazos, condiciones y manera en que las obligaciones han de ser amortizadas.

IV. En su caso la *especificación* de las garantías especiales que se consignen para la emisión, con todos los requisitos legales debidos para la constitución de tales garantías. A nuestra manera de ver, es recomendable que se haga constar en el mismo instrumento el otorgamiento de la garantía.

V. La especificación del empleo que haya de darse a los fondos producto de la emisión, en el caso a que se refiere el *primer párrafo* del *artículo 212* de la LGTOC (bienes cuya adquisición o construcción tuviere contratada la sociedad emisora).

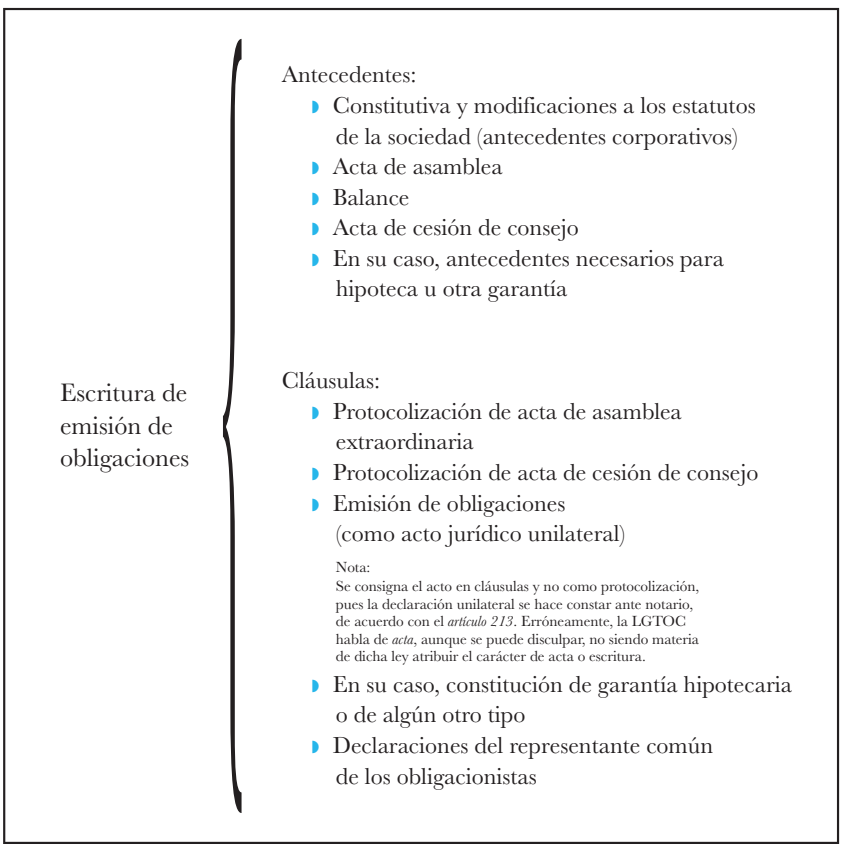
VI. La designación de representante común de los obligacionistas y la aceptación de éste, con su declaración:

a) De haber comprobado el valor del activo neto manifestado por la sociedad.

b) De haber comprobado, en su caso, la existencia y valor de los bienes hipotecados o dados en prenda para garantizar la emisión.

c) De constituirse en depositario de los fondos producto de la emisión que se destinen, en el caso a que se refiere el *primer párrafo* del *artículo 212*, a la construcción o adquisición de los bienes respectivos, y hasta el momento en que esa adquisición o construcción se realice.

En un esquema básico, proponemos la siguiente estructura para la *escritura de emisión de obligaciones* omitiéndose *proemio* y *certificaciones*:



4. *Contenido de la obligación*:

§221. Éste se encuentra descrito en el *artículo 210* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* (LGTOC):

I. Nombre, nacionalidad y domicilio del obligacionista, excepto en los casos en que se trate de obligaciones emitidas al portador.

II. La denominación, el objeto y el domicilio de la sociedad emisora.

III. El importe del capital pagado de la sociedad emisora y el de su activo y de su pasivo, según el balance que se practique precisamente para efectuar la emisión.

IV. El importe de la emisión, con especificación del número y del valor nominal de las obligaciones que se emitan.

V. El tipo de interés pactado.

VI. El término señalado para el pago de interés y de capital y los plazos, condiciones y manera en que las obligaciones han de ser amortizadas.

VII. El lugar del pago.

VIII. La especificación, en su caso, de las garantías especiales que se constituyan para la emisión, con expresión de las inscripciones relativas en el registro público.

IX. El lugar y fecha de la emisión, con especificación de la fecha y número de la inscripción relativa en el Registro de Comercio.

X. La firma autógrafa de los administradores de la sociedad, autorizados al efecto, o bien, la firma impresa en facsímil de dichos administradores, a condición, en este último caso, de que se deposite el original de las firmas respectivas en el Registro Público de Comercio en que se haya registrado la sociedad emisora.

XI. La firma autógrafa del representante común de los obligacionistas, o bien, la firma impresa en facsímil de dicho representante, a condición, en este último caso, de que se deposite el original de dicha firma en el Registro Público de Comercio en que se haya registrado la sociedad emisora.

5. *Representante común de los obligacionistas*:

- **§222.** El representante puede ser provisional o definitivo.
- El provisional es designado por la sociedad emisora en el acto de la emisión (o puede ser una institución de crédito, en el caso de falta de representante), mientras que el definitivo es nombrado por los obligacionistas.

Estos representantes tienen, de acuerdo con la ley, el carácter de mandatarios, lo cual no es otra cosa que un establecimiento de supletoriedad de las disposiciones del mandato para el representante de los obligacionistas. Esta figura está regulada en los *artículos 216* y *217*.

6. *Asamblea general de obligacionistas*:

- **§223.** Es un órgano colegiado que representa a los obligacionistas en sus intereses y sus decisiones tomadas en los términos de la ley y de acuerdo con las estipulaciones relativas del acta de emisión, serán válidas respecto de todos los obligacionistas, aun de los ausentes o disidentes.

La ley y los estatutos regulan sus reglas de integración y funcionamiento, y se establece como supletoria la regulación de las asambleas de la Sociedad Anónima.

7. *Obligaciones convertibles en acciones*:

- **§224.** El *artículo 210 bis* regula este tipo de obligaciones, estableciendo la siguiente reglamentación:

  a) La sociedad deberá tomar las medidas pertinentes para tener en tesorería acciones por el importe que requiera la conversión.

b) Para los efectos del punto anterior, no será aplicable lo dispuesto en el *artículo 132* de la *Ley general de sociedades mercantiles*; es decir, a este efecto, en el aumento de capital no hay derecho de opción.

c) En el acuerdo de emisión se establecerá el plazo dentro del cual, a partir de la fecha en que sean colocadas las obligaciones debe ejercitarse el derecho de conversión.

d) Las obligaciones convertibles no podrán colocarse abajo de la par.

e) Los gastos de emisión y colocación de las obligaciones se amortizarán durante la vigencia de la misma.

f) La conversión de las obligaciones en acciones se hará siempre mediante solicitud presentada por los obligacionistas, dentro del plazo que señale el acuerdo de emisión.

g) Durante la vigencia de la emisión de obligaciones convertibles, la emisora no podrá tomar ningún acuerdo que perjudique los derechos de los obligacionistas derivados de las bases establecidas para la conversión.

h) Siempre que se haga uso de la designación, *capital autorizado*, deberá ir acompañada de las palabras *para conversión de obligaciones en acciones*.

i) En todo caso que se haga referencia al capital autorizado, deberá mencionarse al mismo tiempo el capital pagado.

j) Anualmente, dentro de los primeros cuatro meses siguientes al cierre del ejercicio social se protocolizará la declaración que formule el *consejo de administración* indicando el monto del capital suscrito mediante la conversión de las obligaciones en acciones y se procederá de inmediato a su inscripción en el Registro Público de Comercio.

k) Las acciones en tesorería que en definitiva no se canjeen por obligaciones, serán canceladas.

l) Con este motivo, el *consejo de administración* y el *representante común de los obligacionistas* levantarán un acta ante *notario* que será inscrita en el Registro Público de Comercio.

7.3 Cupones

§225. El *artículo 127* de la *Ley general de sociedades mercantiles* señala que 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.

Estos títulos tienen también la naturaleza de ser títulos de crédito y se considera que son títulos accesorios a las acciones.

La regulación de dichos títulos la encontramos en la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*, en particular en el *artículo 23* de la misma, que en sus *párrafos segundo* y *tercero* señala: "en el caso de títulos nominativos que llevan adheridos cupones, se considerará que son cupones nominativos, cuando los mismos estén identificados y vinculados por su número, serie y demás datos con el título correspondiente".

Únicamente el legítimo propietario del título nominativo o su representante legal podrán ejercer, contra la entrega de los cupones correspondientes, los derechos patrimoniales que otorgue el título al cual estén adheridos. De esto último se desprende que sólo se puede transmitir la propiedad de los cupones en la medida que se transmitan las acciones.

8. Órganos de la sociedad anónima

§226. Las sociedades manifiestan su actuar a través de sus órganos, en particular de la *asamblea*, la *administración* y la *vigilancia*.

8.1 Asamblea

§227. El órgano supremo y discontinuo de la sociedad anónima es la *asamblea de accionistas*.

El artículo 178 de nuestra ley define a dicho órgano de la siguiente manera:

> La asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad que podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que la asamblea general de accionistas designe, o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración.

La asamblea es un órgano colegiado, esto implica una pluralidad de, por lo menos, dos socios y su actividad se exterioriza en deliberaciones.

Como señala Messineo: La asamblea es un órgano […] sumamente particular, puesto que, en cierto modo se identifica con la sociedad toda entera;[23] además, señala más adelante el propio Messineo, […] es característico que la actividad de la asamblea tiene eficacia solamente en la vida interna de la sociedad y que, para las relaciones con los terceros, es necesaria la intervención de los administradores, los cuales son el único órgano que está dotado de poderes de representación social, mientras la asamblea está absolutamente desprovista de ellos.[24]

No obstante, al ser la fuente misma de la voluntad de la sociedad, puede lograr sus cometidos por medio de la administración, de representantes o de delegados de la misma.

---

[23] Messineo, Francesco, *Manual de…, op. cit.*, nota, tomo V, pp. 430 y 431.

[24] *Ibíd,* p. 431.

La asamblea está integrada por todos los accionistas con derecho a voto. Tiene las facultades más amplias y sólo está limitada por la ley, pues como ya se ha explicado, ni siquiera el objeto social le representa una limitación, al menos no a la asamblea extraordinaria.

8.1.1 Derecho al voto

§228. Cada acción da derecho a un voto en la asamblea, salvo que se trate de acciones de voto limitado, caso en el cual será preciso distinguir la materia, para saber si para la asamblea de que se trate, existe este derecho. Para ejercer el derecho al voto se deberá exhibir el título respectivo.[25]

En muchas ocasiones se pacta que durante la asamblea la acción quede depositada en la administración de la sociedad, pero no consideramos que esto sea necesario, pues no hay ningún fundamento legal que nos obligue a ello.

En cuanto a la naturaleza jurídica del voto, la doctrina[26] señala que se trata de un acto jurídico unilateral y también se ha considerado como una parte de la manifestación del consentimiento para integrar lo que León Duguit ha llamado *acto colectivo*[27] (tal como sucede en el contrato con la oferta y aceptación), desde el punto de vista interno, y una declaración unilateral de la voluntad, desde el punto de vista externo.

Los *artículos 196* y *197* establecen limitaciones al voto en caso de que existan conflictos de interés con la sociedad: el primero se refiere al accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse de toda deliberación relativa a dicha operación.

Dicho precepto señala que el accionista que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios, solamente en el caso de que sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación.

El segundo de estos artículos se refiere a los accionistas que sean administradores y comisarios, los cuales no podrán votar en las deliberaciones relativas a la aprobación de los informes a que se refieren los *artículos 166* en su *fracción IV* (opinión sobre las políticas y criterios contables utilizados por la administración, así como sobre la veracidad de la información presentada por la misma) y el *172* en su enunciado general (informe de los administradores) o a su responsabilidad.

El *artículo 200* establece el principio de mayoría al disponer que las resoluciones legalmente adoptadas por las *asambleas de accionistas* sean obligatorias, aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta ley.

---

[25] El *artículo 17* de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* señala, [...] El tenedor de un título tiene la obligación de exhibirlo para ejercitar el derecho que en él se consigna [...].

[26] El maestro Barrera Graf señala: [...] Naturaleza jurídica del voto. El voto es un acto jurídico de carácter unilateral. Como tal, está sujeto a las reglas y elementos del acto jurídico en general, que establece el derecho civil [...]. Barrera Graf, Jorge, *Instituciones..., op. cit.*, nota, pp. 536 y 537.

[27] Se ha definido ya este tipo de acto (véase §137).

No obstante, se debe tener en cuenta que la aludida mayoría no puede retirar derechos individuales de los accionistas que ya existan si la ley no autoriza para ello a dicho órgano colegiado.

Los accionistas, de acuerdo con el *artículo 192*, podrán hacerse representar en las *asambleas* por apoderados, ya sea que pertenezcan o no a la sociedad. La representación deberá conferirse en la forma que prescriban los estatutos y a falta de estipulación, por escrito. No pueden ser representantes, para los efectos antes señalados, los *administradores* ni los *comisarios de la sociedad*.

8.1.2 Clases de asambleas

§229. De nuestra ley se desprenden cinco clases de asamblea: *ordinaria*, *extraordinaria*, *totalitaria*, *constitutiva* y *especial*. Las dos principales, cuyas reglas son aplicables a las demás son las *ordinarias* y *extraordinarias* y por ello serán las primeras en ser tratadas.

En el derecho comparado existen diversos criterios para distinguir las asambleas ordinarias de las extraordinarias, de los que señalamos los siguientes:

a) *Por la época en que se reúne*:

   De acuerdo con este criterio serán ordinarias las que se reúnan en la época prevista para ello en los estatutos o en la ley, y extraordinarias las que se reúnan a tiempo diverso.

b) *Por la materia a tratar*:

   Conforme a este criterio, según el tema que se vaya a tratar la asamblea será *ordinaria* o *extraordinaria*. En general estos sistemas consideran ordinarias las que se reúnen para tratar temas de la vida común de la sociedad, sin alterar sustancialmente su funcionamiento ni los derechos y obligaciones de los socios, y extraordinarias cuando sí hay tal alteración.

c) *Por el quórum requerido*:

   Conforme a este criterio, las ordinarias tendrán un quórum menor, regularmente mayoría simple. Mientras que en las extraordinarias se requerirá uno mayor, que generalmente es mayoría calificada.

   Nuestra legislación mercantil ha optado por el segundo y tercer criterios.

8.1.2.1 Asamblea ordinaria

§230. Para distinguirlas, nuestro legislador optó por el método de exclusión al afirmar en el *artículo 180* de la *Ley general de sociedades mercantiles* que son asambleas ordinarias todas las que se reúnan para tratar algún tema no enumerado por el *artículo 182* de la *Ley general de sociedades mercantiles*.

En cuanto a la periodicidad, el *artículo 181* ordena que la asamblea ordinaria se reúna por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social y se habrá de ocupar, además de los asuntos incluidos en la orden del día, de los siguientes:

I. Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172, tomando en cuenta el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas.

II. En su caso, nombrar al administrador o consejo de administración y a los comisarios.

III. Determinar los emolumentos correspondientes a los Administradores y Comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

Cuando se estudia la *convocatoria* se observa que al accionista individual le asiste el derecho de convocar a este tipo de asamblea cuando se incumpla con el enunciado general de este artículo.

8.1.2.2 Asamblea extraordinaria

§231. Este tipo de asamblea modifica cuestiones trascendentes para la sociedad, para determinarlas nuestra legislación adoptó un criterio taxativo, por lo que en el *artículo 182* señala: Son asambleas extraordinarias, las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

I. Prórroga de la duración de la sociedad.

   Hay que destacar que este acuerdo se ha de tomar antes de que se de el vencimiento de la duración de la sociedad, pues en ese supuesto la disolución procede *ipso-iure*.

II. Disolución anticipada de la sociedad.

   Respecto de este punto vale la pena recordar que se terminará el ejercicio en curso y se abrirá un nuevo ejercicio social durante el periodo de liquidación (véase §106).

III. Aumento o reducción del capital social.

IV. Cambio de objeto de la sociedad.

   Este tema fue tratado al estudiar el *objeto social* en general (véase §113).

V. Cambio de nacionalidad de la sociedad.

   Ya se habló de este tema al tratar la *nacionalidad como atributo de la personalidad de las sociedades mercantiles* (véase §132).

VI. Transformación de la sociedad.

VII. Fusión con otra sociedad.

VIII. Emisión de acciones privilegiadas.

Este tema se trató al estudiar la *clasificación de las acciones* (véase §204 y §205).

IX. Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce.

Este tema se ha estudiado al tratar el de la *amortización de acciones con utilidades repartibles* y las *acciones de goce* (véase §206).

X. Emisión de bonos.

En este punto, la ley se refiere a la emisión de obligaciones prevista por la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* y al analizar los *títulos emitidos por las sociedades anónimas*, distintos de las *acciones* (véase §218 y siguientes).

XI. Cualquiera otra modificación del contrato social.

Esta fracción reúne lo dicho en varias de las anteriores (todas, excepto la *VIII*, *IX* y *X*) por lo que consideramos que es poco técnica la repetición.

XII. Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija un quórum especial.

Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.

En este último párrafo la ley adopta un criterio distinto al de materias y se refiere ahora al del quórum y en el último párrafo se aclara que para nuestra legislación mercantil no es determinante el criterio de la época de reunión.

Cabe señalar que a estos supuestos hay que añadir el de la *escisión*, pues el *artículo 228 bis* de la LGSM relativo señala en su *fracción I*:

> Sólo podrá acordarse por resolución de la asamblea de accionistas o socios u órgano equivalente, por la mayoría exigida para la modificación del contrato social.

8.1.2.3 Asamblea totalitaria

§232. El *segundo párrafo* del *artículo 178* de la LGSM prevé el supuesto que la doctrina ha nombrado como *asamblea totalitaria* y establece que en los estatutos se puede señalar 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 (según el tipo de asamblea de que se trate).

El maestro Barrera Graf[28] atinadamente señala que: más que unanimidad este párrafo debiera pedir la presencia de todos los accionistas, pudiendo después votar sólo la mayoría requerida según la materia de que se trate, pues así estarían a salvo los derechos de todos los accionistas ya que ninguno puede alegar que la decisión se tomó sin su presencia y oportunidad de defender un punto de vista distinto. Sin embargo, aunque coincidimos con el maestro en esa cuestión de *lege ferenda*, consideramos que no es esa la interpretación que debemos darle al artículo, pues éste claramente habla de unanimidad.

8.1.2.4 Asamblea constitutiva

§233. Ya se ha hablado de esta asamblea al tratar la constitución de la anónima por el sistema de suscripción pública. En cuanto los *quora* y demás reglas, hemos de seguir las de la asamblea ordinaria, pues los asuntos a tratar en la asamblea constitutiva no se encuentran dentro de la enunciación del *artículo 182* de la LGSM.

8.1.2.5 Asambleas especiales

§234. El *artículo 195* prevé este tipo de asambleas para el caso de que existan diversas categorías de accionistas, y que se vaya a discutir en asamblea (ordinaria o extraordinaria) alguna proposición que pueda perjudicar los derechos de una de ellas, dicha proposición deberá ser aceptada previamente por la categoría afectada (reunida en asamblea especial), en la que se requerirá la mayoría exigida para las modificaciones al contrato constitutivo (asambleas extraordinarias), la cual se computará en relación con el número total de acciones de la categoría de que se trate.

Las asambleas especiales se sujetarán a lo que disponen los *artículos 179* (lugar de celebración), *183* (convocatoria) y del *190* al *194* (*quora*, convocatoria, representación y presidencia supletoria), y serán presididas por el accionista que designen los socios presentes.

8.1.3 Lugar de reunión

§235. El *artículo 179* de la LGSM establece que tanto las asambleas ordinarias como las extraordinarias se reunirán en el domicilio social y que sin dicho requisito serán nulas, aclarando que esto será así *salvo caso fortuito o de fuerza mayor*, lo que en nuestra opinión implica que sea imposible por factores naturales o del hombre, realizar la asamblea en el domicilio social.

Se ha dicho —y con razón— que en el caso de la asamblea totalitaria no es necesario cumplir con este requisito. Asumimos este criterio como propio.

[28] Barrera Graf, Jorge, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 555 y 556.

8.1.4 Convocatoria

§236. Para la Real Academia Española convocar significa *citar, llamar a una o más personas para que concurran a lugar o acto determinado*, y es justo este significado el que tiene en materia societaria.

Este requisito es indispensable para la celebración de la asamblea (salvo que fuere totalitaria) y tiene como finalidad garantizar el respeto al derecho a votar de cada accionista.

Se clasifican las convocatorias de acuerdo con el número de llamamientos o invitaciones que se hagan a quienes deben concurrir, estableciendo la ley diversos requisitos según el número ordinal que corresponda. Este tema se abordará más adelante al tratar los *quora* (véase §239).

a) *Personas u órganos legitimados para realizar la convocatoria*:

§237. Por regla general están legitimados para realizar la convocatoria el órgano de administración (sea administrador único o consejo de administración) y los comisarios.

La ley prevé que de forma excepcional estarán legitimados también:

a) Los accionistas que representen por lo menos el 33% del capital social (*artículo 184*). Éstos podrán pedir por escrito, en cualquier tiempo al Administrador o Consejo de Administración, o a los Comisarios, la convocatoria de una Asamblea General de Accionistas para tratar de los asuntos que indiquen en su petición.

Si el Administrador o Consejo de Administración, o los Comisarios se rehusaren a hacer la convocatoria, o no la hicieren dentro del término de quince días desde que hayan recibido la solicitud, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de quienes representen el 33% del capital social, exhibiendo al efecto los títulos de las acciones.

b) El titular de una sola acción (*artículo 185*), en cualquiera de los casos siguientes:

I. Cuando no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos.

II. Cuando las asambleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de los asuntos que indica el *artículo 181*, que se refiere a la materia de las asambleas ordinarias.

Si el Administrador o Consejo de Administración, o los Comisarios se rehusaren a hacer la convocatoria, o no la hicieren dentro del término de

15 días desde que hayan recibido la solicitud, ésta se formulará ante el Juez competente para que haga la convocatoria, previo traslado de la petición al Administrador o Consejo de Administración y a los Comisarios.

El punto se decidirá siguiéndose la tramitación establecida para los incidentes de los juicios mercantiles.

b) *Requisitos*:

§238. Los *artículos 186* y *187* señalan los siguientes requisitos para realizar la convocatoria:

a) *Publicación*:

La convocatoria para las asambleas generales deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en el periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio.

b) *Anticipación*:

La convocatoria debe hacerse con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto, 15 días antes de la fecha señalada para la reunión.

c) *Información*:

Durante todo el tiempo señalado estará a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, la información financiera.

d) *Forma*:

La convocatoria para las Asambleas deberá contener el orden del día[29] y será firmada por quien la haga y aunque la ley no lo señale, la convocatoria deberá señalar lugar, día y hora en que se habrá de celebrar la asamblea.

e) *Número ordinal*:

En la convocatoria se deberá señalar si se trata de primera o segunda convocatoria (*artículo 191*).

[29] El legislador en el *artículo 187* se refirió a *la orden del día* y consideramos que esto es incorrecto pues aunque la palabra *orden* puede utilizarse en masculino o femenino, según la acepción que se le dé, en ésta en particular consideramos que se trata de *un orden* como disposición de las partes o sucesión de las mismas y no *una orden* como si se tratara de una voz imperativa.

8.1.5 *Quora*

§239. A este respecto, nuestra legislación establece las siguientes reglas:[30]

1. *Asamblea ordinaria*:
   a) Primera convocatoria.
      i) Instalación:
      Al menos la mitad del capital social.
      ii) Votación:
      Mayoría de los votos presentes.
   b) Segunda convocatoria:
      i) Instalación:
      Cualquiera que sea el número de acciones representadas.
      ii) Votación:
      Mayoría de los votos presentes.
2. *Asamblea extraordinaria*:
   a) Primera convocatoria:
      i) Instalación:
      Por lo menos tres cuartas partes del capital social.
      ii) Votación:
      Voto de las acciones que representen la mitad del capital social.
   b) Segunda convocatoria:
      i) Instalación:
      Por lo menos la mitad del capital social.
      ii) Votación:
      Por lo menos la mitad del capital social.

[30] A fin de confrontar la información que presentamos con el texto legal, a continuación lo transcribimos:

"ARTÍCULO 189: Para que una Asamblea Ordinaria se considere legalmente reunida, deberá estar representada, por lo menos, la mitad del capital social, y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes.

ARTÍCULO 190: Salvo que en el contrato social se fije una mayoría más elevada, en las Asambleas Extraordinarias, deberán estar representadas, por lo menos, las tres cuartas partes del capital y las resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social.

ARTÍCULO 191: Si la Asamblea no pudiere celebrarse el día señalado para su reunión, se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia y en la junta se resolverá sobre los asuntos indicados en la Orden del Día, cualquiera que sea el número de acciones representadas.
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. "

8.1.6 Integración y funcionamiento

§240. Con la finalidad de ayudar a quienes se dedican a la práctica corporativa y notarial presentamos una breve relación de las etapas que deben seguirse, o que se siguen, de acuerdo con la práctica mercantil.

a) Comparecencia de los accionistas en el lugar y la hora establecida en la convocatoria.

b) El primer acuerdo que deberá tomarse será la designación de la persona que presidirá la asamblea y para este efecto deberemos observar lo que señalen los estatutos, y si nada señalan presidirá el administrador único o el presidente del consejo de administración, a falta de lo anterior, presidirá la asamblea la persona designada por los accionistas.

   Consideramos que no obstante lo que señalen los estatutos, la asamblea en todo caso puede designar otra persona para presidir la asamblea pues ésta es el órgano supremo de la sociedad.

c) El presidente designará a la persona que será secretario y aunque la ley no lo prevé, pueden nombrarse también escrutadores. En cualquier caso la propia asamblea puede ser quien los designe.

d) El secretario, auxiliado por los escrutadores, corrobora el quórum mediante el documento conocido como *lista de asistencia*, solicitando a los accionistas la exhibición del título representativo de sus acciones, las cuales, si lo prevén los estatutos deberán ser depositadas en manos de la sociedad o de un tercero. Hecho lo anterior se determinan las acciones con derecho a voto.

e) El presidente lleva el orden del día y somete a deliberación cada uno de los puntos. Una vez que considera el tema suficientemente discutido se realiza la votación y en consecuencia se resuelve. En su caso, se pueden designar delegados para ejecutar los acuerdos de la asamblea, en caso de que no sea así, esto corresponderá a la administración de la sociedad (*artículo 178*).

f) Finalmente se clausurará la asamblea, señalando la hora y el secretario procederá a levantar el acta respectiva, debiendo ser firmada por el presidente y el propio secretario.

8.1.7 Aplazamiento

§241. A solicitud de los accionistas —señala el *artículo 199* de la LGSM— que reúnan 33% de las acciones representadas en una asamblea, se aplazará, para dentro de tres días y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados. Este derecho no podrá ejercitarse sino una sola vez para el mismo asunto.

Sobre este punto se discute si se debe acreditar de nuevo el quórum o basta con que se haya previamente acreditado, el quórum de instalación ya está integrado desde que se abrió la asamblea; el quórum de votación consideró que debe reunirse al momento mismo de la votación.

Cabe señalar que se puede aplazar por otros motivos la asamblea, pero sólo cuando se presenta la causal de que *no se consideren (los accionistas) suficientemente informados*, lo pueden solicitar 33% de los accionistas.

8.1.8 Reglas de forma del acta de asamblea

§242. Las actas de las *asambleas generales de accionistas* se asentarán en el libro respectivo y deben ser firmadas por el *presidente* y por el *secretario de la asamblea*, así como por los *comisarios* que concurran (*artículo 194*, *primer párrafo* de la LGSM). Se agregarán a las actas los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos que esta ley establece (*artículo 194*, *segundo párrafo*).

La práctica corporativa acostumbra simplemente asentar en el acta que los accionistas fueron *previa y legalmente convocados*, consideramos que esto sólo es posible en el caso de que estén todos los accionistas (pues entonces será también totalitaria, si lo prevén los estatutos); en caso contrario, creemos que debieran agregarse los documentos señalados. Cuando por cualquiera circunstancia no pudiere asentarse el acta de una asamblea en el libro respectivo se protocolizará ante notario (*artículo 194*, *tercer párrafo*).

Las *actas de las asambleas extraordinarias* serán protocolizadas ante notario e inscritas en el Registro Público de Comercio (*artículo 194*, *cuarto párrafo*).

En cuanto al libro de actas de asamblea, su fundamento lo encontramos en el *artículo 36* del *Código de comercio* que señala:

> 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.

De acuerdo con el *artículo 41* del *Código de comercio* las actas de asamblea deberán contener:

a) La fecha de celebración.

b) Los asistentes.

c) Los números de acciones que cada uno represente.

d) El número de votos de que pueda hacer uso cada uno de los accionistas.

e) Los acuerdos que se tomen, mismos que se consignarán a la letra, y cuando las votaciones no sean económicas, los votos emitidos, cuidando además de consignar todo lo que conduzca al perfecto conocimiento de lo acordado.

f) Las firmas de las personas a quienes los estatutos confieran esta facultad (en general las que ya hemos dicho).

Todos los registros a que se refiere el capítulo del *Código de comercio* referido a la contabilidad mercantil, en el cual erróneamente están reguladas las actas de asamblea deberán llevarse en castellano, aunque el comerciante sea extranjero.

En caso de no cumplirse este requisito el comerciante incurrirá en una multa no menos de $25,000.00 (hoy 25.00 pesos), que no excederá de 5% de su capital, y las autoridades correspondientes podrán ordenar que se haga la traducción al castellano por medio de perito traductor debidamente reconocido, siendo por cuenta del comerciante todos los costos originados por dicha traducción.

8.1.9 Nulidades

§243. A este respecto, debemos distinguir varios conceptos:

a) *Nulidad del voto*:
- En tanto que el voto es una declaración de la voluntad, son aplicables al mismo las reglas generales de los contratos en virtud del *artículo 1859* del *Código civil federal*.
- Cabe señalar que, si la nulidad de uno o varios votos da lugar a una modificación en la votación, tendría lugar la nulidad de la resolución.

b) *Nulidad de las resoluciones*:
- A las resoluciones de la asamblea, que son un acto colectivo, también le son aplicables las reglas generales de los contratos. Si todas las resoluciones fueran nulas, la asamblea será nula.

c) *Nulidad de la asamblea*:
- Ésta será nula si es celebrada en contravención a los preceptos legales, referidos a su convocatoria e integración.
- También le son aplicables las reglas de los actos jurídicos por el citado *artículo 1859* del *Código civil federal*.

8.1.10 Derecho de oposición

§244. Regulado por los *artículos 201* a *205* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, se concede a las minorías integradas por accionistas que representen 33% del capital social el derecho a oponerse judicialmente a las resoluciones de las *asambleas generales*, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

I. Que la demanda se presente dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea.

II. Que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución.

III. Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de la violación.

No puede formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios.

La ejecución de las resoluciones impugnadas podrá suspenderse por la autoridad judicial, siempre que los actores den fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que puedan causarse a la sociedad, por la inejecución de dichas resoluciones, en caso de que la sentencia declare infundada la oposición. La sentencia que se dicte con motivo de la oposición surtirá efectos respecto de todos los socios. Todas las oposiciones contra una misma resolución, deberán decidirse en una sola sentencia.

Para el ejercicio de este derecho los accionistas depositarán los títulos de sus acciones ante notario[31] o en una *institución de crédito*, los cuales expedirán el certificado correspondiente para acompañarse a la demanda y los demás que sean necesarios para hacer efectivos los derechos sociales.

Las acciones depositadas no se devolverán sino hasta la conclusión del juicio.

8.1.11 Derecho de separación

§245. Para el supuesto de no existir una minoría lo suficientemente grande para ejercer el derecho de oposición, el legislador ha dotado al accionista de una salida emergente para el caso de que la asamblea tome acuerdos que afecten significativamente la vida de la sociedad.

El *artículo 206* de la LGSM concede este derecho a los accionistas que hayan votado en contra, cuando se adopten resoluciones sobre cambio de objeto, cambio de nacionalidad o transformación, y el *artículo 228 bis* añade el caso de la *escisión*.

Los accionistas que ejerzan este derecho deberán obtener el reembolso de sus acciones en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo soliciten dentro de los 15 días siguientes a la clausura de la asamblea. No se debe olvidar que son aplicables en este caso los *artículos 14* y *15* de la misma ley.

Llama la atención que se incluya entre los supuestos de procedencia a la transformación y no a la fusión de la sociedad, que a nuestros ojos aparece como un acuerdo más drástico; no obstante, al elaborar nuestra ley, para nuestro legislador era un procedimiento más enérgico el de la transformación que el de la fusión (véase §383).

[31] Éste es uno de los casos en los que el notario está habilitado para ser depositario de títulos, en dispensa de la prohibición general contenida en el *artículo 49, IX* de la *Ley del notariado para el Distrito Federal*.

8.2 Administración de la sociedad

§246. En derecho comparado existen dos sistemas de administración para las sociedades mercantiles, el unimembre (francés) y el bimembre (germánico); el primero tiene un solo órgano de administración y el segundo está integrado por dos órganos: la administración como tal y la vigilancia.[32]

Nuestra legislación societaria sigue el segundo de los sistemas por lo que de momento estudiaremos el órgano de administración y más adelante trataremos el órgano de vigilancia.

Órgano de administración

A diferencia de la asamblea, que es un órgano supremo y discontinuo, el de administración es un órgano subordinado y continuo.

Tiene dos funciones principales: una interna, que consiste en la gestión de la sociedad (contabilidad, relaciones laborales y similares) y otra externa, que consiste en la representación frente a terceros. En uno y otro caso tendrá el papel principal de dar cumplimiento a los acuerdos de la asamblea.

El *artículo 142* de la LGSM señala que la administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

Al estudiar este tema no debemos perder de vista que a la administración le son aplicables las reglas de los factores en general, establecidas en el *Código de comercio*.

8.2.1 Naturaleza jurídica

§247. El *artículo 142* habla de mandatarios, pero consideramos que esto es erróneo pues nunca se celebra un contrato de mandato; sin embargo, siguiendo al maestro Barrera Graf[33] —y en el mismo sentido: Messineo,[34] basado en la legislación italina, similar aunque posterior a la mexicana— señala que el legislador utiliza la palabra mandatario como sinécdoque[35] para ejemplificar la clase de cargo que es el de administrador. Por otro lado, el legislador quiso hacer aplicables de manera subsidiaria las reglas del mandato para el desempeño del cargo.

---

[32] El maestro Martínez Val señala: [...] Sobre éstos hay dos sistemas legales fundamentales: el francés, que concibe el órgano de administración como unitario, aunque puede ser colectivo (pluripersonal) y el germánico, que prevé con carácter común una separación en dos órganos: el administrador propiamente dicho y el fiscalizador o Consejo de Vigilancia. Martínez Val, José María, *Derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 194.

[33] Barrera Graf, Jorge, *Instituciones..., op. cit.*, nota, p. 571.

[34] Messineo, Francesco, *Manual de..., op. cit.*, nota, tomo V, p. 465.

[35] La Real Academia Española define *sinécdoque* de la siguiente manera: [...] Tropo que consiste en extender, restringir o alterar de algún modo la significación de las palabras, para designar un todo con el nombre de una de sus partes, o viceversa; un género con el de una especie, o al contrario, una cosa con el de la materia de que está formada, [...].

La administración es un órgano provisto de representación. En ejercicio de dicha representación, la administración […] despliega —desde luego— la propia actividad en interés ajeno (de la sociedad), en obediencia a un deber y en virtud de un poder propio (poder-deber) […].[36]

8.2.2 Nombramiento

§248. El nombramiento del órgano de administración lo hará la asamblea ordinaria de accionistas de acuerdo con lo dispuesto por el *artículo 181* de nuestra ley societaria, pudiendo la misma cambiar de clase de órgano (consejo o administrador único); sin embargo, es posible que el nombramiento lo hagan los socios al momento de constituir la sociedad o bien los accionistas reunidos en la asamblea general constitutiva, en el caso de constitución por suscripción pública.

Surge la duda de si, en caso de que se establezca en estatutos un quórum especial para elegir administradores, se sigue tratando de una asamblea ordinaria, como lo señala el *artículo 181*, o bien estaremos en el supuesto señalado por la *fracción XII* del *artículo 182*, y deberemos considerarla asamblea extraordinaria.

Barrera Graf [37] se inclina por la primera opción, mientras que Joaquín Rodríguez y Rodríguez[38] por la segunda, pero para nosotros se trata de asamblea extraordinaria pues el *artículo 182* así lo dice claramente.

8.2.3 Clases de órgano administrativo

§249. En el derecho societario mexicano, la Sociedad Anónima puede tener dos clases de órgano de administración aunque, en auxilio de dicho órgano, pueden existir gerentes y delegados especiales

a) **§250.** *Administrador único*:
   En este caso las facultades de administración estarán concentradas en una persona que actuará en el marco de sus atribuciones de manera individual

b) *Consejo de administración*:
   - **§251.** Cuando los administradores sean dos o más se constituyen en consejo de administración (*artículo 143*, *primer párrafo*, LGSM).
   - Salvo pacto en contrario, será presidente del consejo el consejero primeramente nombrado, y a falta de éste el que le siga en el orden de la designación (*artículo 143*, *segundo párrafo*, LGSM).

[36] Messineo, Francesco, *Manual de…*, *op. cit.*, nota, tomo V, p. 465.

[37] Barrera Graf, Jorge, *Instituciones…*, *op. cit.*, nota, p. 572.

[38] Citado por Barrera Graf, Jorge, *Instituciones…*, *op. cit.*, nota, p. 572.

- En cuanto al quórum, para que el consejo de administración funcione legalmente deberá asistir, por lo menos, la mitad de sus miembros y sus resoluciones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes.
- En caso de empate, el presidente del consejo decidirá con voto de calidad (*artículo 143*, *tercer párrafo*).
- De estas sesiones se debe levantar un acta, y a ésta se refiere el *artículo 41* del *Código de comercio* que señala:

> Cuando el acta se refiera a junta del Consejo de administración, sólo se expresará: la fecha, nombre de los asistentes y relación de los acuerdos aprobados. Estas actas serán autorizadas con las firmas de las personas a quiénes los estatutos confieran esta facultad.

Por lo que se refiere a la protocolización ante notario, consideramos que ésta sólo es necesaria cuando en dichas actas se vayan a otorgar poderes o nombramientos que requieran de dicha formalidad.[39]

De forma análoga a lo dicho respecto a las asambleas totalitarias, en los estatutos se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de sesión de consejo, por unanimidad de sus miembros tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas en sesión de consejo, siempre que se confirmen por escrito (*artículo 143*, *cuarto párrafo*, LGSM).

Por lo que se refiere a los derechos de las minorías para nombrar administradores, el *artículo 144* señala:

> Cuando los administradores sean tres o más, el contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación, pero en todo caso la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero. Este porcentaje será del diez por ciento, cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores.

c) *Gerentes*:

- **§252.** La Asamblea general de accionistas, el Consejo de administración o el administrador, podrán nombrar uno o varios gerentes generales o especiales, sean o no accionistas.
- Los nombramientos de los gerentes serán revocables en cualquier tiempo por el administrador o Consejo de administración o por la Asamblea general de accionistas (*artículo 145*).
- Estos gerentes tendrán las facultades que expresamente se les confieran; no necesitarán de autorización especial del administrador o Consejo de administración para los actos que ejecuten y gozarán, dentro de la órbita de las atribuciones que se les hayan asignado, de las más amplias facultades de representación y ejecución (*artículo 146*).

[39] Ya se ha dicho que, de acuerdo con la legislación notarial, la formalidad exigible para el otorgamiento de poderes, en el caso de ser otorgados por órganos colegiados, si se trata de escritura pública, es suplida por la protocolización del acta correspondiente.

d) *Delegados*:

- **§253.** El Consejo de Administración podrá nombrar de entre sus miembros un delegado para la ejecución de actos concretos.
- A falta de designación especial, la representación corresponderá al presidente del consejo (*artículo 148*).

De acuerdo con el *artículo 148* de la LGSM, pareciera que los delegados especiales, para ejecutar las decisiones del consejo, debieran ser miembros del consejo; sin embargo, si consideramos que, por lo general, estatutariamente se faculta al consejo de administración para otorgar y revocar poderes generales y especiales y que, a final de cuentas los delegados son apoderados especiales, consideramos que, en ese caso, no debiera haber ningún problema.

8.2.4 Características del órgano de administración

a) **§254.** Debe desempeñarse de manera personal, tal como lo establece el *artículo 147* de nuestra ley al ordenar que los cargos de administrador o consejero y de gerente son personales y no podrán desempeñarse por medio de representante. Este cargo tampoco puede ser delegado, aunque comúnmente se establecen suplentes.

b) Sólo puede ser desempeñado por personas físicas.
Esto se desprende de la característica anterior, pues si las personas morales obran por medio de sus representantes y no están capacitadas para hacerlo personalmente, por lógica una persona moral no puede ser administradora.

c) Es un cargo temporal, ya que cesa cuando es revocado expresa o tácitamente, si se nombra a otra persona; sin embargo, los administradores sustituidos deberán continuar en el cargo, aun vencido el plazo correspondiente, hasta que los nuevos no hayan sido nombrados y hayan entrado en posesión del cargo.

d) Es un cargo esencialmente revocable, por lo que no se puede pactar la irrevocabilidad.

e) Puede ser desempeñado por socios o personas distintas.

f) No pueden ser administradores los que no pueden ejercer el comercio (*artículo 151,* LGSM).

g) Es un cargo garantizado, ya que los estatutos o la asamblea general de accionistas podrán establecer la obligación para los administradores y gerentes de prestar garantía para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos (*artículo 152*). De esto se desprende que si no se dice nada, no será necesario garantizar.

h) No podrán inscribirse en el Registro Público de Comercio los nombramientos de los administradores y gerentes sin que se compruebe que han prestado la garantía a que se refiere el artículo anterior, en caso de que los estatutos o la asamblea establezcan dicha obligación (*artículo 153*).

8.2.5 Facultades del órgano de administración

§255. Como ya se ha dicho, en términos generales pueden dividirse en las internas o de gestión y las externas o de representación.

a) *Facultades internas o de gestión*:

- Éstas se deducen de las responsabilidades de los administradores señaladas por el *artículo 158* de la LGSM, es decir:

  1. Verificar la realidad de las aportaciones hechas por los socios.
  2. Dar cumplimiento a los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas.
  3. Proveer la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley.
  4. El exacto cumplimiento de los acuerdos de las Asambleas de Accionistas.

b) *Facultades externas o de representación*:

- Aquí volvemos a traer a colación el primer párrafo del ya estudiado *artículo 10* de la *Ley general de sociedades mercantiles*:

  Artículo 10:

  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.

Consideramos además que es posible fijar las facultades y aun ampliarlas en el contrato social. De acuerdo con nuevas tendencias en derecho comparado, se dice que las limitaciones sólo operan internamente y que frente a terceros de buena fe, no existen tales limitaciones.[40]

En México las limitaciones son reales y oponibles frente a terceros si están inscritas en el Registro público de comercio.

---

[40] Sánchez Calero afirma: [...] El *artículo 129.1* parte del principio de que la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Sin embargo, esta representación orgánica de la sociedad se extiende aún más, ya que el propio *artículo 129.2* nos dice que [...] la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social [...]. Lo que implica la privación de la tutela del tercero de buena fe que contrata con la sociedad, sin perjuicio de que la actuación de los administradores pueda generar, en su caso, una responsabilidad frente a la sociedad. El ámbito del poder de representación indicado por la ley es inderogable, ya que [...] cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros [...]. Las eventuales limitaciones establecidas en los estatutos tendrán exclusivamente una eficacia interna, pero no afectarán al ámbito de poder de representación. Sánchez Calero, Fernando, *Principios de derecho mercantil*, 7ª ed., McGraw-Hill, Madrid, pp. 183 y 184.

8.2.6 Conflicto de intereses

§256. El *artículo 156* de la LGSM señala:

> El Administrador que en cualquiera operación tenga un interés opuesto al de la sociedad, deberá manifestarlo a los demás administradores y abstenerse de toda deliberación y resolución. El Administrador que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad.

El legislador sólo previó el caso de que la sociedad esté administrada por un consejo de administración, pero en el caso de que esté administrada por un administrador único, entonces deberá abstenerse de actuar y dar aviso de inmediato a la asamblea.

8.2.7 Terminación del cargo

§257. El cargo puede terminar al expirar el plazo señalado o bien por revocación en cualquier momento. Ya se ha dicho también que los administradores deberán mantenerse en su puesto hasta en tanto los nuevos tomen posesión de su encargo.

En los casos de revocación del nombramiento, muerte, impedimento, o de que por cualquier causa falten los administradores, el *artículo 155* establece las siguientes reglas:

a) Si fueren varios los administradores y faltaran algunos de ellos, los restantes desempeñarán la administración, si reúnen el quórum estatutario.

b) Cuando falte el administrador único, o cuando habiendo varios administradores falten todos o un número tal que los restantes no reúnan el quórum estatutario, los comisarios designarán con carácter provisional al o los administradores faltantes.

8.2.8 Información financiera

§258. Los administradores deben presentar a la asamblea de accionistas, anualmente, un informe que incluya por lo menos (*artículo 172*, LGSM):

a) Un informe de los administradores sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como sobre las políticas seguidas por los administradores y, en su caso, sobre los principales proyectos existentes.

b) 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.

c) Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio.

d) Un estado que muestre, debidamente explicados y clasificados, los resultados de la sociedad durante el ejercicio.

e) Un estado que muestre los cambios en la situación financiera durante el ejercicio.

f) Un estado que muestre los cambios en las partidas que integran el patrimonio social, acaecidos durante el ejercicio.

g) Las notas que sean necesarias para completar o aclarar la información que suministren los estados anteriores.

A la información anterior se agregará el informe de los comisarios a que se refiere la *fracción IV* del *artículo 166*, respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el órgano de administración a la propia asamblea.

El mencionado informe, incluido el de los comisarios, deberá quedar terminado y ponerse a disposición de los accionistas por lo menos 15 días antes de la fecha de la asamblea que haya de discutirlo. Los accionistas tendrán derecho a que se les entregue una copia del informe correspondiente (*artículo 173*, LGSM).

La falta de presentación oportuna del informe aludido, será motivo para que la asamblea 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 (*artículo 176*, LGSM).

Quince días después de la fecha en que se haya aprobado el informe, deberán mandarse publicar los estados financieros incluidos en el mismo, juntamente con sus notas y el dictamen del comisario, en el periódico oficial de la entidad donde 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* (*artículo 177*, LGSM).

Se depositará copia autorizada del mismo en el Registro Público de Comercio. A este respecto cabe hacer la misma crítica que ya se hizo al tratar el tema del depósito del programa a que se refiere la constitución de la sociedad anónima por suscripción pública (véase §166).

Si se hubiere formulado en término alguna oposición contra la aprobación del balance por la *Asamblea general de accionistas*, se hará la publicación y depósito con la anotación relativa al nombre de los opositores y el número de acciones que representen. Es importante señalar que esta información suplió al balance general que antes se exigía, en realidad dicho balance se solía acompañar de diversos anexos que corresponden a varios de los incisos del actual *artículo 172*, siendo el más importante el estado de resultados.

Es importante citar el *artículo tercero* de las *disposiciones transitorias* de la *reforma del 23 de enero de 1981*, cuando se incluyó esta información financiera en sustitución del balance general:

Artículo tercero:

> A partir de la vigencia de este decreto, todas las expresiones de las leyes mercantiles en que se hable del *balance general*, o cualquier otra expresión equivalente, como documento de información financiera, se entenderán en el sentido de que *dichas expresiones incluyen los estados y notas establecidos en los incisos c) al g)* del *artículo 172* de la *Ley general de sociedades mercantiles*.

8.2.9 Responsabilidad de la administración

§259. El principio general está enunciado en el *artículo 157* de la *Ley general de sociedades mercantiles* que señala:

> Los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen.

De aquí se desprende que son aplicables de manera supletoria las reglas del mandato, y por tanto las obligaciones y derechos del mandatario respecto del mandante (administrador respecto de la sociedad) y de ambos respecto de terceros; todo ello en cuanto no sea opuesto a la naturaleza de este cargo.

El *artículo 158* establece diversas materias en las que los administradores tienen obligación solidaria y que son las siguientes:

I. De la realidad de las aportaciones hechas por los socios.

II. Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas.

III. De la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley.

IV. Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las Asambleas de Accionistas.

Consideramos que la ley, al hablar de responsabilidad solidaria se refiere a las responsabilidades por daños o perjuicios o cualquier otra que pudiera resultar del incumplimiento de estas obligaciones. La obligación solidaria parece ser entre ellos para con la sociedad.

El *artículo 159* de la LGSM excluye de responsabilidad:

> A los administradores que no habiendo incurrido en culpa, hayan manifestado su inconformidad en el momento de la deliberación y resolución del acto de que se trate.

El *artículo 160*, LGSM establece que:

> Los administradores serán solidariamente responsables con los que les hayan precedido, por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido, si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a los comisarios.

Dicho de otra manera, los administradores están obligados a denunciar por escrito a los comisarios, cualquier irregularidad cometida por quienes administraron la sociedad antes que ellos.

La acción para exigir la responsabilidad de los administradores, de acuerdo con el *artículo 161*, le corresponde a la asamblea general de accionistas, la que designará a la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, salvo lo dispuesto en el *artículo 163* (que se refiere al derecho de minoría para ejercitar dicha acción).

Los administradores removidos por causa de responsabilidad sólo podrán ser nombrados nuevamente en el caso de que la autoridad judicial declare infundada la acción ejercitada en su contra (*artículo 162*, LGSM).

Los administradores 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 hayan incurrido.

El *artículo 163* de la LGSM establece un derecho de la minoría que represente el 33% del capital social, consistente en que podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que se satisfagan los requisitos siguientes:

I. Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes.

II. Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la *Asamblea general de accionistas* sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados.

Los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibidos por la sociedad.

8.3 Vigilancia de la sociedad, comisarios

8.3.1 Generalidades

§260. La vigilancia de la sociedad anónima, nos dice el *artículo 164*:

> [...] estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

Se ha discutido en la doctrina la naturaleza del comisario y se presentan tres posturas principales:

- Por un lado la de quienes lo consideran un representante, esta postura debe ser rechazada, pues el ordenamiento legal nunca concede, a quien ocupa dicho cargo, facultades de representación.
- Otros autores han considerado al comisario como un prestador de servicios profesionales. Nosotros no coincidimos plenamente con ello, pues más allá de que puede haber un contrato de esta clase, celebrado entre la sociedad y el comisario, esto no describe de forma adecuada la naturaleza de dicho cargo.
- Finalmente nosotros consideramos que se trata de un órgano de gestión interna (sin facultades de representación) de las sociedades anónimas que se encarga de vigilar la actividad de la administración.

El *artículo 165* señala que no podrán ser comisarios:

I. Los que conforme a la Ley estén inhabilitados para ejercer el comercio.
Aquí aplica lo dicho a este mismo respecto al estudiar la administración.

II. Los empleados de la sociedad, los empleados de las sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un veinticinco por ciento del capital social, ni los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento.

Los empleados de la sociedad son contratados y responden a las órdenes directas del órgano de administración, por lo que su gestión como vigilantes de la administración muy probablemente sería poco objetiva y parcial.

III. Los parientes consanguíneos de los Administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.

Con esta disposición se busca también evitar la parcialidad en la vigilancia.

8.3.2 Atribuciones de los comisarios

§261. En cuanto a las atribuciones de los comisarios, el *artículo 166* de la LGSM señala:

Son facultades y obligaciones de los comisarios:

I. Cerciorarse de la *constitución* y subsistencia de la garantía que exige el *artículo 152*, dando cuenta sin demora de cualquier irregularidad a la *Asamblea general de accionistas*.

Esto, por supuesto, sólo en el caso de que la asamblea o los estatutos así lo señalen.

II. Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados.

III. Realizar un examen de las operaciones, documentación, 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 fundadamente el dictamen que se menciona en el siguiente inciso.

IV. 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*. Este informe deberá incluir, por lo menos:

a) La opinión del comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.

b) La opinión del comisario sobre si esas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.

c) 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.

V. Hacer que se inserten en la [sic] *Orden del día de las sesiones* del *consejo de administración* y de las *asambleas de accionistas*, los puntos que crean pertinentes.

VI. Convocar a Asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los Administradores y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente.

VII. Asistir, con voz pero sin voto a todas las sesiones del *consejo de administración*, a las cuales deberán ser citados.

VIII. Asistir, con voz pero sin voto, a las *asambleas de accionistas*.

IX. En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad.

Además de estas atribuciones deben atender las denuncias que haga cualesquier accionista por escrito de los hechos que estime irregulares en la administración, y éstos deberán mencionar las denuncias en sus informes a la *Asamblea general de accionistas* y formular acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estimen pertinentes (*artículo 167*).

8.3.3 Ausencia de comisarios

§262. En el caso de ausencia de la totalidad de los comisarios, el consejo de administración deberá convocar, en el término de tres días, a asamblea general de accionistas para que ésta haga la designación correspondiente (*artículo 168*).

Si el consejo de administración 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 (este caso debe agregarse a los señalados en los *artículos 184* y *185*).

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 los comisarios, quienes funcionarán hasta que la Asamblea general de accionistas haga el nombramiento definitivo.

8.3.4 Responsabilidad

§263. Los comisarios son individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen; sin embargo, pueden auxiliarse de personal que actúe bajo su dirección y dependencia o en los servicios de técnicos o de profesionistas independientes cuya contratación y designación dependa de los propios comisarios (*artículo 169*).

En este artículo se puede entender que para el efecto señalado, los comisarios sí tienen facultades de representación para contratar a estos funcionarios a nombre de la sociedad.

Consideramos que la redacción del artículo es desafortunada, pues los comisarios no tienen nunca facultad de obrar a nombre ni por cuenta de la sociedad, pues ni siquiera tienen el manejo de tesorería como para pagar los sueldos y comprometer así el activo

de la sociedad. Creemos que la ley lo que debería decir es que los comisarios tuvieran la facultad de exigir a la administración la contratación de dichos personajes, imponiendo sanciones al órgano de administración para el caso de que no cumpliera con dicha exigencia, sin causa justificada.

8.3.5 Contraposición de intereses

§264. Tal como sucede con la administración e incluso con los accionistas, al participar en la asamblea, dispone el *artículo 170* de la LGSM que […] los comisarios que en cualesquier operación tuvieren un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de toda intervención, bajo la sanción establecida en el *artículo 156*, que es el pago de indemnización por daños y perjuicios.

8.3.6 Remisión a administración

§265. Finalmente, el *artículo 171* de la LGSM hace aplicables a los comisarios las disposiciones referentes a la administración contenidas en los siguientes artículos:

Artículo 144:

Derechos de la minoría para designar consejeros.

Artículo 152:

Obligación de prestar garantía.

Artículo 154:

Continuación en el cargo hasta la designación de sustitutos.

Artículo 160:

Responsabilidad solidaria por las irregularidades de sus antecesores que hayan sido detectadas y no denunciaren.

Este artículo exige, para el caso de los administradores, denunciar las mencionadas irregularidades a los comisarios; sin embargo, en el caso que nos ocupa es imposible, por lo que consideramos que dicha denuncia debe ser hecha directamente a la asamblea y no a la administración, pues ésta no es vigilante de los comisarios.

Artículos 161, 162 y *163*:

Reglas referentes a la acción de responsabilidad de los administradores, que en este caso se refiere a los comisarios.

Capítulo II

Sociedad en nombre colectivo

1. Conceptualización

§266. La sociedad en nombre colectivo es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales (*artículo 25*).

De esta definición se desprende que:

1. Tiene una razón social.
2. La responsabilidad de los socios es subsidiaria, ilimitada y solidaria.

La responsabilidad subsidiaria implica que, en el supuesto de que con el activo del patrimonio de la sociedad no se puedan cubrir las deudas, los socios responderán con el suyo propio sin limitación alguna. La responsabilidad ilimitada supone que cada uno de los socios responde con todo su haber patrimonial. La responsabilidad solidaria significa que el deber de cumplir se le puede exigir a cualesquiera de los socios, quienes en lo individual deben responder por la totalidad de la deuda, sin que el acreedor deba acudir a los otros a cobrarla.

El *artículo 26* de nuestra ley establece que las cláusulas que supriman la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, no producirán efecto legal alguno con relación a terceros; pero los socios pueden estipular que la responsabilidad de alguno o algunos de ellos se limite a una porción o cuota determinada.

2. Antecedentes históricos

§267. No existe una posición definida entre los doctrinarios de derecho mercantil respecto a los orígenes de la sociedad en nombre colectivo. Algunos autores consideran que se originó en ciudades italianas medievales, otros ubican sus antecedentes en la antigua Roma, mientras que otra parte afirma que surgió en Francia.[1]

[1] *Cfr.* Mantilla Molina, Roberto, *Derecho…, op. cit.*, nota, p. 261.

Para algunos autores, el origen de la sociedad en nombre colectivo se encuentra en la *societas argentinarii* romana; sin embargo, del análisis de esta figura no encontramos en realidad elementos sólidos que nos permitan inferir tal afirmación.[2]

Otra parte de la doctrina sostiene que el antecedente de la sociedad en nombre colectivo surgió en la Edad Media, época en la que nació y se utilizó una figura por la cual los herederos del comerciante continuaban explotando el negocio del *de cujus* colectivamente; es decir, el patrimonio del difunto era explotado por los herederos como conjunto, formándose una entidad que los agrupaba. De esta forma, *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*.[3]

Posteriormente, el vínculo generado por tal entidad extendió las obligaciones societarias ya no sólo a los herederos y familiares sino que también a terceros vinculados por cuestiones laborales. En conjunción, nace el concepto de la personalidad jurídica, con lo que el mandato es desplazado por la razón social, lo que permitió que los socios ya no celebraran actos jurídicos a nombre propio y a cuenta de sus consocios sino a nombre y por cuenta de la sociedad.[4]

Así surge la figura societaria antecedente de la sociedad en nombre colectivo: se crea una persona (moral) y en su calidad de tal, tiene como atributo un patrimonio propio distinto al de las personas que tienen el carácter de socios.

No obstante que la figura societaria antecedente de la que nos ocupa tenía el carácter de persona y un patrimonio propio, la responsabilidad de sus socios no tenía la cualidad de ser limitada sino que, si no bastaba con el haber de la sociedad para cubrir las deudas y obligaciones de la misma, éstos respondían de manera ilimitada y solidaria con sus respectivos patrimonios.

Originalmente, la sociedad en nombre colectivo no se encontraba regulada sino que surge de las necesidades que presentaba la complejidad comercial, ajustándose a los límites que la situación requería, pues los ordenamientos jurídicos no la regulaban. No fue sino hasta la promulgación de las *Ordenanzas francesas en 1673*, cuando por vez primera se estipularon las bases de tales entidades, ubicándolas como sociedades típicas.

Tomada de las *Ordenanzas francesas*, la figura de las sociedades generales y, por ende, la de las sociedades en nombre colectivo, fue acogida por numerosos ordenamientos jurídicos, iniciando con el *Código napoleónico*, de éste a los europeos y posteriormente a las legislaciones mercantiles, de casi todo el mundo, entre otros: los códigos español y latinoamericanos, y entre estos últimos, nuestros códigos de comercio y posteriormente la *Ley general de sociedades mercantiles*.

---

[2] *Cfr.* Floris Margadant, Guillermo, *Derecho privado romano*, 4ª ed., Esfinge, 1977, p. 421.

[3] García Rendón, Manuel, *Sociedades mercantiles*, 2ª ed., Oxford, México, 2007, p. 178.

[4] *Cfr.* García Rendón, Manuel, *Sociedades…, op. cit.*, nota, pp. 178 y 179.

3. Razón social

§268. Como su definición lo indica, la sociedad en nombre colectivo tiene una razón social, lo cual significa, como ya se ha dicho, que debe estar formada con los nombres de los socios de ésta. Concordantemente, el *artículo 27* de la *Ley General de sociedades mercantiles* estatuye que la razón social se ha de formar con el nombre de uno o más socios, estableciendo la opción de que no figuren los nombres de la totalidad, caso en el cual exige que vaya seguida de las palabras *y compañía* o de otros vocativos equivalentes.

Es de observarse que la disposición se limita a la exigencia de utilizar el nombre, mas para el caso de las personas físicas no señala si se refiere al nombre propio, nombre patronímico o ambos. Consideramos que en cuestiones jurídicas hablar del nombre hace referencia al conjunto de vocablos integrados por nombres de pila y apellidos, por lo que el cumplimiento estricto de dicha disposición sería incluir los nombres completos de los socios que figuren en la razón social; sin embargo, en la práctica se incluyen solamente los apellidos paternos.

En el supuesto de que una persona extraña a la sociedad esté de acuerdo con que su nombre se incluya en la razón social se tendrá como socio para efectos de responsabilidad frente a terceros (*artículo 28*, LGSM), por lo que responderá por las obligaciones sociales subsidiaria, ilimitada y solidariamente. Esta situación tiene su razón de ser, pues en la sociedad de nombre colectivo las cualidades de los socios desempeñan un papel primordial, pues en principio son quienes responden por las actividades de la sociedad y que por su calidad personal dan certeza al público respecto del actuar social.

En virtud de que la persona cuyo nombre aparece en la razón social puede separarse de la sociedad o morir, existen dos opciones para este supuesto mencionadas en el *artículo 29*:

a) Modificar la razón de la sociedad de tal forma que el nombre del socio que se separa no se incluya.

b) Agregar a la razón social la palabra *sucesores*.

4. Constitución

§269. El contrato con el que se crea la sociedad en nombre colectivo exige que se realice por escrito y ante fedatario público; es decir, debe constar en escritura pública en términos de lo señalado por el *artículo 6* de la LGSM, con los requisitos previstos por la misma para cualquier sociedad mercantil.

5. Capital social y parte social

§270. El capital social se encuentra constituido por las aportaciones que realizan los socios capitalistas. Por su propia naturaleza, las aportaciones que realizan los socios industriales no son susceptibles de ser cuantificadas, por lo que no forman parte del capital social.

6. Los socios

6.1 Generalidades

§271. En la *sociedad en nombre colectivo* (en las demás también, pero es más común en las sociedades de personas, cuyo prototipo es la S. en N. C.) pueden existir dos clases de socios: socios capitalistas, quienes se obligan a aportar bienes y derechos para constituir el capital social, y socios industriales, quienes se obligan a prestar su actividad profesional o en general un *hacer* a favor de la sociedad.

La primera obligación del socio es pagar el capital social (si es capitalista).

En principio, salvo que se estipule lo contrario, los socios industriales tienen derecho de percibir periódicamente las cantidades que requieran para sus alimentos.[5] La determinación de las cantidades y las fechas en que han de recibirlas corre por cuenta de la mayoría de los socios en junta y, en caso de que no lo hagan, por la autoridad judicial.

En caso de que la sociedad arroje utilidades, las cantidades percibidas por los socios industriales por concepto de alimentos se computarán como tales, por lo que les serán descontadas de las que como socios les correspondan. Sin embargo, si no se generan utilidades o son menores a lo que percibieron como alimentos, el o los socios industriales no tienen obligación de reintegrar sus percepciones. Salvo por esto último, podríamos decir que dichos alimentos son en realidad, adelantos sobre dividendos.

La *Ley general de sociedades mercantiles* permite a los socios capitalistas que tengan el carácter de administradores, percibir periódicamente una remuneración con cargo a gastos generales, siempre y cuando sea acordado por la mayoría de los socios. Al respecto, consideramos que la inclusión de esta permisión legal se hace innecesaria, pues de cualquier forma los socios pueden estipularlo.

6.2 Responsabilidad limitada de los socios

§272. En cuanto a la responsabilidad, la *Ley general de sociedades mercantiles* en su *artículo 26* estipula que las cláusulas del contrato social que supriman la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios no causarán efecto contra tercero; sin embargo, permite a los socios limitar la responsabilidad de alguno o algunos de ellos a una porción determinada.

Lo anterior significa, como señala el maestro Mantilla Molina,[6] que en principio todos los socios son responsables solidaria, subsidiaria e ilimitadamente, por lo que los terceros pueden exigirles el cumplimiento de las obligaciones que no alcance a cubrirse con el haber social. Sin embargo, en caso de que se lo exijan a quien tuviera responsabilidad limitada en términos del contrato social, este último tendrá el derecho subrogado de repetir contra el resto de los socios hasta el porcentaje que no le correspondiere pagar.

---

[5] En derecho, el concepto *alimentos* implica en su origen semántico, lo que una persona requiere para vivir como tal persona. Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho…*, *op. cit.*, p. 478.

[6] Mantilla Molina, Roberto, *Derecho…*, *op. cit.*, nota, p. 262.

Lo mismo aplica para los socios industriales,[7] quienes de acuerdo con el *artículo 16* de la *Ley general de sociedades mercantiles* no tienen obligación de reportar las pérdidas. Si bien en términos de los *artículos 25* y *26* de la aludida ley, todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responden solidaria, subsidiaria e ilimitadamente, los socios industriales tienen el derecho a repetir contra los socios capitalistas por el total del capital a ellos cobrado; es decir, el socio industrial debe responder frente al tercero y pagar, si así se le requiere, subrogándose del derecho de exigir la totalidad del cobro por él pagado a los socios capitalistas.

6.3 Transmisibilidad de las partes sociales

§273. En virtud del importante papel que desempeñan los socios en una sociedad en nombre colectivo se prevén una serie de exigentes requisitos que deben cumplirse previamente a la transmisión de los derechos de los socios.

Para la cesión de derechos de un socio, la *Ley general de sociedades mercantiles* exige el consentimiento unánime del resto de los socios, salvo que en el contrato social se estipule que se requiere del consentimiento de la mayoría. Esta autorización debe otorgarse en junta de socios y no separadamente. La misma regla opera para decidir sobre la admisión de un nuevo socio.

Para el caso de muerte de uno de los socios, en principio los herederos no tienen derecho a heredar la calidad de socios, salvo que en el contrato social se prevea tal posibilidad.

En caso de que se haya extendido autorización de cesión de derechos de uno de los socios, el resto goza del derecho del tanto para adquirirla, mismo que debe ser ejercido dentro del plazo de 15 días. Si fuesen varios los socios que quieran hacer uso del derecho del tanto, les competerá a todos ellos en proporción a sus aportaciones; es decir, que a todos se les cederá proporcionalmente a lo que cada uno haya aportado a la sociedad.

6.4 Obligación de no competencia

§274. Una peculiaridad de la sociedad de responsabilidad limitada es el deber de no competencia de los socios, por virtud de la cual, salvo consentimiento del resto, están impedidos a realizar o dedicarse a negocios del mismo género al de los previstos en el objeto social o a ser socio en alguna otra sociedad que los realice.

La *Ley general de sociedades mercantiles* señala que, en el supuesto de que el socio contravenga el deber de no competencia, la sociedad dentro del plazo de tres meses contados a partir de que tenga conocimiento, tiene la atribución de expulsarlo, privándolo de todos los beneficios que le correspondan, y de exigirle el pago de daños y perjuicios.

Nótese que la sociedad tiene un plazo de tres meses para expulsar al socio que viole el deber de no competencia, por lo que si dicha atribución no se ejercita dentro del mismo,

[7] *Idem.*

la prescripción opera y, por ende, se pierde la facultad de la expulsión a consecuencia del acto de violación. Dicha pérdida no significa que se pierda el deber de no competencia, por lo que sigue aplicando para el resto de los actos de todos los socios.

7. Órganos de la sociedad

§275. Los *órganos de la sociedad en nombre colectivo* son la junta de socios, los administradores y, si así lo determinan los socios que no funjan como administradores, el interventor.

7.1 Junta de socios

§276. Al igual que en cualquier otra sociedad, el órgano máximo de la sociedad es el conformado por los socios. En la sociedad en nombre colectivo a este órgano se le denomina junta de socios.

La *Ley general de sociedades mercantiles* es omisa en determinar cómo ha de convocarse a la junta de socios. Sin embargo, consideramos que por la naturaleza personalista de la sociedad, en la que la relación de los socios es de primera importancia y que en principio y salvo pacto en contrario cada socio funge como administrador, no hace falta un riguroso procedimiento de convocatoria. Consideramos que cualesquiera de los socios tiene el derecho de convocar a junta de socios.

En la junta, los socios tienen derecho a votar. Su voto en principio tiene el mismo peso sobre las decisiones, independientemente de las aportaciones de cada socio. No obstante, existe la posibilidad de que en el contrato social se estipule que cada voto tendrá el peso proporcional a la aportación que cada uno realice. En el supuesto de que uno de los socios capitalistas represente el mayor interés, para que su decisión sea válida requerirá de al menos otro voto de socio.

En el supuesto de que haya un socio industrial y se haya estipulado que el valor de los votos sea proporcional a las aportaciones, su voto valdrá lo equivalente al del socio industrial o capitalista que tenga mayor proporción. Si son dos o más socios industriales, conjuntamente ejercerán el mismo voto, cuyo sentido será determinado según lo acuerde la mayoría.

7.2 Administración

§277. La administración es llevada por uno o más administradores, quienes son designados por mayoría de votos de los socios. En el supuesto de que los socios omitan el designio del administrador o administradores, todos los socios tienen el derecho y a su vez el deber de fungir como administradores.

En virtud del carácter personalista de la sociedad, en caso de que uno de los administradores sea persona extraña a la sociedad y fuere designado contra la voluntad de alguno o algunos de los socios, éstos tendrán derecho a separarse de la sociedad, así como a que se les haga entrega de los derechos patrimoniales que proporcionalmente les

correspondan. Por ende, si alguno o algunos de los socios optan por su retiro, el haber social de la sociedad en principio debe disminuirse para que el monto correspondiente les sea entregado.

El derecho de retiro para los socios que hayan votado en contra también aplica en caso de que el administrador, con el consentimiento de la mayoría de los socios, delegue su encargo en persona extraña a la sociedad.

En la sociedad en nombre colectivo existe la posibilidad de que, en el contrato social, los socios pacten la inamovilidad del cargo de administrador a favor de uno o más socios, caso en el cual sólo podrá ser removido judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad, así como por las causales que los propios socios prevean.

Dentro de las atribuciones de los administradores que la *Ley general de sociedades mercantiles* prevé se encuentran las siguientes:

a) Administrar los asuntos de la sociedad y realizar los actos necesarios para el cumplimiento del objeto social.

b) Enajenar y gravar los bienes inmuebles de la sociedad, siempre que cuente con el consentimiento de los socios o que dicho acto constituya el objeto social o su consecuencia.

c) Otorgar poderes para la gestión de ciertos y determinados negocios sociales.

d) Delegar su encargo, siempre que cuente con el consentimiento de la mayoría de los socios.

e) Hacer uso de la razón social de la sociedad; es decir, fungir como su representante legal.

f) Rendir cuentas semestralmente, cuando así se estipule en el contrato social o cuando así lo acuerden los socios.

En el supuesto que el órgano de administración sea un consejo de administradores, el *artículo 45* de la *Ley general de sociedades mercantiles* dispone que las decisiones se tomen por mayoría y en caso de empate, deciden los socios.

Consideramos que la previsión que hace el *artículo 45* no es del todo adecuada, pues en virtud de que la decisión que se toma es de naturaleza ejecutiva, es conveniente que sea emitida rápidamente, someterla a la decisión de los socios, quienes actúan en junta previa convocatoria, resulta ineficiente en términos funcionales. Consideramos que una posible opción para impedir la parálisis gerencial es otorgar a uno de los administradores voto de calidad en caso de empate.

En caso de que sea necesaria la emisión de actos urgentes cuya omisión acarree daño grave a la sociedad y que el consejo de administradores no se encuentre reunido, la *Ley general de sociedades mercantiles* otorga dicha facultad a cualesquiera de los administradores.

7.3 Interventor

§278. La figura del interventor no siempre opera en las sociedades de nombre colectivo sino sólo cuando, en ejercicio de su derecho, los socios que no funjan como administradores la creen con objeto de que vigile el actuar de los administradores, examine el estado de la administración, su contabilidad y papeles de la compañía, y, en su caso, realice las reclamaciones que estime convenientes. En todo caso, nótese que la designación del órgano del interventor no es facultad de la junta de socios sino de los socios que no funjan como administradores.

8. Modificación

§279. En principio, para la modificación del contrato social es necesario el consentimiento unánime de los socios; sin embargo, en el contrato social puede preverse que baste el acuerdo de la mayoría o de un porcentaje mayor para que se modifique el contrato social.

En el supuesto de que se prevea que no es necesaria la unanimidad, sino una mayoría, el o los socios que voten en contra de la modificación tendrán el derecho a separarse de la sociedad y, en consecuencia, a que la sociedad les pague la parte del haber social correspondiente a su participación.

Capítulo III

Sociedad en comandita simple

1. Concepto

§280. La Sociedad en comandita simple es la (sociedad) 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 (*artículo 51*).

De la definición anterior se desprende que:

1. Tiene una razón social.

2. Existen dos tipos de socios: los comanditados, quienes responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente, y los comanditarios, que responden sólo hasta el monto de sus aportaciones.

2. Antecedentes históricos

§281. El contrato de sociedad en comandita simple deriva del contrato de *commenda*, el cual tuvo su auge durante los siglos XI y XIII en Italia. A través de la *commenda* un sujeto se obligaba a dar un capital a otro para que efectuara un viaje de negocios, quien si había ganancias se obligaba a devolverle un porcentaje determinado de ganancias más el monto equivalente al capital que hubo invertido.

3. Marco normativo

§282. La sociedad en comandita simple se encuentra regulado en lo específico en el *capítulo III* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, titulado *De la sociedad en comandita simple*, el cual está integrado por los *artículos 51* a *57*, por las referencias que este último hace a otros artículos que se encuentran dentro del *capítulo II*, titulado *De la sociedad en nombre colectivo*, y por las disposiciones de las sociedades en general contenidas en el *capítulo I*.

4. Razón social

§283. La *Ley general de sociedades mercantiles*, en su *artículo 52*, estatuye que la razón social se ha de formar con el nombre de uno o más socios comanditados. En caso de que se opte por la opción de que no figuren los nombres de la totalidad, se deben agregar las palabras "y compañía" u otros vocativos equivalentes. Asimismo, a la razón social siempre han de añadirse las palabras "Sociedad en Comandita" o su abreviatura "S. en C.", so pena, en caso de omitirla, de que los socios comanditarios tengan la misma responsabilidad que los comanditados.

En el supuesto de que un tercero o un socio comanditario consienta que su nombre se incluya en la razón social, tendrá la responsabilidad de un socio comanditado; es decir, responderá subsidiaria, ilimitada y solidariamente por las obligaciones y deberes de la sociedad.

Al igual que para la sociedad en nombre colectivo, para el caso de las personas físicas, la *Ley general de sociedades mercantiles* en su *artículo 52* no especifica si se debe utilizar todo el nombre de los socios comanditados o si sólo parte, es decir, o bien el nombre de pila o el patronímico. Somos de la opinión que de la interpretación literal de la disposición, se debe utilizar el nombre completo. No obstante, en la razón social es práctica general que solamente se incluyan los apellidos, excluyéndose a los nombres propios.

Como se ha mencionado, los nombres de los socios que forman parte de la razón social son sólo los de los comanditados. En el supuesto de que uno de ellos se separe de la sociedad, ya sea por causa de muerte o por cualquier otro motivo, y que se tenga la intención de que su nombre permanezca en la razón social, debe añadírsele la palabra "sucesores". Si figura en la razón social el nombre de los comanditarios, lo cual es posible, y alguno de éstos se separa, la ley es omisa en exigir que se añada palabra alguna.

5. Constitución

§284. El contrato con el que se crea la sociedad en comandita simple debe celebrarse por escrito y ante fedatario público; es decir, debe constar en escritura pública. En términos del *artículo 6* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, deberá indicar y contener al menos los siguientes requisitos:

6. Capital social y partes sociales

§285. El capital social se integra por las aportaciones que realicen los socios. La sociedad en comandita simple permite que las aportaciones sean en capital o en servicios. Las primeras son las que cuantifican el capital social, pues las segundas, por su naturaleza, no se cuantifican en el mismo.

Tanto los socios comanditados como comanditarios tienen su propia parte social. En el contrato social los socios estipulan el tamaño de la parte social que corresponde a cada uno.

7. Transmisión de partes sociales

§286. Para la cesión de derechos de un socio, la *Ley general de sociedades mercantiles* exige el consentimiento unánime del resto de los socios, salvo que en el contrato social se estipule que baste el consentimiento de la mayoría. Esta autorización debe otorgarse en junta de socios y no separadamente. La misma regla opera para decidir sobre la admisión de un nuevo socio.

Para el caso de muerte de uno de los socios, en principio los herederos no tienen derecho a heredar la calidad de socios, salvo que en el contrato social se prevea tal posibilidad.

En caso de que se haya extendido autorización de cesión de derechos a favor de uno de los socios, el resto gozará del derecho del tanto para adquirirla, mismo que deberá ser ejercido dentro del plazo de 15 días. Si fuesen varios los socios que quieran hacer uso del derecho del tanto, les competerá a todos ellos en proporción a sus aportaciones; es decir, que a todos se les cederá proporcionalmente a lo que cada uno haya aportado a la sociedad.

Respecto a la transmisibilidad de partes sociales entre socios, la *Ley general de sociedades mercantiles* es omisa en indicar si la parte social de un socio comanditado puede cederse a un comanditario; sin embargo, si se efectuara, el socio comanditario pasaría a tener los derechos y obligaciones del comanditado, por lo que podría fungir como administrador y respondería subsidiaria, solidaria e ilimitadamente respecto a las obligaciones de la sociedad.

8. Socios

§287. En la sociedad en comandita simple existen dos clases de socios: comanditados y comanditarios. Al menos debe existir uno de cada tipo.

Como la definición de sociedad en comandita simple lo indica, los socios comanditados responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, mientras que los comanditarios únicamente respecto del pago de sus aportaciones. Asimismo, los socios comanditados pueden o no fungir como titulares de los órganos de administración de la sociedad, mientras que a los comanditarios se les restringe tal derecho, así como el de ser apoderados de los administradores.

No obstante lo anterior, el *artículo 54* de la *Ley general de sociedades mercantiles* otorga la posibilidad de que los socios comanditarios sean autorizados en el contrato social para realizar determinados actos y para llevar la vigilancia sobre la sociedad, indicándose que tales actos no serán reputados como de administración.

En el supuesto de que uno de los socios comanditarios realice operaciones de administración, será responsable solidario de la sociedad respecto del cumplimiento de las obligaciones que se deriven. Asimismo, será solidariamente responsable, aun cuando no haya tomado parte en operaciones específicas, si habitualmente ha administrado los negocios de la sociedad.

Es de observarse que el socio comanditario que caiga en alguna de las dos hipótesis referidas en el párrafo precedente, responde solidariamente con la sociedad y no subsidiariamente.

Los socios comanditados que se hayan obligado a realizar aportaciones de hacer a favor de la sociedad, mas no de capital, tendrán el derecho, salvo pacto en contrario, de percibir periódicamente las cantidades que requieran como alimentos, en los montos y fechas que determine la junta de socios o, en su defecto, la autoridad judicial.

Las cantidades de alimentos recibidas se computarán como utilidades, por lo que les serán descontados de las que como socios les correspondan. Sin embargo, si no se generan utilidades o son menores a lo que percibieron como alimentos, el o los socios industriales no tendrán la obligación de reintegrarlas.

9. Responsabilidad del socio comanditado

§288. En cuanto a la responsabilidad, la *Ley general de sociedades mercantiles* en su *artículo 26* en relación con el *artículo 57*, estipula que las cláusulas del contrato social que supriman la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios comanditados no causarán efecto contra tercero; sin embargo, permite pactar que se limite la responsabilidad de alguno o algunos de los socios comanditados y disminuirla hasta un monto determinado.

Los socios comanditados son responsables solidaria, subsidiaria e ilimitadamente. Los acreedores de la sociedad tienen el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad y si el patrimonio social es insuficiente, pueden demandarlo a cualquiera de los socios comanditados, independientemente de que en el contrato social se haya limitado su responsabilidad o no.

En el supuesto de que algún acreedor, posteriormente a que acuda a cobrar su crédito a la sociedad, demande el pago a un socio comanditado, este último se subroga el derecho de cobrar a los demás socios comanditados la parte que les corresponde conforme a su parte social, excepto contra aquél o aquéllos cuya responsabilidad hayan acordado limitar, quienes sólo responden hasta el monto estipulado.

10. Obligación de no competencia

§289. Los socios comanditados están obligados a no realizar negocios del mismo género a los previstos en el objeto social o a ser socio de sociedad que los realice, excepto cuando cuenten con la anuencia del resto de los socios, incluyendo a los comanditarios.

En el supuesto de que el socio contravenga el deber de no competencia, la *Ley general de sociedades mercantiles* otorga a la sociedad la atribución de expulsarlo, privarlo de sus beneficios y exigirle el pago de daños y perjuicios. Dicha facultad debe ejercerse dentro del plazo de tres meses o, en su defecto, caduca.

11. Órganos

§290. En principio, los órganos de la sociedad en comandita simple son la junta de socios y los administradores:

11.1 Junta de socios

§291. La junta de socios es el órgano máximo de la sociedad y, como su nombre lo indica, se conforma por el conjunto de socios.

En cuanto a la convocatoria a junta de socios, la *Ley general de sociedades mercantiles* es omisa en regularlo, por lo que en el contrato social ha de estipularse a quien corresponde dicha atribución. De la interpretación de los *artículos 43* y *57* de la referida ley, en principio la junta debe reunirse semestralmente, salvo que se estipule lo contrario en el contrato social.

La junta de socios toma sus decisiones por mayoría y cada socio tiene derecho a un voto con el mismo valor. Sin embargo, en el contrato social se puede estipular que los votos se cuantifiquen de acuerdo a la proporción de la parte social de cada socio. En el supuesto de que uno de los socios represente el mayor interés, para que su decisión sea válida requerirá al menos de otro voto.

En el supuesto que uno de los socios comanditados se obligue a realizar prestaciones de hacer a la sociedad, su parte social será equivalente a la del socio, sea comanditado o comanditario, que tenga el mayor interés. Si fueren varios los socios comanditados que aporten de tal forma, tendrán una representación única y un solo voto, cuyo sentido será determinado según lo acuerde la mayoría de ellos.

11.2 Administración

§292. La administración es llevada por uno o más administradores, quienes pueden ser socios comanditados o no, y que son designados por la mayoría de votos de los socios. En el supuesto de que los socios omitan el designio de administrador o administradores, todos los socios comanditados tendrán tal carácter.

A los socios comanditarios se les prohíbe fungir como administradores. Como única excepción, el *artículo 56* de la *Ley general de sociedades mercantiles* prevé que en el supuesto de que no se hubiere determinado en la escritura social cómo habrá de procederse en caso de muerte o incapacidad del socio administrador, podrá interinamente un socio comanditario, a falta de comanditados, desempeñar los actos urgentes o de mera administración durante el término de un mes.

Si la junta de socios acuerda nombrar a algún administrador que sea persona extraña a la sociedad que haya sido designado contra la voluntad de algún socio, ya sea comanditado o comanditario, éste tendrá el derecho de separarse de la sociedad, y, consecuentemente, obtener los derechos patrimoniales que proporcionalmente le corresponden, por lo que

el haber social de la sociedad en principio debe disminuirse para que el monto correspondiente les sea entregado.

El derecho de retiro para los socios que hayan votado en contra también aplica en caso de que el administrador, con el consentimiento de la mayoría de los socios, delegare su encargo en persona extraña a la sociedad.

En caso de que en el contrato social los socios pacten la inamovilidad del cargo de administrador a favor de uno o más socios, sólo podrán ser removidos judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad, así como por las causales que los propios socios prevean.

Dentro de las atribuciones de los administradores que la *Ley general de sociedades mercantiles* prevé se encuentran las siguientes:

a) Administrar los asuntos de la sociedad y realizar los actos necesarios para el cumplimiento del objeto social.

b) Enajenar y gravar los bienes inmuebles de la sociedad, siempre que cuente con el consentimiento de los socios o que dicho acto constituya el objeto social o su consecuencia.

c) Otorgar poderes para la gestión de ciertos y determinados negocios sociales.

d) Delegar su encargo, siempre que cuente con el consentimiento de la mayoría de los socios.

e) Hacer uso de la razón social de la sociedad, es decir, fungir como su representante legal.

f) Rendir cuentas semestralmente, cuando así se estipule en el contrato social o cuando así lo acuerden los socios.

En términos de los *artículos 45* y *57* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, si el órgano de administración se integra por un consejo de administradores, las decisiones deben tomarse por mayoría. En el supuesto de que haya empate, los socios comanditados deben decidir. Por evidentes razones, resulta ineficiente convocar a los socios comanditados para resolver sobre el sentido de una decisión meramente administrativa. Una opción para subsanarlo es que en el contrato social se prevea que uno de los administradores goce de voto de calidad en caso de empate.

En caso de que sea necesaria la emisión de actos urgentes cuya omisión acarree daño grave a la sociedad y que el consejo de administradores no se encuentre reunido, la *Ley general de sociedades mercantiles* otorga la facultad de actuar a los administradores.

11.3 Vigilancia

§293. La *Ley general de sociedades mercantiles* no exige la existencia de un órgano de vigilancia para la sociedad en comandita simple. Sin embargo, por una parte, en su *artículo 54* prevé la posibilidad de que en el contrato social se pacten funciones de vigilancia en favor de los socios comanditarios.

Por otra parte, los *artículos 47* y *57*, otorgan a los socios que no funjan como administradores el derecho a nombrar un interventor, con objeto de que vigile el actuar de los administradores, examine el estado de la administración, su contabilidad y papeles de la compañía, y, en su caso, realice las reclamaciones que estime convenientes. En todo caso, nótese que la designación del órgano del interventor no es facultad de la junta de socios, sino de los socios que no funjan como administradores, dentro de los cuales se encuentran los socios comanditarios y, posiblemente, comanditados.

12. Modificación de estatutos

§294. Para la modificación del contrato social es necesario el consentimiento unánime de los socios; sin embargo, en el contrato social puede preverse que baste el acuerdo de la mayoría o de un porcentaje mayor para que se modifique el contrato social.

En el supuesto de que se prevea que no es necesaria la unanimidad, sino una mayoría, el o los socios que hubieren votado en contra de la modificación, tendrán el derecho a separarse de la sociedad y, en consecuencia, a que la sociedad les pague la parte del haber social correspondiente a su participación.

Capítulo IV

Sociedad de responsabilidad limitada

1. Conceptualización

§295. La sociedad de responsabilidad limitada es la que se constituye entre socios que sólo están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables a la orden o al portador.

Del concepto anterior, mismo que acoge la *Ley general de sociedades mercantiles* se desprenden los siguientes elementos:

1. La responsabilidad de los socios es limitada; es decir, sólo responden hasta el monto de sus aportaciones.
2. Los derechos de los socios están representados en partes sociales.
3. Las partes sociales no son títulos negociables.

2. Antecedentes históricos

§296. A finales del siglo XIX se habían consolidado ya dos tipos de sociedades, la sociedad anónima y la sociedad colectiva, ambos extremos con variantes en cuanto a la responsabilidad de los socios: mientras que en la primera la responsabilidad es limitada y su capital está representado por títulos de crédito, en la segunda la responsabilidad es ilimitada y son partes sociales en las que se divide su capital.

Estas clases de sociedades no respondían a las necesidades de todas las personas que pretendían crear una sociedad, pues por una parte requerían una figura que limitara su responsabilidad y, por la otra, una fórmula que protegiera la relación entre los socios y su calidad ante la sociedad, y que limitara la transmisión y circulación de las partes sociales. Era necesaria una sociedad que no exigiera grandes capitales en la que se limitara la responsabilidad y el

número de socios, y no fuera fácil su separación y es en esta conjetura como se crea la sociedad de responsabilidad limitada.

El primer antecedente formal lo encontramos en la ley del 20 abril de 1892 de Alemania, en la cual se reguló por primera ocasión la sociedad de responsabilidad limitada. Después se le encontró en la legislación inglesa en 1907 (*Private Companies Act*) y en una ola de homogeneidad y homologación mercantil fue paulatinamente acogida en una multiplicidad de órdenes jurídicos. En México la encontramos regulada por primera vez en la vigente *Ley general de sociedades mercantiles* publicada en 1934.

Si bien el *Código de comercio de 1884* preveía la sociedad de responsabilidad limitada, analizando su articulado se desprende que la única coincidencia que guarda con la sociedad en estudio es la denominación.[1]

Su función originaria fue la de ser titulares de pequeñas y medianas empresas, después cayeron un tanto en desuso y a últimas fechas han vuelto a ser utilizadas sobre todo cuando sociedades extranjeras de naturaleza equivalente buscan establecer sociedades filiales.

3. Denominación

§297. La sociedad de responsabilidad limitada por nombre puede llevar una denominación o una razón social, la cual debe contener el nombre de uno o más de sus socios, e ir seguida de las palabras *sociedad de responsabilidad limitada* o de su abreviatura "S. de R. L.". En el supuesto de que no se dé cumplimiento a esta exigencia, los socios serán responsables subsidiaria, solidaria e ilimitadamente (*artículo 59*).

En caso de que una persona extraña a la sociedad permita que figure su nombre en la razón social, responderá de las operaciones sociales hasta el monto de la mayor de las aportaciones; es decir, en la misma proporción del socio cuya parte social sea la mayor.

Esta situación tiene su razón de ser pues aunque como su nombre lo indica, se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, el espíritu del legislador fue que se incluyera el nombre de las personas físicas que se encuentran detrás, con objeto de dar certeza al público en general de con quiénes está negociando, de ahí que como regla general se estatuya que los socios son también administradores de la sociedad, salvo que sus estatutos sociales establezcan lo contrario.

Por remisión hecha en el *artículo 86* son aplicables a la *sociedad de responsabilidad limitada* (S. de R. L.) las disposiciones de los *artículos 27*, *29* y *30* ya estudiados en la sociedad en nombre colectivo.

Artículo 27:

> La razón social se formará con el nombre de uno o más socios, y cuando en ella no figuren los de todos se le añadirán las palabras *y compañía* u otras equivalentes.

[1] *Cfr.* Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho mercantil*, 27ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 194.

Artículo 29, LGSM:

> El ingreso o separación de un socio no impedirá que continúe la misma razón social hasta entonces empleada; pero si el nombre del socio que se separe apareciere en la razón social, deberá agregarse a ésta la palabra *sucesores*.

Artículo 30, LGSM:

> 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*.

4. Constitución

§298. El contrato con el que se crea la sociedad de responsabilidad limitada exige que se realice por escrito y ante fedatario público; es decir, debe constar en escritura pública.

El *artículo 63* de la *Ley general de sociedades mercantiles* establece que:

> La constitución de las sociedades de responsabilidad limitada o el aumento de su capital social, no podrá llevarse a cabo mediante suscripción pública.

Nos parece que esta aclaración sobra, pues el sistema de suscripción pública no es de forma general aplicable a todas las sociedades mercantiles, sino sólo aplica a las sociedades anónimas.

Por otro lado, el *artículo 61* establece que el número de socios no puede ser superior a 50, siendo esto comprensible, pues se garantiza así conservar el carácter personal de la sociedad.

5. Capital social y partes sociales

§299. Al ser una sociedad en la que la responsabilidad de los socios es limitada, para responder frente al público de las obligaciones que ésta asume y con objeto de otorgar protección a los acreedores, para la constitución de la sociedad se exige que cuente con un capital de al menos $3,000.00 (*artículo 62*).

Al momento de la creación de la sociedad, al menos la mitad del capital social debe estar íntegramente suscrito y pagado. El resto habrá de pagarse de acuerdo con los acuerdos que los socios hayan estipulado en el contrato social, es decir, en la escritura constitutiva (*artículo 64*).

Por tanto, en términos reales, la sociedad de responsabilidad limitada puede operar con un capital pagado de $1,500.00 y tener la otra mitad como crédito por cobrar a sus socios.

El capital social de la sociedad de responsabilidad limitada se encuentra dividido en partes sociales, mismas que son propiedad de cada uno de los socios y representan sus

intereses y participación respectivamente (dichas partes sociales tienen el carácter de bienes muebles según el *artículo 760* del *Código civil para el Distrito Federal*).

Las partes sociales de una sociedad de responsabilidad limitada pueden ser iguales o desiguales. Esta situación permite a los socios tener mayor o menor participación en el capital social. No obstante, si bien las partes sociales pueden variar, la ley exige que por lo menos tengan valor de un peso o de múltiplos de un peso y el ordenamiento jurídico prohíbe que las partes sociales se encuentren cuantificadas en centavos.

Además de la posibilidad de valor desigual, las partes sociales pueden ser de distinta categoría. Puede haber partes sociales con privilegios, tales como tener preferencia para el pago de utilidades o en el reparto del capital social en el supuesto de que la sociedad sea liquidada.

En principio, a cada socio le corresponde una parte social; sin embargo, si hay derechos distintos amparados por las partes sociales, cada una conserva su individualidad, por lo que existe la posibilidad de que el socio tenga más de una parte social.

Cuando un socio realice una nueva aportación o adquiera la totalidad o una fracción de la parte social de otro socio, aumentará la suya, salvo que se trate de partes sociales con derechos diversos, caso en el cual se conserva la individualidad de cada parte (*artículo 68*, LGSM).

Las partes sociales por definición son individuales, por lo que en principio no pueden dividirse; sin embargo, en el contrato social puede establecerse el derecho de división y cesión parcial. Consecuentemente, la posibilidad de dividirlas es excepción a la regla general relativa a que a cada socio le corresponde una parte social, aun cuando se trate de partes sociales de la misma categoría.

La indivisibilidad de las partes sociales tiene varias implicaciones en cuanto a su transmisión. De este modo, si una parte social es transmitida a varias personas, pertenecerá en copropiedad a éstas, por lo que de común acuerdo determinarán cuál de ellas fungirá como su representante común para ejercer los derechos de socio.

En el aumento del capital social, los socios cuentan con preferencia para suscribir las partes sociales emitidas en proporción a las que tienen, salvo que dicho derecho se encuentre suprimido en el contrato social o que así lo acuerde la asamblea al determinar el incremento (*artículo 72*, LGSM).

6. Transmisión de partes sociales

§300. A diferencia de las acciones de la sociedad anónima, las partes sociales no son títulos de crédito por lo que tienen mayores barreras para su transmisión. Esta limitante se debe a la intención de mantener la relación de los socios y de dar a conocer a los terceros qué personas están detrás de la sociedad.

La LGSM en su *artículo 65* dispone que […] para la cesión de partes sociales es necesario el consentimiento de los socios que representen la mayoría del capital social, salvo que los estatutos sociales establezcan una proporción mayor.

En el supuesto de que en términos del *artículo 65*, los socios autoricen la transmisión de la parte social a una persona extraña a la sociedad, éstos gozarán del derecho del tanto para adquirirla, teniendo un plazo de 15 días computado desde la fecha de la autorización. Si varios socios estuvieren interesados en adquirir la parte social, tendrán derecho de hacerlo en proporción a su parte social.

La ley societaria no establece las consecuencias del ejercicio de este derecho del tanto, ni tampoco las consecuencias de violentarlo. Ante tal falta de previsión de la ley, diremos que el derecho del tanto es un derecho de preferencia, que se presenta en varias comunidades de derechos subjetivos y que por lo regular busca reducir o evitar, en lo sucesivo dicha comunidad, o bien, impedir la inclusión de terceros a esta comunidad. Toda sociedad implica una de estas comunidades (ésta sí querida por la ley), y a este respecto, en las sociedades de personas, la ley da para la transmisión de derechos el más fuerte de todos los derechos preferenciales, que es el derecho del tanto. Consideramos que son aplicables, supletoriamente, las disposiciones que establece el *Código civil federal* referentes a la copropiedad.

No obstante, la transmisión por herencia de las partes sociales no requiere del consentimiento de los socios, pero existe la posibilidad de que los socios estipulen que, en el supuesto de defunción de alguno de ellos, la sociedad sea liquidada o que la parte social correspondiente al socio difunto sea liquidada.

La amortización de las partes sociales, señala el *artículo 71* de la LGSM que: […] no estará 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 se llevará a efecto con las utilidades líquidas de las que conforme a la ley pueda disponerse para el pago de dividendos. En el caso de que el contrato social lo prevenga expresamente, podrán expedirse a favor de los socios cuyas partes sociales se hubieren amortizado, certificados de goce con los derechos que establece el *artículo 137* para las acciones de goce.

7. Socios

§301. Con la intención de que exista una vinculación entre los socios, así como para mantener el carácter personal de los socios en su carácter de responsables de la sociedad, para las sociedades de responsabilidad limitada se restringe el número de socios. El *artículo 61* de la LGSM al efecto dispone que *ninguna sociedad de responsabilidad limitada debe tener más de cincuenta socios*.

Asimismo, en las sociedades de responsabilidad limitada la LGSM prohíbe captar recursos mediante suscripción pública, en virtud de que implicaría la no existencia de una relación entre los socios. Al efecto su *artículo 63* estatuye:

> *Artículo 63*:
>
> La constitución de las sociedades de responsabilidad limitada o el aumento de su capital social no podrá llevarse a cabo mediante suscripción pública.

La calidad de socio, al igual que en toda sociedad, en principio se demuestra en la escritura constitutiva. En el caso de socios que se unan posteriormente a la sociedad, ya sea por transmisión de fracción o totalidad de parte social, por aumento de capital o por alguna otra causa, la calidad de socio se demuestra por la asamblea de socios donde se autorice la transmisión o el aumento del capital social, así como porque se le da formalidad a la transmisión.

Además, la LGSM en su *artículo 73* exige a las sociedades de responsabilidad limitada el que se lleve un libro especial en el que inscriban el nombre y domicilio de cada socio, así como sus aportaciones, y las transmisiones de las partes sociales que se efectúen, mismas que no surtirán efecto legal alguno contra terceros, sino sólo después de su inscripción. Este libro de registro de socios, es responsabilidad de los gerentes.

A pesar de que el citado artículo prevé que el libro especial aludido puede ser consultado por cualesquier persona que acredite tener un interés legítimo, es difícil imaginar la practicidad de tal supuesto, pues es cuestionable que el gerente o gerentes, quienes tienen bajo su custodia el libro, lo permitan al tercero que pretenda consultarlo. En este sentido, si bien se podría iniciar un juicio para exigir la exhibición, en la práctica dicho artículo adolece de inaplicabilidad.

7.1 Obligaciones de los socios

§302. Las obligaciones de los socios son las siguientes:

a) Aportar el monto correspondiente a sus partes sociales.

   La principal obligación de los socios es realizar sus aportaciones al capital social de la empresa.

b) Efectuar aportaciones suplementarias.

El *artículo 70* de la LGSM establece que, además de las aportaciones iniciales, en el contrato social los socios pueden obligarse a realizar aportaciones suplementarias en proporción a sus primitivas aportaciones. Dichas aportaciones no pueden consistir en trabajo o servicio personal por parte de los socios. Esto se último se establece en la ley con la finalidad de que no se violen los principios del derecho laboral.

Por otra parte el *artículo 78*, *fracción VI* establece que la facultad de exigir las aportaciones suplementarias está a cargo de la asamblea de socios. Es importante destacar que

estas aportaciones son independientes del capital social y son para gastos extraordinarios, por lo que en principio deben ser reembolsadas.

7.2 Derechos de los socios

§303. Los derechos de los socios son de dos tipos:

1. Derechos patrimoniales:

a) *Derecho de percibir utilidades*:

§304. El reparto de utilidades es decisión de la asamblea de socios, tal como lo establece el *artículo 78*, *fracción II*. En principio, dicho acuerdo no tiene una periodicidad específica, sino que se determina cuando así convenga a los intereses de la sociedad y de los socios y siempre que se respeten los siguientes lineamientos aplicables a toda sociedad mercantil:

- *La distribución de utilidades*:

  Sólo puede realizarse después de que la asamblea de socios haya aprobado los estados financieros (*artículo 19* de la LGSM).

- *La distribución de utilidades:*

  Sólo puede realizarse si ya han sido restituidas las pérdidas de ejercicios anteriores o haya sido reducido el capital social (*artículo 19* de la LGSM).

  En el supuesto de que se contravenga alguno de estos principios, los acreedores pueden exigir el pago a los socios que hubieren recibido las utilidades y contra los administradores que las haya efectuado, quienes serán solidariamente responsables hasta el límite de dichos montos.

- *Se haya separado anualmente el 5%*:

  Como mínimo, para formar el fondo de reserva, hasta que forme la quinta parte del capital social (*artículo 20* de la LGSM).

  En caso de que esto se viole, los administradores responden solidariamente frente a los acreedores respecto al monto de reserva que debió de haberse realizado para la sociedad, quienes podrán repetir contra los socios de acuerdo con el monto que les hubo pagado.

b) *Derecho de suscribir nuevas partes sociales:*

§305. El *artículo 72* establece que en caso de que se acuerde el aumento del capital social, los socios tienen derecho a adquirir y suscribir las nuevas partes sociales emitidas en proporción, salvo que tal privilegio se encuentre suprimido en el contrato social o que así lo determine la asamblea de socios que decida el incremento.

c) *Derecho de intereses constructivos*:

§306. En caso de que así se pactase en el contrato social, los socios tienen derecho a percibir intereses no mayores del 9% anual sobre sus aportaciones, y solamente durante el tiempo que sea necesario para la ejecución de los trabajos que de acuerdo con el objeto de la sociedad deban preceder al inicio de operaciones, sin que dicho periodo exceda de tres años. Contablemente dichos intereses se tendrán como gastos generales de la sociedad.

d) *Derecho a cuota de liquidación*:

§307. En caso de disolución de la sociedad, previa liquidación a terceros, los socios tienen derecho a recibir del sobrante del capital social la porción del mismo que corresponda al porcentaje de su parte social.

e) *Derecho del tanto*:

§308. Los socios gozan del derecho del tanto para adquirir de otro, parte o la totalidad de su parte social.

2. Derechos corporativos

a) *Derecho de voto*:

§309. En principio, todo socio tiene derecho de participar en las decisiones de la sociedad. El valor de cada voto corresponde a la proporción que guarda su parte social respecto del resto del capital social. Sin embargo, en el contrato social se puede limitar el derecho a voto para el caso de las partes sociales privilegiadas. El derecho de voto se encuentra previsto en el *artículo 79* de la LGSM que al efecto establece:

Artículo 79:

> Todo socio tendrá derecho a participar en las decisiones de las asambleas, gozando de un voto por cada mil pesos de su aportación o el múltiplo de esta cantidad que se hubiere determinado, salvo lo que el contrato social establezca sobre partes sociales privilegiadas.

b) *Derecho de retiro*:

§310. Al ser la sociedad de responsabilidad limitada una que enfatiza la relación de los socios y su carácter, existen dos supuestos en que los socios pueden ejercer su derecho de retirarse de la sociedad:

i) Cuando en contra de su voto, se nombrare un administrador que sea persona extraña a la sociedad, es decir, que no sea socio (*artículos 86* y *38* de la LGSM).

ii) Cuando en contra de su voto, el administrador delegare su encargo en favor de persona extraña a la sociedad (*artículos 86* y *42* de la LGSM).

Resulta curioso el derecho expreso de separación otorgado por la *Ley general de sociedades mercantiles* para el caso de que se presente alguno de los supuestos antes señalados, por lo que cabe preguntarse, ¿cómo se ejercita dicha separación?, ¿qué sucede con las partes sociales?, ¿el socio que desee separarse tiene derecho a que la sociedad le reembolse el monto correspondiente a su parte social?, ¿se disminuye el capital social?, ¿qué pasa si sólo se tiene el capital social mínimo?

La LGSM no da respuesta a lo anterior, sino que se limita a otorgar el derecho de retiro sin regular y establecer la forma de realizarlo. En nuestra opinión, la separación es un derecho individual de los socios, que se debe solicitar a la sociedad, y tiene por consecuencia la disminución del capital social; en caso de que la sociedad se niegue a conceder el derecho, se puede exigir ante los tribunales; el socio tiene derecho a que se le liquide su parte del haber social, siguiendo los principios generales establecidos en los *artículos 14* y *15* de nuestra ley; por otro lado, es posible que este retiro acarree la disolución de la sociedad, sin que esta consecuencia impida la separación.

8. Órganos de la sociedad

§311. Los órganos de la sociedad de responsabilidad limitada son la asamblea de socios, los administradores y, si así se determina en el contrato social, el consejo de vigilancia.

8.1 Asamblea de socios

§312. El órgano máximo de la sociedad de responsabilidad limitada es la asamblea de socios, la cual debe reunirse por lo menos una vez al año en la fecha estipulada en el contrato social. Para la toma de decisiones la asamblea de socios funge como órgano colegiado en el cual cada uno de los socios tiene el poder de decisión que refleje su parte social.

8.1.1 De la convocatoria a asamblea

§313. Previo a la constitución de cada asamblea es necesaria la emisión de convocatoria, mediante cartas certificadas con acuse de recibo, en las que debe indicarse el orden del día y que habrán de notificarse personalmente a cada socio con al menos ocho días de anticipación a la celebración de la asamblea (*artículo 81* de la LGSM).

Los órganos facultados para convocar a asamblea son el o los gerentes y si no lo hicieren, el consejo de vigilancia, y a falta u omisión de éste, los socios que representen más de la tercera parte del capital social.

Excepcionalmente y siempre que esté previsto en el contrato social, la reunión de socios no es necesaria, caso en el cual se remitirán a los socios las decisiones que se pretendan tomar para que, mediante escrito, manifiesten su voto respectivamente; sin embargo, si los socios que representan más de la tercera parte del capital social decidieren que el asunto se trate en asamblea, tendrán la facultad de convocarla.

Al efecto, el *artículo 82* de la LGSM establece que el contrato social podrá consignar los casos en que la reunión de la asamblea no sea necesaria, y en ellos 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. Si así lo solicitan los socios que representen más de la tercera parte del capital social, deberá convocarse a la asamblea, aun cuando el contrato social sólo exija el voto por correspondencia.

En el supuesto de que no se cumpla el quórum exigido para la constitución de la asamblea de socios, debe emitirse una segunda convocatoria.

8.1.2 De las facultades de la asamblea de socios

§314. Las facultades de la asamblea de socios se encuentran estatuidas en el *artículo 78* de la LGSM, el cual establece:

Artículo 78:

Las asambleas tendrán las facultades siguientes:

I. Discutir, aprobar, modificar o reprobar el balance general correspondiente al ejercicio social clausurado y de tomar con estos motivos, las medidas que juzguen oportunas.

II. Proceder al reparto de utilidades.

III. Nombrar y remover a los gerentes.

IV. Designar, en su caso, el Consejo de Vigilancia.

V. Resolver sobre la división y amortización de las partes sociales.

VI. Exigir, en su caso, las aportaciones suplementarias y las prestaciones accesorias.

VII. Intentar contra los órganos sociales o contra los socios, las acciones que correspondan para exigirles daños y perjuicios.

VIII. Modificar el contrato social.

IX. Consentir en las cesiones de partes sociales y en la admisión de nuevos socios.

X. Decidir sobre los aumentos y reducciones del capital social.

XI. Decidir sobre la disolución de la sociedad.

XII. Las demás que les correspondan conforme a la ley o al contrato social.

8.1.3 Clases de asambleas

§315. A pesar de que la LGSM no distingue entre tipos de asambleas de socios en la sociedad de responsabilidad limitada, tal como lo hace con la sociedad anónima, sí establece distintas mayorías para acordar en asamblea, atendiendo al tipo de las decisiones a tomarse; por lo que se diferencian entre decisiones ordinarias y extraordinarias. La doctrina ha considerado a las primeras como materia de *asambleas ordinarias* y a las segundas materia de *asambleas extraordinarias*:

- *Asambleas ordinarias:*

  §316. Las materias de decisiones ordinarias de los socios no se encuentran establecidas expresamente en la LGSM, por lo que a *contrario sensu* son todas aquellas que son distintas a las materias extraordinarias.

En la asamblea resultante de primera convocatoria para la toma de decisiones específicas, mismas que se indican en el orden del día de la misma, se requiere un quórum de socios que representen, al menos, el 50% del capital social, y las decisiones se toman por mayoría, salvo que en el contrato social se exija una mayoría más elevada (*artículo 77*).

En el supuesto de que no sea posible la constitución de la asamblea derivada de la primera convocatoria, en virtud de que no se cumpla con el quórum exigido, los socios deben ser convocados a una nueva asamblea mediante una segunda convocatoria. En ésta las decisiones habrán de tomarse por mayoría; es decir, por más del 50%, independientemente de la porción del capital social representado.

Al constituirse la asamblea por segunda convocatoria, la representación del capital social pasa a segundo término, pues basta que esté representada cualquier fracción del mismo para la validez de la toma de decisiones. A pesar de lo drástico de esta posibilidad, la consideramos un acierto legislativo, pues por una parte, incentiva a los socios a participar activamente en la sociedad y por la otra, permite su funcionamiento ágil.

- *Asambleas extraordinarias*:

  §317. Las decisiones extraordinarias se presentan en dos casos, previstos ambos por el *artículo 83* de la LGSM:

  1. Cuando se pretende modificar el contrato social, y
  2. Cuando se pretende modificar el objeto social o aumentar las obligaciones de los socios.

Para ambos casos se exige que las decisiones sean tomadas por una mayoría determinada de socios.

8.1.4 Modificación del contrato social

§318. Para la modificación del contrato social se exige una mayoría de socios más elevada. Al efecto, el *artículo 83* de la LGSM dispone:

Artículo 83:

> Salvo pacto en contrario, la modificación del contrato social se decidirá por la mayoría de los socios que representen, por lo menos, las tres cuartas partes del capital social [...].

Nótese que tanto el quórum como la mayoría exigida para la modificación del contrato social deben representar por lo menos tres cuartas partes del capital social, aunque podría ser de más si en el propio contrato social se determina que así sea, no consideramos que pueda ser menor, pues a ese respecto nuestra ley parece ser restrictiva.

8.1.5 Modificación del objeto social y aumento de obligaciones de los socios

§319. En caso de que se pretenda modificar el objeto social o aumentar las obligaciones de los socios, la LGSM es tajante y exige que la decisión sea tomada unánimemente; es decir, por la totalidad de los socios. No consideramos que se permita el pacto en contrario.

8.1.6 Formalidades

§320. No olvidemos que es aplicable el *artículo 41* del *Código de comercio* (véase §242).

8.2 Administración de la sociedad

§321. El órgano de administración de las sociedades de responsabilidad limitada está constituido por uno o más gerentes temporales en todo tiempo revocables, quienes pueden ser socios de la sociedad o terceras personas.

Como órgano administrador de una sociedad mercantil, la gerencia tiene la facultad de realizar todas las operaciones inherentes a su objeto social, salvo que la ley o el contrato social lo limiten. Asimismo, cuenta con la atribución de otorgar poderes especiales para la realización de ciertos y determinados negocios sociales (*artículo 42*, por remisión del *86* de la LGSM).

El cargo de gerente puede ser por tiempo indeterminado o determinado, según lo acuerden los socios. Sin embargo, en todo momento la asamblea de socios cuenta con la facultad de revocar al gerente o gerentes de su cargo. De la misma forma, los titulares de la gerencia pueden renunciar a su cargo cuando sea su voluntad.

En el supuesto de que ni en el contrato social ni en las asambleas posteriores de socios se realice el nombramiento del gerente o gerentes, la totalidad de los socios concurrirán en la administración; es decir, todos fungirán como administradores de la sociedad (*artículos 74* y *40* de la LGSM).

El nombramiento del órgano de administración es realizado en el propio contrato social al constituirse la sociedad o posteriormente, en asamblea de socios. En caso de que el órgano de administración funcione colegiadamente, es decir, que esté constituido por varios gerentes, las resoluciones deben tomarse por mayoría de votos, salvo que el contrato social establezca que deban tomarlas de manera unánime.

En el supuesto de que así lo disponga, la LGSM establece que si la mayoría de los gerentes determina que se trata de un caso en que la sociedad corre grave peligro, podrán tomar la decisión aun sin que se cumpla la unanimidad; sin embargo, aquellos gerentes que no voten o lo hagan en contra, no correrán responsabilidad alguna derivada de la toma de la decisión respectiva (*artículos 75* y *76* de la LGSM).

La gerencia deberá rendir cuentas cada seis meses (*artículos 43* y *86* de la LGSM).

8.3 Vigilancia

§322. La LGSM en su *artículo 84* enuncia la posibilidad de que en los estatutos sociales se prevea la existencia de un consejo de vigilancia, el cual, en términos del *artículo 78*, *fracción IV*, es designado por la asamblea de socios. Esta facultad es potestativa, por lo que una sociedad de responsabilidad limitada puede o no contar con un consejo de vigilancia.

Al ser el órgano de vigilancia un consejo, por definición se entiende que funciona colegiadamente; es decir, que se forma de varias personas quienes, de acuerdo con el *artículo 84* de la LGSM, pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

El consejo de vigilancia tiene como función primordial vigilar el actuar de los administradores, y sus atribuciones específicas son establecidas en el contrato social. Asimismo, tiene la obligación legal expresa de convocar a las asambleas que conforme a los estatutos sociales deban celebrarse, en caso de que los gerentes no lo hagan (*artículo 81* de la LGSM).

Capítulo V

Sociedad en comandita por acciones

1. Conceptualización

§323. La sociedad en comandita por acciones es la que se compone de uno o varios socios comanditados que responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones,[1] cuyos *estatus*, en uno y otro caso, están representados por acciones.

De la definición anterior se desprende que:

1. Puede tener una razón social o una denominación.
2. Existen dos tipos de socios: los comanditados, quienes responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente, y los comanditarios, que están obligados al pago de sus acciones.

2. Marco normativo

§324. La sociedad en comandita por acciones se rige en primera instancia por las disposiciones contenidas en el *capítulo VI* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, integrado por los *artículos 206* a *211*, y por las referencias que este último hace a otros artículos que se encuentran dentro de los *capítulos II*, titulado *De la sociedad en nombre colectivo*, y *III*, titulado *De la sociedad en comandita simple*.

En segunda instancia, se rige por las reglas relativas a la sociedad anónima, contenidas en el *capítulo V*, titulado *De la sociedad anónima*, y por las disposiciones de las sociedades en general contenidas en el *Capítulo I*.

De acuerdo con lo anterior, en cuanto a la regulación de la sociedad en comandita por acciones, primero es necesario atender a las disposiciones de primera instancia y, posteriormente, en caso de ausencia de disposiciones, a las reglas relativas a la sociedad anónima y a las sociedades en general.

[1] *Artículo 207* de la *Ley general de sociedades mercantiles*.

Con objeto de evitar ser redundantes y en virtud de que un gran número de cuestiones de la sociedad en comandita por acciones son reguladas por las reglas relativas a la sociedad anónima, en el presente capítulo haremos referencia constante a los numerales del *Capítulo 1: Sociedad anónima* de esta sección.

3. Antecedentes históricos

§325. La sociedad en comandita por acciones tiene su origen en el derecho francés y fue utilizada principalmente a inicios del siglo XIX, con la finalidad de hacer más ágil a la sociedad en comandita, sin embargo, hoy se ha quedado prácticamente en desuso.

4. Razón o denominación social

§326. La sociedad en comandita por acciones puede tener una razón social o una denominación. En el contrato social se determina si ha de ser la una o la otra.

En caso de que se opte por una razón social, en ésta deberán figurar los nombres de los socios comanditados. Si no figuran los nombres de todos, deberán añadírsele las palabras *y compañía* u otros vocativos equivalentes.

En caso de que uno de ellos se separe de la sociedad, ya sea por causa de muerte o por cualquier otro motivo, y que se tenga la intención de que su nombre permanezca en la razón social, debe añadírsele la palabra *sucesores*.

La razón social o denominación siempre ha de ir seguida de las palabras *sociedad en comandita por acciones*, o su abreviatura *S. en C. por A.*, so pena de que los socios comanditarios tengan la misma responsabilidad que los comanditados.

En el supuesto de que un tercero extraño a la sociedad o un socio comanditario permita que su nombre se incluya en la razón social, tendrá la responsabilidad de un socio comanditado; es decir, responderá subsidiaria, ilimitada y solidariamente por las obligaciones y deberes de la sociedad.

5. Constitución

§327. Son aplicables las reglas generales de las sociedades mercantiles. Si bien en la sociedad en comandita por acciones la responsabilidad es ilimitada, solidaria y subsidiaria para los socios comanditados, y limitada hasta el pago de sus acciones para los socios comanditarios, las personas que efectúen actos previos a la inscripción de la sociedad, independientemente de que sean socios comanditados o comanditarios, responderán solidaria e ilimitadamente y no subsidiariamente, por lo que el cumplimiento de las obligaciones societarias puede exigírseles sin necesidad de acudir previamente a demandarlo a la sociedad.

6. Capital social

§328. El capital social se integra por las aportaciones que realicen los socios y está dividido en acciones. La sociedad en comandita por acciones permite que las aportaciones sean en capital o en servicios. Las primeras son las que cuantifican el capital social, pues las segundas, por su naturaleza, no están en la posibilidad.

De la definición que la propia *Ley general de sociedades mercantiles* hace de las sociedades en comandita por acciones es evidente que los socios comanditarios realizan aportaciones de capital, en razón de que sólo están obligados al pago de sus acciones. Sin embargo, por lo que respecta a los socios comanditados no podemos afirmar que sólo están facultados a realizar aportaciones industriales. Por el contrario, somos de la opinión que también pueden otorgar aportaciones de capital.

Tanto los socios comanditados como comanditarios tienen sus propias acciones, mismas que determinan su participación en el capital social. Es en el contrato social donde los socios acuerdan cuántas acciones corresponden a cada uno y de qué tipo.

7. Transmisión de las acciones

§329. En principio, las acciones de la sociedad en comandita por acciones son cesibles; sin embargo, es necesario el consentimiento de la totalidad de los socios comanditados y el de las dos terceras partes de los comanditarios.

El consentimiento no toma en cuenta el número de acciones, sino que se refiere a los socios como tal, por lo que en este específico caso el peso del voto no está en función de la participación o número de acciones de cada socio, sino de cada socio en particular, correspondiéndole a cada socio un voto.

En nuestra opinión, la exigencia de dicho consentimiento desnaturaliza a las acciones como títulos propiamente nominativos.

8. Socios

§330. En la sociedad en comandita por acciones existen dos clases de socios: comanditados y comanditarios. Por la naturaleza de la sociedad, por lo menos debe existir uno de cada tipo.

Como la definición de sociedad en comandita por acciones lo indica, los socios comanditados responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales. Por su parte, los socios comanditarios sólo están obligados al pago de sus acciones.

Los socios comanditados pueden o no fungir como titulares de los órganos de administración de la sociedad. Los comanditarios, por su parte, carecen de tal derecho, así como del de ser apoderados de los administradores; sin embargo, la *Ley general de sociedades mercantiles* en su *artículo 54* permite que en el contrato social se autorice a los socios comanditarios para realizar determinados actos y vigilar, señalando que los mismos no han de considerarse como de administración.

En el supuesto de que uno de los socios comanditarios realice actos de administración será responsable solidario con la sociedad por las obligaciones que se deriven. Asimismo, si por lo regular ha administrado los negocios de la sociedad será solidariamente responsable, aun en las operaciones que no haya tomado parte.

9. Responsabilidad del socio comanditado

§331. En cuanto a la responsabilidad, la *Ley general de sociedades mercantiles* en su *artículo 26* en relación con el *211*, estipula que las cláusulas del contrato social que supriman la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios comanditados no causarán efecto contra tercero; sin embargo, permite pactar que se limite la responsabilidad de alguno o algunos de los socios comanditados y disminuirla hasta un monto determinado.

Los socios comanditados son responsables solidaria, subsidiaria e ilimitadamente. Los acreedores de la sociedad tienen el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad a ésta, y si el patrimonio social es insuficiente, pueden demandarlo a cualquiera de los socios comanditados, sin importar que en el contrato social se haya limitado su responsabilidad o no.

En el supuesto de que algún acreedor, posteriormente a que acuda a cobrar su crédito a la sociedad, demande el pago a un socio comanditado, este último se subroga el derecho de cobrar a los demás socios comanditados la parte que les corresponde conforme a su parte social, excepto contra aquel o aquellos cuya responsabilidad hayan acordado limitar, quienes sólo responden hasta el monto que en términos del contrato social se haya acordado limitar.

10. Obligación de no competencia

§332. Los socios comanditados están obligados a no realizar negocios del mismo género a los previstos en el objeto social o a ser socio de sociedad que los realice, excepto cuando cuenten con la anuencia del resto de los socios, incluyendo a los comanditarios.

En el supuesto de que el socio contravenga el deber de no competencia, la *Ley general de sociedades mercantiles* otorga a la sociedad la atribución de expulsarlo, privarlo de sus beneficios y exigirle el pago de daños y perjuicios. Dicha facultad debe ejercerse dentro del plazo de tres meses o, en su defecto, caduca.

11. Órganos de la sociedad

§333. Los órganos de la sociedad en comandita por acciones, por lo menos, son la asamblea de accionistas, los administradores y los comisarios.

En cuanto a los órganos de la sociedad en estudio, no existen disposiciones legales específicas, por lo que es necesario atender a las reglas relativas a la sociedad anónima.

12. Modificación

§334. En cuanto a la modificación del contrato de sociedad en comandita por acciones, no existen disposiciones expresas, por lo que es aplicable el articulado de la sociedad anónima.

SECCIÓN TERCERA
RÉGIMEN DE CAPITAL VARIABLE

§335. Este régimen constituye una modalidad de las sociedades mercantiles, mediante la cual el capital social es susceptible de aumento por aportación posterior de los socios o por ingreso de nuevos socios, y de disminución por retiro total o parcial de los socios actuales, sin más formalidades que las establecidas en el *capítulo VIII* de la *Ley general de sociedades mercantiles*.

1. Origen y antecedentes

§336. El *Código de comercio del 20 de abril de 1884* incorpora la figura del capital variable, institución que, según relata el maestro Ignacio Soto Sobreyra y Silva, tiene su antecedente en la *Ley francesa del 24 de julio de 1867*, en la cual se contempló esta figura: *[…] para buscar una salida al rigor con el que el Derecho Civil había tratado a la sociedad cooperativa, buscando más que crear una nueva forma de sociedad, una modalidad aplicable a las demás formas societarias de capital fijo*.[1]

El *Código de 1889* también incorporó dicho régimen en particular para la *sociedad cooperativa*.

Nuestra *Ley general de sociedades mercantiles* regula en el *capítulo VIII* la modalidad de *capital variable*, de conformidad con lo que se verá a continuación.

En la exposición de motivos de la ley la comisión redactora señala en relación con el tema que nos ocupa:

> Se estimó conveniente también aceptar para todas las sociedades, la posibilidad de que se constituyan como de capital variable. Con esto no se creó un tipo nuevo, sino simplemente una modalidad que de seguro hará más dúctil el sistema de la

[1] Soto Sobreyra y Silva, Ignacio, *Régimen corporativo del capital variable en la sociedad anónima*, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Porrúa y Colegio de Notarios del D. F. A. C., México, 2006, p. 10.

ley, facilitando la adopción de determinadas instituciones jurídicas que vienen tropezando con el obstáculo de la rigidez del *Código de comercio*, en particular, como se verá más adelante, tratándose de sociedades anónimas.

Acogida, pues, la modalidad de las sociedades de capital variable la sociedad cooperativa puede ya desenvolverse no como una figura a la que equivocadamente se acuda por las ventajas que su estructura flexible ofrece, sino precisamente como un tipo propio cuya caracterización, determinada no en función de datos formales sino materiales, el proyecto ha creído que debe reservarse a la legislación especial sobre la materia [...].

Según se indicó, la ley acoge como una modalidad para todas las sociedades, el de constituirse como de *capital variable*.

Aunque de utilidad para hacer flexible el sistema de la ley en lo que toca a cualesquiera de los tipos aprobados, el gobierno estima que esa modalidad será particularmente importante en las sociedades por acciones, ya que constituyéndose como de capital variable podrán adoptar instituciones como la de las acciones emitidas y no suscritas que no tendría lugar, de haberse conservado íntegramente el sistema rígido del *Código de comercio*.

Por lo demás, las garantías a que se sujeta a las sociedades constituidas como de capital variable, en su mayor parte se encuentran en las leyes y proyectos extranjeros que desde hace tiempo han adoptado dicha modalidad [...].

2. Sociedades a las que aplica

§337. El *capítulo VIII* de la *Ley general de sociedades mercantiles* es aplicable en principio a todas las sociedades; sin embargo, de fondo esta modalidad es incompatible con las sociedades de personas en las que precisamente se busca que sólo puedan entrar socios que sean conocidos y aprobados por todos.

Por ello consideramos que dicho régimen sólo es viable y conveniente para las sociedades por acciones y para la sociedad de responsabilidad limitada que tiene elementos de las sociedades de personas y de las sociedades de capital. Como se ha visto en la exposición de motivos, la propia comisión estimó útil dicha institución particularmente en las sociedades anónimas.

3. Naturaleza jurídica

3.1 Como modalidad de los tipos sociales

§338. Este régimen de *capital variable* no es un tipo social, sino que es una modalidad de los tipos sociales. La consecuencia práctica de esta distinción es que dicho régimen se adopta y no se debería necesitar de una transformación. No obstante, nuestro legislador confundió ambos términos y lo que es peor, terminó equiparando las reglas de la adopción de capital variable a las de la trasformación siendo que dicha adopción es a todas luces una modificación estatutaria mucho menos profunda que la trasformación.

3.2 Como concepto económico y corporativo

§339. Se discute en doctrina si el capital variable forma parte del capital social y comparte por ello su naturaleza y reglas, o por el contrario, es un concepto diverso.

Para considerar al capital variable como parte del capital social de las sociedades mercantiles, podemos alegar la primera línea del *artículo 213* y del *capítulo VII* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, que señala: […] En las sociedades de capital variable, el *capital social* será susceptible de […]. Por lo que parece ser claro a este respecto: el capital variable es una modalidad que afecta a la naturaleza de cierta parte del capital social (que no sea el mínimo).

Por otro lado, para no considerarlo como tal, podemos argüir siguiendo al maestro Soto Sobreyra los siguientes argumentos:

1. La *Ley general de sociedades mercantiles* distingue en los *artículos 5* y *6* ambos conceptos y los trata de distinta manera, ya que por un lado la *fracción V* se refiere a […] El importe del capital social […], y posteriormente la *fracción VI* señala: […] 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. […] *Cuando el capital sea variable*, así se expresará indicándose el mínimo que se fije.

2. El llamado capital autorizado no es una garantía para los acreedores de la sociedad, pues aún no existe persona alguna cuya responsabilidad sea subsidiaria a la de la sociedad.

3. La interpretación judicial de la antigua tercera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme a la cual […] la modificación del capital social en su parte variable […] puede hacerse sin necesidad de modificar la escritura social […].[2]

Por nuestra parte, consideramos que, en un sentido amplio, el capital variable, una vez que ha sido suscrito, sí forma parte del capital social y, por tanto, le rigen sus principios en cuanto no sean derogados por el *capítulo VIII* de la LGSM, o al menos atenuados como

[2] "SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE NO REQUIEREN MODIFICAR SU ESCRITURA SOCIAL PARA AUMENTAR O DISMINUIR SU CAPITAL. Es verdad que en términos de la *fracción III* del *artículo 182* de la *Ley general de sociedades mercantiles* son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar, entre otros asuntos, el aumento o reducción del capital social; sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el *artículo 213* de la citada legislación que se refiere a las sociedades de capital variable, en éstas el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios y por admisión de nuevos socios y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas en el propio capítulo […], este último extremo obedece a que en las sociedades de este tipo, resulta inadecuado el principio de permanencia constante del mismo monto del capital, puesto que dichos entes realizan negocios que por su especial naturaleza requieren, en diversos momentos de su existencia, cantidades absolutamente desiguales de capital y es en función de ello que el aumento o disminución del mismo, puede hacerse sin necesidad de modificar la escritura social y, por tanto, sin que sea necesaria la celebración de la asamblea general extraordinaria de accionistas a que se refiere el primero de los preceptos citados, por lo que la única limitación es que dicho aumento o disminución se lleve a cabo en los términos del contrato social." Semanario Judicial de la Federación, volumen 109-114, 4ª parte.

sucede en particular por lo que se refiere al concepto de *estabilidad*, pues para el aumento y disminución se establecen mayores facilidades; y el de *garantía*, pues si bien dicho capital sí responde por las deudas sociales, la posibilidad de retiro pronto reduce dicha garantía a su mínima expresión.

En cuanto al llamado capital autorizado coincidimos completamente en que no puede ser llamado capital social, pues no comparte ninguna de sus características.

4. Reglas que rigen a las sociedades de capital variable

§340. El *artículo 213* de la *Ley general de sociedades mercantiles* señala: *En las sociedades de capital variable el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por la admisión de nuevos socios, y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas por este capítulo*. De esta cita debemos desprender que no hay más formalidades —es decir NINGUNA— que las que expresamente se señalan en el *capítulo VIII*.

En cuanto a la regulación de las sociedades que adoptan la modalidad de capital variable, el *artículo 214* de la LGSM señala que: *Las sociedades de capital variable se regirán por las disposiciones que correspondan a la especie de sociedad de que se trate […]*, esto es en general su constitución, órganos, operación, derechos y obligaciones de los socios, así como disolución y liquidación. Por otro lado, el artículo indica que dichas sociedades se rigen por las reglas *[…] de la sociedad anónima relativas a balances y responsabilidades de los administradores […]* y como excepciones a dichas reglamentaciones supletorias determina *[…] salvo las modificaciones que se establecen en el presente capítulo*.

Respecto a la razón o denominación social, el *artículo 215* de la LGSM señala que a éstas se añadirán siempre las palabras *de capital variable*.

La polémica se ha desatado en torno a lo dispuesto por el *artículo 216* de la LGSM y la doctrina difícilmente ha encontrado una interpretación que sea adecuada, por lo que estudiaremos de manera minuciosa el contenido del mismo, mencionaremos las diferentes posturas existentes y manifestaremos nuestra opinión al respecto, pero no sin antes señalar que toda la discusión se resolvería con una reforma legislativa que le diera una redacción clara a la disposición en comento.

Artículo 216:

> El contrato constitutivo de toda sociedad de capital variable, deberá contener, además de las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad, las condiciones que se fijen para el aumento y la disminución del capital social.

Hasta aquí se entiende el artículo con bastante claridad, pues parece que el legislador quiso dejar las reglas para modificar el capital social a la *autonomía de la voluntad*.

Sin embargo, el mismo artículo agrega en su *segundo párrafo*, referido a las sociedades por acciones (que con la adición de la de responsabilidad limitada, en la práctica sólo a ellas les es aplicable la modalidad de capital variable), lo siguiente:

> 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.

Como el lector ya habrá notado, aquí surge la confusión, pues se hace nugatorio el beneficio que ofrecía la modalidad de capital variable y parece sujetarse la modificación del capital social nuevamente a la asamblea extraordinaria.

Los dos primeros párrafos del *artículo 216* de la LGSM, que aparecen ante nosotros como contradictorios y de oscura redacción, admiten al menos las siguientes interpretaciones:

1. La primera, que es la más conservadora y de corte exegético (véase §5), aunque le asiste la ventaja de ajustarse a la literalidad del artículo, nos lleva a entender que en todas las sociedades, menos en las constituidas por acciones, aplica la autonomía de la voluntad, mientras que a las sociedades de capital, para realizar aumentos y disminuciones de capital variable es indispensable que el contrato social o la asamblea extraordinaria lo *fije* (entendemos esto como el aumento y la emisión de las acciones de tesorería correspondientes), dejando a la administración la labor de colocar dichas acciones entre diversos inversionistas.

Desde esta interpretación diríamos que la única ventaja que reporta esta modalidad es la de realizar el aumento sin tener aún quién suscriba las acciones; sin embargo, el gran problema de esta interpretación es la rigidez que le da a la modalidad y la hace poco apta para estar a la altura de las necesidades de las relaciones comerciales actuales.

2. La segunda interpretación, sin duda *de avanzada* (véase §10 y §13) es más abierta y adecuada a las necesidades del comercio moderno. Para llegar a ella, se interpreta la norma con base en elementos *de hecho* y *teleológicos* fundamentalmente, como lo enseña la llamada escuela de la jurisprudencia de intereses.

Para quienes piensan así, entre ellos el maestro Walter Frisch Philipp:[3] el contrato social fija las condiciones del aumento, por lo que éste puede delegar la función de realizar los aumentos a la asamblea ordinaria y sólo en el caso de que el contrato social no diga nada se seguirán las reglas del *segundo párrafo* del *artículo* estudiado.

De modo similar piensa el maestro Soto Sobreyra[4] quien basado en diversos criterios tales como la exposición de motivos, la interpretación armónica de la ley, las fuentes materiales de la misma, que en todo caso nos llevan a entender que la modalidad del capital variable busca ser flexible con el régimen corporativo de las sociedades mercantiles (flexibilidad que sería nugatoria si fueran necesarias las formalidades propias de otras reformas estatutarias) y

[3] Frisch, Philipp, *Sociedad…, op. cit.,* p. 557.

[4] Soto Sobreyra, *Régimen Corporativo…, op. cit.,* nota, p. 38.

finalmente —para nosotros de gran relevancia—, la resolución de la antigua tercera sala en el sentido de que la modificación del capital variable no entraña la de los estatutos sociales.

Así pues, resumimos nuestra forma de pensar al respecto de la siguiente manera:

1. Si el contrato social no dice nada, se siguen las reglas que establece la ley.
2. Los estatutos pueden flexibilizar las reglas delegando a la asamblea ordinaria la facultad de realizar el aumento y omitiendo, como más adelante se estudia, la obligación de inscribirlo en el Registro público de comercio.

Nos adherimos a esta postura por considerarla más adecuada a las necesidades del comercio, aunque reconocemos la validez de la interpretación diversa.

El *tercer párrafo* del *artículo 216* de la LGSM se refiere a las llamadas *acciones de tesorería*,[5] al señalar que: […] Las acciones emitidas y no suscritas o los certificados provisionales, en su caso, se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a medida que vaya realizándose la suscripción (véase §208).

5. Capital mínimo

§341. En el *artículo 217* de la LGSM se regula lo que es conocido como *capital mínimo fijo* o *sin derecho a retiro*, que para la sociedad anónima y la sociedad en comandita por acciones será de cuando menos $50,000.00, mientras que para la sociedad de responsabilidad limitada será de al menos $3,000.00. En las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple, el capital mínimo no podrá ser inferior a la quinta parte del capital inicial.

La práctica corporativa ha agrupado el capital fijo y el capital variable en series especiales de acciones por separado, de tal manera que se señale desde el principio cuáles acciones corresponden a cada tipo de capital; sin embargo, ésta no es una exigencia legal por lo que perfectamente se podría no establecer series especiales y en ese caso, simplemente podrían haber retiros hasta que se alcance el *capital mínimo fijo*.

El *artículo 217* también prohíbe a las sociedades por acciones anunciar el capital cuyo aumento esté autorizado sin anunciar al mismo tiempo el capital mínimo. Los administradores o cualesquier otro funcionario de la sociedad que infrinjan este precepto serán responsables por los daños y perjuicios que se causen.

6. Reglas para el aumento y disminución

§342. De acuerdo con lo dispuesto por los estatutos se realizarán los aumentos y disminuciones de capital social, pero en cualquier caso todo aumento o disminución del capital social deberá inscribirse en un libro de registro que al efecto llevará la sociedad, ya que así lo establece el *artículo 219* de la LGSM.

[5] Vid.

De acuerdo al *artículo 220* de la *Ley general de sociedades mercantiles* el retiro parcial o total de aportaciones de un socio deberá notificarse a la sociedad de manera fehaciente y no surtirá efectos sino hasta:

1. El fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio.
2. Hasta el fin del ejercicio siguiente, si se hiciere después.

Por otra parte, el *artículo 221* de la LGSM señala:

> No puede ejercitarse el derecho de separación cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo el capital social.

El *artículo 221* es congruente con lo referente a que no necesariamente los capitales fijo y variable deben estar representados por series distintas de acciones, pues más bien la práctica corporativa ideó dicho sistema para evitar incurrir en el supuesto de este artículo.

7. Inscripción en el Registro público de comercio

§343. Nada dice la *Ley general de sociedades mercantiles*, en su *capítulo VIII*, acerca de si las disminuciones y aumentos de capital social, cuando se trate del variable, deben inscribirse en el Registro público de comercio.

Una interpretación primaria nos llevaría a considerar que si el *artículo 213* señala que estos movimientos de capital deben hacerse *sin más formalidades que las establecidas por este capítulo*, y si consideramos que la inscripción en el Registro público de comercio no es un elemento de formalidad sino más bien de publicidad, debemos concluir que el *artículo 213* no hace excepción a este respecto y sí debiera entonces inscribirse por ser una modificación estatutaria.

Sin embargo, como señala el maestro Soto Sobreyra,[6] el *artículo 21, fracción XII* del *Código de comercio* ordena que: habrán de asentarse en los folios electrónicos del Registro público de comercio: […] El aumento o disminución del *capital efectivo* en las sociedades anónimas y en comandita por acciones […] y, por no ser el capital variable *efectivo* las modificaciones al mismo no deben ser inscritas en el Registro público de comercio.

La efectividad a la que se refiere la expresión *capital efectivo* se refiere justamente a los efectos frente a terceros que debe tener el capital, atendiendo a la garantía que pudiera representar, respecto de lo cual los principios de estabilidad y garantía se encuentran disminuidos a su mínima expresión.

Por tanto, consideramos que la inscripción de los aumentos y disminuciones no es necesaria, ni mucho menos útil si se refieren al capital variable.

[6] Soto Sobreyra, *Régimen Corporativo..., op. cit.*, p. 32.

Capítulo I

SECCIÓN CUARTA
NEGOCIOS CORPORATIVOS ESPECIALÍSIMOS

Fusión de sociedades mercantiles

1. Conceptualización

§344. El derecho societario es consecuencia y a la vez herramienta de la intensa actividad económica capitalista, y se creó y estructuró de manera concomitante al desarrollo de la actividad que regula.

El concepto de fusión de sociedades se proyecta sobre el fenómeno genérico de las uniones de empresas, por lo que se crea por y en la medida que las sociedades (mercantiles) se convirtieron en titulares de empresas y entonces para agruparlas fue necesario establecer el procedimiento de fusión. En este sentido, Garrigues ha contemplado a la fusión como *el grado máximo de la concentración*,[1] y además señala:

> La ingente gama de motivaciones económicas importantes en la concentración de empresas ha sido condensada en una sola: el ansia del dominio del mercado mediante la disciplina de la producción y la concurrencia.

Si bien éste es el origen y la finalidad primigenia del procedimiento de fusión, no son sinónimos la concentración de empresas y la fusión. Pues la fusión

[1] Garrigues, Joaquín, "Formas sociales de uniones de empresas", *Revista de Derecho Mercantil*, 1947, p. 51.

es un procedimiento estrictamente jurídico que genera un fenómeno de causahabiencia, mientras que la concentración es un fenómeno económico, siendo que puede darse siempre el uno sin el otro. Lo anterior sirva pues, no para equiparar los conceptos sino para entender los orígenes de la fusión.

El fenómeno observado en la fusión de sociedades entraña aspectos cuya importancia es de primerísimo orden, por lo que debe ser tratado no sólo como una consecuencia de la autonomía de la voluntad, sino más bien como un procedimiento especialísimo por el que el legislador reguló un fenómeno económico dentro de un marco jurídico *ad hoc*.

La fusión engendra dos grandes peligros, uno interno y otro externo.[2]

- El interno se refiere a las personas que participan como socios en las sociedades que intervienen en la fusión, principalmente los accionistas de las mismas, cuyos intereses es preciso tutelar con la finalidad de evitar posibles lesiones.
- El externo se refiere a la multiplicidad de relaciones jurídicas en las que participan las sociedades que intervienen en la fusión, entre las cuales seguramente existirán, entre otros, acreedores cuyos derechos pueden verse afectados por los acuerdos tomados.

Asimismo la fusión representa excepciones a diversos principios y reglas generales que rigen nuestro derecho privado, entre los cuales señalamos los siguientes:

1. Las reglas de la teoría clásica del patrimonio, según la cual el patrimonio no puede existir separado de la persona ni subsistir sin la persona, por lo que al desaparecer ésta procede su liquidación y su desaparición como tal, con la excepción hecha de la causahabiencia universal *mortis-causa*, con la cual, si bien se extingue el patrimonio, subsiste como universalidad jurídica que es inmediatamente atribuida a otro patrimonio.
2. El contrato social como única fuente de creación de las personas morales de derecho privado. La fusión entraña la posibilidad de que se cree una persona moral por un medio distinto al contrato social.
3. La posibilidad de transmitir, de manera universal, junto con bienes y derechos, deudas u obligaciones, sin contar con el consentimiento de los acreedores.
4. La regla de que tras la disolución venga la liquidación del patrimonio, pues en este caso la universalidad jurídica nunca se liquida sino que se transmite de manera universal.

En virtud de estas excepciones, así como de los peligros señalados debemos decir antes de plantear una definición, que la fusión de sociedades mercantiles tiene un carácter excepcional y en tal virtud sólo puede ser aplicada al caso concreto que se señala en el texto de la ley.

[2] Motos Guirao Miguel, "Fusión de sociedades mercantiles", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1953, p. 11.

Salandra define a la fusión como *Unión jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetran entre sí de tal forma que una organización jurídicamente unitaria sustituye a una pluralidad de organizaciones*.[3]

Partiendo de esta definición preliminar y antes de aventurar la propia, señalaremos que este tema ha sido tratado de manera parca en casi todas las legislaciones, y en general ha sido poco estudiado, por lo que ha sido difícil encontrar conclusiones fácilmente aceptables por la generalidad de los juristas.

Existen, de acuerdo con el maestro Motos Guirao cuatro posibles posturas en cuanto al concepto de fusión.

1. *Fusión como disolución de sociedades*:

   §345. De acuerdo con esta postura, la esencia de la fusión radica en el hecho innegable de que a través de ella acaecen una o más disoluciones de sociedad.

Así, César Vivante señala que […] hay fusión cuando una sociedad se disuelve desapareciendo en otra […].[4]

Aun cuando no se puede negar el hecho de que por la fusión en cualquier caso se presente la disolución de sociedades, consideramos que la esencia de la fusión no es esa, o no es sólo eso, pues existen muchas otras situaciones que son esenciales a la fusión.

2. *Fusión como un fenómeno de sucesión o causahabiencia a título universal* inter-vivos *y por tanto sin liquidación*:

   §346. De acuerdo con esta postura, la fusión entraña un fenómeno de causahabiencia a título universal que se coloca al lado de las sucesiones por causa de muerte. Pues subsiste la universalidad jurídica que constituyó el patrimonio de la sociedad integrándose o incorporándose a otra sociedad.

Tullio Ascarelli señala: Según la opinión dominante, hay una verdadera sucesión inter-vivos en una universalidad de derechos con novación subjetiva de los deudores.[5]

3. *Fusión como transformación extintiva de la sociedad*:

   §347. Esta postura la defienden autores como Ferrara[6] y Fischer,[7] quienes consideran que la fusión es una combinación de disolución y fundación, que se da a través de una transformación extintiva.

---

[3] Salandra, *Società commerciali*, *Il nuovo digesto italiano*, Turín, 1940, p. 514.

[4] Vivante, César, *Tratado de derecho mercantil*, trad. Espejo de Hinojosa, Reus, Madrid, 1932, citado por Motos Guirao, op. cit., p. 17.

[5] Ascarelli, Tullio, Appunti di diritto commerciale, Roma, 2ª ed., Foro Italiano, 1933, pp. 265, citado por Motos Guirao, *op. cit.*, p. 177.

[6] Ferrara, *Teorie delle persone giuridiche*, Turín, 1923, p. 495, citado por Motos Guirao, *op. cit.*, p. 19.

[7] Fischer, *Personenvereinigungen*, Handbuch de Ehremberg, citado por Motos Guirao, *op. cit.*, p. 19.

4. *Fusión como transmisión negocial del patrimonio de una sociedad a otra mediante la adquisición de la calidad de socio en esta sociedad por los socios de la sociedad transferente*:

   §348. Wieland sostiene que: […] la sociedad absorbente, merced a un aumento de su capital, entrega acciones a los socios de la sociedad absorbida a cambio de que éstos (los de la absorbida) se obligan a efectuar las aportaciones patrimoniales en relación con el aumento del capital correlativo al patrimonio de la absorbente.[8]

Si bien materialmente esto sucede, nos parece que esta definición no describe de manera plena lo que en realidad acontece en este procedimiento.

Nuestra opinión

§349. Ahora señalaremos algunas notas características de la fusión, para después proponer una definición propia.

1. *La fusión es un acto o negocio jurídico contractual*:
   - **§350.** La fusión es un acto jurídico en cuanto que las consecuencias de derecho se dan justamente porque la voluntad de las partes así lo quiere.
   - Como acto jurídico (o negocio, en la teoría alemana) debemos clasificarlo entre los bi o plurilaterales, pues es necesario en todo caso que concurran al menos dos partes a celebrar la fusión.

Este tipo de acto jurídico parece encajar en la figura de contrato, pues se presenta un acuerdo de voluntades para crear y transmitir derechos y obligaciones. Ciertamente también se extingue una sociedad y en consecuencia desaparece un estatus que reúne diversos derechos y obligaciones, pero, no obstante que eso pudiera darle el carácter de convenio, consideramos que ese no es el tema principal sino que se trata de una consecuencia, por lo que preferimos llamarle "contrato".

2. *La fusión concentra el activo y pasivo de dos o más sociedades en una nueva o preexistente, a través de un fenómeno de causahabiencia a título universal*:

   §351. Por medio de la fusión, las sociedades que participan en ella concentran los conceptos de activo, pasivo y capital social en una sola. En ello se presenta, ciertamente, un fenómeno de transmisión de propiedad que no se hace a título singular sino más bien a título universal, por lo que la sociedad que resulte será causahabiente de las demás en todos los derechos y obligaciones, tal como lo es el heredero respecto del *de-cujus*.

De lo anterior se desprende que en la fusión no sólo se transmite *todo el patrimonio*, sino que se transmite *el patrimonio como un todo*; es decir, como una universalidad de derecho.

3. *La fusión en todo caso tiene como consecuencia la disolución sin liquidación de la sociedad*:

   §352. Por virtud de la fusión, siempre tiene lugar la disolución de la sociedad en cuanto que deja de existir la *affectio societatis* que mantenía unidos a los socios en una

[8] Wieland, "Handelsrecht", 1931, II, p. 360, citado por Motos Guirao, *op. cit.*, p. 19.

sociedad, para existir ahora en una sociedad distinta, extinguiéndose en consecuencia la personalidad jurídica.

4. *Por virtud de la fusión, los socios de las sociedades fusionadas obtienen una participación en el capital de la sociedad fusionante*:

   §353. Sin poderle llamar contraprestación, los socios de la sociedad que desaparece reciben partes sociales o acciones de la sociedad fusionante, por lo que tienen ahora los derechos y obligaciones de los socios o accionistas de dicha sociedad y por otro lado son titulares del capital social de la misma.

Con los elementos antes señalados aportamos la siguiente definición de fusión:

Contrato celebrado entre sociedades por virtud del cual una o más sociedades —llamadas fusionadas— desaparecen transfiriendo la totalidad de sus derechos y obligaciones a una sociedad nueva o preexistente —llamada fusionante—, que será causahabiente a título universal de las primeras, correspondiéndole a los socios o accionistas de las sociedades fusionadas una participación en el capital social de la fusionante.

2. Estudio de la fusión como contrato

§354. Partiendo de la afirmación hecha de que la fusión es un contrato, resulta provechoso analizarla como tal, de acuerdo con lo siguiente:

2.1 Elementos

1. **§355.** *Elementos de existencia*:

   a) Objeto:

   - *Directo*:

     Creación y transmisión de derechos y obligaciones, de las que resulta la nueva participación de los accionistas de las sociedades fusionadas en el capital social de la fusionante y consecuentemente la desaparición de las primeras.

   - *Indirecto*:

     Es complejo, pues no se puede reducir a una sola cosa o un hecho; sin embargo, podemos mencionar la participación en el capital social (representada o no por acciones) y la transmisión del patrimonio de las sociedades fusionadas al patrimonio de la fusionante.

   b) Consentimiento:

   Se otorga por cada una de las sociedades de acuerdo con su naturaleza, en asamblea general u órgano supremo, lo cual se especifica en el *artículo 222* de la LGSM que señala:

   > La fusión de varias sociedades deberá ser decidida por cada una de ellas, en la forma y términos que corresponda según su naturaleza.

El consentimiento en este caso debe ser expreso, no tanto porque existan reglas al respecto, sino porque la decisión tomada en asamblea deberá constar en acta, por lo que el consentimiento de cada una de las sociedades necesariamente deberá ser expreso.

2. *Elementos de validez*:

a) Forma:

Nada dice la *Ley general de sociedades mercantiles* sobre la forma del contrato de fusión[9] (de hecho ni siquiera lo menciona como tal), por lo que debemos estudiarlo a la luz de la *teoría general de las obligaciones*.

Recordemos que en el derecho privado mexicano prevalece el consensualismo (*artículos 1796* y *1832* del *Código civil federal*), por lo que independientemente de cómo se acuerde la fusión por cada sociedad, no es necesario hacer constar por escrito dicho contrato. No obstante ello, es conveniente para lograr mayor certeza jurídica, redactarlo, consignando el contenido obligacional del mismo en cláusulas precisas.

b) Capacidad:

Sólo las sociedades mercantiles tienen capacidad de goce para celebrar el contrato de fusión.

c) Licitud en el móvil jurídico concreto o causa:

El *artículo 1795* del *Código civil federal* señala como motivo para invalidar un contrato la ilicitud en su objeto, motivo o fin; entendido esto, en el sentido en que la llamada *nueva jurisprudencia francesa* ha entendido a la causa, que ha sido también llamada *móvil jurídico concreto* y que se refiere al *motivo concreto* que tiene una persona al realizar un contrato.

Es importante tener en cuenta que este motivo debe ser lícito, por cuanto la fusión se ha utilizado en muchas ocasiones en *fraude a la ley*, para evadir prohibiciones o para eludir cargas fiscales, o en general lograr por este medio legal los fines que son rechazados por el propio ordenamiento legal.

Diversas disposiciones particularmente en materia fiscal y de competencia económica han puesto ya ciertas restricciones, pero en cuanto el ordenamiento sea omiso debemos tener en cuenta que el motivo determinante de la voluntad de las sociedades también debe ser lícito.

d) Ausencia de vicios en el consentimiento:

A este respecto sólo diremos que debemos distinguir los vicios que se den en el consentimiento de las sociedades de los vicios que se den en el consentimiento de las personas que votaron en las asambleas que acordaron en cada caso la fusión.

[9] No se debe confundir el *contrato de fusión* que es celebrado entre las sociedades fusionante y fusionadas con los *acuerdos de fusión* que son los tomados por los órganos supremos de cada una de las sociedades que son parte en el contrato.

2.2 Clasificación de la fusión como contrato

1. **§356.** Es un contrato típico, pues está regulado en la ley.
2. Es un contrato plurilateral, por la multiplicidad de personas que pueden ser parte en el contrato.
3. No consideramos aplicable a la fusión la clasificación en onerosos y gratuitos, pues la sociedad que desaparece no puede obtener provechos y gravámenes, sino que más bien, éstos se dan para sus socios.

Se ha discutido si las acciones o partes sociales que reciben los accionistas o socios de las sociedades fusionadas, pueden ser consideradas una contraprestación. Éste ha sido un tema que ha dificultado la construcción contractualista clásica de la fusión, pues de considerar dicha entrega de participaciones como una contraprestación, estaríamos viendo que ésta se paga no a una de las partes, sino a los accionistas o socios de una de ellas.

Esta dificultad se ha tratado de resolver con la figura de la *estipulación a favor de tercero*;[10] sin embargo, no opinamos de la misma manera, pues en este caso la naturaleza *especialísima* de la fusión y el fenómeno de causahabiencia que implica son la razón por la que los socios adquieren el título de socios o accionistas, eso sí, en la medida en que se fije en el llamado *valor de canje*.

Sin embargo, la doctrina ha considerado que se puede hacer, además, un pago adicional a los socios o accionistas de las sociedades fusionadas en dinero, obligaciones u otros bienes, caso en el que consideramos que sí se trata de una *estipulación a favor de tercero*.

4. Es un contrato de ejecución instantánea, aunque su eficacia esté por regla general diferida, como se verá más adelante.
5. Es un contrato traslativo de dominio, pues en virtud de dicho contrato, las fusionadas transmiten la totalidad de su patrimonio.

2.3 Clases de fusión

§357. La fusión puede revestir dos formas:

1. Fusión por creación de una nueva sociedad o por integración, en la cual dos o más sociedades perecen para crear otra nueva que les sucede en todos sus derechos y obligaciones.[11]
2. Fusión por absorción, en la que una de las sociedades que se va a fusionar —la fusionante— incorpora a su estatus social, los socios y la totalidad de derechos y obligaciones de una o más sociedades que desaparecen.[12]

---

[10] *Cfr.* Motos Guirao, *op. cit.*, pp. 71 y 72.

[11] *Cfr.* Motos Guirao, *op. cit.*, p. 25.

[12] *Idem.*

Diversos autores, tales como Vidari y Marghieri, han querido negar el nombre de fusión al caso de absorción, pues consideran que esta hipótesis consiste más bien en una compraventa o cesión de derechos por parte de las fusionadas a la fusionante.[13]

Otro sector de la doctrina[14] ha llamado a la fusión por creación de una nueva sociedad *fusión propia* y a la fusión por absorción *fusión impropia*, con esta denominación no estaríamos en desacuerdo (pues es cierto que las características de la fusión son más radicales en la primera), si no fuera que se genera *confusión* con lo que la *doctrina alemana ha llamado fusión propia e impropia*, que hace referencia a que se presenten o no las características esenciales de la fusión, siendo que en la impropia no se da la disolución sin liquidación y por ello la transferencia universal de derechos y obligaciones. El uso dado por la doctrina germánica a las palabras *propia* e *impropia* nos parece más adecuado que el señalado anteriormente.

A nosotros nos parece que tanto la fusión por creación de nueva sociedad como la fusión por absorción son fusiones en toda su cabalidad, pues se reúnen las notas características esenciales (véase §349 a §353), además de que nuestra legislación da ese tratamiento a ambas.

2.4 Procedimiento de fusión

2.4.1 Pactos previos de fusión

§358. Bajo esta denominación se comprenden los acuerdos previos a la celebración de las asambleas o juntas generales de las sociedades que habrán de fusionarse, que realizan las administraciones de las mismas, en los que mediante una valoración de los respectivos patrimonios y circunstancias particulares se fijan la cuantía y proporción de las prestaciones debidas y se determinan las condiciones de la fusión proyectada. La finalidad de estos acuerdos es la de tener un proyecto de contrato de fusión que se presente a la asamblea o junta general para su aprobación, en la que ya se hayan discutido todas las características que deberán revestir al contrato en gestación.

La ley no hace referencia a estos pactos, pero la lógica nos dice que son necesarios, pues de otra forma no habría manera de que las sociedades pudieran allegarse de los elementos para tomar un acuerdo de esta naturaleza.

También se discute sobre la obligatoriedad de estos pactos:

Por un lado debemos descartar que se trate de un contrato de promesa, pues es imposible que un órgano que no tiene facultades para celebrar un contrato, prometa su celebración, pues en última instancia se provocaría que, si no se celebrara la fusión, el juez firmara el contrato en rebeldía. A nuestra manera de ver, esta promesa sólo podría ser realizada por acuerdo de la asamblea o junta general que corresponda.

---

[13] Vidari, "Corso di diritto comérciale", 5ª ed., Hoepli, Milán, 1901, p. 310 y Marghieri, "*Il códice di commercio commentato*", IV, p. 543, citados por Motos Guirao, *op. cit.*, p. 25.

[14] Pipia, *Tratatto di diritto comérciale*, Turín, 1914, p. 789, citado por Motos Guirao, *op. cit.*, p. 25.

Por otro lado los administradores sí podrían obligarse mediante un contrato *porte-fort* a lograr el objetivo final, estableciendo una pena convencional que les sería aplicable a ellos en lo personal en caso de no lograrse el objetivo final.

2.4.2 Asamblea general extraordinaria o junta general de socios (los llamados *acuerdos de fusión*)

§359. La fusión de varias sociedades deberá ser decidida por cada una en la forma y términos que corresponda según su naturaleza (*artículo 222* de la LGSM). Por implicar para las fusionadas su disolución y para la fusionante una serie de reformas estatutarias, se requiere de la asamblea general extraordinaria o del órgano supremo que tenga las facultades más amplias de acuerdo con la ley.

En la sociedad anónima esto se ha dicho expresamente en el *artículo 182 fracción VII* de la misma ley referido a las materias propias de la *asamblea general extraordinaria*.

Es importante señalar que no les asiste a los accionistas disidentes el derecho de separación establecido por el *artículo 206* de la LGSM para los casos de cambio de objeto, de nacionalidad y transformación (con la adición hecha por el legislador de la escisión en el *artículo 228 bis*), toda vez que el legislador consideró la transformación como una modificación más drástica que la fusión, lo cual es conveniente apuntar y que se tratará más a fondo en el tema de la transformación (véase §383).

2.4.3 Contrato de fusión

§360. En virtud de que el contrato de fusión es consensual (no requiere de formalidades), podemos afirmar que una vez que se configura el consentimiento de las partes, en las respectivas asambleas extraordinarias o juntas generales, el contrato de fusión es perfecto.

No obstante ello, como señala el maestro Frisch Philipp:[15] […] a pesar de que en el derecho mexicano no se establece como obligatoria la celebración formal del contrato de fusión, es muy útil en la práctica, pues así se pueden pactar todos los efectos de la fusión que la ley deja a la voluntad de las partes.

Entre los aspectos que deben regularse en el contrato de fusión, cuyo proyecto debe ser aprobado por las respectivas asambleas extraordinarias o juntas generales, están los siguientes:

a) *Identificación de las partes y del carácter con el que concurren*:
   Deberá señalarse cuál es la sociedad fusionante y cuál o cuáles las fusionadas.

b) *Sistema para el surtimiento de efectos*:
   En el contrato se señalará el momento en que surtirá efectos la fusión, ya sea que se trate del método *normal* (tres meses después de la publicación e inscripción de los acuerdos en el Registro público de comercio), o bien del sistema conocido como *fast track* que permite la eficacia inmediata de los acuerdos.

[15] Frisch Philipp, *Sociedad…*, *op. cit.*, pp. 609 y 610.

En este caso se deberá acreditar los supuestos a que se refiere el *artículo 225* de la LGSM; es decir, el pago de las deudas, su depósito o el consentimiento de los acreedores.

c) *Valor de canje*:[16]

Este valor es un factor que habrá de aplicarse al valor de las acciones o partes sociales de las sociedades fusionadas, que serán canjeadas por las de la sociedad fusionante para ser entregadas a los que fueran titulares de aquéllas.

Este valor no es necesariamente equivalente al valor nominal y ni siquiera al valor contable (que es lo más común), sino que puede pactarse libremente en atención a diversas circunstancias tales como la situación económica previsible, el futuro del negocio, el prestigio, el *know how*, la planeación fiscal e incluso el afán de beneficiar a alguna persona.

d) *Estatutos de la sociedad de nueva creación*:

En el caso de fusión por creación de nueva sociedad, se deberán anexar los estatutos de esta sociedad de nueva creación.

e) *Aumento de capital y la participación en el mismo de los socios o accionistas*:

Cuando se trate de una fusión por absorción deberá señalarse el aumento de capital que se dará en la sociedad fusionante, por lo que al aprobarse el proyecto de contrato de fusión por la sociedad fusionante, deberá aprobarse también el respectivo aumento de capital.

f) *Revocación de poderes*:

Es conveniente, además, que se acuerde lo que sucederá con los poderes que hayan otorgado las sociedades fusionadas y lo conducente en la respectiva asamblea.

Se discute si con la fusión se extinguen los poderes, por un lado el *artículo 2595* del Código Civil para el Distrito Federal establece como causa de terminación del mandato, en su *fracción III* la […] muerte del mandante o del mandatario […], y muchos

[16] Schilling señala que: La relación de canje se formará según la proporción del valor del patrimonio de las dos sociedades.
La cotización bursátil nos da en la mayoría de los casos para tal objeto una información segura. Se deberá determinar el valor de los patrimonios de las dos sociedades y de estos valores resultará aquel de las acciones… también valores imponderables podrán tener importancia para la determinación de prestación y contraprestación (por medio de los cuales el autor se refiere al valor de las acciones que entregará la sociedad subsistente a los accionistas de la absorbida, por una parte, y al valor del patrimonio de la última, que se aportará como contraprestación para dichas acciones), por ejemplo la liberación de la competencia causada hasta la fusión por la sociedad absorbida o la adquisición de cierta cuota de participación en el mercado a favor de la subsistente. Debido a que se transmite el patrimonio de la sociedad como unidad íntegra, es decir, la empresa en función, se deberá tomar en cuenta el valor del conjunto del patrimonio de la empresa (*sic*) no solamente el valor de venta de partes sueltas del mismo patrimonio… Schilling citado por Frisch Philipp, Walter, *Sociedad…*, *op. cit.*, p. 610.

pretenden equiparar la desaparición de la sociedad consecuencia de la fusión con la muerte, sin embargo, aunque se le parezca, no es la muerte. Para evitar caer en distintas interpretaciones consideramos importante convenir en las asambleas que acuerden la fusión la revocación de los poderes y que así sea pactado en el contrato de fusión.

g) *Relaciones laborales*:

Es conveniente también que se establezcan todos los posibles detalles y particularidades relativas a las cargas laborales con la finalidad por un lado, de que sean respetados todos los contratos laborales y por otro, que la empresa fusionante conozca bien las relaciones laborales que ha de asumir, por lo que vale la pena advertir que a fin de cuentas los empleados también son acreedores de la sociedad, lo que deberá tomarse en cuenta para efectos del sistema de surtimiento de efectos que hemos llamado *fast-track*.

2.4.4 Balances y publicación

§361. Los acuerdos sobre fusión tomados por los órganos competentes (junto con la aprobación del contrato de fusión) —señala el *artículo 223* de la LGSM— se inscribirán en el Registro público de comercio y se publicarán en el *periódico oficial* del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse.

Como esa inscripción es indispensable para que el acto sea eficaz, debemos decir que ésta es una excepción al carácter puramente declarativo de la inscripción en el Registro público de comercio, pues en este caso, la misma tiene un efecto constitutivo.

No obstante, el contrato es perfecto desde su celebración si se han cumplido con los requisitos de existencia y validez. En todo caso, la publicidad en estudio debe calificarse como una circunstancia extrínseca que por mandato legal es indispensable para que el acto surta efectos.[17]

El mismo artículo señala que cada sociedad deberá publicar *su último balance*. Esta expresión merece la crítica de que probablemente ya se hayan modificado los datos del último aprobado, por lo que se debería más bien realizar un balance al efecto. Es importante recordar que por disposiciones transitorias de la reforma de 1981, cada vez que la ley hace referencia al balance deberá entenderse que se trata de la información financiera a que se refieren los *artículos 172* a *177* de la *Ley general de sociedades mercantiles* (véase §258). Aquella o aquellas sociedades que dejen de existir deberán publicar, además, el sistema establecido para la extinción de su pasivo.

[17] El maestro Barrera Graf señala que la inscripción en el Registro público de comercio es una *condictio iuris*. No coincidimos con el maestro toda vez que la doctrina en general ha identificado la *condictio iuris* como un presupuesto del negocio, y no como una condición legal o modalidad impuesta por la ley. *Cfr.* Barrera Graf, Jorge, *Instituciones..., op. cit.*, p. 696.

2.4.5 Eficacia de la fusión

§362. En nuestra legislación, como ya se esbozó, existen dos sistemas para que surta efectos la fusión.

a) Eficacia diferida:

El *artículo 224* de la LGSM señala la regla general:

> **§363.** La fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior.
>
> Durante dicho plazo, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan, podrá oponerse judicialmente en la vía sumaria, a la fusión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada.
>
> Transcurrido el plazo señalado, sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las *sociedades extinguidas*.

- De lo anterior desprendemos que una vez que se celebra el contrato de fusión y se realizan las publicaciones e inscripciones correspondientes, sus efectos se encuentran por ley sujetos a la condición suspensiva negativa, consistente en que en el plazo de tres meses no se presente oposición alguna o bien que dichas oposiciones sean desestimadas por la autoridad judicial.
- La expresión *llevarse a cabo* no debe entenderse en el sentido que coloquialmente se le da, como sinónimo de *realizarse* o *celebrarse*, sino en su correcto sentido que es *llevar al término algo, acabar o terminar algo*;[18] es decir, en nuestro caso, surtir efecto.

b) Fast track:

§364. El *artículo 225* de la LGSM señala, como excepción al *artículo 224* de la misma ley, que la fusión tendrá efecto en el momento de la inscripción, en los siguientes supuestos:

i) Si se pactare el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse. En este caso, siguiendo la adecuada interpretación de Frisch Philipp,[19] consideramos que la expresión *si se pactare el pago* se refiere a que con ocasión de la fusión, *en ese momento se realice el pago* de las deudas sociales a todos los acreedores.

ii) Si se constituyere el depósito del importe de las deudas en una institución de crédito.

iii) Si constare el consentimiento de todos los acreedores.

---

[18] La Real Academia Española define *cabo* en sus acepciones 11 y 12 como *fin (término de algo)* y *fin (límite confín)*.

[19] Frisch Philipp, *Sociedad…, op. cit.*, nota, p. 618.

Este artículo termina con una última frase que dispone, a *este efecto, las deudas a plazo se darán por vencidas*. El *vencimiento anticipado* mencionado en el *artículo 225*, LGSM, advierte Frisch Philipp (lo cual consideramos acertado): […] no podrá ser entendido en el sentido de que los acreedores tengan un derecho al pago anticipado de sus créditos contra la o las sociedades deudoras, sino que solamente los acreedores y deudores respectivos podrán fijar de mutuo acuerdo un vencimiento anticipado, o que la o las sociedades deudoras no solamente depositarán cantidades adeudadas vencidas, sino también las que aún no vencen. Respecto de las últimas se podrán descontar por parte del depositante intereses legales calculados con base en el tiempo que transcurra entre el día del depósito o pago hasta aquel del vencimiento.[20]

El certificado en que se haga constar el depósito deberá publicarse conforme al *artículo 223* de la LGSM.

2.5 Efectos en especial

§365. Como ya se ha dicho, los principales efectos de la fusión son:

1. La disolución sin liquidación de las sociedades fusionadas.
2. La transmisión de los derechos y obligaciones que integraron su patrimonio.
3. La adquisición del estatus de socio en la sociedad fusionante por quienes fueron socios en las sociedades fusionadas.
4. El aumento de capital (en el caso de fusión por absorción) o la creación de una nueva sociedad (en el caso de fusión por creación de una nueva sociedad).

Merece la pena añadir, en cuanto a la creación de la nueva sociedad, que a pesar de que el *artículo 226* señala: "Cuando de la fusión de varias sociedades haya de resultar una distinta, su constitución se sujetará a los principios que rijan la constitución de la sociedad a cuyo género haya de pertenecer". Este artículo no implica que deba celebrarse un nuevo contrato social, pues sería para ello necesario que todos los nuevos socios —aun quienes fueron disidentes en los acuerdos de fusión— concurrieran nuevamente. En este caso, la constitución de la nueva sociedad es consecuencia directa de la fusión.

En este sentido opinan Óscar Vásquez del Mercado[21] y en derecho comparado el maestro César Vivante, para quienes: […] aquí no concurren los principios generales para la constitución de sociedades, porque se trata de una constitución *sui generis*, la cual radica en las precedentes deliberaciones sociales y debe lógicamente participar de los caracteres propios de ésta.

Con la excepción hecha por el carácter no contractual del acto de constitución de la nueva sociedad se deben cumplir los requisitos para constituir la nueva sociedad, según

[20] *Idem.*

[21] Vásquez del Mercado, Óscar, *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles*, 9ª ed., Porrúa, México, 2003, pp. 328 y 329.

la naturaleza que le corresponda. Cabe señalar que si en los patrimonios de las sociedades fusionadas hubieron bienes inmuebles es necesario formalizar en escritura pública dicha transmisión de propiedad, pues ello es indispensable en todo caso por el tipo de bien de que se trata si así lo exige la legislación de la entidad federativa en que se encuentre el inmueble.

En el caso del Distrito Federal, la *Ley del notariado* contiene una disposición que debiera estar en el *Código civil*, pero que establece dicho principio y que se encuentra en el último párrafo del *artículo 102* que dispone:

> Las enajenaciones de bienes inmuebles y la constitución o transmisión de derechos reales a partir de la cantidad mencionada en el *Código civil* al efecto, así como aquellos actos que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada en los artículos relativos del *Código civil*, deberán de constar en escritura ante notario, salvo los casos de excepción previstos en el mismo.

Asimismo, dicha formalización implica el pago de impuestos locales y federales y es necesario inscribirla en el Registro público de la propiedad que corresponda. No obstante, la forma no es necesaria para la validez de la transmisión, pues ésta opera *ipso iure* por la fusión.

3. Algunos problemas que surgen con la fusión

3.1 Fusión de sociedades de distinto tipo social, pero de naturaleza análoga

§366. Se discute si sociedades de distinto tipo social, pero de naturaleza mercantil pueden fusionarse sin pasar previamente por una trasformación.

Motos Guirao afirma que hay que reconocer, en principio, que toda fusión que se opere entre sociedades de distinta forma equivale a una trasformación de la sociedad absorbida, y en el caso de fusión por creación supone también un proceso de transformación para las que no revistieran la forma de la nueva.[22]

A nuestra forma de ver, este punto de vista sólo es sostenible si se considera el concepto de transformación que se ha tenido en la historia de que la misma entraña la desaparición de la persona moral y la creación de otra distinta (véase §383).

Para quienes, como sucede actualmente con la postura dominante, consideramos que la trasformación sólo entraña una profunda modificación estatutaria es insostenible este concepto, pues si las sociedades que se fusionan son disueltas, resulta absurdo pensar siquiera en que se transformen.

---

[22] Motos Guirao, *op. cit.*, nota, p. 128.

No obstante lo que hemos sostenido en los párrafos anteriores, sí existen ciertos problemas cuando se fusionan sociedades de distinto tipo social, que a continuación trataremos:

a) **§367.** *Fusión entre sociedades de capitales o entre sociedades de personas, pero en uno y otro caso de distinto tipo social*:

En este caso no hay mucho problema, pues, en términos generales, los socios o accionistas conservan su misma responsabilidad y se ligan entre ellos por el mismo motivo; es decir, en atención a la persona o en atención al capital.

b) **§368.** *Fusión de sociedades de capitales con sociedades de personas*:

Este caso presenta más complicaciones, pues se realiza un cambio drástico en lo que se refiere a las responsabilidades de los socios o accionistas y en el motivo esencial que los mantiene unidos. En este caso debemos estudiar dos hipótesis:

i) **§369.** *Sociedades de personas que se fusionan a o en una sociedad de capital.*

Éste es el supuesto más grave, pues por un lado los socios dejarán de estar reunidos en atención a quiénes son, y pasarán a estar reunidos en atención a su capital; pero lo que genera más problemas, sin lugar a dudas, es el cambio de responsabilidades, pues hasta antes de la fusión los socios responderían de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada de las deudas sociales, y a partir de ella, responderán sólo hasta por el monto de su aportación, lo cual entraña para los acreedores un evidente perjuicio que consideramos debe ser evitado.

En el caso de la fusión que se realice por el sistema *fast-track* no vemos problema porque los intereses de los acreedores estarán asegurados en cualquiera de los supuestos.

El problema lo encontramos más bien en el supuesto de que se hagan las publicaciones y los acreedores nunca se enteren, pues entonces, de la noche a la mañana, éstos se encontrarán con que han perdido buena parte de la garantía con la que contaban sus créditos.

Por ello, para este efecto consideramos que, respecto de las deudas anteriores a la fusión, se mantendrá la responsabilidad ilimitada de los socios, mientras que, respecto de las nuevas deudas, aplicará el nuevo sistema de responsabilidades.

Consideramos que ésta es la única manera de salvar el principio *res inter alios acta aliis necue nocere necue podesse potest* (lo que las partes han convenido entre sí, no puede afectar ni beneficiar a los otros).

Por otro lado, en caso contrario sería una buena forma de evadir la responsabilidad social, en *fraude a la ley*.

ii) **§370.** *Sociedades de capital que se fusionan a o en una sociedad de personas.*

En este caso, el problema para los acreedores es menos complejo, pues su garantía tiene un sensible aumento; sin embargo, es atinada la observación de Garrigues en el sentido de que no deja de tener peligro para los acreedores, quienes suelen tener más confianza en la administración separada de un patrimonio social que en la responsabilidad personal e ilimitada de los socios.[23]

[23] Garrigues, *Tratado...*, I, volumen 3, p. 1321, citado por Motos Guirao, *op. cit.*, nota, p. 139.

Por otra parte, a este efecto debemos considerar también el interés de los socios, quienes de un momento a otro verían aumentada exponencialmente su responsabilidad, lo cual es complicado sobre todo para los disidentes, máxime considerando que no les asiste el derecho de separación a que se refiere el *artículo 206* de la LGSM.

Nuevamente consideramos que se debe distinguir entre las deudas anteriores a la fusión y las posteriores, y considerar que ambas tienen un régimen distinto de responsabilidad.

Como advertencia práctica de estas dos hipótesis debemos advertir que la diferencia de responsabilidad respecto de las deudas contraídas antes y después de la fusión, no queda clara en el texto de la ley, por lo que es conveniente que se estipule en el propio texto de la fusión. No obstante, si el cambio fue de capitales a personas, la limitación no podrá tener efectos frente a terceros (véase §272).

3.2 Fusión entre sociedades de distinta nacionalidad

§371. Este tipo de fusión ha generado quizá una de las discusiones que por más tiempo han estado sin resolver de una forma contundente en nuestra teoría y práctica mercantil, al grado de que cada abogado corporativo y cada notario tienen un criterio propio del cual que sin mayor dificultad, suelen convencer a los funcionarios del Registro público de comercio.

3.2.1 Postura afirmativa

§372. Diversos abogados corporativos y aun notarios, consideran posible la fusión (propia; segun lo señalado en §357) entre sociedades de distinta nacionalidad, pues —señalan— la autonomía de la voluntad permite actuar de esa forma en un tema en el que no existe prohibición expresa y como no hay tal prohibición, consideran que es factible realizarla.

Quienes así lo piensan se olvidan de que la fusión es en sí misma excepcional y permite situaciones que están de suyo prohibidas a la voluntad de los particulares y reservadas a los casos en los que la ley lo permite. El elemento más claro de esta excepcionalidad es la causahabiencia a título universal.

3.2.2 Postura negativa

§373. Nosotros consideramos que la fusión no existe —de acuerdo con la *Ley general de sociedades mercantiles*— sino entre sociedades mercantiles mexicanas. Basamos nuestra argumentación en tres premisas fundamentales:

1. El carácter *excepcional* de la causahabiencia a título universal que se presenta en la fusión.

La causahabiencia a título universal no existe por regla general en el derecho mexicano, sino *sólo en casos excepcionales*, como lo es el fenómeno sucesorio entre personas físicas, y la

fusión o escisión en algunas personas morales, por lo que, siendo excepción, no puede ser aplicado dicho procedimiento a casos diversos de los explícitamente señalados por la ley (*artículo 11* del *Código Civil Federal*).

¿De dónde se obtiene este razonamiento?

El patrimonio es uno, es inseparable de la persona, surge con el inicio de la personalidad y termina con ella; el patrimonio constituye una universalidad de derecho, lo que implica no sólo que es identificable como un conjunto de bienes y derechos sino que dichos bienes y derechos están afectos al cumplimiento de obligaciones, y esta universalidad se mantiene no obstante diversas situaciones fácticas, aun cuando éstas sean gravísimas… tales como la muerte de una persona física, que implica la terminación del patrimonio que es concomitante a la desaparición de la personalidad, pero que se mantiene como universalidad jurídica en liquidación; o bien la disolución y liquidación de personas morales en las que si bien es tenue la distinción del momento en que desaparece la personalidad, la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones que integraran su patrimonio se mantiene mientras haya deudores y el haber social no haya sido repartido.

Observando con detenimiento este tipo de universalidades, podemos deducir que lo que las hace *de derecho* y no puramente *de hecho* es el que exista un conjunto de derechos presentes o eventuales, designados como universalidad (no referida a bienes determinados en su individualidad), afecta al cumplimiento de deudas presentes o eventuales igualmente designadas como una universalidad.

Este principio ha sido, desde los inicios del derecho, fundamental en el desarrollo de las relaciones jurídicas, en las que no sólo importa que las personas puedan o quieran cumplir sus obligaciones sino que es indispensable que exista una universalidad de bienes que respondan por ella.

Así pues, la determinación de dicha universalidad, y la posibilidad de su transmisión, división o modificación no es un aspecto que se encuentre dentro del ámbito de la libertad contractual de las personas, pues su conservación y su sujeción a las reglas que la ley y el orden público le imponen es fundamental para la conservación del orden jurídico y la seguridad jurídica que han de imperar en las relaciones interpersonales.

Y si visto en abstracto esto no resultara lo suficientemente claro, baste para ilustrarnos imaginar la situación en que se encontrarían los deudores si lo anterior no fuera como se ha planteado…, ¡la inseguridad jurídica existente sería intolerable!

Por otro lado, si bien este principio no se encuentra enunciado en el texto de la ley, esto es debido a que resulta una verdad tan evidente, que no es necesario enunciarla, y claramente se refleja en algunas disposiciones dispersas en el ordenamiento legal, tales como las que regulan, de manera especialísima: los trámites sucesorios, la donación universal, y los procedimientos de liquidación, fusión, y escisión de sociedades, en los casos en que la ley los prevé.

Esta dificultad para hacer trasferencias patrimoniales universales, derivada de la necesidad de seguridad jurídica por parte de los acreedores, se puede deducir también, si

observamos la distinta regulación que el derecho común da a la cesión de derechos y a la cesión *(asunción) de deudas*, exigiendo, en el caso de la segunda, que es la que potencialmente puede afectar a los acreedores, el *consentimiento de los mismos* (*2051* del *Código civil para el Distrito Federal*).

Si aceptáramos la causahabiencia universal en casos distintos a los señalados por la ley, estaríamos en última instancia haciendo una *cesión y asunción de deudas sin el consentimiento del acreedor, lo que seguramente acarrearía la nulidad.*

2. El carácter *excepcional* del nacimiento de personas morales de derecho privado por medio distinto al contrato.

Por regla general, en el derecho mexicano las personas morales de derecho privado nacen por el contrato social. De manera excepcional, y sólo en el caso de fusión (y escisión) pueden surgir como consecuencia de un negocio corporativo diferente.

3. La aplicación exclusiva de la *Ley general de sociedades mercantiles* a las sociedades mercantiles mexicanas.

La *Ley general de sociedades mercantiles* tiene por objeto reglamentar a las sociedades mercantiles. El *artículo 1* de la ley señala: "Esta ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles[…]" y en sus fracciones señala a las que ya hemos estudiado.

Nuestra ley regula solamente sociedades mexicanas y no extranjeras, pues como ya hemos estudiado, son sociedades mexicanas: […] las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal (*artículo 8* de la *Ley de nacionalidad*).

De lo anterior deducimos, siguiendo a Walter Frisch Philipp,[24] que sólo las sociedades mexicanas están reguladas por la *Ley general de sociedades mercantiles*.

La limitación referida a las sociedades mexicanas —señala Frisch Philipp— definidas como tales en el *artículo 8º* de la *Ley de nacionalidad* como únicos sujetos de la *Ley general de sociedades mercantiles*, ocasiona que todas las disposiciones de esta ley sólo sean aplicables a sociedades mexicanas, con muy pocas excepciones, como los *artículos 250* y *251* de la LGSM. Este principio básico aplica también para la fusión.[25]

Si partimos de que la fusión produce efectos de excepción (causahabiencia a título universal y surgimiento de personalidad por medio distinto al contrato social) y que la fusión sólo está regulada en la *Ley general de sociedades mercantiles* y que ésta sólo reglamenta a las sociedades mexicanas, debemos concluir que:

La fusión internacional no se puede realizar en el marco de la ley general de sociedades mercantiles.

Si existiera un tratado internacional que así lo permitiera, sería posible; pero no lo hay. Por ello nuestra conclusión es en sentido negativo.

---

[24] Frisch Philipp, *Sociedad…*, *op. cit.*, nota, p. 748.

[25] Frisch Philipp, Walter, *Reestructuraciones de las sociedades mercantiles. Repercusiones en los socios*, Oxford University Press, 2000, p. 22.

3.2.3 Caminos alternos para lograr resultados similares

§374. En primer lugar consideramos que el problema estaría resuelto si existieran tratados internacionales que regularan la materia y que solucionaran el problema de una forma segura tanto para quienes participan en la fusión como para sus acreedores. Sin embargo, hasta el momento no existe —repetimos— ningún tratado internacional que prevea la fusión internacional.

Encontramos dos caminos para lograr efectos similares a los de la fusión internacional.

1. *Cambio de nacionalidad seguido de fusión*:

§375. Como ya se dijo (véase §135), dependiendo de la interpretación que se le dé a las disposiciones aplicables, es posible bajo ciertos supuestos el cambio estatutario para que a una sociedad extranjera se le confiera la nacionalidad mexicana.

Si esto se hace, se podrá proceder después a la fusión en términos de la *Ley general de sociedades mercantiles*, sin ningún problema.

2. *Fusión (impropia) sin todas sus características esenciales*:

§376. De las características y efectos del contrato de fusión, sólo hay en realidad dos que tienen un carácter verdaderamente excepcional: la causahabiencia a título universal y, en su caso, el surgimiento de una persona moral de derecho privado por medios distintos al contrato social.

La fusión, finalmente, es un contrato y como tal le aplica la libertad de contratación (que es un aspecto de la autonomía de la voluntad), por lo que en términos generales es posible que dos personas morales de distinta nacionalidad celebren un contrato llamado "fusión" y regulen sus efectos dentro del marco que la ley les permita.

Este contrato estaría regido por la Teoría General de las Obligaciones y por ello le sería aplicable *mutatis mutandi* el *artículo 1858* del *Código civil federal* que señala: *Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía...* Consideramos que le serían aplicables en lo que no se oponga a su naturaleza (ni se incurran en prohibiciones legales) las disposiciones de la fusión.

Sin embargo, *bajo ningún concepto podría pactarse una causahabiencia a título universal*. Ahora bien, si lo que se busca es un fin similar, se podrían regular de manera singular los efectos de la fusión reglamentando cesiones de derechos, transmisiones de bienes y asunciones de deuda en los términos que lo prevé el derecho civil y evidentemente, por lo que se refiere a las deudas, contando con el consentimiento de los acreedores en general y de los accionistas por lo que se refiere al capital social pues, finalmente, dicho capital es una deuda de la sociedad.

Se deduce claramente que tampoco sería posible, si se optara por una fusión por creación de una nueva sociedad, el surgimiento de una sociedad nueva como consecuencia inmediata del contrato de fusión, sin que comparecieran todos los nuevos socios o accionistas (por medio diverso al contrato social), por lo que habría de proceder a constituir la sociedad de la manera tradicional.

Este último método puede ser más complicado, pero al final resultaría quizá más seguro, y se puede conservar así el concepto de fusión utilizando los demás efectos y características, así como las ventajas fiscales del mismo.

3.3 Fusión entre sociedades de distinta naturaleza (civil-mercantil)

§377. Consideramos que es aplicable exactamente el mismo criterio señalado para las sociedades de distinta nacionalidad: la *Ley general de sociedades mercantiles* aplica sólo a sociedades mercantiles; la causahabiencia a título universal y el surgimiento de las personas morales de derecho privado por medio distinto al contrato social, son cuestiones que están de manera excepcional permitidas en ciertos casos y por lo tanto es fácil concluir que:

> *Entre sociedades no mercantiles (civil-civil) o entre sociedades civiles y mercantiles no es posible celebrar un contrato de fusión en los términos que lo conocemos en la legislación mercantil.*

Sin embargo, puede realizarse una fusión impropia, como lo hemos dicho en el caso de la fusión internacional o bien, si se considera posible (como veremos más adelante), hacer primero una transformación (véase §390 y §391) y después una fusión.

3.4 Fusión de sociedades irregulares

§378. Se ha discutido también si es posible fusionar sociedades irregulares, siendo éstas las que, habiendo adquirido personalidad jurídica, no han sido inscritas en el Registro público de comercio (véase §153).

Consideramos que es posible que las sociedades irregulares celebren el contrato de fusión con existencia y validez; sin embargo, dicho acto carecerá de eficacia hasta en tanto no se inscriba la fusión en el Registro público de comercio y se hayan cumplido con los demás requisitos legales, y no se podrá inscribir la fusión si no existen antecedentes registrales de las sociedades que se van a fusionar. Si se inscriben las sociedades dejan de ser irregulares, por lo que para que una fusión sea eficaz es necesario que las sociedades que la celebran, sean sociedades regulares.

En consecuencia diremos que, si bien las sociedades irregulares tienen capacidad para celebrar la fusión, no cuentan con legitimación sustantiva para ello, por tanto, para que la fusión tenga eficacia es indispensable que antes se conviertan en sociedades regulares.

3.5 Fusión de sociedades cooperativas[26]

§379. La *Ley general de sociedades cooperativas* reglamenta la fusión entre este tipo de sociedades; sin embargo, la doctrina considera que las sociedades cooperativas sólo

[26] Tomado de la tesis profesional del licenciado José de Jesús Galván Hernández, titulada "Fusión de sociedades de distintas nacionalidades y tipos sociales. El cambio de nacionalidad", México, 2007.

pueden fusionarse entre sí. La razón de esta limitación para quienes así piensan encuentra su fundamento en el aspecto lucrativo, porque las sociedades no lucrativas no pueden fusionarse con otras que sí lo sean, ya que ello implicaría un cambio sustancial en cuanto al objeto y/o fin de la sociedad.[27]

Las sociedades cooperativas también son mercantiles en virtud de su objeto, que es el comercio, y de su forma. Parece haber una aparente prohibición a la limitación de perseguir fines de lucro, pues se trata de sociedades cuya finalidad consiste en suprimir el lucro del intermediario en provecho de quienes trabajan en la empresa o de quienes reciben de ella bienes o servicios; sin embargo, nada impide que puedan tener utilidades y rendimientos a repartir, pues se trata de sociedades mercantiles.[28]

La razón por la cual, para la doctrina en general, sólo pueden fusionarse las sociedades cooperativas entre sí es histórica, y derivada más bien de cuestiones axiológicas que del texto de la ley, pero siendo estrictos, nada impide llevar a cabo esta operación con otro tipo de sociedad, siempre y cuando sean mercantiles.

La LGSM de 1934, la cual derogó las disposiciones referentes a sociedades y normas de fusión que tenía el *Código de comercio de 1889*, no contempló a las sociedades cooperativas. La regulación de éstas apareció en la *Ley general de sociedades corporativas* de 1938 y en el reglamento del mismo año.

El reglamento establecía en su *artículo 32*, *fracción tercera*, que la fusión sólo podía llevarse a cabo entre este tipo de sociedades. La actual *Ley general de sociedades cooperativas*, que abrogó la anterior y el reglamento de 1938, no señalaron lo mismo.

Sin embargo, es cuestionable la posibilidad de fusionar este tipo de sociedades con otras de distinto tipo social, más por la existencia de las siguientes disposiciones, que por los motivos mencionados anteriormente:

Artículo 212 de la *Ley general de sociedades mercantiles*:

> Las sociedades cooperativas se regirán por su legislación especial.

Artículo 73 de la *Ley general de sociedades cooperativas*:

> Cuando dos o más sociedades cooperativas se fusionen para integrar una sola, la sociedad fusionante que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y obligaciones de las fusionadas.

Para la fusión de varias sociedades cooperativas se deberá seguir el mismo trámite que establece para su constitución la *Ley general de sociedades cooperativas*.

La propia *Ley general de sociedades cooperativas* establece en su *artículo 10*, la supletoriedad de la ley societaria […] Se aplicará como legislación supletoria en materia de sociedades

---

[27] *Cfr.* Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000, p. 693.

[28] Mantilla Molina menciona: La Ley evita hablar de utilidades de la cooperativa, y habla de rendimientos o excedentes de percepción. Pero es evidente que aunque las cooperativas no persiguen un propósito de lucro, pueden obtener utilidades, pues es un vano subterfugio verbal denominar rendimientos al excedente de los ingresos sobre los egresos, que es lo que en cualquier empresa, de fin lucrativo o cooperativista, constituye las utilidades. Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, 29ª ed., Porrúa, México, 1993, p. 310.

cooperativas, las disposiciones de la *Ley general de sociedades mercantiles* en lo que no se oponga a la naturaleza, organización y funcionamiento de aquéllas.

Al no encontrar propiamente, en nuestra consideración, una oposición en cuanto a la naturaleza, organización y funcionamiento de dichas sociedades, podría pensarse que la fusión resulta posible entre sociedades cooperativas y mercantiles de distinto tipo; sin embargo, la *Ley general de sociedades cooperativas*, contempla la siguiente disposición:

Artículo 67:

> En el caso de que las sociedades cooperativas deseen constituirse en otro tipo de sociedad, deberán disolverse y liquidarse previamente.

Esta disposición está prohibiendo la transformación de las sociedades cooperativas tal como la LGSM excluye a estas sociedades de dicha operación:

Artículo 227:

> Las sociedades constituidas en alguna de las formas que establecen las fracciones I a V del artículo 1° podrán adoptar cualquier otro tipo legal. Asimismo podrán transformarse en sociedad de capital variable.

Por ende, si no se puede transformar una sociedad cooperativa, por la misma razón no se podría fusionar con otra sociedad mercantil de distinto tipo, pues a través de diferente medio legal se lograría el fin prohibido por la misma, por lo que incurriríamos en un supuesto de fraude a la ley.

Se expone en la citada tesis que una sociedad cooperativa no puede fusionarse teniendo el carácter de fusionada, pues esa sociedad forzosamente habrá de desaparecer y ser absorbida por otra de distinto tipo social y, como ya se ha dicho, un proceso de fusión entre sociedades de diferente tipo lleva subsumido un proceso de transformación, lo cual en el fondo no es deseado por el espíritu de la ley; sin embargo, si la sociedad cooperativa es la fusionante, consideramos que sí se puede fusionar con cualquier otra sociedad mercantil sin importar el tipo social, pues la sociedad cooperativa no está desapareciendo (ni hay un trasfondo de transformación prohibido por la ley).

4. Ineficacias de la fusión

§380. Al tratarse de un contrato, le son aplicables a la fusión las disposiciones de la *teoría general de las obligaciones*, y en consecuencia la inexistencia y las nulidades se podrán dar en los mismos casos que en los demás contratos.

De manera adicional, debemos considerar la ineficacia de los acuerdos de fusión tomados por cada una de las sociedades que participen en el contrato, pues así se puede afectar la eficacia del contrato en su conjunto.

Capítulo II

Transformación

1. Delimitación del tema

§381. La Real Academia Española define la palabra *transformar* como: *Hacer cambiar de forma a alguien o algo*, o bien, *transmutar algo en otra cosa*. En nuestro caso debemos entender como cambiar de tipo social a una sociedad mercantil, aunque más adelante precisaremos el contenido de dicho cambio o transmutación.

Transformar entonces implica la transmutación que puede tener una sociedad, para transitar hacia un tipo social distinto al que originalmente tenía.

Nuestra ley confunde los términos *adoptar* y *transformar*, siendo que parece más correcto para el cambio de tipo social el de *transformar* y, en cambio, el de *adoptar* para referirse a la adquisición de una modalidad, como lo es el régimen de capital variable.

La *Ley general de sociedades mercantiles* regula ambos fenómenos (la transformación a un tipo social distinto y la adopción de la modalidad de capital variable) con las mismas reglas.

En nuestra opinión, esto último es incorrecto, pues la transformación hacia un tipo social distinto es siempre una modificación mucho más profunda que la simple adopción de un régimen como lo es el de capital variable.

2. Sociedades que pueden transformarse

§382. El *artículo 227* de la LGSM señala que las sociedades constituidas en alguna de las formas que establecen las *fracciones I* a *V*, del *artículo 1°*, podrán adoptar cualquier otro tipo legal. Asimismo, podrán transformarse en sociedad de capital variable.

Del artículo antes citado se desprende que:

i) Sólo las sociedades mercantiles se pueden transformar en términos de la *Ley general de sociedades mercantiles*.

ii) Las sociedades cooperativas no se pueden transformar en dichos términos.

iii) Para efectos de nuestra ley la adopción de la modalidad de capital variable es considerada como transformación.

Más adelante estudiaremos la transformación de sociedades distintas a las que se refiere el *artículo 227* citado.

3. Efectos de la transformación

§383. Es tan poca la claridad que hay en la regulación de la transformación en nuestra ley, que ni siquiera ha quedado del todo claro el tema de si la sociedad que se transforma *conserva su personalidad jurídica o no*.

Aun cuando hoy parece fuera de discusión el que la sociedad que se transforma conserva su personalidad jurídica, el problema de si subsiste o no motivó una gran polémica doctrinal en diversas latitudes del mundo y en diferentes momentos de la historia.

La tesis afirmativa fue ganando terreno desde la tercera década del siglo pasado, principalmente sostenida por la doctrina germánica.[1]

En Francia se discutió a principios del siglo pasado la subsistencia o no de la personalidad jurídica en casos de transformación. Por un lado Escarra —de acuerdo con Motos Guirao—: *[…] sigue la vieja distinción según que la transformación haya sido o no prevista en los estatutos, para inclinarse en el primer supuesto por la conservación de la identidad, mientras que para el segundo estima que entraña una necesaria disolución […]*. Por otro lado, según el propio Motos Guirao, Ripert sostenía lo contrario al afirmar que […] *La transformación no hace desaparecer la persona que existía. Es la antigua que continúa viviendo*.

En Italia se discutía mucho la cuestión hasta antes de la aparición del *Código civil de 1942* (nótese que las fuentes principales de la *Ley general de sociedades mercantiles* están en Italia y que nuestra ley es por varios años anterior a dicho código), cuando se fue haciendo unánime la postura a favor de la subsistencia de la personalidad.

No obstante lo anterior, doctrinarios de la talla de Brunetti[2] sostuvieron que la transformación a sociedades de distinta *naturaleza* (entendida como el carácter de ser sociedades de personas o de capitales) implica la disolución de una sociedad y la creación de una diversa.

Entre nuestros doctrinarios el único que actualmente sostiene este punto de vista (el de la desaparición y constitución de las sociedades) es Frisch Philipp,[3] quien afirma: "en el derecho mexicano la sociedad resultante de la transformación no es jurídicamente idéntica con la transformada".

En particular considera que la remisión del *artículo 227* al *224* de la LGSM (de fusión) que dispone: […] *tomará a su cargo los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas*", es un argumento concluyente a favor de la disolución y creación, como medio para la transformación.[4]

---

[1] *Cfr.* Motos Guirao, *op. cit.*, nota, p. 131.

[2] *Cfr. Idem.*

[3] Frisch Philipp, *Sociedad…*, *op. cit.*, nota, pp. 86-90.

[4] *Ibid,* p. 86.

Asimismo, cita el maestro la exposición de motivos de nuestra ley que señala al respecto:

> [...] En lo general, tanto la fusión como la transformación están regidas por las mismas reglas, pues aunque es verdad que existe entre ambas la diferencia fundamental de que *la transformación da nacimiento siempre a un sujeto de derecho distinto del que hasta antes de ella venía actuando y la fusión no*, necesariamente se pensó que esta diferencia no impedía que, en lo que toca a las materias que la ley trata, tanto la transformación como la fusión de sociedades recibieran una reglamentación análoga; sin embargo, es conveniente anotar que, precisamente porque *la transformación de una sociedad es una medida mucho más grave que la fusión*, sólo ellas dan lugar, según ya se ha dicho antes, al derecho del retiro.

Para nosotros lo anterior cobra fuerza añadiendo los siguientes argumentos: Hay coherencia entre lo que señala la exposición de motivos y el texto legal, pues efectivamente se estableció la misma reglamentación para la fusión y para la transformación y en efecto se dio derecho de retiro para el caso de transformación y no para el de fusión. A este respecto vale la pena citar a François Gény quien afirmaba:

> [...] Los trabajos preparatorios no deben ser acogidos como ilustración autorizada del texto, para los fines de su interpretación intrínseca, sino en aquellos casos en que las ideas que de ellos se desprenden han sido expresadas sin contradicción, en condiciones que permitan atribuirlas a la voluntad, generalmente colectiva, que crea la ley, siempre y cuando el texto de ésta no se oponga a estas explicaciones complementarias.[5]

Por otro lado, hurgando en los anales de la historia jurisprudencial, encontramos una tesis aislada (3692/57) de la antigua tercera sala de la corte que, en 1958, aún consideraba que, en la transformación, una sociedad desaparecía para que otra surgiera siendo causahabiente de la primera. A continuación citamos el referido texto.

SOCIEDADES, TRANSFORMACIÓN DE LAS,

> Si una sociedad se transforma de sociedad de responsabilidad limitada a sociedad anónima, al hacerlo, ésta tiene que tomar a su cargo los derechos y obligaciones de aquélla, atento a lo que dispone el *artículo 224, párrafo III, in fine*, de la *Ley general de sociedades mercantiles*, en relación con el *artículo 28* del propio ordenamiento, lo que determina que *la nueva sociedad es causahabiente a título particular, de la primitiva*.

Además de lo anterior, a favor de que la transformación implica la extinción de una sociedad, la creación de una nueva y un fenómeno de causahabiencia entre una y otra, tenemos la remisión que hace el *artículo 228* de la LGSM a las reglas de la fusión para regular a la transformación, que como se habrá ya apreciado, sólo se entienden de manera lógica si adoptamos esta postura.

Así pues, no nos cabe duda de que la intención del legislador fue, en el momento de creación de la *Ley general de sociedades mercantiles*, la de regular un procedimiento de transformación que implicara la disolución de una sociedad, la constitución de una distinta, y un fenómeno de causahabiencia a título universal entre una y otra.

---

[5] Gény, François, *Méthode d'interpretation*, 2ª ed., I, p. 323, citado por García Máynez, *Introducción…*, *op. cit.*, nota, p. 343.

En esta postura, lo único que no *cuadra* a la perfección es la oscura aplicación de dicho procedimiento para el caso de la adopción de la modalidad de capital variable, lo cual resulta francamente extravagante.

Así pues, en una interpretación basada en la voluntad del legislador ese es el contenido de la regulación y así debe ser realizada la transformación; sin embargo, como se dijo al estudiar la interpretación de la ley (véase §4 al §13), la voluntad del legislador sólo es un elemento entre otros más de que se puede valer el método interpretativo para desentrañar el sentido de una disposición.

Por supuesto, a estas alturas el lector ya habrá pensado en todos los inconvenientes que tiene un procedimiento como el anteriormente señalado: mayores costos, nuevo cumplimiento de requisitos administrativos (permiso y aviso a la SRE) y fiscales, además de que las transmisiones de propiedad entre la sociedad original y la resultante estarían gravadas, pues las leyes de la materia no consideran dicha operación exenta de impuestos.

No obstante que tal haya sido la voluntad del legislador, analizando la norma con todos los demás elementos del método interpretativo, haciendo una interpretación *de avanzada* (véase §5 al §13) de dichos preceptos y tomando en consideración que: […] La norma que ha de aplicarse es un marco que encierra diversas posibilidades, por lo cual la decisión en que una de éstas es elegida constituye un acto jurídico enteramente válido,[6] podemos afirmar que entonces, dada la ambigüedad de la ley, es viable darle a la misma el sentido moderno que tiene el procedimiento de transformación.

De acuerdo con esta interpretación, la transformación sólo implica un cambio profundísimo en los estatutos de la sociedad, subsistiendo la personalidad jurídica antes, durante y después de la celebración del aludido negocio corporativo. Así opina la mayoría de los autores mexicanos (entre los que se encuentran Mantilla Molina, Barrera Graf y Rodríguez y Rodríguez).

Cabe señalar que este mecanismo de transformación no contraviene la ley en ningún momento, y ha sido aplicado prácticamente en la totalidad de los casos de transformación que se han realizado en las últimas décadas, sin que haya existido en ningún caso, al menos por motivo de error de interpretación, problemas para la inscripción en el Registro público de comercio.

4. Reglas que rigen la transformación (con subsistencia de la personalidad jurídica)

§384. El *artículo 228* de la LGSM hace aplicables a la transformación —por supuesto, como toda remisión, en lo que resulte aplicable— la regulación de la fusión. En consecuencia, estudiaremos el procedimiento señalado, en lo que sea aplicable a la transformación.

[6] Kelsen, Hanz, citado por García Maynez, Eduardo, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 552.

1. *Asamblea general extraordinaria o junta general de socios*:

   §385. La transformación de una sociedad deberá ser decidida en la forma y términos que correspondan según su naturaleza (*artículo 222*, por remisión). En cada caso se resolverá por el órgano supremo de la sociedad, siempre con la mayoría necesaria para la modificación de los estatutos sociales.

2. *Balance y publicación*:

   §386. El acuerdo de transformación se inscribirá en el Registro público de comercio y se publicará en el periódico oficial del domicilio de la sociedad que se transforma. La sociedad deberá publicar su último balance (*artículo 223*, LGSM, por remisión). Nuevamente hay que recordar que la expresión balance se refiere a toda la información financiera, si se trata de una anónima (véase §258).

3. *Eficacia de la transformación*:

   §387. La transformación no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo antes citado (*artículo 224*, LGSM, *primer párrafo*, por remisión).

   Durante dicho plazo, cualquier acreedor de la sociedad que se transforma podrá oponerse judicialmente en la vía sumaria, a la transformación, la cual se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada (*artículo 224*, *segundo párrafo,* LGSM, por remisión). A este respecto ya se ha dicho que no existe la vía sumaria mercantil.

   Transcurrido el plazo señalado, sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la transformación (*artículo 224*, *tercer párrafo*, por remisión). Debemos entender esto como terminar el procedimiento, precisamente surtiendo efectos la transformación.

El *artículo 225*, LGSM, referente al procedimiento *fast-track* también es aplicable a la transformación por lo que podríamos leer dicho artículo como sigue:

> La transformación tendrá efecto en el momento de la inscripción:
>
> *i)* Si se pactare el pago de todas las deudas de la sociedad que haya de transformarse (es decir, si en ese momento se paga).
>
> *ii)* Si se constituyere el depósito del importe de las deudas en una institución de crédito.
>
> *iii)* Si constare el consentimiento de todos los acreedores.

A este efecto, como ya se explicó en fusión (véase §364), las deudas a plazo se darán por vencidas. El certificado en que se haga constar el depósito deberá publicarse conforme al *artículo 223* de la LGSM.

5. Algunos problemas que surgen con la transformación

5.1 Efectos frente a terceros

§388. En varios casos de transformación se presenta la problemática de que, de momento, se reduce la responsabilidad de los socios (en el caso de que se transforme la sociedad en anónima o de responsabilidad limitada), lo que puede perjudicar de gran forma a los acreedores de la sociedad.

Igual que en la fusión, los acreedores no se pueden ver afectados, por lo que dicho cambio de responsabilidad no les podrá ser oponible a los terceros, respecto de las deudas anteriores a la transformación, sino sólo aquellas posteriores a dicho acto. En este sentido opina también el maestro Barrera Graf.[7]

5.2 Transformación entre sociedades de distinta naturaleza

§389. Como principio diremos, al igual que en la fusión, que el procedimiento previsto en la *Ley general de sociedades mercantiles* sólo es aplicable a las sociedades enunciadas en las *fracciones I* a *V* del *artículo 1* de dicha ley; sin embargo, en doctrina se discute si es posible la fusión en diversas situaciones, que estudiaremos a continuación:

a) **§390.** Transformación de una sociedad mercantil en civil. No consideramos que exista esta posibilidad, pues no hay fundamento legal que lo permita, y ya que el *artículo 227* es limitativo, consideramos que la realización de dicha transformación sería realizada en contravención de una norma prohibitiva.

b) **§391.** Transformación de una sociedad civil en mercantil. Consideramos que, aplicando el mismo criterio, no debería ser posible; sin embargo, el *artículo 2695* del *Código civil para el distrito federal* señala:

> Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de comercio (hoy *Ley general de sociedades mercantiles*).

Consideramos que al ser redactado ese artículo, buscaba destacar el carácter formal de las sociedades mercantiles y que, sin importar que el objeto fuera civil, si la forma es mercantil, la sociedad sería mercantil. No obstante el sentido original, la letra permite en su significado literal ese cambio de naturaleza, por lo que creemos viable este tipo de transformación.

---

[7] Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000, p. 704.

5.3 Cambio de nacionalidad

§392. Ya se estudió este tema al tratar el de la nacionalidad de las sociedades mercantiles. En ese punto nos preguntamos si el cambio de nacionalidad (de considerarse posible) entraña o no una transformación.

Concluimos que sí, pero que dicha transformación se encuentra subsumida en un cambio corporativo mucho más profundo, por lo que la misma no estaría enmarcada en la transformación regulada en la *Ley general de sociedades mercantiles*.

5.4 Cooperativas

§393. El *artículo 67* de la *Ley general de sociedades cooperativas* señala: *En el caso de que las sociedades cooperativas deseen constituirse en otro tipo de sociedad, deberán disolverse y liquidarse previamente*.

De lo anterior se desprende que no existe la transformación para el caso de sociedades cooperativas.

Capítulo III

Escisión

1. Conceptualización

§394. La escisión es el fenómeno opuesto a la fusión, la *Ley general de sociedades mercantiles* la define en su *artículo 228 bis*, —incorporado a nuestra legislación por la reforma del 11 de junio de 1992—, al señalar que:

> 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.

La escisión se empezó a realizar aun antes de ser regulada por la ley; sin embargo, como veremos más adelante, esta escisión no podía tener efectos universales.

La primera regulación se encontró en materia fiscal y hasta después se introdujo la figura a la legislación mercantil.

De la definición legal se desprende:

1. Que hay dos tipos de escisión:
   Escisión con extinción de la sociedad escindente y escisión con subsistencia de la sociedad escindente.
2. Que entre la sociedad escindente y las escindidas hay un fenómeno de causahabiencia a título universal, tal como en la fusión.

Es criticable, como señala el maestro Óscar Vázquez del Mercado, que se distinga el capital social de los conceptos de activo y pasivo, si en todo caso, dicho capital siempre formará parte de uno de los dos conceptos.[1]

2. Naturaleza jurídica

§395. La escisión como acto jurídico debe ser clasificado como acto jurídico unilateral, por lo que en virtud del *artículo 1859* del Código Civil para el Distrito Federal le son aplicables las reglas generales de los contratos. En cuanto a sus efectos, como ya se dijo, el principal es el de la causahabiencia a título universal, tal como se vio al estudiar la fusión.

[1] Vásquez del Mercado, Óscar, *op. cit.*, p. 454.

3. Reglas que rigen la escisión

3.1 Asamblea general extraordinaria de accionistas o junta general de socios

§396. La *fracción I* del *artículo 228 bis* de la *Ley general de sociedades mercantiles*, señala: *Sólo podrá acordarse por resolución de la asamblea de accionistas o socios u órgano equivalente, por la mayoría exigida para la modificación del contrato social*.

Para que sea posible realizar la escisión, señala la *fracción II* que: *Las acciones o partes sociales de la sociedad que se escinda deberán estar totalmente pagadas*.

La resolución que apruebe la escisión, de acuerdo con la *fracción IV* deberá contener:

a) La descripción de la forma, plazos y mecanismos en que los diversos conceptos de activo, pasivo y capital social serán transferidos.

Consideramos que normalmente esta transferencia debe darse en el momento en que surta efectos la escisión. En cuanto a la forma, esto atenderá a la naturaleza del bien de que se trate (inmuebles, títulos de crédito, muebles, entre otros) y no entendemos exactamente a qué se refiere la ley cuando habla de *mecanismos*.

b) 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.

El texto de este inciso puede dar a pensar que se pierde lo universal de la transferencia de derechos y obligaciones, sin embargo, esto no es así, toda vez que los derechos siguen afectos al cumplimiento de las obligaciones que les corresponda, según lo que la ley dispone en el *inciso d*).

c) 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. 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.

Estos estados financieros, determinarán el valor real o contable de las acciones.

d) La determinación de las obligaciones que por virtud de la escisión asuma cada sociedad escindida. 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 *fracción V*, 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.

Consideramos, igual que Walter Frisch, que es inconveniente la limitación temporal de la responsabilidad por el término de tres años, pues es posible que existan vencimientos posteriores.[2]

Por otro lado, se establece una especie de *beneficio de inventario*[3] a favor de las sociedades escindidas, pues no responden más que por el monto que hayan recibido.

e) Los proyectos de estatutos de las sociedades escindidas.

3.2 Derecho de separación

§397. En adición a los casos para ejercer el derecho de separación a que se refiere el *artículo 206* de la LGSM, la *fracción VIII* del *artículo 228 bis* de la misma ley añade el de la escisión al señalar: […] Los accionistas o socios que voten en contra de la resolución de escisión gozarán del derecho a separarse de la sociedad, aplicándose en lo conducente lo previsto en el *artículo 206* de esta ley (véase §245).

Consideramos que era más correcto modificar el *artículo 206*.

3.3 Formalidades, publicidad y oposiciones

§398. La *fracción V* del *artículo 228 bis*, LGSM señala:

> La resolución de escisión deberá protocolizarse ante notario e inscribirse en el Registro Público de Comercio. Asimismo, deberá publicarse en la gaceta oficial y en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la escindente, un extracto de dicha resolución que contenga, por lo menos, la síntesis de la información a que se refieren los *incisos a)* y *d)* de la *fracción IV* de este artículo, 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 hubieren efectuado la inscripción y ambas publicaciones.

Esto es muy similar a como sucede en la fusión, pero un poco mejor detallado. No entendemos el criterio seguido por la legislación para determinar el tiempo y ponerlo distinto al que se señala para la fusión (¿por qué a uno, tres meses y a otro, 45 días?).

La *fracción VI* del *artículo 228 bis*, de la LGSM establece un derecho de oposición de la siguiente manera:

> Durante el plazo señalado, cualquier socio o grupo de socios que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social o acreedor que tenga interés jurídico, podrá oponerse judicialmente a la escisión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declara que la oposición es infundada, 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.

---

[2] Frisch Philipp, *Reestructuraciones…*, *op. cit.*, nota, p. 29.

[3] En materia de sucesiones, el beneficio de inventario limita la responsabilidad de los herederos, respecto de los acreedores hereditarios, hasta por el monto de lo recibido.

Este artículo por lo que se refiere al derecho de oposición de los socios o accionistas, establece una excepción a la regla establecida en el *artículo 201*, en el que se concede este derecho a las minorías que representen 33% y en esta fracción se reduce a 20%.

3.4 Eficacia de la escisión

§399. Cumplidos los requisitos —señala la *fracción VII*, *artículo 228 bis*, LGSM— y transcurrido el plazo a que se refiere la *fracción V*, sin que se haya presentado oposición, la escisión surtirá plenos efectos […].

De manera análoga a lo que sucede en la fusión, si transcurre el plazo de 45 días y no se han realizado oposiciones, surte efecto la escisión. No estamos seguros de la conveniencia de que se haya dicho en el *artículo 206*, […] surtirá plenos efectos […], pues eso implicaría que antes de eso ya surtió algún efecto y no se especifica cuáles, lo que puede generar dudas que pudieron haberse evitado.

La *fracción IX del artículo 228 bis*, LGSM dispone que:

> Cuando la escisión traiga aparejada la extinción de la escindente, una vez que surta efectos la escisión se deberá solicitar del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social.

3.5 Constitución de las nuevas sociedades

§400. La propia *fracción VII del artículo 228 bis*, LGSM señala:

> […] para la constitución de las nuevas sociedades, bastará la protocolización de sus estatutos y su inscripción en el Registro Público de Comercio.

En este punto es aplicable lo señalado al estudiar la fusión en el sentido de que la fuente de la personalidad jurídica de dichas sociedades no es el contrato social, sino que éstas se derivan de un acto corporativo especialísimo que es la escisión.

La *fracción III*, en un texto un tanto oscuro del *artículo 228 bis*, LGSM señala:

> Cada uno de los socios de la sociedad escindente tendrá inicialmente una proporción del capital social de las escindidas, igual a la de que sea titular en la escindente.

A simple vista pudiera interpretarse que los socios de la escindente lo serán también en la misma medida, en las sociedades escindidas, lo cual privaría a la escisión de una de sus funciones principales que es dividir grupos de socios en sociedades diversas.

Sin embargo, Frisch Philipp nos aporta la interpretación adecuada de esta fracción: *[…] Esto se entenderá en el sentido de que la totalidad del valor real o económico de las acciones que tenga un accionista en la escindente, corresponderá al valor del mismo tipo de todas las acciones que tuviere el mismo socio en la o las escindidas […].*[4]

Finalmente, la *fracción X* del *artículo 228 bis*, LGSM hace inaplicable el *artículo 141* de la misma ley referente a la obligación de depositar las acciones pagadas en bienes distintos de numerario.

[4] Frisch Philipp, *Sociedad…*, *op. cit.*, nota, p. 633.

4. Algunos problemas que se presentan con la escisión

4.1 *Escisión de la que resulten sociedades de distinto tipo social*

§401. De la misma manera que en la fusión, en este caso, no es necesario hacer primero la transformación, pues ésta se encuentra subsumida en un procedimiento con efectos mucho más graves (véase §366).

4.2 *Escisión de la que resulten sociedades de distinta naturaleza* (véase §377)

a) Escisión de sociedades mercantiles de la que resulten sociedades civiles.

§402. Consideramos, tal como lo hemos hecho al estudiar la fusión y la transformación, que la *Ley general de sociedades mercantiles* sólo regula a las sociedades mercantiles, por lo que sólo pueden escindirse en términos de la misma las sociedades de esta naturaleza y sólo pueden resultar del mismo modo esa clase de sociedades. Además, la legislación civil sólo conoce el nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, a través de contrato social.

b) Escisión de sociedades de diversa naturaleza de la que resulten sociedades mercantiles.

§403. Opinamos que el argumento antes sostenido es exactamente aplicable al caso, pues la *Ley general de sociedades mercantiles* sólo aplica a las sociedades mercantiles y éstas sólo pueden nacer de una escisión que se realice en términos de la misma.

4.3 *Escisión de sociedades mexicanas de la que resulten sociedades extranjeras*

§404. No consideramos que sea posible y como argumentos basta repetir lo dicho en la fusión y en los apartados anteriores. En todo caso, se podría primero realizar la escisión y posteriormente, si el país que ha de otorgar la personalidad lo permite se realizaría el cambio de nacionalidad (véase §371 a §376).

4.4 *Escisión de sociedades extranjeras de la que resulten sociedades mexicanas*

§405. Tampoco lo consideramos factible, por lo que habría que hacer primero la escisión y posteriormente el cambio de nacionalidad (véase §135), por lo que se advierte que en estos casos, en que no es viable realizar una escisión *propia*, se podría optar por la escisión *impropia* en la que se otorgaran diversas cesiones a título particular de manera contractual y se crearan las nuevas sociedades en la forma convencional.

5. Escisión-fusión

§406. La escisión-fusión es una mezcla de los procedimientos de escisión y de fusión que en algunos países, ya en ley, ya en doctrina, ha tenido aceptación,[5] y tiene dos variantes:

1. Varias sociedades distintas se escinden y con los conjuntos de derechos y obligaciones separados se crea una nueva sociedad.

Sin duda el efecto se puede lograr realizando primero la escisión y luego la fusión, con el problema que se esperaría que ambos actos surtan efectos, lo que puede significar un largo plazo.

Si leemos detenidamente la definición que de escisión hace el *artículo 228 bis*, LGSM encontraremos que dentro de la misma es posible contemplar la llamada *escisión-fusión*, pues señala parte por parte:

a) […] una sociedad denominada escindente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes […], hasta aquí no encontramos nada que impida la *escisión-fusión*.

b) […] 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*.

Aquí se aprecia que en ninguna parte se establece que el patrimonio de las sociedades de nueva creación vaya a estar compuesto exclusivamente por lo que se transfiera como consecuencia de esa escisión, sino que simplemente habla de que se transfiere *a sociedades de nueva creación* de donde interpretamos que, encajando en la definición de la escisión, y no habiendo prohibiciones ni normas de orden público violadas, podría realizarse la escisión, pudiendo terceros afectados oponerse, dentro del mismo procedimiento de escisión.

2. La segunda variante de la *escisión-fusión* implica la separación de parte del patrimonio de la escindente a una sociedad ya existente.

Este caso no está permitido por la ley, y consideramos que no es posible, como transferencia a título universal, por lo que sólo es factible lograrla con base en transmisiones a título particular.

---

[5] A este respecto el maestro Sánchez Calero señala: [...] Pero aparte del paralelismo que desde el este punto de vista puedan guardar los fenómenos de la fusión y la escisión, ambos pueden mezclarse. Tal sucede cuando se combina la escisión del patrimonio de una sociedad y la absorción de parte de ese patrimonio por otra distinta o bien con la fusión de otras sociedades. En estos casos se habla de la *escisión-fusión*.
Sánchez Calero, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, 8ª ed., Clares, Valladolid, 1981, p. 281.

Capítulo I

Sección quinta
Terminación de la vida de la sociedad

Disolución

1. Conceptualización

§407. La disolución es el acontecimiento jurídico que pone fin a la vida normal de la sociedad, termina el vínculo que une a los socios, impide en lo sucesivo continuar con la realización del objeto social y abre —por lo general— el estado de liquidación.

Normalmente la disolución va seguida de la liquidación que es definida como la etapa en la que se cobran las deudas sociales y se determina la parte del haber de la sociedad que le corresponde a cada socio.

Decimos que normalmente sucede así pues existen casos en los que estas dos etapas se dan de forma separada. Así, tenemos casos de disolución sin liquidación, tales como la fusión y la escisión de sociedades, y casos de liquidación sin disolución como sucede en el caso de nulidad por objeto ilícito o, si así se quiere ver, la realización habitual de actos ilícitos a que se refiere el *artículo 3* de la *Ley general de sociedades mercantiles*.

Se dice en doctrina que la disolución puede ser total o parcial, se conoce a la disolución total justamente a la que estamos estudiando y a la parcial cuando uno de los socios es excluido o se separa de la sociedad. No es propio —desde nuestro punto de vista— hablar en ese caso de disolución, pues si bien es cierto que se rompe el vínculo que une a uno o más socios con la sociedad, no se pone fin a la sociedad, no se impide continuar con el objeto ni se abre el estado de liquidación.

2. Causales de disolución

§408. El *artículo 229* de la LGSM nos establece las distintas causales de disolución de las sociedades mercantiles. A continuación estudiaremos cada uno de los supuestos.

I. Expiración del término fijado en el contrato social

En este caso la disolución opera *ipso-iure*, sin que sea necesario invocar ni declarar la causal, tal como lo señala el *artículo 232*, LGSM, lo cual es una característica que distingue a las sociedades civiles de las mercantiles, pues en el caso de las civiles, en el mismo supuesto se entiende prorrogada la duración de la sociedad.[1]

II. Imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o consumación del mismo.

III. Acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley.

En todo caso el acuerdo deberá ser tomado, cuando menos, por la mayoría necesaria para reformar el objeto de la sociedad, pues entre otros aspectos, toda disolución implica una profunda modificación del objeto.

IV. Si el número de accionistas llega a ser inferior al mínimo que esta ley establece, o si las partes de interés se reúnen en una sola persona.

V. La pérdida de las dos terceras partes del capital social.

3. Comprobación e inscripción de las causales de disolución

§409. En el caso de expiración de la duración de la sociedad, la disolución de la sociedad se realizará por el solo transcurso del término establecido para su duración.

En los demás casos, comprobada por la sociedad la existencia de causas de disolución, se inscribirá ésta en el Registro público de comercio (*segundo párrafo* del *artículo 232*, LGSM). Consideramos que esta obligación corresponde a la administración de la sociedad, pues es su función dar cumplimiento a lo que disponga el contrato social, el cual estará basado en el texto de la ley.

El *tercer párrafo* del *artículo 232* dispone: *[…] Si la inscripción no se hiciere a pesar de existir la causa de disolución, cualquier interesado podrá ocurrir ante la autoridad judicial, en la vía sumaria, a fin de que ordene el registro de la disolución*. A este respecto vale la pena recordar lo dicho con anterioridad referente a la inexistencia de la vía sumaria mercantil.

---

[1] El *artículo 2721* del *Código civil para el Distrito Federal* señala: [...] *Pasado el término por el cual fue constituida la sociedad, si ésta continúa funcionando, se entenderá prorrogada su duración por tiempo indeterminado, sin necesidad de nueva escritura social, y su existencia puede demostrarse por todos los medios de prueba*.

En el caso contrario, señala el *último párrafo* del *artículo 232*: […] 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 la inscripción, y demandar, en la vía sumaria, la cancelación de la inscripción.

4. Consecuencia respecto de los administradores

§410. El *artículo 233*, LGSM señala que:

> […] Los Administradores no podrán iniciar nuevas operaciones con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad, al acuerdo sobre disolución o a la comprobación de una causa de disolución. Si contravinieren esta prohibición, los Administradores serán solidariamente responsables por las operaciones efectuadas.

5. Reglas especiales para la sociedad en nombre colectivo y para las sociedades en comandita simple y por acciones

§411. El *artículo 230*, LGSM, establece algunas causales adicionales, salvo que se pacte lo contrario, para la sociedad en nombre colectivo. Estas causales son:

> Muerte, incapacidad, exclusión o retiro de uno de los socios, o bien que el contrato social se rescinda respecto a uno de ellos.

En caso de muerte de un socio, la sociedad sólo podrá continuar con los herederos, cuando éstos manifiesten su consentimiento; de lo contrario, la sociedad, dentro del plazo de dos meses, deberá entregar a los herederos la cuota correspondiente al socio difunto, de acuerdo con el último balance aprobado.

El *artículo 231*, LGSM por su parte, hace a las disposiciones establecidas en el *artículo 230*, aplicables a la sociedad en comandita simple y a la sociedad en comandita por acciones, en lo que concierne a los comanditados.

6. Posibilidad de revocar la disolución

§412. A este respecto existen dos posturas, la que afirma que la disolución es irrevocable, principalmente sostenida por la doctrina francesa, y la que opina que la disolución es revocable, principalmente defendida por la doctrina italiana.

En sentido negativo se pronuncian entre otros, según Oscar Vásquez del Mercado,[2] Rousseau, Houpin, Adolph y Pic, para quienes la disolución una vez concretada es

[2] Vásquez del Mercado, Óscar, *Asambleas…, op. cit.*, nota, p. 405.

definitiva, pues como señala Straffa, la disolución, si no produce la muerte, señala para la sociedad una *irrevocable sentencia de muerte.*

En sentido positivo se pronuncia, principalmente, la doctrina italiana, con juristas de la talla de César Vivante, quienes sostienen que *si la asamblea extraordinaria u órgano equivalente, tiene el poder para disolver a una sociedad, por el mismo motivo*, tiene facultad para revocar la disolución, cuando menos en el caso de que dicha disolución haya sido voluntaria.

A nuestra manera de ver, la discusión se presenta en los casos en que la disolución opera por ministerio de ley o en los que la misma faculta a cualquier interesado a solicitar dicha inscripción; por nuestra parte, consideramos que no es posible la revocación de la disolución si ésta operó por ministerio de ley, es decir, en el caso de que se haya terminado el plazo de la sociedad, pues estaríamos sujetando a los socios que se obligaron por ese tiempo a permanecer unidos por un tiempo mayor, siendo que precisamente la ley protege su derecho estableciendo la disolución *ipso-iure*.

Cuando se trate de las causales que deben ser comprobadas, y solicitadas por un interesado, nos parece que, si desaparece la causal, es posible revocar la disolución. En el caso de la disolución voluntaria, creemos que en todo caso se puede revocar.

En los casos que sea posible, la revocación debe darse antes de que se termine la liquidación, pues una vez que ello se dé, desaparecerá la personalidad jurídica.

Capítulo II

Liquidación

1. Generalidades

§413. La liquidación es la etapa de la vida de la sociedad, posterior a la disolución, en la que se pagan las deudas sociales; se realiza el activo del patrimonio social y se reparte el haber de la sociedad, de acuerdo con lo pactado por los socios.

La etapa de liquidación, a su vez, se compone de dos momentos, primero se hacen todas las operaciones necesarias para cubrir deudas y realizar el activo de la sociedad y después se reparte el haber social.

El *artículo 234* de la LGSM señala:

> Disuelta la sociedad, se pondrá en liquidación.

No obstante que el artículo diga *se pondrá*, una vez disuelta la sociedad, a nuestro entender, por ministerio de ley, la sociedad entra en estado de liquidación.

2. Liquidadores

Artículo 235, LGSM:

> **§414.** La liquidación estará a cargo de uno o más liquidadores, quienes serán representantes legales de la sociedad y responderán por los actos que ejecuten excediéndose de los límites de su encargo.

En cuanto el nombramiento de los liquidadores, el *artículo 236*, LGSM dispone que:

> Se estará a lo que diga el contrato social y a falta de disposición, el nombramiento de los liquidadores se hará por acuerdo de los socios, tomado en la proporción y forma que esta ley señala, según la naturaleza de la sociedad, para el acuerdo sobre disolución. La designación de liquidadores deberá hacerse en el mismo acto en que se acuerde o se reconozca la disolución.

En los casos en que la sociedad se disuelva por la expiración del plazo o en virtud de sentencia ejecutoriada, la designación de los liquidadores deberá hacerse inmediatamente que concluya el plazo o que se dicte la sentencia.

Si por cualquier motivo el nombramiento de los liquidadores no se hiciere en los términos señalados, lo hará la autoridad judicial en la vía sumaria (que como ya se dijo, no existe), a petición de cualquier socio.

El nombramiento de los liquidadores debe inscribirse en el Registro público de comercio, pues el *artículo 237*, LGSM señala:

> Mientras no haya sido inscrito en el Registro público de comercio el nombramiento de los liquidadores y éstos no hayan entrado en funciones, los administradores continuarán en el desempeño de su encargo.

De esto se desprende además, que en este punto, el Registro público de comercio tiene efectos *constitutivos*, pues el nombramiento parece surtir efectos hasta la inscripción *y* la entrada en funciones.

El cargo de liquidador es esencialmente revocable, tal como lo señala el *artículo 238*, LGSM, que a continuación citamos: El nombramiento de los liquidadores podrá ser revocado por acuerdo de los socios, tomado en los términos del *artículo 236* o por resolución judicial, si cualquier socio justificare, en la vía sumaria, la existencia de una causa grave para la revocación.

El *segundo párrafo* del *artículo 238* repite la regla del *artículo 237*, LGSM cuando señala: Los liquidadores cuyos nombramientos fueren revocados, continuarán en su encargo hasta que entren en funciones los nuevamente nombrados.

Aunque el cargo de liquidador es individual y no colegiado, se puede designar a varios liquidadores, según lo dispone el *artículo 239*, que a la letra dice: Cuando sean varios los liquidadores, éstos deberán obrar conjuntamente.

El procedimiento de liquidación, por versar sobre derechos de orden totalmente disponible se encuentra sujeto a la voluntad de los socios o accionistas, y por ello la ley, en este aspecto, es solamente supletoria, en cuanto no se pacte. Así lo afirma el *artículo 241*, que reza:

> La liquidación se practicará 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. A falta de dichas estipulaciones, la liquidación se practicará de conformidad con las disposiciones de este capítulo.

Los liquidadores tienen obligación de elaborar un inventario del patrimonio de la sociedad al recibir su encargo, como expresamente se señala en el *artículo 241*, LGSM:

> Hecho el nombramiento de los liquidadores, los Administradores les entregarán todos los bienes, libros y documentos de la sociedad, levantándose en todo caso un inventario del activo y pasivo sociales.

Las facultades del liquidador son señaladas por el *artículo 242*, LGSM las cuales, al igual que el resto del capítulo pueden ser modificadas por el órgano que acordó la disolución o por el contrato social. Dicho artículo, sin mencionarlo, va enunciando las diferentes etapas por las que pasa el procedimiento de liquidación, ya que dispone:

> Salvo el acuerdo de los socios o las disposiciones del contrato social, los liquidadores tendrán las siguientes facultades:
>
> I. Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución.

> II. Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba.
>
> III. Vender los bienes de la sociedad.
>
> IV. Liquidar a cada socio su haber social.
>
> V. Practicar el balance final de la liquidación, que deberá someterse a la discusión y aprobación de los socios, en la forma que corresponda, según la naturaleza de la sociedad. El balance final, una vez aprobado se depositará en el Registro Público de Comercio.
>
> VI. Obtener de [*sic*] Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social, una vez concluida la liquidación.

Debemos recordar la ya citada teoría de los patrimonios (véase §154 al §157), y que es aceptada por casi todos los doctrinarios y basada en legislaciones análogas a la nuestra se refiere al *patrimonio en liquidación*, señalando que en éste, un acto de administración implica todo lo necesario para *realizar* el activo social, que —en suma— podemos resumir en las actividades señaladas en el *artículo 242*.

Por otro lado el *artículo 243* señala:

> Ningún socio podrá exigir de los liquidadores la entrega total del haber que le corresponda; pero sí la parcial que sea compatible con los intereses de los acreedores de la sociedad, mientras no estén extinguidos sus créditos pasivos, o se haya depositado su importe si se presentare inconveniente para hacer su pago.

El acuerdo sobre distribución parcial deberá publicarse en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, y los acreedores tendrán el derecho de oposición en la forma y términos del *artículo 9*, LGSM.

La personalidad jurídica de las sociedades no se termina con la disolución, pues el *artículo 244* señala:

> Las sociedades, aun después de disueltas, conservarán su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación.

De esta forma, mientras haya algún pasivo o algún activo en el patrimonio de la sociedad, subsistirá la personalidad jurídica de la sociedad.

Como después de concluida la liquidación es posible que aparezcan operaciones no completadas, deudas no pagadas, o reclamaciones de cualquier tipo, el legislador previó de forma prudente que: […] Los liquidadores mantendrán en depósito, durante 10 años después de la fecha en que se concluya la liquidación, los libros y papeles de la sociedad.

La legislación, que en esta materia es supletoria a la voluntad de las partes, ha distinguido entre sociedades de personas y de capitales, para establecer la manera de realizar la liquidación.

3. Procedimiento para sociedades de personas

Artículo 246, LGSM:

§415. En la liquidación de las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, una vez pagadas las deudas sociales, la distribución del remanente entre los socios, si no hubiere estipulaciones expresas, se sujetará a las siguientes reglas:

I. 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.

II. Si los bienes fueren de diversa naturaleza, se fraccionarán en las partes proporcionales respectivas, compensándose entre los socios las diferencias que hubiere.

III. 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 aquéllos 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.

IV. 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.

V. Si, durante el plazo a que se refiere la fracción III, 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 inconformidad, en común a los respectivos socios, y la situación jurídica resultante entre los adjudicatarios se regirá por las reglas de la copropiedad.

VI. 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 esta Ley, aunque entre los herederos haya menores de edad.

4. Procedimiento para sociedades de capitales

§416. El procedimiento se fija en el *artículo 247*, LGSM que señala:

En la liquidación de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, los liquidadores procederán a la distribución del remanente entre los socios con sujeción a las siguientes reglas:

I. En el balance final se indicará la parte que a cada socio corresponda en el haber social.

II. Dicho balance se publicará por tres veces, de diez en diez días, en el Periódico Oficial de la localidad en que tenga su domicilio la sociedad.

El mismo balance quedará, por igual término, así como los papeles y libros de la sociedad, a disposición de los accionistas, quienes gozarán de un plazo de quince días a partir de la última publicación, para presentar sus reclamaciones a los liquidadores.

III. Transcurrido dicho plazo, los liquidadores convocarán a una *asamblea general de accionistas* para que apruebe en definitiva el balance. Esta Asamblea será presidida por uno de los liquidadores.

Finalmente, el *artículo 248*, de la LGSM dispone la entrega de la parte correspondiente del haber, a cambio de las acciones, momento en que se cancela dicho título y se desincorpora el derecho en él contenido:

> Aprobado el balance general, los liquidadores procederán a hacer a los accionistas los pagos que correspondan, contra la entrega de los títulos de las acciones.

Para el caso de que no se acuda por la cuota que a cada accionista le corresponda dispone el *artículo 249*, LGSM:

> Las sumas que pertenezcan a los accionistas y que no fueran cobradas en el transcurso de dos meses, contados desde la aprobación del balance final, se depositarán en una institución de crédito con la indicación del accionista. Dichas sumas se pagarán por la institución de crédito en que se hubiese constituido el depósito.

Tercera parte
Sociedades extranjeras de naturaleza mercantil

Capítulo único

1. Generalidades

§417. Como ya dijimos, el concepto de sociedad mercantil, en estricto sentido, sólo aplica a las enunciadas por el *artículo 1* de la LGSM, pues dicho artículo está enunciado en forma taxativa; sin embargo, no sólo las sociedades mercantiles pueden ser *comerciante-persona moral*, pues por un lado así lo señala la *fracción I* del *artículo 3º* del *Código de comercio*, que establece:

> *Artículo 3°*:
>
> Se reputan en derecho comerciantes: I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria.[1]

Mientras que por otro lado son también *comerciante-persona moral* las que añade la *fracción III* del mismo artículo, es decir:

> *Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.*

A este respecto resulta aplicable lo que se dijo antes respecto a la realización de qué tipo de actos de comercio atribuyen a la persona que los realiza de forma habitual el carácter de comerciante.

En primer lugar debemos afirmar que las sociedades extranjeras tienen personalidad jurídica en nuestro país, como lo señala el *artículo 250*, LGSM, que señala: *[…] Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República*.

El *capítulo XII* de nuestra *Ley general de sociedades mercantiles*, regula parcamente a las sociedades extranjeras de naturaleza mercantil, de acuerdo con lo que a continuación se estudiará.

---

[1] Nótese que dicha fracción no se refiere exclusivamente a personas físicas, pues habla de persona en general.

2. Actuación ocasional de una sociedad extranjera de naturaleza mercantil

§418. En términos generales (salvo que alguna ley señale lo contrario), las sociedades extranjeras de naturaleza mercantil pueden realizar actos de comercio en territorio mexicano, siempre que cumplan con las diversas disposiciones legales que rijan el acto de que se trate.

3. Realización habitual de actos de comercio por una sociedad extranjera de naturaleza mercantil

§419. Las sociedades extranjeras de naturaleza mercantil que realizan habitualmente actos de comercio, es decir, que, en términos de lo ya explicado ejercen el comercio, son las que están reguladas por la *fracción III* del ya citado artículo *3º* del *Código de comercio*.

El *artículo 251* de nuestra ley societaria, señala *[…] Las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro público de comercio*, y por lo tanto consideradas comerciantes.

La inscripción sólo se efectuará previa autorización de la Secretaría de Economía, en los términos de los *artículos 17* y *17 A* de la *Ley de inversión extranjera*.

Las sociedades extranjeras estarán obligadas a publicar anualmente un balance general de la negociación visado por un contador público titulado.

Por su parte, la *Ley de inversión extranjera* regula a este tipo de sociedades desde el punto de vista administrativo, pero vinculado por remisión de la LGSM, al derecho societario mercantil, en su *título cuarto*, referido a la inversión de personas morales extranjeras.

El *artículo 17* de la *Ley de inversión extranjera*, en referencia a las sociedades extranjeras de naturaleza mercantil, repite en parte lo señalado por la legislación societaria:

Artículo 17:

> Sin perjuicio de lo establecido en los tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, deberán obtener autorización de la Secretaría:
>
> I. Las personas morales extranjeras que pretendan realizar habitualmente actos de comercio en la República [...].

La autorización, señala el maestro Gabino Fraga,[2] […] es un acto administrativo por el cual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho (ya existente) de un particular. Si se cumple con los requisitos establecidos por la ley, la autoridad administrativa debe conceder la autorización.

---

[2] Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 41ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 236.

Así, el *artículo 17-A* de la ley en comento señala: […] La autorización a que se refiere el artículo anterior, se otorgará cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que dichas personas comprueben que están constituidas de acuerdo con las leyes de su país.

b) Que el contrato social y demás documentos constitutivos de dichas personas no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos en las leyes mexicanas.

c) En el caso de las personas a que se refiere la fracción I del artículo anterior, que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal […].

Toda solicitud que cumpla con los requisitos mencionados, deberá otorgarse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de su presentación. Concluido dicho plazo sin que se emita resolución, se entenderá aprobada (afirmativa ficta).

La Secretaría de Economía deberá remitir a la Secretaría de Relaciones Exteriores una copia de las solicitudes y de las autorizaciones que otorgue con base en este artículo.[3]

En virtud de lo anterior, resumimos esta sección diciendo que, si se trata de sociedades extranjeras de naturaleza mercantil, éstas podrán ejercer el comercio en territorio mexicano, siempre y cuando hayan obtenido la inscripción de la sociedad en el Registro público de comercio, previa obtención de la autorización de la Secretaría de Economía.

Es de advertir que, antes de la inscripción, deberá también hacerse la protocolización de la escritura constitutiva, con la finalidad de convertir dicho documento en *auténtico* y sea así inscribible en el registro. Para ello, el fedatario que corresponda deberá contar con la escritura apostillada o legalizada, y en su caso, traducida.

---

[3] El Reglamento de la *Ley de inversión extranjera* especifica los requisitos que es necesario cumplir para obtener dicha autorización, a continuación lo transcribimos.

Artículo 21. Para obtener la autorización para establecerse en territorio nacional y para realizar habitualmente actos de comercio a que se refiere el *artículo 17* de la ley, las personas morales extranjeras deben presentar solicitud por escrito, en original y dos copias simples, en la que se señalen los datos generales de identificación del solicitante, así como la descripción de la actividad económica que pretenda desarrollar en el país.

Esta solicitud debe acompañarse, en original y copia simple, de:

I. Escritura, acta, certificado o cualquier otro instrumento de constitución, así como los estatutos por los cuales se rige la persona moral;

II. Poder del representante legal otorgado ante fedatario público, y

III. Comprobante de pago de derechos previstos en la Ley Federal de Derechos.

Cuando sea necesario que el solicitante obtenga resolución favorable de la Comisión para participar en una determinada actividad, dicha resolución deberá tramitarse previamente y anexarse a la solicitud.

Los documentos señalados en la *fracción I* y, en su caso, la *fracción II* serán devueltos al interesado, previo cotejo de los mismos con sus copias simples y deberán estar legalizados ante cónsul mexicano o, cuando resulte aplicable, apostillados de conformidad con el Decreto de Promulgación de la Convención por la que se suprime el requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.

Los documentos que se presenten en un idioma distinto al español deberán acompañarse con su traducción hecha por perito traductor.

En cuanto a la sanción por la violación de esta reglamentación debemos analizar dos aspectos, el primero mercantil y el segundo administrativo.

Desde el punto de vista mercantil, no señala la ley una sanción,[4] y por ser lo que está prohibido más un *estatus* que la realización de actos concretos, no parece ser la nulidad de estos últimos la sanción aplicable.

Desde el punto de vista administrativo debemos recordar que, por regla general, las leyes administrativas tienen sanciones administrativas y no civiles, y las mismas están previstas en la propia legislación administrativa. En el caso que nos ocupa, la sanción se encuentra prevista en el *artículo 38*, *fracción II* de la *Ley de inversión extranjera*, que dice a la letra: […] Las infracciones a lo establecido en esta ley y sus disposiciones reglamentarias, se sancionarán de acuerdo con lo siguiente: […] *II.* En caso de que personas morales extranjeras realicen habitualmente actos de comercio en la República Mexicana, sin haber obtenido previamente la autorización de la Secretaría (de economía), se impondrá multa de quinientos a mil salarios mínimos.

[4] A este respecto, Eduardo Gallino señala: [...] ¿Qué ocurre cuando la sociedad constituida en el extranjero opera en la República sin cumplir con los requisitos establecidos en la *Ley de sociedades comerciales*? Entendemos que son de aplicación las sanciones previstas para las sociedades no constituidas regularmente. Gallino, Eduardo, *Las sociedades mercantiles en el derecho internacional privado y convencional*, Alveroni, República Argentina, 1997, p. 41. Interesante salida nos parece la del argentino, pero no es en realidad una sociedad mercantil irregular sino una sociedad extranjera (regular) que en contravención de las leyes mexicanas ejerce el comercio, por lo que, si bien la sanción propuesta por el mismo sería recomendable para ser estatuida por nuestro legislador, no es posible aplicar dicha sanción por analogía.

Cuarta parte
Asociación en Participación

Capítulo único

1. Generalidades

§420. Mal ubicado en la legislación societaria, por cuanto no da origen a sociedades mercantiles, este contrato asociativo ha sido de gran utilidad para realizar negociaciones mercantiles entre dos o más personas, sin recurrir a la creación de una persona moral.

El *capítulo XIII* de la *Ley general de sociedades mercantiles* se refiere a este contrato, y el *artículo 252* lo define como:

> Un contrato por el cual una persona —asociante— concede a otras —asociadas— 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 de comercio.

Este contrato no genera personalidad jurídica como lo señala el *artículo 253* que dispone:

> La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación.

2. Clasificación del contrato

§421. Es un contrato bilateral (sinalagmático), pues la obligación de una parte es la causa de la obligación del otro. Como ya se dijo es un contrato asociativo, sin que se cree una persona moral. Sucede con este contrato algo similar a lo que pasa con el contrato civil de aparcería rural.

En cuanto a la prolongación de sus efectos en el tiempo es un contrato de tracto sucesivo, en contraposición a los de ejecución instantánea. Por regla general, es un contrato traslativo de dominio, como se verá más adelante al estudiar el *artículo 257*, LGSM.

Por su forma, el contrato de asociación en participación es formal, debiendo, de acuerdo con el *artículo 254*, constar por escrito, sin que su eficacia frente a terceros esté sujeta a registro. Sin embargo, hay algunas excepciones que se verán más adelante.

No coincidimos con el maestro Barrera Graf cuando afirma que: […] el contrato de asociación en participación es clasificado por su forma como consensual.[1] Ya desde etapas muy tempranas, el derecho privado había clasificado a los contratos según su forma en consensuales, escritos, reales y solemnes (derivado de la vieja clasificación de las *Institutas* de Gayo, que los dividía en *re, verbis, litteris, consensu*). En el caso que nos ocupa, la ley es clara al afirmar que el contrato requiere la forma escrita, por lo que es un contrato formal.

Es un contrato oneroso conmutativo. Tampoco coincidimos con el maestro Barrera en la afirmación de que dicho contrato es aleatorio,[2] pues si bien es cierto que el *Código civil* es poco claro y sí parecería que este contrato encaja en la definición que de los aleatorios hace el mismo, en realidad la doctrina civil es casi unánime al afirmar que los contratos aleatorios no se distinguen tanto por el desconocimiento del monto de las utilidades sino más bien por el desconocimiento de quién obtendrá los provechos y quién los gravámenes (como sucede con el juego y la apuesta, la renta vitalicia, y la compra de la esperanza); por ello el contrato que nos ocupa no encaja en dicha descripción sino más bien en los conmutativos.

Como negocio, el contrato se encuadra en los llamados *negocios fiduciarios,* en los cuales, según Francesco Messineo: […] se está en presencia del traspaso (efectivo) de un derecho de una persona (fiduciante) a otra persona (fiduciario), estando de acuerdo en que tal traspaso debe servir para fines determinados. A la verdad, en definitiva, el derecho o debe retornar al patrimonio del transferente, o bien debe salir del patrimonio del fiduciario, o también ser destinado por él a determinado empleo. Razón práctica concurrente, es asegurar el secreto sobre la procedencia del derecho.[3]

Al igual que el fideicomiso o el mandato del testaferro, la asociación en participación es un *negocio fiduciario* lícito (aunque este tipo de negocios también suelen ocuparse para encubrir fraudes).

Nos fundamos para afirmar lo anterior en el *artículo 256* de la LGSM que señala: […] El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados. Lo que implica que frente a todos, el titular de los derechos es el asociante (fiduciario) y solamente por el negocio entre ellos, hay efectos que deberán ser vertidos en la esfera jurídica de los asociados (fiduciantes).

---

[1] *Cfr.* Barrera Graf, Jorge, *Instituciones…, op. cit.*, nota, p. 237.

[2] *Idem.*

[3] Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. Santiago Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1979, tomo II, p. 453.

3. Elementos del contrato

3.1 De existencia

1. **§422.** *Objeto*:
   - El objeto directo del contrato es la creación de derechos y obligaciones entre las partes, y la transmisión de propiedad, por lo que se refiere a los bienes que aporte el asociado.
   - El objeto indirecto serían, por un lado los bienes y servicios que aporte el asociado, y por el otro la participación que el asociante conceda a cambio de aquéllos.
2. *Consentimiento*:

   A este respecto no existe mayor regla salvo que, por ser un contrato formal, el consentimiento debe ser expreso.

3.2 De validez

1. *Forma*:

   Como ya se dijo, es un contrato formal escrito.
2. *Capacidad*:

   Para celebrarlo se requiere la capacidad general para contratar, a que ser refiere el *artículo 1798* del *Código civil para el Distrito Federal*.
3. *Ausencia de vicios en el consentimiento*:

   No existe ninguna regla especial a este respecto, por lo que es aplicable la legislación civil.
4. *Licitud en el motivo o fin determinante de la voluntad*:

   Tampoco existe a este respecto regla especial.

4. Derechos y obligaciones de las partes

4.1 Derechos del asociante

1. *Aportación de bienes y servicios*:

   §423. El más importante derecho del asociante es el correlativo a la obligación de los asociados de transmitirle una aportación en bienes y servicios.

Es importante decir, que si esta transmisión es de bienes, se entenderá traslativa de dominio frente a terceros, y si es así frente a terceros, entre las partes con mayor razón.

El *artículo 257*, LGSM establece excepciones a este principio cuando señala, por un lado: *[…] a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad […]*, lo cual más que excepción es respetar los principios formales que establezca la ley para la transmisión de propiedad de un bien (escritura pública si es inmueble, endoso si es título de crédito nominativo, entre otros).

Y por otro lado, el mismo artículo establece: *[…] 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 […]* esto en el folio mercantil correspondiente al asociante. Y más adelante: *[…] Aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella*.

2. *Ser titular de la negociación mercantil*:

   §424. El asociante será titular de la negociación mercantil, es decir, será el empresario.

3. *Derecho a percibir las utilidades*:

   §425. El asociante tendrá derecho a percibir las utilidades de la operación o negociación, deducida la participación que le conceda al asociado.

4. *Eventual poder*:

   §426. No siempre sucede, pero es común que se otorgue poder al asociante para realizar actos respecto de los bienes o servicios que sean aportados por el asociado y que no le hayan sido transmitidos en propiedad.

5. *Los demás que se pacten*:

   §427. Esto en virtud de que el *artículo 255*, LGSM establece:

   > En los contratos de asociación en participación se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse.

4.2 Derechos del asociado

1. **§428.** *Participación en las utilidades*:

   Éste es el principal derecho del asociado, y como bien señala el maestro Barrera Graf, no se puede renunciar a él sin desnaturalizar el contrato.[4]

El *artículo 258*, LGSM regula lo relativo a las utilidades y las pérdidas de la siguiente manera:

> Salvo pacto en contrario, para la distribución de las utilidades y de las pérdidas, se observará lo dispuesto en el *artículo 16*. Las pérdidas que correspondan a los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación.

[4] *Ibid*, p. 242.

Recordemos que el *artículo 16*, LGSM establece las siguientes reglas:

I. La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones.

Consideramos que esto aplica a los asociados.

II. Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esa mitad se dividirá entre ellos por igual.

Consideramos que esto aplica a los asociantes.

III. El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas.

Esto aplica también a los asociantes.

Sin embargo, normalmente se pacta algo distinto, con fundamento en que el propio *artículo 258*, LGSM, dice […] *Salvo pacto en contrario* […].

2. **§429.** Derecho a que el asociante le rinda cuentas semestralmente, según dispone el *artículo 43* por remisión del *259*.

5. Supletoriedad

§430. El *artículo 259*, LGSM establece: *[…] Las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones de este capítulo*.

Creemos incorrecto que se hable de disolución, pues siendo un contrato que no genera personalidad jurídica, más bien debe terminar por resolución, por rescisión, por mutuo disenso.

Por lo demás, habrán de aplicarse *mutatis mutandi* las disposiciones de la sociedad en nombre colectivo.

Bibliografía

Abascal Zamora, José María, *Los títulos nominativos en México*, Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina, Porrúa, 1984.

Arcangeli, Ageo, *Los actos de comercio*, México, 1942.

Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 6ª ed., Porrúa, México, 1999.

Arce y Cervantes, José, *De los bienes*, 4ª ed., Porrúa, México, 2000.

Arredondo Galván, Francisco Javier, *Personas físicas nacionales y extranjeras. Régimen jurídico*, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Porrúa y El Colegio de Notarios del D. F. A. C., México, 2003.

Ascarelli, Tullio, *Appunti di diritto commerciale*, Roma, 2ª ed., Foro Italiano, 1933, citado por Motos Guirao, *op. cit.*

Ascarelli, Tullio, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, trad. de Evelio Verdera y Tuells, Bosch, Barcelona, 1964.

Ascarelli, Tullio, *Teoría general de los títulos de crédito*, México, 1947.

Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000.

Bauche Garciadiego, Mario, *La empresa*, Porrúa, México, 1958.

Bonnecase, Julien, *Las perdonas en el derecho civil*, Leyer, Bogotá.

Broseta Pont, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1978.

Cariota Ferrara, Luigi, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli.

Castro y Bravo, Federico de, *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima*, citado por Serick, Rolf, *Apariencia…*, *op. cit.*

Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, 15ª ed., Porrúa, México, 2003.

Colín Sánchez, Guillermo, *Procedimiento registral de la propiedad*, 5ª ed., Porrúa, México, 2001.

Cosack, Honrad, "Tratado de derecho mercantil", trad. Antonio Polo, 12ª ed., *Revista de derecho privado*, Madrid, 1930.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 6ª ed., Porrúa, México, 1998.

Ferrara, *Teorie delle persone giuridiche*, Turín, 1923, citado por Motos Guirao, *op. cit.*

Fischer, *Personenvereinigungen*, Handbuch de Ehremberg, citado por citado por Motos Guirao, *op. cit.*

Floris Margadant, Guillermo, *Derecho privado romano*, 4ª ed., Esfinge, 1977.

Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 41ª ed., Porrúa, México, 2001.
Frisch Philipp, Walter, *Reestructuraciones de las sociedades mercantiles. Repercusiones en los socios*, Oxford University Press, 2000.
Frisch Philipp, Walter, *Sociedad anónima mexicana*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 1996.

Gabarró y Samsó, Enrique y José María Puig Salellas, *Conflictos de leyes en sociedades civiles y mercantiles*, Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1965.
Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil*, 18ª ed., Porrúa, 1973.
Gallino, Eduardo, *Las sociedades mercantiles en el derecho internacional privado y convencional*, Alveroni, República Argentina, 1997.
Galván Hernández, José de Jesús, Tesis profesional: *Fusión de sociedades de distintas nacionalidades y tipos sociales. Concepto, posibilidad, cambio de nacionalidad y efectos fiscales*, Universidad Panamericana, México, 2007.
García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 50ª ed., Porrúa, México, 1999.
García Rendón, Manuel, *Sociedades mercantiles*, 2ª ed., Oxford, México, 2007.
Garrigues, Joaquín, "Formas sociales de uniones de empresas", *Revista de Derecho Mercantil*, 1947.
Garrigues, Joaquín, *Instituciones de Derecho Mercantil*, México, 1953.
Gasperoni, Nicola, *Las acciones de las sociedades mercantiles*, trad. Francisco Javier Osset, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1950.
Gay de Montellá, *Tratado de compañías colectivas, comanditarias simples y por acciones, de responsabilidad limitada, cooperativas y asociaciones de cuentas*, ed. Bosch, Barcelona, 1945,
Geny, Francisco, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1925.
Goldshmidt, Levin, *Storia universale del diritto comérciale*, Torino, 1913.

Ibarrola, Antonio de, *Cosas y sucesiones*, 7ª ed., Porrúa, México, 2001.

Josserand, Louis, *Los móviles de los actos jurídicos en el derecho privado*, trad. Carlos Julio Latorre C. (traducido en 1939), Leyer, Bogotá.

Ladaria Caldentey, Jorge, *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952.
Langle y Rubio, Emilio, *Manual de derecho comercial español*, Barcelona, 1957.
Lehmann, Heinrich, *El negocio jurídico*, trad. José María Nava, Leyer, Bogotá, 2005.
Lozano Noriega, Francisco, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., México, 2001.

Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, 29ª ed., Porrúa, México, 1993.
Marghieri, *Il códice di commercio commentato*, IV, citado por Motos Guirao, *op. cit.*
Martínez Val, José María, *Derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1979.
Meade Hervert, Oliver, *El derecho*, Patria, México, 2007.
Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. Santiago Sentis Melendo, ed. Ejea, Buenos Aires, 1979.
Montellá, Gay de, *Tratado de compañías colectivas, comanditarias simples y por acciones, de responsabilidad limitada, cooperativas y asociaciones de cuentas*, Bosch, Barcelona, 1945.
Motos Guirao, Miguel, "Fusión de sociedades mercantiles", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1953.

Orozco Garibay, Pascual Alberto, *Nacionales, ciudadanos y extranjeros: la población del estado mexicano*, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Porrúa y Colegio de Notarios del D. F. A. C., México, 2003.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho Registral*, 8ª ed, Porrúa, México 2003
Pipia, *Tratatto di diritto comérciale*, Turín, 1914, citado por Motos Guirao, *op. cit.*

Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho mercantil*, 27ª ed., Porrúa, México, 2004.
Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, tomo III, 5ª ed., Porrúa, México, 1981.

Salandra, *Società commerciali*, *Il nuovo digesto italiano*, Turín, 1940.
Salandra, Vittorio, *Curso de derecho mercantil*, México, 1949.
Sánchez Calero, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, 8ª ed., Clares, Valladolid, 1981.
Sánchez Calero, Fernando, *Principios de derecho mercantil*, 7ª ed., McGraw-Hill, Madrid.
Semanario Judicial de la Federación, volumen 109-114, 4ª parte.
Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, trad. José Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958.
Siqueiros, José Luis, *Las reclamaciones internacionales por intereses extranjeros en sociedades mexicanas*, Imprenta Universitaria, México, 1947.
Soto Sobreyra y Silva, Ignacio, *Ley de instituciones de crédito*, 9ª ed., Porrúa, México, 2003.
Soto Sobreyra y Silva, Ignacio, *Régimen corporativo del capital variable en la sociedad anónima*, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Porrúa y Colegio de Notarios del D. F. A. C., México, 2006.
Soto Sobreyra y Silva, Ignacio, *Teoria de la norma jurídica*, 2ª ed., Porrúa, México, 2003.

Uria, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1970.

Vásquez del Mercado, Óscar, *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles*, 9ª ed., Porrúa, México, 2003.

Vidari, *Corso di diritto comérciale*, 5ª ed., Hoepli, Milán, 1901, citado por Motos Guirao, *op. cit.*

Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, 15ª ed., Editorial Tirant le blanch, Valencia, 2002.

Vicente y Gella, Agustín, *Curso de derecho mercantil*, Zaragoza, 1922.

Vivante, César, *Derecho mercantil*, trad. Francisco Blanco Constans, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

Vivante, César, *La unidad del derecho privado en materia de obligaciones*, trad. José de Benito, 5ª ed., Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1925.

Vivante, César, *Tratado de derecho mercantil*, trad. Ricardo Espejo de Hinojosa, ed. Reus, Madrid, 1932.

Wieland, *Handelsrecht*, 1931, II, citado por Motos Guirao, *op. cit.*