

# LA CRISIS DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

RAÚL CERVANTES AHUMADA

SUMARIO: 1. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Referencias históricas. La sociedad comercial y el sistema capitalista; 2. La crisis de la sociedad comercial. Sus causas; 3. Manifestaciones de la crisis de la sociedad en diversos sistemas jurídicos: a) el mundo capitalista; b) el mundo socialista; c) el fenómeno en México; d) la tendencia general.

1. *La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Referencias históricas. La sociedad comercial y el sistema capitalista.* La personalidad jurídica de las sociedades comerciales es una creación del derecho mercantil moderno. Aunque pudieran referirse como antecedentes remotos las *societas publicanorum* del derecho romano, la institución de la personalidad jurídica de las sociedades entre particulares se perfila en el derecho medioeval.<sup>1</sup> Los antiguos ordenamientos (Grecia, Babilonia, Roma) conocieron sólo el contrato de asociación, sin que de él surgiera una persona jurídica distinta de las personas de los asociados.

Desde su origen, se distinguen las sociedades de personas, como la sociedad en nombre colectivo, y las sociedades de capitales, como la anónima. En las primeras, lo más importante es calidad personal del socio, y en las segundas, tal calidad no tiene relevancia, y predomina la estructura del capital.

La actividad mercantil ha sido considerada siempre como especialmente riesgosa, y más aún la actividad marítima. Por ello, los comerciantes han sentido siempre la necesidad de limitar su responsabilidad derivada de la actividad mercantil a que se dedican, afectando a ella sólo el capital comprometido en esa actividad. Para satisfacer tal necesidad, inventaron primero el *préstamo a la gruesa aventura*, en virtud del cual el comerciante que prestaba dinero al naviero tenía derecho a cobrar sólo en el caso de que la aventura naval llegara a feliz término. Después, se inventó el contrato de *comenda*, por medio del cual el comerciante terrestre encomendaba al naviero mercancías para ser vendidas en ultramar, y compartía con el comerciante marítimo los riesgos de la navegación. De la *comenda* derivó la sociedad mercantil con personalidad jurídica distinta de las de los socios que la integraban.

Las sociedades de personas (tipo la colectiva, como ya indicamos) fueron, originalmente, uniones de los herederos de un comerciante fallecido, para mantener la unidad y la continuidad de la empresa.

Las sociedades anónimas, a partir de los grandes descubrimientos geográ-

<sup>1</sup> Cfr. Piero Verrucoli, *Il superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milán, 1964, p. 13.

ficos que ampliaron los horizontes del mundo occidental en los siglos xv y xvi, se convirtieron en auxiliares de los Estados colonizadores, y constituyeron la estructura vertebral del sistema capitalista.

Es la sociedad anónima, según la expresión de Murray Butler,<sup>2</sup> el más grande invento de los tiempos modernos, a juzgar por sus efectos sociales, morales y políticos. “El vapor y la electricidad —agrega dicho autor— son menos importantes que la sociedad anónima. Sin ésta, aquéllos se verían reducidos a una relativa impotencia.” No resulta exagerado agregar que sin las sociedades anónimas, sin el dinero y sin el crédito (que también constituyen grandes inventos del derecho mercantil) el hombre no habría podido surcar los espacios siderales y conquistar la Luna.

Para resaltar la calidad de auxiliar estatal de las primeras grandes sociedades anónimas conviene recordar que el Gobierno de los Países Bajos Unidos, en el decreto en que autorizó la constitución de la Real Compañía Holandesa de las Indias Occidentales (1621), dio a dicha sociedad facultades para “celebrar contratos, pactos y alianzas con príncipes y naturales de los países comprendidos en los límites, a construir fortalezas y fortificaciones, admitir gente de guerra, nombrar gobernadores y funcionarios de justicia y de otras clases para todos los servicios necesarios a la conservación de las plazas, distribución de la justicia y desenvolvimiento del comercio, deportar y cesar funcionarios y colocar otros en su lugar...”<sup>3</sup>

Con el liberalismo, las sociedades anónimas crecieron frente al Estado burgués, al que impusieron, incluso, directrices políticas. Ellas constituyeron las grandes empresas del mundo capitalista, que fabricaban los productos industriales y, entre ellos, los instrumentos bélicos (barcos, cañones, aviones, tanques, etcétera).

Y creció como un fantasma la personalidad jurídica de las sociedades anónimas, desvinculada de los socios integrantes de ellas, los que permanecían, aun en el caso de ser conocidos, jurídicamente separados de las entidades sociales.

2. *La crisis de la sociedad comercial. Sus principales causas.* A fines del siglo xix comenzó a producirse una crisis de las sociedades comerciales. Primeramente responsables de las actividades sociales, fueron desapareciendo porque no ofrecían al comerciante el beneficio de la limitación de la responsabilidad.

Los abusos de la explotación capitalista dieron origen al movimiento o movimientos socialistas y a las correspondientes doctrinas sociales y surge, en las últimas décadas del siglo pasado, el nuevo tipo de la sociedad cooperativa,

<sup>2</sup> Citado por Ernest Mezger en *La Nouveau Regime des Sociétés Anonimes en Allemagne*. París, 1939, p. 13.

<sup>3</sup> Citado por Trajano de Miranda Valverde en *Sociedades ñor Açoes*. Río de Janeiro, 1941, tomo 1, p. 5.

como una forma nueva tendiente a buscar la solución de los problemas sociales. Aun entre nosotros la doctrina cooperavista tuvo eco singular, que dio origen a un acentuado movimiento mutualista y a la implantación de sistemas de socialismo utópico, como el que estableció Alberto K. Owen en Topolobampo, Sinaloa, según concesión otorgada por el presidente Manuel González en 1881 y confirmada por el presidente Porfirio Díaz en 1886.<sup>4</sup>

Con su actitud abusiva frente al Estado, las sociedades anónimas se convirtieron en los principales instrumentos jurídicos para la constitución de los grandes monopolios, lo que produjo en su contra un clamor público que hizo reaccionar a los legisladores, aun en países como los Estados Unidos, donde se dictaron leyes como la Sherman Act y la Clayton Act,<sup>5</sup> que prohibieron la concentración monopolística de las empresas y sometieron a control estatal a las sociedades anónimas.

Se produjo una marcada reacción del Estado para reasumir funciones que había delegado en las sociedades anónimas, y es significativo observar que éstas, que hasta el inicio de la segunda Guerra Mundial habían construido todos los aparatos bélicos, no construyeron el mortífero instrumento de la bomba atómica, la que se elaboró bajo control exclusivo del Estado.

Al implantarse el sistema socialista en algunos países después de la primera Guerra Mundial, en tales países quedó eliminado el comerciante capitalista, y con ello, eliminada la mayoría de los tipos de sociedades mercantiles tradicionales, de las que perduran sólo la sociedad anónima, transformada en instrumento directo del Estado, y la sociedad cooperativa, constituida exclusivamente con socios pertenecientes a la clase trabajadora.

La crisis de las sociedades mercantiles, o más propiamente hablando, de la personalidad jurídica de las sociedades como instrumento separatorio de los patrimonios de los socios integrantes, alcanza su clímax en la segunda Guerra Mundial. Las sociedades mercantiles en que existían intereses de nacionales de los países enemigos, fueron intervenidas por los gobiernos de los países beligerantes, a pesar de ser las sociedades personas jurídicas que gozaban de la nacionalidad de dichos Estados. Como se indica en la expresión inglesa que adelante citaremos, *se descorrió el velo de la personalidad jurídica* para descubrir los intereses enemigos.

3. *Manifestaciones de la crisis de la sociedad comercial en diversos sistemas jurídicos:* a) *el mundo capitalista.* Ya indicamos que en los países capitalistas los legisladores reaccionan contra la actividad de las sociedades mercantiles, como en el caso de las leyes antimonopolistas y en los de empresas con intereses de nacionales de países enemigos.

<sup>4</sup> Cfr. Rosendo Rojas Coria, *Tratado del cooperativismo mexicano*. México, FCE, 1952, Thomas a Robertson, "A Southwestern Utopia". *Utopia in Sinaloa*. Los Angeles, Cal., 1947. José C. Valadés, *Topolobampo, la metrópoli socialista del noroeste*. México, FCE, 1939.

<sup>5</sup> Harry G. Henn, *Handbook of the Law of Corporations*. St. Paul, Minn., 1961.

También la jurisprudencia se ha mostrado activa, principalmente en los países anglosajones, en los cuales, por medio de la jurisdicción de equidad, se ha establecido la doctrina llamada de la *disregard of legal entity*<sup>6</sup> (desconocimiento de la entidad legal), la que ha permitido *to look the man behind the mask* (ver al hombre detrás de la máscara).

Con aplicación de tales ideas, la jurisprudencia angloamericana, tras recorrer un camino accidentado salpicado de soluciones contradictorias,<sup>7</sup> ha llegado al desconocimiento de la separación patrimonial entre socios y sociedad y ha extendido a los socios la responsabilidad ilimitada de aquélla, en casos en que se le ha utilizado como instrumento para defraudar a terceros particulares o al fisco.<sup>8</sup>

Los tribunales norteamericanos han resuelto que se puede descartar o sobrepasar la personalidad jurídica de las sociedades "cuando el concepto de personalidad jurídica se emplea para defraudar a los acreedores, para sustraerse a una obligación preexistente, para soslayar la aplicación de una ley, para lograr o conservar un monopolio o para proteger a bribones o delincuentes",<sup>9</sup> casos en los que "los tribunales podrán rescindir la traba de la persona jurídica y estimarán que la sociedad es un conjunto de hombres y mujeres que participan en tales hechos, haciendo justicia entre personas reales".<sup>10</sup>

Las tesis anotadas se fundan en la teoría llamada de la *penetración*, porque se penetra a través del velo para descubrir a quienes se encuentran "detrás de la máscara" (*to look the man behind the mask*).

Y la tesis central de la relatividad de la personalidad jurídica, por caminos diversos, se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia comparada.<sup>11</sup>

Existen resoluciones que *levantan la máscara* en la jurisprudencia alemana y en la jurisprudencia suiza.<sup>12</sup>

En España los tribunales han llegado a la misma solución por la llamada *teoría de los terceros*. Se ha resuelto que si una sociedad es utilizada para defraudar y los afectados atacan el negocio fraudulento realizado, la propia sociedad y sus socios no pueden considerarse como terceros de buena fe en relación con tal negocio, sino que todos habrán sido participantes en el mis-

<sup>6</sup> Henn, *op. cit.*, pp. 303 ss. Héctor Masnatta, *El abuso del Derecho a través de la persona colectiva*. Rosario, Argentina, 1967. C. A. Cooke, *Corporation, Trust and Company*. Manchester, 1950. Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Trad. de J. Puig Brutau, Barcelona, 1956.

<sup>7</sup> Cfr. Tulio Ascarelli, *Il Negozio Indiretto*, en *Saggi Giuridici*, Milán, 1949.

<sup>8</sup> Cfr. Masnatta, *op. cit.* Serick, *op. cit.*

<sup>9</sup> Cooke, *op. cit.* Masnatta, *op. cit.*

<sup>10</sup> Masnatta, *op. cit.* Cooke, *op. cit.*

<sup>11</sup> Conf. Masnatta, *op. cit.*

<sup>12</sup> Serick, *op. cit.* Masnatta, *op. cit.*

mo, y la sociedad habrá servido simplemente de velo para ocultar a los socios, que deberán ser considerados como los verdaderos defraudadores.<sup>13</sup>

En Francia, para semejante solución, el camino ha sido diverso. La jurisprudencia ha considerado que la sociedad es una cosa incorporal, que constituye un bien que es propiedad de los socios, y que cuando éstos fundan sociedades para alcanzar fines ilegítimos, o los persiguen usando a la sociedad como instrumento, abusan de su derecho y son, en consecuencia, responsables de los actos defraudatorios cometidos por la sociedad.<sup>14</sup>

En Italia no conocemos antecedentes jurisprudenciales; pero doctrinalmente se ha pretendido fundar la relatividad de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, por la teoría de la simulación de los actos jurídicos o por la teoría del negocio jurídico indirecto.<sup>15</sup> Consideramos que el mejor planteamiento lo ha hecho el malogrado maestro Julio Ascarelli, quien observó que “en realidad, la práctica ha utilizado para el ejercicio individual del comercio el instrumento de la persona jurídica con patrimonio separado, elaborado por la ley para la sociedad; la práctica, en ausencia de disciplina especial a este propósito, tiende a servirse para el comercio individual, de los principios que disciplinan la constitución y la subsistencia de un patrimonio separado en cuanto al comercio social... El fin buscado por la práctica no me parece ilícito en sí mismo; aunque podría resultar ilícita la utilización de esa situación”.<sup>16</sup> Por ejemplo, no sería ilícito, en términos generales, constituir una sociedad anónima unipersonal, para ejercer el comercio con limitación de la responsabilidad, logrando la constitución de un patrimonio separado, afectado al objeto de la sociedad; pero sería ilícito constituir una sociedad de ese tipo con el objeto de devenir insolvente en perjuicio de los acreedores.

En Argentina la jurisprudencia ha ido aceptando la relatividad de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, con apoyo en la teoría de la penetración.<sup>17</sup>

Podemos afirmar que, en general, en todos los países de economía liberal la doctrina de la relatividad de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles va siendo adoptada, para evitar que sean utilizadas como instrumentos de defraudación. Se tiende a levantar el velo y encontrar, detrás de la pantalla de la sociedad, a los verdaderos responsables de los actos ejecutados a nombre de ésta.

b) *El mundo socialista*. Como indicamos ya, en los países socialistas han desaparecido o tienden a desaparecer las sociedades mercantiles de tipo capi-

<sup>13</sup> Serick, *op. cit.*

<sup>14</sup> Cfr. Masnatta, *op. cit.*

<sup>15</sup> Domenico Rubino, *Il Negozio Giuridico Indiretto*. Conf. Ascarelli, *op. cit.*

<sup>16</sup> Ascarelli, *op. cit.*

<sup>17</sup> Masnatta, *op. cit.*

talista clásico, como la sociedad anónima, y en donde perduran algunos tipos de ésta, se trata de instrumentos estatales. Sólo la sociedad cooperativa perdura, socializada, en la mayoría de los países de ese mundo. Cuba es una excepción, por ser utilizada muy parcamente la cooperativa en dicho país.

c) *El fenómeno en México.* Como hemos indicado ya, las sociedades de tipo personalista (colectivas, en comandita) prácticamente han desaparecido de nuestro medio.

Por lo que respecta a la anónima y a la llamada de responsabilidad limitada, son usuales en nuestra práctica comercial, y el Estado las utiliza profusamente para cubrir con su ropaje jurídico a instituciones que, en el fondo, son entidades descentralizadas del poder público. Existen más de doscientas sociedades de esos tipos, que las acciones o partes sociales son propiedad del Estado o que están sometidas a un absoluto control estatal.<sup>18</sup>

En el Derecho Administrativo se ha levantado el velo de las sociedades mercantiles, en los casos en que las leyes fiscales responsabilizan a quienes administran a una sociedad, y en caso de la Ley para la Venta al Público de las Acciones de las Sociedades Anónimas.

A su vez, nuestra jurisprudencia ha levantado el velo en sentido inverso al estudiado, y ha sentado el principio de la relatividad de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas, al determinar que cometen peculado, esto es, delito contra el patrimonio estatal, los empleados y funcionarios de los bancos nacionales. En estos casos, se relativiza la personalidad de la sociedad y se reconoce que ella no es sino un instrumento para que, a través de ella, el Estado ejerza el comercio.

Hasta hoy, que sepamos, no se ha presentado ante los tribunales el problema de la sociedad utilizada como instrumento para que los socios defrauden a terceros particulares. Pero creemos que el problema debería resolverse admitiendo la tesis de la relatividad de la personalidad jurídica de las sociedades, concibiendo a la institución de la personalidad como un instrumento que el ordenamiento jurídico ha puesto a disposición de los particulares comerciantes para actualizar la limitación de su responsabilidad respecto de una actividad mercantil determinada.<sup>19</sup> Los comerciantes podrán usar dicho instrumento jurídico en su personal beneficio, sin otra limitación que la de la buena fe que debe presidir todas las transacciones comerciales. Consecuentemente, si la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles es utilizada como un instrumento de defraudación, tal instrumento jurídico deberá perder toda eficacia. Ninguna institución jurídica puede, en principio, ser instrumento al servicio de la mala fe.

<sup>18</sup> *Manual de organización del Gobierno Federal.* 1969-1970.

<sup>19</sup> Cfr. Antonio Brunetti, *Tratado del Derecho de las sociedades.* Trad. de Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires, 1960, tomo 1, p. 211. Dice que "la personalidad es forma jurídica y pura creación del Derecho".

d) *Tendencia general.* Debemos advertir, además, que en general, el Estado contemporáneo tiende a entender el ejercicio del comercio como una función pública; que en consecuencia, es cada día mayor y más intensa la intromisión del Estado en el campo comercial, y que la intervención estatal en la vida económica reduce, naturalmente, el campo de acción de las sociedades mercantiles de interés particular.