

CAPITULO SEPTIMO

Sociedades especiales y formas anómalas

61. Distinciones	149
62. Sociedades de autores.	153
63. Sociedades de capital variable	155
64. La sociedad de responsabilidad limitada de interés público	158
65. Las sociedades de inversión	158
66. Instituciones de crédito, de seguros y de fianzas	160
66. a. Situación de las instituciones de crédito como consecuencia del Decreto de Nacionalización de la Banca	161
66. b. Las acciones o cuotas de sociedades que hubieran pertenecido a los bancos expropiados, y la situación de dichas sociedades	165
66. c. La situación del Banco de México.	166
67. Sociedades anónimas, agentes de seguros y agentes de valores.	167
68. Bolsas de Valores.	168
69. Sociedades anónimas que ofrezcan acciones al público	169
70. Sociedades controladoras y controladas	169
71. Sociedades con capital extranjero	171
72. Formas anómalas de sociedades: Anomalías en las A.C.	171
73. Asociaciones mercantiles anómalas	173
74. Anomalías en las sociedades civiles	175
75. Sociedades personales con socios que sean sociedades de responsabilidad limitada	179
76. Sociedades con responsabilidad limitada de algunos o todos los socios en los que ellos asuman una responsabilidad adicional al pago de sus aportaciones.	179
77. Sociedades con responsabilidad ilimitada de los socios comanditados, y de todos ellos, en los que se limite su responsabilidad	182
78. Sociedades en comandita cuyo socio comanditado sea una sociedad de responsabilidad limitada. (S. de R.L. o S.A.)	182
79. S. de R.L., o S.A., no inscritas, cuyos socios sean administradores	183
80. Sociedades mercantiles personales o S. de R.L., por acciones	184
81. Sociedades durmientes	185

CAPÍTULO SEPTIMO

SOCIEDADES ESPECIALES Y FORMAS ANÓMALAS

61. *Distinciones*

Distinguimos ambos supuestos; el primero, sociedades especiales, tanto se refiere a las constituidas de acuerdo con los modelos y los tipos a que se refieren los artículos 2688 C. Civ. y 1o. LGSM, pero que han merecido una reglamentación especial, o sea el caso de las sociedades de autores, de las sociedades de capital variable (artículos 213 a 221 LGSM), de la S. de R.L. de Interés Público (Ley de SRL de IE, D.O. 31/VIII/34), y de las sociedades de inversión, que siempre son anónimas (ley de sociedades de inversión, D.O. 31/VIII/65); como también se refiere a las sociedades anónimas con notas y requisitos distintos a los que rigen a dicho tipo social según la LGSM, y que se dedican a actividades bancarias, de seguros, de fianzas, o sea las respectivas instituciones y sus organizaciones auxiliares, las operaciones bursátiles a través de casas de bolsas y de bolsas de valores (LMV, artículos 23, 24 bis, 31 y ss.), las S.A. que ofrezcan acciones al público (artículo 81 *ibid*); en fin, las sociedades controladoras, que recientemente, para efectos fiscales, han merecido una regulación especial en la LIR (D.O. 31/XII/81).

El segundo supuesto, formas anómalas de sociedades, se refiere a figuras sociales que no están reguladas específicamente en las leyes sobre sociedades, pero cuya creación y funcionamiento no están expresamente prohibidas por el derecho positivo, y que sí son permitidas por los usos y la práctica comercial. Son sociedades mercantiles que no cumplen la función y el destino de los diferentes tipos de sociedades, o que no encuadran plenamente dentro de las categorías de sociedades y asociaciones, como ellas están definidas en el C. Civ. (artículos 2670 y 2688), y como están reglamentadas en ese ordenamiento y en las LGSM, LSC o LIS. No se trata de nuevos tipos, sino que, dentro de las figuras reguladas, son figuras peculiares (anómalas) que no regula el ordenamiento positivo, pese a que en ocasiones adopten esquemas o tipos nominados, como sucede con la sociedad unimembre y en general con las sociedades a las que falta uno de los socios que las deban integrar (sociedades heteropénicas, según el neologismo propuesto por

Mantilla Molina;³⁶² con los grupos de sociedades que se constituyan con notas especiales, como asociaciones, sociedades civiles, o inclusive como sociedades de capitales (S. de R.L., o S.A.);³⁶³ regulares e irregulares, o bien, con sociedades normalmente constituidas, que inclusive se inscriban en el Registro, pero que no lleguen a funcionar o después dejen de hacerlo (*sociedad durmiente*, v. *infra*, núm. 81).

Podría también hablarse de situaciones anómalas para hacer referencia a aquellas sociedades que se constituyan de acuerdo con las figuras de las sociedades civiles, a pesar de faltarles un elemento esencial (como es el caso del capital social y el de las aportaciones de los socios, v.g., en la sociedad conyugal, *infra*, núm. 124, o en las sociedades de autores, *infra*, núm. 62); o bien, que se organicen de acuerdo con alguno de los tipos enumerados en el artículo 1o. LGSM, pero que no persigan fines de lucro (que es el concepto de sociedades mercantiles de la LIR artículo 10). La anomalía, en este último caso, consistiría en que las sociedades estarían comprendidas en la definición legal de la sociedad civil que ofrece el artículo 2688 C. Civ., y no obstante, por el hecho de adoptar el tipo de una sociedad mercantil, adquieren este carácter. En realidad, este supuesto, que en otros derechos sí sería anómalo si se toma en cuenta el problema de la distinción entre sociedades civiles y comerciales (derecho español, francés, argentino, brasileño), no constituye una anomalía entre nosotros, por basarse en textos expresos de nuestro derecho positivo. Más bien se trata de un anacronismo, sobre todo si se piensa en sociedades de estructura capitalista como la anónima, que, sin embargo, tienen una finalidad distinta y hasta opuesta al tráfico y a la especulación.³⁶⁴

A esos fenómenos, así como a situaciones jurídicas que operan al margen de la ley y que en ocasiones llegan a ser ilícitas (por ejemplo, las "combinaciones de productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, sin autorización o regulación del Estado", que indica el artículo 4o. fracción II de la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en materia de monopolios), y que dan lugar a interesantes figuras, con características propias y distintas de las reglamentadas en las legislaciones civil y comercial, las denominamos *sociedades o asociaciones anómalas*, en cuanto que se apartan de los tipos sociales propios y aun de las sociedades irregulares.³⁶⁵ No las llamamos irregulares, como pudiera

362 La sociedad heterapénica, en los recientes *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vázquez del Mercado*, Porrúa, México, 1982, pp. 687 y s. También deberían considerarse las sociedades anónimas sin accionistas, meros patrimonios de afectación o destinados a ser liquidados; *cfr.* Houin, R., "La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial", en *La distinction de droit privé et du droit public et l'entreprise publique*, Sirey, París, 1952, pp. 18 y s.

363 Estas figuras anómalas también se dan en relación con los contratos mixtos y con la combinación de tipos contractuales; *cfr.* Betti, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, tomo, II, pp. 74 y s.

364 En los Estados Unidos de Norteamérica, país capitalista por antonomasia, son frecuentes las *corporations* con fines de beneficencia. *Cfr.* Ballantine, núm. 314, pp. 725 y s.

365 Betti, cit. p. 70 y s., también distingue los contratos anómalos de los irregulares. "Se califican de irregulares aquellos negocios que entran. . . en una hipótesis legal típica de con-

ser desde el punto de vista terminológico, porque las sociedades irregulares, y en su sentido más amplio, las irregularidades en las sociedades, constituyen fenómenos jurídicos específicos aplicables a cualesquiera de los tipos de la LGSM (y quizás también de las sociedades mutualistas, dados los términos del artículo 78, fracción I LIS), que se caracterizan, por falta de publicidad legal en el Registro Público de Comercio o falta de algún requisito que les es propio (*infra*, núm. 101).

Ascarelli,³⁶⁶ para el derecho italiano derogado (que en este sentido era igual que el nuestro vigente, artículo 2747 C. Civ.), hablaba también de "sociedades anónimas anómalas", para referirse a distintas figuras que constituyen especies diversas de la S.A. Algunas de éstas, como las que persiguen fines de beneficencia, deportivos, cívicos, etcétera, que en el ordenamiento italiano constituyen anomalías, en cuanto al carácter esencialmente lucrativo de las sociedades mercantiles, no son anómalas en México, por las razones antes invocadas (artículos 2688 y 2695 C. Civ.). En cambio, otras anónimas anómalas a las que el mismo autor alude, "que más que perseguir un fin de lucro se proponen conceder a los socios determinados servicios, o bien, que se limitan a la tutela de determinados intereses colectivos",³⁶⁷ sí se practican en México. De aquéllas, son ejemplo los clubes deportivos privados, en los que el fin de la sociedad consiste en presentar servicios de esa naturaleza a los socios y a los familiares, mediante el pago de cuotas periódicas, que son adicionales y ajenas, por supuesto al valor de las acciones. Estas estipulaciones del contrato social, que violan el principio de la responsabilidad del accionista limitada al valor de las acciones que suscriba, evidentemente significan anomalías para la sociedad que las contiene.

También pueden darse ejemplos en nuestro derecho de sociedades que sólo, o que fundamentalmente, persiguen la satisfacción de los intereses profesionales de los socios, en los casos de los consorcios y de las sociedades cooperativas y mutualistas. Nos referimos, por una parte, a los consorcios de seguros y de fianzas, que según los artículos 11 LIS y 9o. LIF, son organizaciones auxiliares "formadas por instituciones de seguros (o de fianzas) . . . con objeto de presentar. . . un servicio de seguros (de fianzas), de manera habitual, a nombre y por cuenta de dichas instituciones. . . o celebrar en representación de las mismas, contratos de resaseguro o coaseguro. . ." (de reafianzamiento o cofianzamiento). Esta figura es distinta a las que se indican en el párrafo anterior, ya que se trata de una socie-

trato, pero cuya disciplina presenta algunas modificaciones". Cita como ejemplos al arrendamiento, al depósito y a la prenda irregulares, pero también debe incluirse la sociedad irregular. De los anómalos, afirma este ilustre jurista que "son contratos que responden a una tipicidad no legislativa sino social, y que a menudo reciben, en consecuencia, una particular y expresa disciplina, cuando el derecho les reconoce una exagerada importancia en la vida social. Son. . . consideraciones históricas. . . las que llevan a clasificar estos contratos en la categoría de los negocios anómalos inominados. . ." (p. 72).

³⁶⁶ *Il negozio indiretto*, pp. 85 y s.

³⁶⁷ Ascarelli, *op. cit.*, p. 88.

dad que actúa, no a nombre y por cuenta propia, sino, de acuerdo con dicho precepto, en representación de las instituciones de seguros o de fianzas; o sea que estos consorcios actúan como representantes de las sociedades que las constituyen, a pesar de lo cual se les otorga injustificadamente personalidad jurídica propia, pero la ley que exige que sean sociedades (artículo 11 párrafo 2o. LIS; el artículo 4o. bis LIF es omiso), no precisa qué tipo de sociedades sean, o si se trata de asociaciones como nosotros creemos.

Por otra parte, aludimos a los consorcios que tienen una finalidad semejante a las sociedades que se indican antes, y que son agrupaciones de productores. Respecto a éstas, la ley que los rige establece que "no deben tener finalidad de lucro", y que "podrán constituirse dentro del tipo de sociedad de responsabilidad limitada de interés público y capital variable, o bien, en otro de los tipos que la ley mercantil o las leyes civiles autoricen" (artículo 4o. fracción II del Decreto que reglamenta el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere la fracción II del artículo 4o. de la Ley Orgánica del artículo 28 constitucional).

Igualmente, respecto a las uniones de crédito, en sus distintas modalidades, o sea agropecuarias, industriales, comerciales y mixtas (artículo 85 LIC), cuyos fines principales son mutualistas (artículo 86), la ley exige que se constituyan como anónimas (artículo 87), con características distintas de la S.A. ordinaria; *v.g.*, fracción VIII, que "ningún socio podrá ser propietario de más de 7% del capital social pagado", lo que impone que el número mínimo de socios sea de 15, en lugar de 5; que los socios no puedan pertenecer "a dos o más uniones de crédito que correspondan a un mismo tipo"; que el Consejo de Administración no podrá ser inferior a siete, y que "cada grupo minoritario que represente por lo menos un 15% del capital pagado, tendrá derecho a nombrar un consejero" (fracción VII).

En fin, las sociedades y asociaciones de profesionales liberales (abogados, economistas, licenciados en administración de empresas, arquitectos, etcétera); en cuanto que sus socios no ejerzan en común, sino individualmente, la actividad profesional, también constituyen figuras anómalas.³⁶⁸

Desde otro punto de vista, si bien es cierto que los particulares no pueden crear nuevas figuras, es posible —y hasta frecuente— que el tipo que elijan no corresponda del todo o sustancialmente con el reglamentado por la ley bajo el nombre elegido (es decir, que sea discordante), y sí, en cambio, corresponda con otro tipo legal. Digamos que crean una S.A., o una S. de R.L., en las que alguno o todos los socios respondan ilimitadamente de las obligaciones sociales; o bien, una S.A. en la que alguno o algunos socios se obliguen a hacer aportaciones suplementarias, o una S. en N.C. en la que algunos socios respondan limitadamente; o en fin, casos en que, en virtud de la transformación de un tipo social a otro,

368 Así opinan Casanova, Mario, "Società ed Impresa", en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia e Diritto Sociale*, 1949, pp. 6 y 7, y Romano-Pavoni, *Teoría*. . . p. 232.

subsisten en el nuevo tipo, elementos del anterior que le sean incompatibles. En estos casos, también anómalos, sobre el aspecto formal o del tipo elegido por los socios debe prevalecer su voluntad real, siempre que no se deroguen principios de orden público respecto al nuevo tipo que se trate de aplicar, ni que se desvirtúe el tipo elegido de sociedad, ni, en fin, que se afecten derechos de los terceros y de los mismos socios.³⁶⁹

62. Sociedades de autores

La reglamentación de esta figura data de la "Nueva Ley Federal sobre el Derecho del Autor" de 31/XII/56, capítulo VI, artículos 93 a 117, cuyas disposiciones se reprodujeron literalmente en la ley vigente (Ley Federal de Derechos de Autor —LFDA— D.O. 21/XII/63), que fue reformada el 11/I/82.

Se trata de sociedades civiles, porque tal naturaleza tiene el derecho de autor, y porque esas curiosas sociedades ni tienen fin especulativo, ni adoptan tipo alguno de los enumerados en el artículo 1o. LGSM. Sin embargo, no caben en la definición legal del artículo 2688 C. Civ., ni cumplen con los requisitos que señala la fracción IV del artículo 2693 *ibid*, por lo que resulta dudoso que, desde el punto de vista técnico, estemos realmente en presencia de sociedades; más bien se trata de asociaciones civiles.

En efecto, en las sociedades de autores, no se da la obligación de aportar (capitales o industria) por parte de los socios, y en consecuencia, carecen de capital social, en el sentido propio del término. Es dudoso, inclusive, si su finalidad sea de carácter *preponderantemente económico*, ya que el artículo 97 LFDA, enumera las finalidades; y los "beneficios económicos" que las sociedades deben procurar para sus socios (fracción III) figuran después de otra, de naturaleza distinta: "fomentar la producción intelectual de sus socios y el mejoramiento de la cultura nacional" (fracción I); "defender las obras de sus socios" (fracción II); y "procurar los mejores beneficios económicos y de seguridad social para sus socios" (fracción III). No obstante, si se considera el artículo siguiente, o sea el 98, el carácter económico puede derivar de que las atribuciones (o sea las facultades de la sociedad, no su fin o su causa), sean las de "recaudar y entregar a sus socios, así como a los autores extranjeros de su rama, las participaciones pecuniarias provenientes de los derechos que les correspondan" (fracción II primer párrafo).

Ahora bien, según lo dispuesto por el artículo 93, "las sociedades de autores tienen personalidad jurídica y patrimonios propios". Aquella se subordina a que las sociedades se inscriban en el registro que les es propio, o sea, el Registro del Derecho de Autor (artículo 113), ya que el artículo 94 indica que "solamente podrán ostentarse como sociedades de autores y ejercer las atribuciones que

³⁶⁹ Sobre este problema y la opinión que sustentamos arriba, v. Mignoli, cit. vol. I, y s. Sobre estos temas, volvemos adelante.

esta ley señala (o sea, que sólo pueden funcionar) las constituidas y registradas conforme a las disposiciones de la misma.

En cuanto a su patrimonio, éste no se forma, como decíamos, con aportaciones de los socios, sino exclusivamente con deducciones que la sociedad efectúe, que no excedan del 20% de las cantidades recaudadas por su conducto para sus socios radicados en el país", y no más del 25% (artículo 104) de "las cantidades que perciban por la utilización en el país de obras de autores extranjeros". Dicho patrimonio está destinado (y está limitado en los porcentajes máximos antes señalados) a cubrir los gastos de la sociedad.

En cuanto a la naturaleza y a las funciones de las sociedades de autores, se trata de actividades de gestión y de representación de sus socios ante terceros (los editores, cesionarios y adquirentes de obras intelectuales), para el cobro y recaudación de regalías por derechos de autor; y sólo pueden ser socios de ellas los autores "mexicanos o extranjeros domiciliados en la República Mexicana", así como "los causahabientes físicos del derecho patrimonial del autor, siempre y cuando las obras, respecto de las cuales tengan derecho, se estén usando y explotando en los términos de la ley" (artículo 95). Curiosamente, se trata de una representación forzosa que atribuye la misma ley (artículo 98, fracción I), y que va más allá de lo razonable, porque en las gestiones judiciales que se realicen, se coloca a los representados, no como interesados directos, sino como coadyuvantes de la sociedad-representante.

Además, en virtud de una absurda modificación que sufrió el 11 de enero de 1982 el artículo 98, fracción II, párrafo segundo y tercero de la LFDA, se concede a la sociedad el derecho de recaudar regalías correspondientes a autores nacionales (párrafo tercero), "si en el caso de que en el término de dos años, el autor no haya recaudado las percepciones a que tienen derecho"; en tal supuesto, la sociedad debe entregar el monto de lo que recaude (menos las deducciones de que habla el artículo 104) a un fideicomiso de administración al que se refiere la misma ley (y que, según la información recibida, todavía no se constituye, a pesar de que hace más de un cuarto de siglo —1956— que se previó); y como si lo anterior fuera poco, el párrafo segundo concede a las sociedades la facultad de "recaudar en el país, y sin que sea preciso tener representación alguna de los derechos que se generen por la utilización pública, en cualquier forma, de las obras de autores extranjeros, quedando supeditada la entrega de dichas recaudaciones a los autores extranjeros, o a las asociaciones que los representen en su caso, con base en el principio de reciprocidad".

Huelgan comentarios a precepto semejante que suponen privación de derechos de nacionales y extranjeros sin juicio previo, y sin cumplir formalidad alguna (artículo 14 constitucional), y que en el caso de autores extranjeros puede llegar a la confiscación de sus derechos, en contra de lo previsto en el artículo 22 constitucional. En la práctica, tales desmesurados y censurables derechos que se conceden por la ley a las "sociedades autorales" (que ya otorgaban las leyes de

1956 y 1963 aún antes de la reforma de 1982), sólo puede propiciar abusos y corruptelas, lo que urge evitar o remediar derogando esas disposiciones, que fueron aprobadas por el Poder Legislativo y promulgadas por el Ejecutivo, de manera tan inconsulta e irresponsable.³⁷⁰

63. *Sociedades de capital variable*

Nos referimos en este apartado al régimen de la variabilidad del capital social, que los fundadores al constituir la sociedad, o la junta o asamblea de socios cuando esté ya funcionando, pueden elegir para la sociedad respectiva. Se trata, dicen la Exposición de Motivos de la LGSM y nuestra doctrina, de una simple modalidad, y no de un nuevo tipo social,³⁷¹ que se puede elegir y que distingue a las sociedades que lo adoptan, del de las sociedades de capital fijo.³⁷²

“Cualquiera, dice el último párrafo del artículo 1o. LGSM, de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo, podrán constituirse como sociedades de capital variable, observándose entonces las disposiciones del capítulo VIII de esta ley”.

Como se ve, la norma excluye a las sociedades cooperativas (artículo 1o., fracción VI), y ello es porque en éstas, el capital variable constituye una nota esencial (artículo 1o., fracción IV LSC), y no meramente facultativa.

Considero que las de capital variable son sociedades especiales, distintas a las de capital fijo, primero, por estar exentas de las formalidades que la LGSM fija respecto a variaciones de su capital social (aumentos y disminuciones), y estar sujetas, en cambio, a formalidades especiales, que fija la LGSM; y en segundo lugar, por no aplicárseles ciertos principios que para las sociedades de capital fijo establece la LGSM, los cuales restringen el derecho de retiro (artículo 206), que en forma más amplia se permite para las sociedades de capital variable (artículos 213, 216, 220 y 221).

En efecto, el artículo 213 de dicha ley, primero del capítulo VIII que regula a estas sociedades, indica que en ellas, “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 por este capítulo”.

³⁷⁰ Al parecer esta reforma formaba parte de un “paquete legislativo” que la “Diputación obrera” había sometido para discusión al Congreso de la Unión, y al que por razones políticas no se había dado curso. Cuando los líderes de ese grupo protestaron por tal técnica dilatoria, quienes controlaban esos tortuosos procesos legislativos sacaron del “paquete”, propuestas secundarias, como ésta, a cambio, de no dar curso a otras más importantes, como la semana de cuarenta horas de labores, la sindicación de los empleados bancarios, etcétera, sobre las “Sociedades autorales”, en México, V. García Moreno V.C., *Sociedades autorales, ámbito internacional y práctica mexicana*, Facultad de Derecho, División de Universidad Abierta, México, s/f, pp. 23 y s.

³⁷¹ Mantilla Molina, núm. 608, p. 423 (18a.); Nogués, Francisco F., *Sociedades de capital variable* (Tesis profesional), México, 1935, p. 57.

³⁷² Ciertas sociedades anónimas especiales deben ser de capital variable, como las bolsas de valores (artículo 31, LMV); igualmente, la S de RL de I.P. (v. *infra* núm. 62).

En nuestra práctica corporativa, la diferencia entre ambas modalidades, capital fijo y capital variable, no se limita, como se desprende de dicho artículo 213 LGSM, a distintas formalidades (la principal es que se omita la escritura notarial, si el acuerdo no se adopta, tratándose de S.A., por asambleas extraordinarias, artículos 216, párrafo segundo y 194 tercer párrafo LGSM), sino que se hace extensiva a requisitos de publicidad, lo que, en nuestra opinión, no se justifica respecto a sociedades por acciones (S.A. o S. en C. por A.), para las que el artículo 21, fracción XII C. Co. exige la inscripción de aumentos o disminuciones sin condicionarla a que unas y otras supongan modificaciones del contrato social.

No debe considerarse a la inscripción en los registros como una de las formalidades del acto o negocio relativo (que el artículo 213 LGSM exime); porque mientras que éstas se refieren a requisitos de existencia (si se trata de actos solemnes), o de validez del negocio mismo, cuya omisión da lugar, en los contratos de cambio, a su inexistencia o nulidad (artículos 2224, 2228 y ss. C. Civ.), la inscripción en el Registro es un elemento de publicidad del acto o negocio que no afecta su existencia o su validez y cuya omisión sólo provoca su inoponibilidad a terceros.

Es cierto que la adopción del régimen de capital variable permite que los aumentos o las disminuciones del capital social no impliquen modificaciones a la escritura social, cuando no se reduzca el capital mínimo que debe señalarse en el contrato social (artículo 217 LGSM), o no se incremente el máximo, si éste se indica en la escritura (porque es frecuente que se señale que éste es indeterminado); y por tanto, que ni los aumentos ni las reducciones tuvieran que inscribirse en los términos de la LGSM (artículo 260), pero también es cierto que las disposiciones del C. Co. que regulan al Registro Público de Comercio, no sólo exigen la inscripción de "las escrituras de constitución de sociedad mercantil. . . así como las de modificación. . . de las mismas. . ." (artículo 21, fracción V), sino también del "aumento o disminución del capital efectivo en las sociedades anónimas y en comandita por acciones" (fracción XII, *ibid.*), independientemente de la reforma de la escritura constitutiva.

La aplicación de esta norma a las sociedades de capital variable provoca que aumentos o disminuciones que no se inscriban en el Registro de Comercio, no sean oponibles en contra de terceros, quienes, en cambio, "sí pueden aprovecharlas en lo que les fuere favorables" (artículo 26 C. Co.). Los aumentos de capital no podrían perjudicar a los acreedores particulares de los socios y sí favorecer a los acreedores de la sociedad; las reducciones de aquél, por el contrario, no perjudicarían a estos acreedores y sí podrían favorecer a los acreedores de los socios.

En el régimen de capital variable, los aumentos del capital son los mismos que en las sociedades de capital fijo, o sea por "aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios" (artículo 213), salvo que en las S.A. de C.V. (y en las de S. en C. por A. de C.V.), pueden emitirse las llamadas entre nosotros

acciones de tesorería (artículo 216, párrafo segundo *in fine*,³⁷³ o sea, "acciones emitidas pero no suscritas" (razón por la cual no se trata propiamente de acciones); sin que dicho régimen suponga, ni menos permita, que no se respeten principios que se aplican respecto a aumentos (el derecho de preferencia, artículos 72 y 132) y a aportaciones (artículos 64, 89 fracciones III y IV, 118 y 121, 141).³⁷⁴

Si se trata, en cambio, de disminuciones de capital, se concede a los socios un amplio derecho de retiro (artículos 213, 220 y 221), que provoca que la reducción mediante reembolso pueda hacerse sin acudir a "la designación de las acciones que hayan de nulificarse", por sorteo ante notario o corredor" (artículo 135 LGSM); y es también muy dudoso, si resulta aplicable el derecho de oposición de acreedores sociales, en los términos del artículo 9o. de la misma ley, en los casos del ejercicio del derecho de retiro, ya que la garantía de los acreedores sociales se limita, en realidad, al capital mínimo que se señale en la escritura, respecto al cual no cabe derecho de retiro (artículo 221).³⁷⁵ Para las casas de bolsa, que como ya dijimos, siempre son anónimas de capital variable, el artículo 31, fracción II, LMV, expresamente establece que "el capital social sin derecho a retiro deberá estar íntegramente pagado y no podrá ser inferior al que se establezca en la concesión respectiva. . .".

Por otra parte, el artículo 213 LGSM no comprende todos los casos posibles de aumento o de reducción del capital social, sino sólo, en aquel supuesto, nuevas aportaciones, y en éste, el reembolso parcial o total de ellas; otras formas de aumento, como la revaluación del activo, la conversión de obligaciones en acciones, e inclusive, la aplicación a capital de reservas y utilidades; y formas de reducción sin reembolso, como cuando se disminuya el capital social para absorber pérdidas, no están regidas por el sistema legal del capital variable y en consecuencia, en

³⁷³ Estas acciones de tesorería o no suscritas también pueden ser emitidas por las S.A. de capital fijo para su colocación entre el público "siempre que se mantengan depositadas en el Instituto (para el Depósito de Valores)", (artículo 18 LMV), y siempre que se cumplan las condiciones que el propio artículo 81 enumera; igualmente, pueden emitirlas. . . sus organizaciones auxiliares de crédito (artículo 8o., fracción III LIC), las instituciones de seguros (artículo 29, fracción I, párrafo quinto LIS), instituciones de fianzas artículo 15, fracción II penúltimo párrafo LIF, y las sociedades de inversión (artículo 2o. fracción III, LSI), a pesar de que sean sociedades de capital fijo.

³⁷⁴ En el caso de las sociedades de inversión, que no están sometidas al régimen de las sociedades de capital variable, el artículo 2o., fracción VIII expresamente priva a los socios del derecho de preferencia establecido por el artículo 132 LGSM. Respecto a sociedades que ofrezcan al público y acudan al Instituto para el Depósito de Valores, el artículo 81, fracción X LMV impone la renuncia de tal derecho.

³⁷⁵ Desde este punto de vista, o sea, que solamente el capital mínimo constituya la garantía de los acreedores sociales, la fracción XII del artículo 21 C. Co., cuando se refiere al "capital efectivo", quizás pudiera interpretarse restrictivamente para referirse al que *efectivamente* sea garantía de los acreedores; y en tal caso, la norma se aplicaría a las variaciones del capital variable, que no implicaran modificaciones estatutarias. Sólo así se podría justificar la práctica prevaleciente de omitir el registro de aquéllas; pero no creemos que tal interpretación sea válida, ni conveniente.

esos casos deben respetarse el régimen y las formalidades que son propias de la sociedad de capital fijo.

64. *La sociedad de responsabilidad limitada de interés público*

Este es un subtipo de la S de RL ordinaria, que se creó por el legislador al mismo tiempo —27 días después— que entrara en vigor la LGSM (D.O. 4/VIII/34) y consecuentemente, de aquel tipo ordinario (la Ley S de RL de IP se publicó en el D.O. del 31/VIII/34 y entró en vigor, según la regla de aplicación y vigencia de las leyes en el tiempo —artículo 3o. C. Civ.—, tres días después, o sea el 3/IX/74); su creación legislativa fue seguramente deliberada y consciente, para contar con una figura que se relacionara con “actividades de interés público y privado conjuntamente” (como indica el artículo 1o.).

Otras características de esta figura, que la diferencian de la S de RL, son *a*) que sólo pueda constituirse mediante autorización del Ejecutivo Federal (artículo 2o.); *b*) que su inscripción en el Reg. de Co. no requiere el procedimiento de homologación judicial, sino que basta la autorización administrativa para ser constituida (artículo 5o.); *c*) siempre será de capital variable (artículo 6o.); *ch*) no podrá tener más de veinticinco socios (artículo 7o.), ni menos de cuatro (artículo 8o., en cuanto que el importe de cada parte social no podrá exceder del 25% del capital social); *d*) la reserva legal se forma deduciendo el 20% de las utilidades anuales, hasta llegar al 100% del capital social (artículo 9o.); *e*) los órganos de administración y vigilancia siempre recaen en consejo, que debe integrarse de 3 socios por lo menos, aquél, y de dos éste (artículo 10); *f*) finalmente, la Secretaría de Comercio interviene en el funcionamiento de la sociedad (artículo 12).

65. *Las sociedades de inversión*

Se rige por la Ley de sociedades de inversión. Estas, son sociedades, dice el artículo 1o., “que se dediquen a operar con valores”; y deben organizarse como S.A. (artículo 2o.), cuyo capital mínimo, que establezca la Secretaría de Hacienda mediante disposiciones de carácter general, debe estar totalmente pagando (fracción I).

En estas S de I (artículo 2o., fracción II bis), como también en las instituciones de crédito (artículo 8o. fracción II bis LIC), de seguros (artículo 29, fracción I *in fine* LIS) y en las de fianzas (artículo 15, último párrafo LIF), se dispone que “en ningún momento podrán participar en forma alguna en el capital . . . gobiernos o dependencias oficiales extranjeras, entidades financieras del exterior o agrupaciones de personas extranjeras, físicas o morales, sea cualquiera la forma que revistan, directamente o a través de la interpósita persona”.

Requieren para ser constituídas, como todas las instituciones indicadas en el

párrafo anterior, "concesión o autorización del Gobierno Federal" (artículo 3o.); y autorización de la Secretaría de Hacienda "para el establecimiento, cambio de ubicación y clausura de. . . oficinas, y para fusionarse con otra sociedad" (artículo 6o. bis) y también, como en el caso de la S. de RL de IP, la escritura social y sus modificaciones serán inscritas en el Reg. de Co. con la aprobación que dicte la Secretaría de Hacienda, sin que para ello sea preciso mandamiento judicial (artículo 7o.). Este principio también se aplica a las instituciones a que se refiere el párrafo anterior (artículo 8o., fracción X LIC; 29, fracción IX LIS; 11 LIF).

No rige para las S de I el derecho de preferencia para suscribir nuevas acciones que el artículo 130 LGSM concede a los socios (artículo 2o., fracción VIII), y se les permite que "temporalmente adquieran las acciones que emitan sin que. . . sea aplicable la prohibición establecida en el artículo 134 LGSM. . ." (artículo 2o., fracción IX).

Esta misma fracción IX atribuye a la CNV, con la previa aprobación de la SH y CP, la facultad de dictar reglas generales que regulen la adquisición y venta de las acciones que emitan la S de I. Se trata, en verdad, de una facultad reglamentaria de carácter legislativo que el artículo 89, fracción I de la Constitución Federal reserva al presidente de la República. Con tan deleznable atribución, con fecha 5/VIII/81 de la CNV emitió la circular 12-2 en que se dictan reglas generales a las que deberán sujetarse las sociedades de inversión para la adquisición y venta de las acciones que emitan, que, indudablemente constituyen un reglamento y que inclusive, en algunos supuestos (reglas sexta, séptima y octava), va más allá de la propia LSI, por lo que también en este aspecto las "Reglas" son contrarias al régimen constitucional de división de poderes y a la facultad exclusiva del Congreso de la Unión, para legislar (salvo la mencionada facultad reglamentaria).

En los términos del artículo 7o. bis LSI, "la adquisición del control del 10% o más de acciones representativas del capital social. . . deberá someterse a la previa autorización de la Secretaría de Hacienda, quien la otorgará o negará discrecionalmente. . .".

El artículo 8o., cuya fracción II fue modificada por reforma publicada en el D.O. del 30/XII/80, fija el "régimen de inversión de estas sociedades", lo que en realidad las caracteriza y distingue de cualquiera otra sociedad.

Las acciones que emitan las S de I, dice el artículo 10 que deben valuarse en cualquiera de las formas que en él se indican.

La reserva legal de estas sociedades se forma detrayendo el 10% anual de las utilidades "hasta completar una suma igual al capital social" pagado (artículo 11). Este principio también se aplica a los bancos, artículo 8o., fracción VII LIC, y a las aseguradoras, artículo 29, fracción VIII LIS.

La LSI (artículo 12) prohíbe a estas sociedades, entre otras muchas cosas: emitir obligaciones (fracción I); otorgar garantías (fracción V); "adquirir o vender las acciones que emitan a precio distinto al que se señale conforme. . . los artículos 2o., fracción IX y 10 de esta Ley" (fracción VI bis, reformada el 31/XII/63).

Las S de I están sujetas a las reglas que dice la CNB y de S., y "estarán bajo la inspección y vigilancia de dicha Comisión" (artículo 13); también están sujetas a reglas propias en materia de contabilidad (artículo 15 bis), y a un régimen fiscal especial (artículo 15). En este sentido, según dispone el artículo 57B, fracción II de la LIR (según reforma del 31/XII/81), no gozan del derecho de consolidar sus resultados financieros con los de las sociedades a las que controlen.

66. *Instituciones de crédito, de seguros y de fianzas*

Estas instituciones se caracterizan por las siguientes notas que las distinguen de la SA ordinaria:

a) Las de seguros (artículo 29 LIS) y las de fianzas (artículo 15, reforma D.O. 29/XII/81) siempre son sociedades de capital fijos; las instituciones de crédito pueden ser de capital fijo o variable (artículo 8o. *caput*, LIC); b) su duración es indefinida; c) su capital debe estar totalmente pagado, con el mínimo que establezca la Secretaría de Hacienda, mediante disposiciones de carácter general para los casos de bancos y de aseguradoras (artículo 8o., fracción I, párrafo primero LIC y 29, fracción I LIS); y para la "banca múltiple", el que resulte de la aplicación de las reglas del artículo 8o., fracción I, párrafos segundo y siguientes LIC. Respecto al capital neto de estos bancos múltiples, el artículo 46 bis 8, de la reforma del D.O. 30/XII/81, fija también reglas, como también sobre el total de activos de las instituciones que se fusionen; para constituir la banca múltiple rige la Regla Tercera de las que dictó la Secretaría de Hacienda publicados en el D.O. 18/III/75; ch) se limita al 15% del capital pagado, el monto de las acciones de que pueda ser propietario cualquier persona física o moral (artículo 8o., fracción IV bis LIC; 29, fracción II LIS, que contienen varios casos de excepción); d) en el caso de instituciones de crédito (salvo las financieras y las fiduciarias), se prohíbe que emitan acciones preferentes o de voto limitado (artículos 17, fracción VII bis; 33, fracción XIII; 39 fracción VII, 43, fracción IV y 75, fracción VIII LIC); e) respecto a instituciones financieras y bancas múltiples, en el artículo 94 bis 6 (LIC) se limita el derecho de suscribir acciones al 25% del capital social de la emisora; salvo, primero, que se trate de sociedades que presten servicios a aquéllas o que efectúen operaciones con ellas (artículo 4o. bis LIC); segundo, que se trate de acciones de "entidades financieras del exterior" (artículo 7o. *ibid.*); y tercero, que en el caso de la banca múltiple, las inversiones en acciones se hagan dentro de los límites fijados por las fracciones I y III del artículo 46 bis 9. Una limitación igual -25% del capital pagado de la emisora- rige para las instituciones de fianzas (artículos 41 fracción I en relación con 40 fracción IV LIF); f) tanto la LIC (artículo 8o., fracción IV bis), como la LIS (artículo 29, fracción III) y la LIF (artículo 15, fracción IV), establecen reglas especiales (iguales en los tres casos), para participar en las asambleas de accionistas de dichas instituciones sociedades que hayan suscrito acciones de ellas.

La LIS (artículo 11) y la LIF (artículo 9o.), permiten la constitución de consorcios formados por instituciones de seguros. . . (o de fianzas), con objeto de prestar a cierto sector de la actividad económica un servicio de seguros (o de fianzas) de manera habitual a nombre y por cuenta de dichas instituciones. . . o celebrar en representación de las mismas los contratos de reaseguros o coaseguros (de reafianzamiento o cofianzamiento) necesarios para la mejor distribución de los riesgos (o de las responsabilidades). Estos consorcios, dice el segundo párrafo de los mismos artículos 11 LIS y 9o. LIF, serán organizados como sociedades (sin que se indique el tipo de éstas), cuyo único objeto es el de actuar como organizaciones auxiliares (de seguros de fianzas, según sea el caso), y las instituciones que formen el consorcio ("se obligarán en los términos y condiciones que convengan" (párrafo cuarto).

Ahora bien, si las obligaciones a que este último párrafo se refiere son distintas o adicionales a las que corresponden a los socios de la S.A. o de la S. de R.L., o sea el pago de sus aportaciones, esas sociedades consorciales nunca podrían ser anónimas, sí S. de R.L., en cuanto que, además de sus aportaciones se fijaran a las sociedades-socios obligaciones adicionales (artículo 79 LGSM), o también sociedades en comandita en las que fueran comanditarios las sociedades-socios, y su responsabilidad se limitara "en los términos y condiciones que (se) convenga" en el contrato social.

Si este convenio de los socios fuera distinto al pacto social, o sea, constituyera un contrato parasocial, sin necesidad de desvirtuar el tipo social que se eligiera, y consecuentemente, sin afectar la responsabilidad propia de los socios (o de los accionistas si fuera una S.A.), cada uno o algunos de éstos asumirá una responsabilidad adicional basada en dicho pacto parasocial.

66.a Situación de las instituciones de crédito como consecuencia del Decreto de Nacionalización de la Banca

En los D.O. de los días 1 y 2 de septiembre de 1982, se publicó el "Decreto que establece la nacionalización de la banca privada", dictado por el presidente de la República (en adelante, Decreto de Nacionalización).

El artículo primero de dicho Decreto expropió por causas de utilidad pública la totalidad del patrimonio de "las instituciones de crédito privadas a las que se les haya otorgado concesión para la prestación del servicio público de banca y crédito". El artículo quinto excluyó de tal expropiación a la banca mixta, al Banco Obrero, S.A. y al Citybank, N.A.

La expresión "banca mixta" no está recogida ni en la LIC, ni en la LOAPF, ni en la Ley para el control por parte del Gobierno Federal de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal (en adelante LCODEPE) (D.O 31/XII/70). Doctrinalmente, sociedades de economía mixta son aquellas en las que al lado de los particulares el Estado suscribe parte del capital social. Desde

este punto de vista, en esta expresión se comprende tanto a las empresas de participación estatal minoritaria a que se refiere el artículo 4o. de la LCODEPE, como a las empresas de "participación estatal" a que se refiere el artículo 3o. o sea, aquellas en "que el gobierno federal aporte o sea propietario del 50% o más del capital social" (fracción I); o que "en la constitución de su capital se hagan figurar acciones de serie especial y que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal" (fracciones II y III), o "que al gobierno federal corresponde la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo, Junta Directiva u órgano equivalente o de designar al presidente o director, o al gerente o tenga facultades para vetar los acuerdos de la asamblea general de accionistas, del consejo de administración o de la junta directiva u órgano equivalente".

Por otra parte, el artículo sexto del Decreto de Nacionalización dispuso que el servicio de banca y de crédito "se continuará prestando por las mismas estructuras administrativas, que se transformarán en entidades de la Administración Pública Federal y que tendrán la titularidad de las concesiones, sin ninguna variación".

Con posterioridad al Decreto anterior, el Poder Ejecutivo dictó otro, que se publicó en el D.O. del día 6 del mismo mes de septiembre de 1982, al que se denominó "Decreto mediante el cual se dispone que las instituciones de crédito que se enumeran (las que fueron expropiadas) operen con el carácter de Instituciones Nacionales de Crédito".

La situación planteada por dichos dos Decretos no es clara. Si nos atenemos al título o denominación de ese segundo Decreto, ya habría ocurrido la transformación en Instituciones Nacionales de los bancos expropiados; pero su artículo primero parece condicionar tal transformación, a que la "S.H. y C.P. con el auxilio del Comité Técnico Consultivo" (a que alude el artículo sexto del Decreto de Nacionalización), "provea las acciones conducentes a dicho efecto"; y al parecer, ni el Comité ha auxiliado a la S.H. y C.P., ni se ha constituido, ni se han tomado o dictado "las acciones conducentes" a ese efecto de transformación. No obstante, del texto del artículo tercero del mismo Decreto del 6 de septiembre, se desprende que las expropiadas *ya son* instituciones nacionales de crédito. Creemos que, a pesar de tales confusiones, que derivan de errores lingüísticos en la redacción de las normas, los bancos expropiados se transformaron, en efecto, en las susodichas Instituciones Nacionales de Crédito.

El régimen jurídico propio de estas lo establece el artículo 1o. LIC, en sus párrafos segundo y cuarto. Aquél, indica que ellas estarán reguladas por la propia LIC, salvo que "las leyes" que las rijan dispongan otra cosa. El término "leyes", se refiere al concepto material de estas; es decir, que tanto son leyes las promulgadas por el Congreso de la Unión, como los Decretos y Reglamentos del Poder Ejecutivo, con tal de tratarse de disposiciones generales y abstractas.

La anterior interpretación se confirma con los términos del artículo 45 LOAPF, que coloca dentro de la administración pública paraestatal a las "instituciones creadas por disposición del Congreso de la Unión, o *en su caso por el*

Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la forma o estructura legal que adopten". A su vez, el artículo 46 expresamente se refiere a las instituciones nacionales de crédito, y considera como tales, tanto aquellas de las que el Gobierno Federal sea propietario del 50% o más del capital social, como aquellas en que le corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los administrativos, junta directiva u órgano de gobierno; o de las que puede vetar las resoluciones respectivas (incisos a y c).

Ahora bien, que sean ahora instituciones nacionales (no sociedades anónimas) a las que corresponda una personalidad y un patrimonio propios (el expropiado a las bancas privadas), no quiere decir que lo sigan siendo en el futuro, puesto que el propio Decreto del 6 de septiembre (artículo segundo) indica que la S. de H. y C.P. (con el auxilio del Comité Técnico Consultivo), "propondrá oportunamente a consideración del Ejecutivo Federal la transformación de las Instituciones mencionadas en el artículo primero del presente Decreto, a efecto de que se constituyan como Organismos Públicos Descentralizados". O sea, que las bancas privadas expropiadas, durante los primeros seis días posteriores a la expropiación, se constituyeron como meras "estructuras administrativas", pertenecientes a la administración pública parestatal después, a partir del día seis, son instituciones nacionales de crédito (*Cfr.* artículo 1o. párrafo tercero LIC); y se convertirán en organismos públicos descentralizados, artículos 1o. párrafo tercero y 45 LOAPF, cuando se dé el supuesto del artículo 2o.

En cuanto a los bancos expropiados, el Decreto de Nacionalización coloca en una situación anómala: son sociedades anónimas (artículo 8o. LIC.), en las que la totalidad de los bienes que formaban su patrimonio (salvo aquellos que, en los términos del artículo primero del Decreto de Nacionalización, la S.H. y C.P. juzgue que no "sean necesarios", y que, en consecuencia, sigan perteneciendo a aquéllas) fue expropiada y, que, por ende, los bienes relativos se convirtieron en bienes pertenecientes al Estado, los cuales fueron atribuidos a las nuevas empresas bancarias públicas.

La expropiación fue, pues, un acto traslativo de carácter universal, en cuanto que se transfirió la totalidad del activo (artículo primero) y del pasivo (artículo cuarto), de cada uno de los bancos nacionalizados.

La indemnización legal que el Estado debe pagar a cada uno de ellos, sustituye a los bienes y derechos transmitidos; en adelante, por tanto, el patrimonio o capital contable de dichas instituciones expropiadas, estará integrado, tanto por los bienes que la S.H. y C.P. excluya de la expropiación, como por la indemnización que les corresponda, es decir, por el derecho de recibir (y de reclamar del Estado) el pago del precio de los bienes que les fueron expropiados, una vez que se formule el avalúo respectivo; precio que se habrá de cubrir en un plazo que no exceda de diez años (artículo segundo *in fine*). A este respecto, y a efecto de disipar el riesgo de que la expropiación se convierta en una confiscación, prohibida por el artículo 22 constitucional, deberá procederse inmediatamente a la

valuación de los bienes, a precisar cuales sean ellos (o sea, a individualizarlos) y a determinar la forma y la época de su pago. El transcurso del tiempo sin que el Estado (a través de la S. de H. y C.P.) iniciara esta etapa, o la posibilidad de que la valuación no fuera real y justa, daría ocasión a que se le juzgara como una medida confiscatoria, y de que se especulara si el Estado trata de burlar o de reducir los pagos porque invocara que algunas de las instituciones expropiadas, o algún director de ellas, hubiera cometido con anterioridad, actos ilícitos, o socialmente reprobados.

Pues bien, la anomalía consiste en que la "estructura" jurídica de las instituciones expropiadas, o sea, la sociedad anónima, subsiste después de la expropiación, con sus mismas acciones e igual participación de estas en su capital social; pero ha surgido una causa de disolución de dichas sociedades, que es la establecida en el artículo 229 fracción II LGSM, a saber, la "imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad". Se trata, pues, de sociedades anónimas que han incurrido en una causa de disolución, la que, sin embargo, hasta la fecha en que se escribe este *addendum* —octubre de 1982— no se ha "comprobado" por la sociedad misma (a través de acuerdo de sus órganos), y tampoco, que se sepa, ningún interesado (socios, acreedores, causahabiente del patrimonio, o sea, la respectiva "entidad de la Administración Pública Federal", o el Ministerio Público Federal) ha ocurrido ante la autoridad judicial a solicitar o demandar la disolución y a inscribirla en el Registro Público de Comercio, como se prevé en el artículo 233 párrafos segundo y tercero LGSM.

Que sea imposible a los bancos expropiados cumplir con su finalidad, es obvio. Se constituyeron y funcionaron para el ejercicio de la banca, en virtud de concesiones (*rectius*, autorizaciones) administrativas, cuya titularidad perdieron al ser atribuidas —innecesariamente— a las nuevas entidades (artículo sexto), que por ser ahora del Estado no requieren de tales autorizaciones o concesiones; además, privar a los bancos de todo el patrimonio con que operaban, provoca tal "imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad".

Por otra parte, la devolución de los bienes que la S.H. y C.P. excluya, así como la indemnización que se pague, debe realizarse respecto a cada una de las sociedades anónimas expropiadas, en tanto que ellas no se disuelvan y liquiden, a efecto de que sus accionistas reciban oportunamente la cuota de liquidación que les corresponda. Si los bancos se liquidan antes de que el Estado cubra la totalidad de la indemnización, la parte insoluble se deberá cubrir por el Estado a cada accionista, en proporción a su participación en el capital social, contra la entrega de las acciones de que sea titular en el capital social de la institución expropiada.

Así creemos que debe interpretarse el artículo segundo del Decreto de Nacionalización, ya que su interpretación literal supondría prescindir de la S.A. correspondiente, sin haber sido liquidada, lo que no ha ocurrido, ni puede ser consecuencia de tal Decreto. Mientras subsista la sociedad, como persona moral (artículo 244 LGSM), ella —no los socios— es la única que tiene derecho a la

indemnización; después de la liquidación, en cambio, cada socio adquiere el derecho de recibir —y de reclamar— la cuota que le corresponda en la liquidación social.

66.b *Las acciones o cuotas de sociedades que hubieran pertenecido a los bancos expropiados, y la situación de dichas sociedades*

Otro aspecto de la nacionalización de la banca se refiere a las acciones y partes sociales de sociedades mercantiles, que hubieran sido suscritas por los bancos nacionalizados y las que, consecuentemente, formaban parte de los activos expropiados de cada uno de ellos.

La primera cuestión que surge es si esas acciones o esas cuotas deben formar parte de la expropiación. La respuesta es afirmativa, tanto porque el artículo primero se refiere a ellas ("acciones o participaciones que tengan en otras empresas"), como por el carácter universal del acto expropiatorio, que involucra a todos los bienes que formen parte del patrimonio afectado; por tanto, el nuevo titular de esas acciones y partes sociales será la institución pública que hubiera sustituido a la respectiva sociedad anónima expropiada: ella será en adelante la accionista o socia de la sociedad respectiva.

Por otra parte, tanto dichas acciones o cuotas sociales, como los demás bienes expropiados serán en adelante "bienes de dominio privado de la Nación" en los términos de los artículos 1o., 3o., fracción VI y 4o. de la Ley General de Bienes Nacionales y en consecuencia estarán sujetos a tribunales federales no locales (artículo 7o.).

Otro problema es determinar la situación de sociedades cuyas acciones o partes sociales, hubieran pasado de ser propiedad (titularidad) de los bancos, a serlo de las empresas públicas. Jurídicamente, no hay cambio alguno en cuanto al tipo social: seguirán siendo S.A., con una mera sustitución de accionistas o de socios, pero sin que se modifique su estructura social. Pero tanto jurídicamente como de hecho los cambios pueden ser importantes y profundos, en cuanto que dicha sustitución implicaría la injerencia del Estado en el capital social y en la administración de tales sociedades, lo que motivaría que de privadas las sociedades se convirtieran en públicas, ya sea como "empresas de participación estatal mayoritarias" como las define el artículo 46 LOAPF (cuyo régimen es también aplicable a sociedades y asociaciones civiles, artículo 47), o como "empresas de participación estatal minoritarias" (artículo 48 *ibid.*).

De hecho, en algunos casos tal intervención estatal puede implicar el control de la sociedad con la consecuente subordinación de la minoría; por ejemplo cuando las acciones o las cuotas comprendieran más del 50% del total de ellas; o que ese paquete accionario significara mayoría en las votaciones; o que otras acciones o cuotas de la misma sociedad hubieran sido antes adquiridas por alguna institución pública, *v.g.*, Nacional Financiera, con lo que la transmisión a favor de

la nueva empresa de Estado también significaría un claro predominio estatal, en contra de los intereses privados de los demás socios.

El Decreto de Nacionalización, sin embargo, otorga a la S.H. y C.P. facultades, de muy dudosa legalidad (en cuanto que no se trata de "bienes de dominio público" sino de "dominio privado de la Federación", artículos 1o., 2o. y 3o., fracción VI de la Ley General de Bienes Nacionales, D.O. 8/1/82, y que, en consecuencia, no están regidos por lo dispuesto en el artículo 17 fracción III, sino por los artículos 77 a 82 de dicha Ley), que deben considerarse como discrecionales (y no como ejercicio de un mero arbitrio), para desechar de los bienes expropiados a cada banco, aquellos que se consideren innecesarios. Lo necesario, debe referirse tanto al ejercicio de dicho poder discrecional, como al objeto y finalidad de la nacionalización del Decreto mismo, a saber, la transmisión al Estado del servicio público de banca y crédito. Las características propias del poder discrecional son la conveniencia, la oportunidad y lo razonable y lógico de la medida. En función de dichas notas el órgano administrativo debe resolver: casos habrá, sin duda, en que el Estado no quiera ni deba inmiscuirse —y convertirse en socio— de empresas con finalidades ajenas a las actividades mencionadas, e inclusive a la que sea propia de la Administración Pública. Otras veces, por el contrario, la actividad de una sociedad puede implicar ejercicio, principal o complementario, de la banca o del crédito, como podría suceder con empresas bursátiles, con ciertas instituciones auxiliares, con empresas de arrendamientos financieros, con sociedades que hubiesen constituido los propios bancos expropiados en auxilio de sus tareas administrativas o técnicas, o para el control de sus bienes muebles o inmuebles.

En nuestra opinión, si se trata de actividades ajenas a las bancarias o crediticias, no se justifica legalmente la aplicación del Decreto de Nacionalización, por lo que las acciones y las partes sociales relativas, deben devolverse a sus titulares, o sea, los bancos expropiados. En casos dudosos, la S.H. y C.P., discrecionalmente y mediante la debida motivación de la resolución respectiva, puede decidir o rechazar la titularidad a favor del Estado o de los particulares, ya se trate de los antiguos propietarios o de otros que se interesaran en adquirirlos y así lo solicitaran.

66.c *La situación del Banco de México*

Otra situación anómala existiría en relación con el Banco de México, constituido por la Ley Orgánica como sociedad anónima, y derivaría de que la totalidad de sus acciones serie B hubiera pasado a ser propiedad de la Nación en virtud del Decreto de Nacionalización.

La anomalía consistiría en que dicha S.A. tendría como único accionista, al "Gobierno Federal" (como representante de la Nación); es decir, se trataría de una sociedad unimembre. Sin embargo, no es así, porque, en primer lugar, a la expropiación o nacionalización escaparon, como ya se ha dicho (*Supra*, 66 b),

algunas instituciones de crédito, como la banca mixta (v.g., Somex, Banco Internacional) y el Banco Obrero, que pueden ser titulares de acciones del capital social del Banco de México; y en segundo lugar, porque el Decreto de Nacionalización adjudicó a favor de sendas empresas públicas los bienes expropiados a cada uno de los bancos afectados, las cuales mantendrían la titularidad de dichas acciones serie B, que hubiera correspondido a las respectivas instituciones de crédito expropiadas. Lo anómalo, en todo caso, aunque no sea ilegal (ya que dichas nuevas empresas bancarias no son sociedades y en consecuencia no se aplica, literalmente, la disposición del artículo 88 LGSM), es que al lado de las sociedades anónimas afectadas por la expropiación (y mientras ellas no se liquiden), subsisten otras tantas empresas públicas con la misma denominación: Banco Nacional de México, Banco de Comercio, etcétera.

Esta situación debe resolverse pronto, acudiendo a la disolución y liquidación de las antiguas instituciones expropiadas.

67. Sociedades anónimas, agentes de seguros y agentes de valores

Respecto a las primeras, la LIS, artículo 23, considera agentes de seguros, no sólo a personas físicas (incisos *a* y *b*), sino también a "personas morales que se constituyan para operar en esta actividad" (inciso *c*). Para ambas clases de agentes, se establece que las "actividades que realicen los agentes de seguros se sujetarán a las disposiciones de esta ley y del reglamento respectivo" (artículo 23 antepenúltimo párrafo).

Y en efecto, en el Reglamento de Agentes de Seguros (D.O. 24/IX/81) se indican los requisitos de tales agentes, personas morales (artículo 4o.), que son: I. que se constituyan como S.A. con las siguientes notas distintas de las del tipo ordinario de esa sociedad: *a*) objeto o fin especializado que sea autorizado por la Secretaría de Hacienda; *b*) su denominación debe ir seguida de las palabras "agente de seguros"; *c*) su capital mínimo lo fija la CNB y de S mediante disposiciones de carácter general, y debe estar íntegramente pagado; *ch*) sus acciones serán nominativas y sólo transmisibles con autorización de dicha comisión; *d*) sus socios, personas físicas mexicanas, o extranjeras con permiso para ejercer en México la actividad de agente de seguros, deberán ser mayores de edad y deben probar a la Comisión que cuentan con capacidad técnica para el ejercicio de la actividad; *e*) cuando menos el 75% de su capital social debe estar suscrito por personas físicas que sean agentes de seguros (de las que el porcentaje de extranjeros no debe superar a los que indican los artículos 5o. (49%) y 8o. (25%) de la LIE, salvo acuerdo expreso de la CNIE); II. La administración debe recaer en un consejo de tres miembros, de los que la mayoría (así como el director y apoderado) deben ser, a su vez, agentes de seguros personas físicas, quienes no pueden realizar independientemente esa actividad, III. Finalmente (fracción III), los estatutos y sus reformas, previamente a la homologación judicial, deben someterse a la autorización de la CNB y de S.

En cuanto a los agentes de valores, también pueden ser personas físicas o sociedades anónimas (artículos 22 y 24 LMV). Unas y otras adquieren la calidad de agentes por su inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.³⁷⁶

El artículo 18 de dicha LMV enumera los requisitos de las personas morales agentes de valores: I. Estar constituidas como SA, con acciones nominativas, capital mínimo que fije la CNV, que debe estar íntegramente pagado; II. No pueden ser socios, directamente o a través de interpósita persona, quienes sean agentes de valores, y los extranjeros, salvo que sean inmigrados (que no dependan de centros económicos del exterior, según dispone el artículo 6o. LIE), ni sociedades, excepto instituciones de banca múltiple (las que, a su vez, sólo pueden ser accionistas de una sola SA que sea agente de valores: artículo 19); III. Sus administradores, directores y apoderados "para celebrar operaciones con el público"³⁷⁷ deben ser agentes de valores personas físicas. IV. Operan a través de un Consejo de Administración, compuesto cuando menos de tres miembros. V. El acta constitutiva, los estatutos de la sociedad y sus modificaciones deberán someterse a la aprobación de la CNV, después de lo cual deben inscribirse en el Registro Público de Comercio sin que sea preciso mandamiento judicial.

A estos agentes, el artículo 32 LMV *in fine*, al ingresar como socios de una bolsa de valores, la ley denomina (*casas de bolsa*).

68. Bolsas de Valores

Estamos en presencia de un subtipo de la S.A., que se distingue de ésta; I. Porque sus socios deben ser agentes de valores (artículos 31, fracción IV y 32 último párrafo LMV). II. La admisión de socios puede ser impuesta por la CNV, cuando la sociedad no los admita (artículo 34). III. Porque ningún socio puede tener más de una acción (artículo 31, fracción V). IV. Porque se limita el número máximo de socios a veinte (fracción VI). V. Porque se atribuye en exclusiva la facultad de operar en bolsa, no a la sociedad, sino a sus socios (en cuanto mantenga su calidad de agentes de valores, fracción VIII, inciso *a*), quienes, además, garantizan su gestión (no como administradores, que pueden no serlo) con el depósito de su respectiva acción (fracción VIII, inciso *e*), por lo que la transmisión de dichos títulosvalor está sujeta a serias restricciones.

Por otra parte, estas sociedades tienen otras características (artículo 31 LMV, fracciones II, III y VII) distintivas, aunque secundarias, a saber: I) Deben ser de capital variable; su capital social sin derecho a retiro, debe estar totalmente pa-

³⁷⁶ Es este uno de los casos en nuestro derecho en que la inscripción registral tiene efectos constitutivos; otro, el atribuir personalidad jurídica a las sociedades, artículos 2694 C. Civ. y 2o., párrafo primero LGSM.

³⁷⁷ Aclaración que pareciera admitir que haya otros representantes que no estén facultados para celebrar dichas operaciones, lo que debe rechazarse tratándose de los administradores y de los directores generales.

gado y su capital autorizado no puede exceder del doble de aquél; II) La CNV puede ordenar aumentos de capital que sean suscritos por nuevos socios; III) El número de administradores no será menor de cinco.

69. *Sociedades anónimas que ofrezcan acciones al público*

El artículo 81 LMV establece un régimen especial para todas aquellas sociedades anónimas de capital fijo (no se incluyen, por tanto, las bolsas de valores que siempre se constituyen como S.A. de capital variable, artículo 31, *caput* LMV) que quieran emitir acciones no suscritas (*acciones de tesorería*) "para su colocación entre el público". De tal régimen sobresalen las siguientes características que no son propias de la SA ordinaria: I. Que siendo de capital fijo, la sociedad pueda tener acciones no suscritas (la LGSM, en el artículo 216 sólo prevé esta posibilidad para la SA de CV); II. Se requiere de capital autorizado (artículo 81, fracción VI), del que solamente trata la LGSM en las sociedades de capital variable (artículo 217, párrafo segundo); III. Se prevé (artículo 81, fracción X), en relación a la "emisión de acciones no suscritas", la renuncia expresa del derecho de preferencia para suscribir esas nuevas acciones en casos de aumentos de capital (artículo 132 LGSM) y la cual esa ley no autoriza; sí, en cambio, la LTOC, para el caso de obligaciones convertibles, en acciones, artículo 210 bis, fracciones I y II, y la LSI, para los socios de esta clase de sociedades (artículo 20., fracción VIII); y se concede al accionista que vote en contra del aumento de capital, el derecho de que sus acciones ordinarias también se ofrezcan en venta al público, al mismo precio que las de tesorería que se hubieran emitido; la sociedad, además, "tendra obligación de colocar en primer lugar las acciones pertenecientes a los socios disidentes" (artículo 81, fracción XII); IV. Finalmente, se faculta a la CNV para "concurrir a las asambleas a fin de vigilar el cumplimiento de los requisitos señalados para la emisión de las sociedades" (*ibid* fracción XIII).

70. *Sociedades controladoras y controladas*

Para efectos, solamente, de carácter fiscal, es decir, para los efectos precisados en los artículos 57-A, párrafos segundo y tercero y 57-F y siguientes LIR, esa Ley introduce en nuestro sistema a las que llama "sociedades mercantiles controladoras", que son, en primer lugar (artículo 57-A párrafo primero), "aquellas que detenten (*sic*) más del cincuenta por ciento de las acciones con derecho a voto de otras sociedades (de cada una de éstas), inclusive cuando dicha "detentación" se tenga por conducto de otras sociedades (*rectius*, cuando la titularidad corresponda a otras sociedades) que a su vez sean controladas por aquéllas".

En segundo lugar, se considera como controladora a la sociedad que controle a otras que sean residentes en el país, y de las que, "a pesar de no poseer (*sic*) en forma directa o indirecta más del cincuenta por ciento de su capital social, tenga

control efectivo sobre tales sociedades" (artículo 57-C, párrafo primero). Existe control efectivo según la LIR (artículo 57-C, párrafo segundo), "cuando la realización de las actividades mercantiles de una sociedad residente en el país, se efectúa preponderantemente con las sociedades controladoras y controladas; cuando estas sociedades (*rectius*, cuando aquellas sociedades, sean las controladoras) tengan junto con otras personas físicas o morales vinculadas con ellas una participación en el capital de la sociedad residente en el país superior al cincuenta por ciento, o cuando tengan una inversión en una sociedad residente en el país de tal magnitud que de hecho y de derecho le permitan ejercer una influencia preponderante en las operaciones de la empresa.

El primer criterio no restringe el carácter de controladas a sociedades "residentes en el país", pero sí, en cambio, a sociedades por acciones (SA y S en C por A), ya que el control se ejerce, precisamente, a través de la suscripción por la controladora del cincuenta por ciento de las acciones con derecho a voto de las sociedades controladas. El segundo criterio, sí restringe, en cambio, el carácter de controladas a sociedades residente en el país,³⁷⁸ pero no se exige que éstas sean sociedades por acciones.

El concepto de *control efectivo*, en este segundo criterio, inclusive en el caso más amplio de que la controladora ejerza una influencia preponderante, se basa en una "inversión de la controladora", o sea una relación patrimonial que consista en suscripción de acciones y obligaciones de la sociedad controlada, en otorgamiento de créditos a su favor, etcétera, pero que excluye, lamentablemente, otras relaciones entre ambas que no exijan inversión, y sí un vínculo de subordinación en virtud de contratos o cláusulas de éstos, que son frecuentes en los casos de transferencia de tecnología, uso de patentes y marcas; contratos de gestión y administración, etcétera.

La LIR exige que las acciones del capital social, tanto de la controladora como de las controladas, sean nominativas (artículo 57-B párrafo segundo), salvo que, primero "correspondan a emisiones que se colocan entre el gran público inversionista, de conformidad con las reglas generales que al efecto dicte la Secretaría de Hacienda (artículo 57-B, fracción I); y segundo, que se trata del régimen de control a que se refieren los tres supuestos del artículo 57-C, párrafo segundo, según lo que dispone el párrafo tercero de este mismo artículo.

El artículo 57-K, de la LIR impone "a la sociedad controladora ciertas obligaciones ajenas a la reglamentación de la LGSM"; entre ellas (fracción V), la de "presentar sus efectos financieros dictaminados por contador público en los términos del Código Fiscal de la Federación, pero cuidando que reflejen además los resultados de la consolidación fiscal"; y otro tanto indica el artículo 57-L en relación con las sociedades controladas.

³⁷⁸ Y también el carácter de sociedad controladora, por aplicación del artículo 57-D fracción III LIR.

71. Sociedades con capital extranjero

Están reguladas en una ley especial, la LIE (D.O. 9/III/73). Se trata de cualquier tipo de sociedades; inclusive las de carácter civil. Dicha ley limita la participación de extranjeros (personas físicas —no inmigrados— y personas morales) como socios, al 49% del capital social, si se trata de constituir la sociedad, y al 25% si se trata de adquirir acciones o partes sociales de sociedades que estén ya constituidas (artículos 5o., párrafo segundo y 8o., párrafo primero).

Limita, igualmente, la participación de la inversión extranjera en el órgano de administración de las sociedades, en cuanto que no puede “exceder de su participación (minoritaria) en el capital social” (artículo 5o., párrafo cuarto).

Por otra parte, se exige que las acciones que suscriba, o de las que sea titular un extranjero (no inmigrado), sean o se conviertan en acciones nominativas (artículo 25, párrafo II); y ellas, así como sus titulares y las sociedades mismas, deben inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (artículo 23, fracciones I, II y IV).

Por último, la ley prohíbe, salvo resolución contraria de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (la que también puede variar la participación extranjera, sea para aumentarla, sea para reducirla, artículo 12, fracción I), que el control de las sociedades, “la facultad de determinar su manejo”, como indica la LIE (artículo 2o., fracción IV *in fine*; 5o., párrafo segundo *in fine*; 8o., párrafo segundo *in fine*), esté en manos o recaiga en extranjeros.

72. Formas anómalas de sociedades y asociaciones; anomalías en las A.C.

Analicemos ahora diferentes anomalías que se presentan o que puedan presentarse en las distintas clases y tipos de asociaciones y sociedades, civiles y mercantiles.

Por no coincidir con la definición de la Asociación Civil (artículo 2670 C. Civ.), en cuanto que exista una finalidad propia de cada socio y otra, secundaria, de la asociación misma, que sólo estribe en el reparto de gastos, de utilidades y pérdidas (como suele suceder en las asociaciones profesionales); o bien, que la finalidad de la asociación sea de carácter preponderantemente económico (como en las asociaciones mutualistas de seguros, artículos 4o. LIS); o porque se imponga a los asociados la obligación de hacer aportaciones que integren un capital social, las asociaciones que así se manifiesten, independientemente de que se les otorgue o no personalidad moral, constituirán figuras anómalas de la A.C.³⁷⁹

379 Como ya dijimos (*supra*, núm. 72), porque determinadas especies de la A.C. tengan o carezcan de personalidad propia, no hablaríamos de anomalías, porque la nota de la personalidad moral no es esencial ni se otorga a todas las asociaciones, sino a especies de ellas, como son los colegios de profesionistas (artículos 45 y 46 de la Ley de Profesiones), las indicadas en el artículo 25 C. Civ., fracción IV (asociaciones profesionales y las demás a que se

Asociaciones civiles con una clara y preponderante finalidad económica, existen y funcionan en nuestro medio, algunas veces reconocidas expresamente por otras leyes, aunque no reglamentadas por ellas, por lo que serían negocios nominados pero atípicos, como es el caso de las asociaciones mutualistas de abogados y las de profesionales,³⁸⁰ a que se refería el artículo 21, fracción IV LIS, según reformas publicadas en el *Diario Oficial* del 27 de diciembre de 1976; y otras veces, la mayoría quizá, sin reconocimiento legislativo (las asociaciones no reconocidas como personas jurídicas a que se refiere el C. Civ. it., artículos 36 a 42), como por ejemplo, las A.C. en que frecuentemente se constituyen las escuelas, o ciertas categorías económicas como las automovilísticas (la AMA Asociación Mexicana Automovilística, y la ANA, Asociación Nacional Automovilística), o las de productores o consumidores.³⁸¹

Contrariamente, los colegios profesionales, las asociaciones de beneficencia privada, que regula localmente la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal (D.O. del 2 de enero de 1943), y hasta las mismas asociaciones mutualistas del artículo 4o., LIS, sí entran en la definición legal del artículo 2670 C. Co., en cuanto que su finalidad preponderante es, respectivamente, la organización gremial (de las profesiones respectivas), el carácter "humanitario de asistencia sin propósitos de lucro" (artículo 1o., Ley de Instituciones de Asistencia. . .), y que "concedan a sus miembros seguros en caso de muerte o beneficios en el de enfermedad" (artículo 4o., LIS), independientemente, como es obvio, de que en cualquiera de los casos las asociaciones respectivas realicen actos de comercio, que incluso pueden ser especulativos.

En nuestra opinión, estaremos también en presencia de A.C. anómalas, en los casos en que ellas tengan una finalidad económica, que no sea propia del derecho mercantil³⁸² (v.g. el ejercicio de profesiones liberales, o las asociaciones agrícolas, y que estén reconocidas legalmente.

refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal) y VI ("las que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo, o cualquier otro fin lícito"); especie de estas asociaciones a que se refiere la fracción IV son los códigos de profesionistas arriba aludidos.

380 Sobre la actividad económica de las asociaciones profesionales, en Italia, véanse Romano-Pavoni, *Teoría della Società*, cit. p. 232.

381 Podría sostenerse, en esos últimos casos, que ni la educación, ni la mera agrupación profesional de productores o de consumidores, constituyen actividades económicas, o cuando menos, que no se trataría de una actividad preponderantemente económica; sin embargo, en la mayoría de los casos la finalidad real de la agrupación no sólo es económica, sino inclusive especulativa. Volveremos sobre esto al referirnos más ampliamente a las AC.

382 De las asociaciones mutualistas de seguros, puede dudarse que realicen una actividad propia del derecho mercantil. En efecto, de acuerdo con el artículo 75 fracción XVI, los contratos de seguros sólo son mercantiles (actos de comercio), si son "hechos por empresas", y es evidente que dichas asociaciones no tienen esta característica. Así lo sostuvimos desde 1957 en nuestro *Tratado de derecho mercantil*, núm. 90, p. 133.

73. Asociaciones mercantiles anómalas

Una clase o especie de asociación mercantil, la A en P, sí esta reglamentada en la LGSM (artículos 252 y 259); es evidente que esta figura, la más importante especie de asociación mercantil, es perfectamente regular y ordinaria.

El C. Co. regulaba (artículo 92), "las asociaciones comerciales momentáneas y en participación". Las primeras, las definía el artículo 269 como "aquellas que tienen por objeto tratar sin razón social una o varias operaciones determinadas de comercio".³⁸³ La A en P se definía por el artículo 270 como "aquella en la cual se interesen dos o más personas en operaciones que tratan en su propio nombre una o varias, siempre que éstas constituyan una sola entidad jurídica. No hay entre los terceros y los asociados que no contratan ninguna acción directa".³⁸⁴

En el sistema de la LGSM —que derogó todas las disposiciones del C. Co. en materia de sociedades y asociaciones— artículo 4o. transitorio— la A en P comprende tanto "una o varias operaciones de comercio", como la explotación de una negociación mercantil (artículo 252); o sea, se refiere tanto a las asociaciones momentáneas como a la A en P del C. Co.; para ambas estableció el principio de que "el asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados" (artículo 25E). Por tanto, aquellas asociaciones comerciales momentáneas entran dentro del nuevo esquema de la A en P; por lo que no se considerarían como atípicas ni como innominadas.

Se distingue la asociación mercantil de la civil en que la finalidad de aquélla siempre es económica, y, sobre todo, consiste en una actividad propia del derecho mercantil, que inclusive puede ser especulativa (*v.g.*, la A en P).

De la sociedad civil se diferencia por ser un negocio oculto, porque no se exige que los asociados hagan aportaciones de capital (carece, pues, la asociación, de capital social en el sentido propio del término),³⁸⁷ porque su finalidad es especulativa (artículo 253 LGSM) y porque carece de personalidad moral.

De las sociedades mercantiles se distinguen también por ser siempre un negocio bilateral y oculto; por la ausencia de aportaciones de capital y de personalidad moral. En cambio, al igual que las sociedades mercantiles, pueden tener una finalidad lucrativa.

Podría creerse que en cuanto su finalidad es comercial, se trataría de una sociedad mercantil irregular; sin embargo, si la intención de las partes, la *affectio*

383 "Los socios, agregaba esta norma, están obligados solidariamente con los terceros con quienes contratan". Se trataba de una curiosa institución, porque al par que carecía de razón social, todos sus miembros podían contratar como representantes de ella; de aquella nota parecería que, a semejanza de la A en P, constituía a la asociación momentánea un negocio oculto; esta nota, sin embargo, le permitía que se ostentara ante terceros, aun careciendo de personalidad (artículo 92).

384 Al parecer, la diferencia entre ambas asociaciones estriba en que contrariamente a las momentáneas, la A en P permanecía rigurosamente oculta y en que los asociados que no contrataran, no eran responsables directos, ni solidarios.

385 Así, para la A en P, Ghidini, p. 27 y Vívante núm. 825, p. 532.

societatis, no es constituir una sociedad, sino una organización asociativa distinta; si no se exterioriza ante terceros como sociedad (y en el caso de la A en P, ni siquiera como asociación, por tratarse de un negocio oculto); y finalmente, si no adopta uno de los tipos de sociedad mercantiles, estaremos en presencia de una asociación mercantil, no de una sociedad de esta naturaleza.

En cambio, si la A en P se manifiesta como tal frente a terceros, sea porque se ostente con una razón social o con una denominación, o porque una de las partes actúe a nombre de ella; es decir, en casos en que el contrato de asociación o el acto de una parte haga perder a esta figura su carácter oculto, la A en P se convertiría en una sociedad, que tendrá que ser mercantil por su carácter especulativo, e irregular en cuanto no se inscribiera en el Registro de Comercio (ni se inscribiese posteriormente). Como tal, las relaciones entre las dos partes "se regirían por el contrato social respectivo" (artículo 2o., párrafo cuarto LGSM); es decir, por el contrato de A en P; y frente a terceros, si las dos partes hubieran actuado como representantes (por ejemplo porque el asociado hubiera sido designado apoderado), la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada que impone el párrafo quinto del mismo artículo 2o., haría que la sociedad irregular fuera una S en N.C.; por el contrario, si sólo fuera el asociante el que actuara frente a terceros, el tipo de sociedad irregular sería el de la S en C, en la que a dicho asociante se le consideraría como socio comanditado, y al asociado como comanditario.³⁸⁶

El conjunto de los tenedores de obligaciones emitidas por sociedades anónimas (artículo 216 y ss. LTOC), o sea la llamada "asamblea de obligacionistas" (artículo 218 *ib*), constituye una asociación mercantil.³⁸⁷ Son también asociaciones mercantiles, como ya se dijo, las "combinaciones de productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios", a que se refiere el artículo 4o., fracción II de la Ley Reglamentaria del Artículo 28 constitucional en materia de monopolios, siempre que estén autorizadas en los términos del decreto que reglamenta el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere la fracción II

³⁸⁶ V. Mantilla Molina, núm. 247, p. 190 y núm. 306, p. 235 (ed. 1980), que habla de una apariencia de sociedad y de la figura de la SI. En el derecho español, distinguiendo a la A en P —cuentas en participación— de las sociedades internas "que estén dedicadas a una participación mercantil", Girón Tena, *Derecho de sociedades*, p. 79, dice que "aunque parezca a primera vista chocante", dichas sociedades internas deben regirse por el régimen de la sociedad civil.

³⁸⁷ Vázquez Arminio, Fernando, *Las obligaciones y su emisión por las sociedades anónimas*, México, Porrúa, 1962, pp. 199 y 200, la califica, con Valeri, de *consorcio-ex-lege*, que evidentemente es una manifestación del género, asociación mercantil. Galgano, *Delle associazioni*, cit. pág. 7, afirma que las asambleas de obligacionistas son asociaciones, aunque en la p. 10 indique que estas y otras (*vgr.* las asambleas especiales, y los consorcios obligatorios, *loc. cit.*), no son asociaciones propias, por no ser figuras contractuales, sino legales. V. entre nosotros, Rodríguez Rodríguez, *Tratado de...* vol. II, p. 328. Tena, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano*, vol. II, núm. 272, p. 405, afirma que la asamblea de obligacionistas es una "asociación de una naturaleza particular". En el derecho español, también respecto a la agrupación de obligacionistas, habla de una institución *sui generis*, Arrillaga Ignacio; *Emisión de obligaciones y protección de obligacionistas*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1952, p. 187.

del artículo 4o., de la Ley de Monopolios (D.O. 1/II/1936); igualmente, lo son, los llamados en Italia negocios *parciarios o de cointerés*, en que las partes meramente se coligan para repartirse las utilidades que se obtengan de una actividad comercial que realicen, y en los que no se den los supuestos de la A en P, o sea, explotación de una negociación, aportación del asociante al asociado, negocio oculto entre ambos.

De asociaciones mercantiles se trata en el caso de las "instituciones asociadas" al Banco de México (artículo 6o. penúltimo párrafo; 8o., fracción II; 24 fracciones VIII, XII etcétera de la Ley Orgánica del Banco de México), así como de las instituciones que se asocian para los efectos de cámara de compensación, a cargo del propio Banco (artículo 24, fracción XXVI *ibid*, e Instructivo a las Instituciones de Crédito para hacer uso del servicio de compensación local del Banco de México, S.A., D.O. del 27 de julio de 1962, artículo 2o., y s.; y Reglamento de servicio de compensación por zona nacional del Banco de México, S.A., publicado en el D.O. de 29 de diciembre de 1958, artículo 2o. y s.).³⁸⁸

Igualmente, se refiere de manera clara a asociaciones mercantiles, el C. Co., en el artículo 318,^{388 bis} Otros consorcios que se forman para el ejercicio de actos de comercio (no especulativos), así como agrupaciones de sociedades con fines de administración, de regulación de la concurrencia, de mercados, de precios, tanto si realizan actividades lícitas como ilícitas (prohibidas, por ejemplo en la "Ley de Monopolios"), son también, asociaciones mercantiles a las que calificamos de anómalas en cuanto que no están reconocidas como tales figuras.

74. Anomalías en las sociedades civiles

La intención de los socios de constituir una sociedad civil, a la que aporten recursos y esfuerzos, que sin adquirir la "forma", o sea el tipo de una de las sociedades enumeradas en el artículo 1o. LGSM (porque ello la convertiría en sociedad mercantil, artículo 2695 C. Civ.), persiga una finalidad común de carácter mercantil, pero que no constituya una especulación comercial³⁸⁹ (es decir, que no

³⁸⁸ Niegan que se trata de una asociación, sin dar razones que nos resulten convincentes, Acosta Romero, Miguel y Rafael I. Martínez Morales "Notas para el estudio de las Cámaras de Compensación" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. XXVII, 1977, p. 454.

^{388 bis} A dichas asociaciones las consideran como A en P, Rodríguez Rodríguez (*Curso*, I, p. 225) y Mantilla Molina, (núm. 220, p. 165, 185, 18a. ed.). No participo de dicha opinión, no sólo porque en esa A en P se darían anomalías al no cumplirse con lo dispuesto por los artículos 252 (participación en las pérdidas) y 254 (en cuanto que se exige un contrato, y que se formule por escrito, y no la mera atribución del principal); sino, principalmente, porque en esas asociaciones del artículo 318 C. Co. quien actuaría frente a terceros sería siempre el asociado (factor), y no el asociante, así aquel obrara a nombre y por cuenta del asociante (o principal).

³⁸⁹ Porque si lo fuera, también estaríamos en presencia de una sociedad mercantil (ex-artículo 2688 C. Civ.).

se trate de actos de comercio por su finalidad, comprendidos en las fracciones I y II del artículo 75 C. Co.; ni tampoco se organice como empresa, fracciones V a XI y XVI *ibid.*), plantearía la anomalía de que existiera una sociedad regida por el C. Civ., cuya finalidad sería mercantil (aunque no especulativa), y los actos (de comercio) que ejecutara en consecución de su fin, estarían regulados por la legislación mercantil. Estas sociedades no entrarían, literalmente, dentro de los supuestos legales de los comerciantes, porque hicieran del comercio su ocupación ordinaria (artículo 3o., fracción I C. Co.), en cuanto que ello implicase la ejecución habitual de actos de comercio especulativos (actividad comercial, propiamente); y tampoco se trataría de las sociedades a que se refieren las fracciones II y III de dicho artículo 3o. C. Co. Se deberían considerar como comerciantes por una interpretación extensiva de la nota de la fracción I "*hacer del comercio su ocupación ordinaria*"; y también por la *ratio legis* del artículo 3o. C. Co.

a) Tales serían los casos de una sociedad civil que se organizara para el manejo profesional del personal, de la contabilidad, de los asuntos jurídicos de una o varias empresas no mercantiles (*v.g.*, las empresas agrícolas; los talleres artesanales), o para la ejecución de cualquier actividad comercial no lucrativa, respecto a la cual la ley no exija la adopción de una sociedad mercantil, como podrían ser, en este último caso, la explotación deportiva de buques, la celebración reiterada de ciertos contratos gratuitos (*v.g.*, donación de medicamentos por laboratorios; comodatos a favor del personal de empresas inmobiliarias), o también en los casos de consorcios, en que el deseo de los consortes consista en constituir una sociedad civil y no una asociación, y en la que se pacte la obligación de los socios de hacer aportaciones de capitales.

Consideramos que tales hipótesis serían lícitas y que, en consecuencia, por curioso y hasta incongruente que parezca, esas sociedades civiles, por un lado, estarían regidas por las normas propias de ella, del C. Civ.³⁹⁰ y por otro lado por lo que los socios pacten en el contrato social.

b) La sociedad que no asuma el tipo de una mercantil, pero cuya finalidad sea especulativa, se considera por interpretación a contrario del artículo 2688 C. Civ., como mercantil; y si no se inscribe en el Registro Público de Comercio, pero se exterioriza ante terceros, será una sociedad mercantil irregular, según dispone el artículo 2o. párrafo tercero LGSM. Pero, *g.j.*, en aquellas sociedades civiles cuya finalidad, según cláusula de su escritura, no sea lucrativa, pero que sistemáticamente y de manera principal, realicen actos de comercio especulativo (*v.g.*, los comprendidos en las fracciones I y II del artículo 75 C. Co.), que fueran titulares de una negociación mercantil (lo que también constituye una actividad

³⁹⁰ Como son, la responsabilidad ilimitada del socio o socios administradores, artículo 2704, sin que nada obste en tal ordenamiento civil, para que el o los socios administradores sean, precisamente, sociedades de responsabilidad limitada— S.A. o S. de R.L., y otra S.C.; porque, en efecto, no existe en el C. Civ. norma similar a la del artículo 147 LGSM.

especulativa)? Creemos que en estos casos debe aplicarse la misma solución; se convertirían en sociedades mercantiles, que serían irregulares en cuanto no se inscribiesen en el Registro de Comercio, dado que su finalidad especulativa se cumplió, sino en cuanto al propósito de existir al momento de su constitución, que se haya expresado en la cláusula correspondiente —artículo 2693, fracción III C. Civ.—, sí en cuanto a la etapa del funcionamiento de la sociedad. El fin común de los socios y la finalidad misma de la sociedad, en efecto, estriban, más que en lo que indique la cláusula estatutaria relativa, en lo que la sociedad efectivamente realice como actividad reiterada o habitual.³⁹¹

En la hipótesis a que se refiere este apartado, la sociedad adquiriría la calidad de comerciante, en cuanto que la actividad que realizara consistiría en el ejercicio especulativo del comercio.

Ahora bien, si admitimos la conversión del negocio jurídico,³⁹² sociedad civil a sociedad mercantil, no resolvemos aún el tipo de ésta que se aplicaría al caso, porque la hipótesis es, por una parte, que se constituya sin elegir tipo alguno de las sociedades mercantiles, y por otro lado, que en nuestro sistema no se admiten sociedades atípicas. La solución del problema consistiría en adaptar esa sociedad al tipo más cercano de los regulados en la legislación mercantil (ex-artículo 1858 C. Civ.). Si se previó que los socios, además de aportaciones de capital, efectúen aportaciones de industria, resultarían inaplicables las sociedades por acciones y la S. de R.L., en las que no existen tales aportaciones; si la administración se concede en los estatutos a todos los socios, a todos ellos correspondería responsabilidad ilimitada y solidaria (artículo 2704 C. Civ.), lo que es propio solamente de la S. en N.C.; por el contrario, si se excluyó de la administración a uno o más socios y se concedió a otro u otros, existiría la división entre socios de responsabilidad limitada e ilimitada, lo que corresponde solamente a las S. en C., que por la ausencia de acciones tendría que referirse a la S. en C. simple. La sociedad civil se convertiría en S. de R.L., si ningún socio respondiera ilimitadamente de las deudas sociales.

Que la sociedad constituida como civil pueda convertirse en cooperativa o en mutualista, debe descartarse, por la finalidad específica de cada una de ellas, y porque ambas están sujetas a autorizaciones administrativas, que no se darían en aquel caso.

c) La división del capital social en acciones; la incorporación de los derechos del socio en esos "documentos literales"; la atribución misma de la acción del carácter de título-valor (artículo 111 LGSM), son notas esenciales y exclusivas

³⁹¹ Mignoli, *Les problèmes de types de sociétés*, cit. vol. I, 380.

³⁹² Nótese que no hablamos de transformación de un tipo de sociedad mercantil a otro, lo que está regulado expresamente por los artículos 227 y 228 LGSM, y que supone acuerdo expreso de la Junta o Asamblea de Socios, derecho de separación del socio inconforme, etc. La conversión, en cambio, opera de pleno derecho, y ante la inadaptación a su modelo legal, del tipo o clase de sociedad que se elija, se buscaría el más cercano a él y se le aplicarían los principios que lo rigen.

de dos tipos sociales, la S.A. y la S. en C. por A. Ellos son los únicos en que se concede a la sociedad la facultad de emitir acciones, por lo que se les puede calificar como sociedades por acciones, que es, por cierto, la terminología que usa tanto el derecho alemán *Aktiengesellschaft (Aktg)*, como el sueco *Aktienbolaget*, y el italiano *Società per azioni*.

Q.j., si se constituye una sociedad civil por acciones? En este caso, caben varias soluciones: si el fin de la sociedad no es especulativo, la mera mención a las acciones no convertiría la sociedad en una S.A., sino que subsistiría como S.C., y carecerían de valor y efecto las cláusulas que se refieran a las acciones, y las que se hubieran emitido no tendrían valor alguno. Si, en cambio, la finalidad social fuera especulativa, la S.C. se convertiría en mercantil (ex-artículo 2688 *in fine* C. Civ.), y en este campo tendría que determinarse el tipo social que resultara aplicable: el de la S en C por A., si sólo algún (s) socio (s) deba responder ilimitadamente, y a él, se confiera la administración (como permite el artículo 2709 C. Civ.); el de la S.A. si todos responden limitadamente; el de la S en N.C., en fin, si todos responden ilimitadamente y concurren a la administración (y obviamente, en este último caso, también se deberá prescindir de las acciones).

Por otra parte, no se puede admitir la existencia de títulos de crédito civiles, como serían las acciones emitidas por una sociedad de esta naturaleza, porque los artículos del C. Civ. que prevén la existencia de "documentos civiles pagaderos a la orden o al portador" (artículos 1873 a 1881, que claramente hacen referencia a títulosvalor), no tienen aplicación, ya que esta materia comercial no es propia del derecho común.³⁹³ No tiene por qué aplicarse el derecho civil, aunque sea posterior a la ley mercantil, respecto a una materia como la de las acciones, que es propia y exclusiva de ésta y no de aquél, que se regula amplia y plenamente en las leyes especiales (la LGSM y la LTOC), y que, por tanto, no da cabida a la aplicación supletoria de esas normas del derecho común, puesto que no existen lagunas en la legislación mercantil (ex-artículo 2o. C. Co.) que dichos preceptos colmaran; y tampoco sería el caso de considerar a esos "documentos civiles a la orden o al portador" como títulos atípicos, ya que, de tener existencia legal, sería precisamente en virtud de estar regulados (tipificados) en el C. Civ.³⁹⁴

³⁹³ Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 3a. edición, México, Porrúa, 1959, vol. 2o. núm. 583, pp. 364 y s., considera que la LTOC derogó al C. Civ. (pese a que éste entró en vigor después de aquélla, aunque fue promulgado antes). En sentido similar, Mantilla Molina, *Títulos de crédito cambiarios (Letra de cambio y pagaré)*, Porrúa, México, 1977, núm. 64, p. 107. No creemos fundado este criterio de derogación. No es cuestión de la aplicación de las leyes en el tiempo, sino de falta de aplicación del Código Civil a una materia esencialmente mercantil: "los títulos de crédito son cosas mercantiles, y las... operaciones que en ellos se consignan, son actos de comercio" (artículo 1o. LTOC). Mantilla Molina, *op. ult. cit.* núm. 15, p. 37, llega a igual conclusión: "que (el título-valor), es una cosa mercantil (significa) que todas las relaciones en que entran tendrán el carácter de comerciales, que siempre estarán regidas por el derecho mercantil".

³⁹⁴ La posibilidad de que nuestro derecho permita la existencia de títulos de crédito atípicos, e, inclusive, innominados, se desprende tanto del artículo 72, como del artículo 6o.

75. *Sociedades personales con socios que sean sociedades de responsabilidad limitada*

Nada impide que, en efecto, uno, algunos o todos los socios de una S. en N.C., o los comanditados en cualquiera de los dos tipos de sociedades en comandita, sean sociedades de capitales (S. de R.L., S.A.), en las que sus socios responden en forma limitada de las obligaciones de las sociedades de que ellos formen parte. En todo caso, cualquier socio colectivo en aquellos dos tipos, independientemente que sea persona física o sociedad, responderá ilimitada, solidaria y subsidiariamente de las obligaciones sociales.³⁹⁵

La aparente anomalía consistiría en que las sociedades-socios serían de responsabilidad limitada; sin embargo, aunque los socios de las SA y S de RL respondan siempre limitadamente, las sociedades responden ilimitadamente de las deudas sociales. Lo que pasa es que el capital y el patrimonio de ellas puede ser muy reducido, con lo que de hecho llegaría a la limitación de la responsabilidad.

76. *Sociedades con responsabilidad limitada de algunos socios (sociedades en comandita simple y por acciones) o de todos ellos (S. de R.L. y S.A.), en las que esos socios asuman una responsabilidad adicional al pago de las aportaciones*

De acuerdo con las normas que definen cada uno de esos tipos legales, o sea de los artículos 51 para la S en C; 207 para la S en C por A; 58 para la S. de R.L., 87 para la S.A., los socios comanditarios en las dos primeras, y todos los socios en las dos últimas, sólo están obligados al pago de sus aportaciones (al pago de

LTOC, que si bien excluye de esa calidad a los "documentos que no estén destinados a circular", permite, en cambio, por interpretación a contrario, que se les atribuya a los que sí tengan ese destino, como serían los *trust receipts* y los *delivery orders* del derecho angloamericano; y en nuestras prácticas, de algunos documentos relacionados con depósitos bancarios de dinero, como los bonos de caja que expide el Banco de México, artículo 24, fracción VI, Ley Orgánica del Banco de México (D.O. 31-V-41). Esta parece ser la opinión de Rodríguez Rodríguez, *Curso de derecho mercantil*, 3a. edición, México, 1957, vol. I, pag. 258. El derecho italiano admite esa posibilidad de crear ciertos títulos atípicos, siempre que no sean al portador, en el artículo 2004 C. Civ. (en el mismo sentido, nuestro artículo 72 LTOC). Sobre el alcance de esta norma, véase Ascarelli, Tullio, "Ancora sul concetto di titolo di credito e sulla distinzione tra tipologia della realtà e normativa", sobretiro de la Revista *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1956, pp. 463 y s.

³⁹⁵ Conforme pasa en el derecho español, italiano, alemán e inglés, según Girón Tena, pp. 404 y s.; quien informa que en el derecho suizo que prohíbe esta situación, ello no parece muy justificado. Véase también Fernández de la Gándara, pp. 352 y s.; y en el derecho italiano, Galgano, *Il contratto*, núm. 6.10 pp. 170 y s.

sus acciones, según los artículos 87 y 207). Ahora bien, ¿qué valor tienen las cláusulas o los pactos de la escritura que impongan una responsabilidad mayor a socios que según la ley tengan limitada?

La respuesta a esta cuestión debe darse, en primer lugar, en función de la voluntad real de los socios, y enseguida, en relación con el tipo social de que se trate. En efecto, en tres de las sociedades indicadas, o sea, en las comanditas y en la S.A., la expresión de la ley es terminante: "*únicamente están obligados* (los socios comanditarios) al pago de sus aportaciones" (en la S. en C.), "al pago de sus acciones" (en la S. en C. por A.); "la sociedad anónima" se compone *exclusivamente* de socios cuya obligación se *limita* al pago de sus acciones". En ninguna de ellas, además, se prevén aportaciones adicionales. Por tanto, una cláusula de la escritura social que prevea el pago de aportaciones suplementarias, o de una responsabilidad adicional que se imponga a los socios, convertiría a la sociedad en una S. de R.L., salvo la oposición de los socios, cuando acreditaran que no fue esa su intención, en cuyo caso la cláusula relativa iría en contra del tipo de la sociedad de que se trate, y por ende, carecería de valor frente a los socios y frente a terceros.

Tratándose de la S. de R.L., si bien la norma que la define (artículo 58) aparece redactada en el mismo tono imperativo: "socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones"; el artículo 70 permite que en el contrato social se pacten aportaciones adicionales y aportaciones accesorias, con tal de que aquéllas se hagan en proporción a las primitivas, y éstas no consistan en trabajos o servicios personales de los socios. Por tanto, en este tipo de sociedad sí es posible que los socios asuman la obligación de efectuar pagos adicionales, en cuyo caso su responsabilidad frente a la sociedad (e indirectamente frente a terceros) consistiría en el valor de sus aportaciones originales (que la ley denomina impropriamente "obligaciones generales"), más el monto de las adicionales (de las aportaciones suplementarias y accesorias). Dentro del concepto de aportaciones suplementarias en el contrato de la S. de R.L. puede imponerse a los socios la obligación de suscribir proporcionalmente aumentos de capital que se decretaran por la asamblea, consistentes en la aplicación de utilidades no repartidas, o de otras reservas; en cambio, dicha cláusula carecería de validez en la sociedad anónima, y con mayor razón, un acuerdo mayoritario de la asamblea extraordinaria de accionistas que pretendiera imponerse a los socios ausentes y sobre todo, a los disidentes, ya que en contra de tal obligación cualquier socio aduciría el texto del artículo 87, el concepto mismo de la S.A. y el derecho de preferencia para suscribir las nuevas acciones que se emitan en representación de aumentos de capital, el cual se convertiría en una obligación de suscripción.³⁹⁶

³⁹⁶ Así lo prevé el artículo 171, pfo. segundo de la Ley de Sociedades anónimas brasileña, de 1976: "En los aumentos (de capital) mediante capitalización de créditos o aportaciones de lucros, siempre se asegurará al accionista su derecho de preferencia, y, si fuera el caso, las exhibiciones que él cubra se entregarán al titular del crédito que haya de capitalizarse o del bien que se incorpore (al patrimonio de la sociedad)".

Tampoco sería válido en una sociedad con responsabilidad limitada (S de RL, SA), que el contrato social impusiera responsabilidad ilimitada a algún socio; si así se estableciera, estaríamos ante una S en C (o ante una S en N C, si la responsabilidad ilimitada se fija para todos los socios); y ante socios que incurrieran en quiebra en caso de que ella se decretara en contra de la sociedad.

No siempre será admisible, sin embargo, la transformación de las sociedades, en dichas hipótesis de responsabilidad ilimitada, porque los distintos tipos, como ya decíamos, no sólo se distinguen entre sí por la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios, sino también y como consecuencia de la responsabilidad, por la administración o gestión de los socios.³⁹⁷

Si la responsabilidad que corresponda a los diferentes socios cambia de la prevista legal o estatutariamente, dado el tipo social que se elija, y si no tienen derecho a concurrir en la administración aquellos socios a los que les correspondería legalmente según el tipo elegido, ello afectaría sustancialmente sus derechos, y daría ocasión a la disolución parcial (por retiro del socio) o total de la sociedad, y a la liquidación correspondiente, en cuanto que la cláusula estatutaria que impusiera la responsabilidad ilimitada iría en contra de la naturaleza y la estructura del tipo social, y, además, afectaría derechos indisponibles de socios.³⁹⁸

En segundo lugar, debe considerarse que la responsabilidad adicional, o la obligación de pagar cantidades en exceso de las aportaciones originales, no formen parte del contrato social, y no signifique una obligación del socio, como tal, frente a la sociedad, sino que constituyan un pacto o convenio entre los socios (pacto parasocial), al que sea ajena la sociedad; o bien, un pacto del socio, no como tal socio, sino como parte de ese convenio extrasocial que celebre con la sociedad, una vez constituida. En esos casos ese pacto parasocial sí sería válido y exigible, pero siempre que no fuera simulado, ni contrario a principios imperativos concernientes a las sociedades mismas, como la prohibición de pactos leoninos (artículos 2696 C. Civ. y 17 LGSM), o que fuera un pacto doloso o contrario a la buena fe; y siempre que el incumplimiento del socio no afecte sus derechos en la sociedad (su *status* de socio); es decir, la relación de éste con la sociedad, como sucedería si como sanción del incumplimiento se estableciera su exclusión de ella.

397 Véase Ferri, *Società di commercio*, cit. núm. 7, p. 376 y s., en función de la responsabilidad, con conclusiones diferentes a las que aquí llegamos.

398 Indica Mignoli, cit. p. 382, que la ley francesa de 1867, artículo 70., sancionaba de nulidad a las sociedades (el artículo 70. sólo hablaba de las sociedades en comandita por acciones) "cuyos estatutos no contuviesen cláusulas consideradas como esenciales y expresamente indicadas para ellas".

77. Sociedades con responsabilidad ilimitada de los socios comanditados (sociedades en comandita simple y por acciones) y de todos ellos (S. en N.C.), en las que se limite su responsabilidad

Cualquier cláusula de la escritura dictada en este sentido carecería de valor frente a terceros; en cambio, internamente, entre los socios, sí puede pactarse la limitación "a una porción o cuota determinada". Así lo indican los artículos 26, 57 y 211 LGSM.

En consecuencia, un acreedor de la sociedad puede demandar a ésta y a los socios que frente a él son deudores solidarios e ilimitados; pero si tal pacto de limitación existe a favor de alguno o algunos de ellos (y, obviamente, no podría existir respecto a todos), corresponde a quien paga "derecho de exigir de los otros codeudores la parte que (en la deuda común) les corresponda" (artículo 1999 C. Civ.).³⁹⁹

78. Sociedades en comandita cuyo socio comanditado sea una sociedad de responsabilidad limitada (S. de R.L. o S.A.)

Esta figura, que ha adquirido gran relieve en Alemania,⁴⁰⁰ y que ya se practica en España,⁴⁰¹ es, ciertamente, anómala, en cuanto que figura como único socio de responsabilidad ilimitada (comanditado), una sociedad en la que, a su vez, todos sus socios respondan limitadamente (S.A. o S. de R.L.), y la cual, además, se constituya con los mismos socios de responsabilidad limitada de la comandita (con los comanditarios); o sea que esta última, la S. en C., se constituiría, por ejemplo, con cinco socios, uno de ellos, el comanditado, sería una S. de R.L., o una S.A., y los otros cuatro, comanditarios, serían a su vez los socios de la S. de R.L., o de la S.A. A través de esta maniobra, por un lado se limitaría la responsabilidad del comanditado (la S. de R.L., o la S.A.) a su patrimonio social, que podrían ser sólo el monto del capital social (cinco mil pesos en aquélla, y veinticinco mil en ésta, que son los ridículos mínimos legales de su capital social); y por otro lado, la administración de esa sociedad en comandita recaería, de hecho, en los socios comanditarios, no en cuanto tales, sino como socios de la S. de R.L., o de la S.A., que estuvieran a cargo de su administración, o bien, que la controlarían.

Pues bien, en tal supuesto, o sea, repetimos, cuando en la sociedad en comandita que así se constituya figure como socio comanditado una sociedad de responsabilidad limitada de la que a su vez sean socios los comanditarios de aquélla, y así controlen, de hecho e indirectamente, la administración de la sociedad en comandita, ésta sería ilícita, por fraude a la ley, en cuanto que la *ratio* de la reglamentación legal de las comanditas supone una distinción real entre los

³⁹⁹ En este sentido, Mantilla Molina, núm. 319, p. 247 (20a. edición).

⁴⁰⁰ Véase, García Willam, *Aperçu du régime des Sociétés de Capitaux et des entreprises liées en Allemagne*, París, 1967, pp. 21 y s.; y Fernández de la Gándara, p. 127.

⁴⁰¹ Rojo, Angel, "S.A., S. en C.", cit. p. 246, sobre todo, dice Rojo, en hoteles, por inversionistas alemanes.

socios, una responsabilidad personal efectiva de los comanditados,⁴⁰² y la exclusión de los comanditarios de la administración social.⁴⁰³ En tal situación se aplicaría la nulidad del artículo 3o. LGSM, en cuanto que el funcionamiento real de la sociedad desvirtuaría el tipo social elegido (S. en C.); y también procedería la responsabilidad solidaria de los comanditarios (artículo 55, segunda frase *ibid.*), y de las S. de R.L., o S.A. (socio comanditado) por una actividad ilícita, o contraria a las buenas costumbres (artículo 1910 C. Civ.).⁴⁰⁴

79. S. de R.L., o S.A., no inscritas, cuyos socios sean administradores

Según el artículo 2o., párrafo quinto LGSM, "Los que realicen actos jurídicos como representantes de una sociedad irregular responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente"; o sea, como responden los socios colectivos (artículo 25); por otra parte, en la S. de R.L., salvo que los estatutos designen administradores, todos los socios concurren a la administración (artículo 74, párrafo 2o., en relación con el artículo 40); y cosa semejante ocurriría en una S.A. cuyos estatutos confiriesen la administración a los socios, o que la asamblea de accionistas nombrara a éstos como administradores.

En esos casos, se daría la aparente paradoja de la responsabilidad ilimitada de los socios, a pesar de tratarse de sociedades de responsabilidad limitada. La solución es legal, la responsabilidad ilimitada y solidaria se les impondría en su carácter de administradores (representantes), o sea, constituiría una sanción impuesta a los socios —administradores—, por mantener la sociedad en estado irregular.

Por lo demás, el derecho moderno de sociedades tiende a fincar responsabilidad ilimitada en el socio o administrador que controle la sociedad y que realice actos en beneficio propio, más que de la sociedad. Es el fenómeno que, según Fernández de la Gándara,⁴⁰⁵ "un importante sector de la doctrina europea, sobre todo la francesa, ha... dado en llamar una 'comanditarización de la sociedad anónima' (o

⁴⁰² Esta responsabilidad desaparecería, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 fracción III LGSM, si el comanditado pudiera ser un socio industrial; solución ésta que no creamos legal; v. *infra*, cap. 6o., núm. 54, p.

⁴⁰³ Podrían, en efecto, plantearse casos de fraude a la ley, en cuanto que, sin violar los textos de las normas legales de los diferentes tipos sociales, se violara el espíritu y la intención de ellas, consistentes en conceder protección a terceros con el patrimonio amplio y suficiente de los socios, y no con uno reducido de la sociedad-socio, lo que haría nugatoria dicha protección. Sobre estos problemas, y la creación en el derecho alemán de un nuevo tipo de sociedad con responsabilidad limitada, además del estudio citado de Angel Rojo, véase Fernández de la Gándara, pp. 129 y s.

⁴⁰⁴ En el caso de que el comanditado fuera una S.A., el socio que controlara su funcionamiento asumiría "obligación subsidiaria e ilimitada frente a terceros, por los actos ilícitos imputables a la compañía"; según dispone el artículo 13 de la Ley de Venta al público de acciones de sociedades anónimas. Para la interpretación de esta norma, véase, recientemente Ledesma Uribe Bernardo, pp. 204. y s.

⁴⁰⁵ *Op. cit.*, p. 462.

sea). . . la idea de responsabilidad ilimitada como corolario del poder". Manifestación muy clara de esta tendencia la tiene el citado artículo 13 de nuestra Ley de oferta al público de acciones de sociedades anónimas, que data del 1/II/1940.

80. *Sociedades mercantiles personales o S. de R.L. por acciones*

Como el caso ya examinado de S.C. por acciones, suelen presentarse en la práctica casos de sociedades mercantiles personales (Sociedad Colectiva, o S. en C.), o S. de R.L., en las que expresa o implícitamente se dé a las partes sociales carácter de títulos de crédito, ya sea para someterlas a su ley de circulación, y no a los requisitos de una cesión de derechos, o porque se disponga que los documentos que se expidan a los socios para acreditar su aportación se transmitan por el simple endoso, o porque sean constitutivos y necesarios para el ejercicio de los derechos consignados en ellos. Estas hipótesis también podrían darse cuando se transformara una S.A. en uno cualquiera de esos otros tipos y la escritura de la nueva sociedad conservara la división del capital en acciones.⁴⁰⁶

Pues bien, en esos casos, que ciertamente tienden a evitarse con el procedimiento de homologación judicial a que están sometidas las sociedades reguladas en la LGSM —artículos 260 a 264—,⁴⁰⁷ salvo que la intención de los socios haya sido el constituir una S.A., estaríamos en presencia de cláusulas atípicas, nulas y sin valor alguno, por ser contrarias a la estructura y naturaleza del tipo de sociedad de que se trate; y que cuando la nulidad de la cláusula afectara a los socios, y la conversión de la sociedad a un tipo distinto cambiara sustancialmente la posición de éstos, se llegaría a la disolución y liquidación de ella.

81. *Sociedades durmientes*

Otra anomalía muy seria en materia de sociedades, a que con frecuencia acuden círculos comerciales y profesionales así como bancos y grandes sociedades anónimas, consiste en la creación o mantenimiento de sociedades que no lleguen a funcionar, o que se retiren de su funcionamiento anterior y permanezcan en estado durmiente —*dormant status*—, como sociedades de reserva, para que, cuando convengan a sus fundadores o a quienes las comprenden de ellos (a quienes, en rigor, comprenden el nombre comercial de dichas sociedades), las pongan a funcionar y cumplan alguno o algunas de las múltiples finalidades que se hubieran previsto al tiempo de su constitución. Estas sociedades durmientes cumplen normalmente con todos los requisitos de existencia y de validez; e inclusive, de forma y de publicidad que la ley exige; es decir, se trata siempre de sociedades regulares. A ellas

⁴⁰⁶ Como también podría darse la situación inversa, una S. de R.L., que se convirtiera en una S.A., pero conservando partes sociales o cuotas.

⁴⁰⁷ A este respecto, así como en relación a las hipótesis planteadas en el texto, véase Mignoli, cit. pp. 382 y s.

falta, sin embargo, el destino o fin para el que toda sociedad se crea, a saber, su funcionamiento. Se trata de entes inertes, vacíos, que se crean para satisfacer necesidades futuras eventuales, ya sean propias de su fundador, o de su clientela (sobre todo en el caso de bancos antes de la nacionalización), o bien, de ampliación de actividades de una empresa que ya esté en funcionamiento, al usarla en relación con operaciones comerciales que se inicien o que ya estén en curso; e inclusive se utilizan para motivos ilícitos o contrarios a las buenas costumbres, como puede ser el acaparamiento de nombres y menciones comerciales para impedir su utilización por terceros, o tratar de escapar a limitaciones legales que estén en proceso legislativo, las que se pretendería que no se les aplicara porque ello significaría imponerlas retroactivamente; etcétera.

Las anomalías de esta figura son varias: la existencia de una persona moral que no actúa, sino que se mantiene en un estado cataléptico hasta que su creador (socio-fundador) decide echarla a andar.⁴⁰⁸ Y no es el caso de las sociedades ocultas, porque éstas, por hipótesis, no acuden a la publicidad legal, a su inscripción en el Registro, como sí sucede con la figura que analizamos.

Además, no subsisten en ellas, durante su estado de parálisis, las notas propias de toda sociedad a que alude la definición del artículo 2688 C. Civ., consistente en la realización de un fin común. Al contrario, a los socios —que con frecuencia es uno solo—, que las han creado, o quienes deciden privarlas transitoriamente de toda actividad, los guía y los anima el deseo de que esa sociedad durmiente no realice temporalmente actividad alguna. Les falta a ellos, por ende, la *affectio societatis*, o sea, el deseo de unirse en torno de la sociedad, y el de realizar a través de ella, y en forma continua y permanente, la finalidad u objeto que les sea propio.⁴⁰⁹ Se trata, pues, de un contrato o de un negocio incompleto, en cuanto que no acomete la función, ni llena el fin que es normal y propio de toda sociedad civil o mercantil.

Estaremos en presencia, por otra parte, de un hecho jurídico —en sentido lato—, que se inició como un negocio, por la manifestación de la voluntad de sus socios, pero que se convierte en un hecho en sentido estricto, porque por su invernación pasa a ser una cosa; a la manera de la persona física descerebrada. Curiosa situación de esa 'cosa', que es persona, aunque carece de sus atributos y funciones, y que, extrañamente, no podría ser declarada nula (artículo segundo LGSM), por estar inscrita en el Registro de Comercio.

⁴⁰⁸ Parecidas razones pueden invocarse, ya no en el caso de una sociedad durmiente, sino del comanditado-durmiente —*sleeping partner*— en las sociedades en comandita. Sobre esta figura, v. Hamel y Lagarde, núm. 498, pp. 611 y s.

⁴⁰⁹ Así, Hamel y Lagarde, núm. 408, p. 492. Según la jurisprudencia francesa, la ausencia de *affectio societatis* es causa de "nulidad de la sociedad. . . y entraña la inexistencia de cualquier vínculo verdadero de asociación entre sus asociados, y sobre todo, excluye que las aportaciones de éstas entran a un patrimonio común". Cfr. Merle, Phillippe y Chevallier, Merle Edith, *L'application jurisprudentielle de la Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, Dalloz, Francia, 1976, núm. 48 p. 71.

Empero, esta situación anómala de las sociedades durmientes atenta contra la naturaleza y el fin de las sociedades; es decir, se trata de sociedades en las que su objeto o fin es, generalmente, ilícito, en cuanto que el propósito para el que fueron constituidas, y que debe constar en la cláusula respectiva de la escritura social (artículo 6o., fracción II LGSM), es virtual, no real ni efectivo; está destinado a no cumplirse, en cuanto que la sociedad no entrará en actividad, elemento que forma parte del fin. Consecuentemente, la hipótesis sí encaja dentro del supuesto de nulidad de artículo 3o. LGSM: sociedades con fin ilícito; a saber, el propósito real (aunque oculto) de permanecer en ese estado durmiente.⁴¹⁰

410 Sobre esta curiosa y anómala figura, a la que puede acudir cualquier tipo de sociedad mercantil, y aun la sociedad civil, véase, Diener, Pascal, "Un abus de la personnalité morale: les sociétés en sommeil", en *Dix ans de droit de l'entreprise*, pp. 81 y s.; que califica a este "fascinante fenómeno", como cascarón, concha vacía, ficción de sociedad, fenómenos que son simulados o fraudulentos, y que, si no la ley, violan su espíritu, por lo que casi siempre incurren en fraude a la ley.