

CAPITULO UNDECIMO

La sociedad y fenómenos afines

115. Planteamiento	291
116. Caracteres de la sociedad que la distinguen de otros fenómenos jurídicos	291
117. Sociedad y empresa	292
118. Patrimonio con y sin personalidad	296
119. Empresa pública y sociedad	297
120. Utilización de las sociedades mercantiles por las empresas públicas	302
121. Modificaciones y deformaciones del régimen propio de las sociedades mercantiles, cuando se utilizan para las empresas públicas	304
122. Sociedad y comunidad	306
123. Casos dudosos de comunidad o de sociedad	310
124. La llamada sociedad conyugal	312

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LA SOCIEDAD Y FENÓMENOS AFINES

115. *Planteamiento*

En este capítulo trataremos de distinguir el concepto y la naturaleza del negocio social de otros negocios que se le asemejan, y de otros fenómenos jurídicos y económicos con los que suele confundirse o que se estructuran y funcionan como sociedades, principalmente como el tipo más acabado de éstas, que es la S.A.

Nos referiremos, primero a dichos fenómenos; a la empresa o negociación mercantil, a las sociedades o empresas públicas y con participación del Estado (sociedades mixtas); enseguida habremos de referirnos a negocios jurídicos en que exista, como en el negocio social, comunidad de fines, pero que tengan características que los distinguan de la sociedad, como sucede principalmente con la copropiedad o comunidad de bienes.⁶⁴⁴

116. *Caracteres de la sociedad que la distinguen de otros fenómenos jurídicos*

Para fijar el concepto y los elementos de la sociedad, cuestiones ampliamente tratadas con anterioridad (*supra*, capítulos primero y segundo), partimos, una vez más, de su definición y de los requisitos que ofrece el artículo 2688 C. Civ.; a saber, primero, *se trata de un contrato*, lo que supone la presencia de dos o más partes (socios); segundo, *de un patrimonio social*, que se forma con la combinación de bienes y derechos (recursos) y de servicios de los socios (esfuerzos), los cuales, tercero, *se aportan* por ellos a la sociedad; cuarto, *para la consecución de un fin común*, lo que supone, quinto, *una organización* y una actividad de la sociedad misma y de sus miembros.

No entra en la definición del artículo 2688 otra nota, la personalidad moral

⁶⁴⁴ Sobre la distinción de la sociedad y de instituciones afines, véase entre nosotros, Mantilla Molina, núms. 233 a y s., pp. 178 y s. (20a.). En derecho Italiano Ferri, *Le Società*, núms. 7 y s. pp. 23 y s.; Ferrara Jr. Francisco, *Gli imprenditori e le società*, 2a. ed., Milán, 1946, núms. 90 y s., pp. 95 y s.

de la sociedad, que sin ser esencial es propia de todas las sociedades civiles y mercantiles que cumplan los requisitos anteriores.

Igualmente, una característica que es propia de las sociedades y asociaciones, como es la finalidad especulativa, o sea el lucro, no integra el concepto del negocio social, porque, como ya hemos visto, dicho fin está excluido de todas las sociedades civiles, y además, nada obsta en nuestro derecho a que las mercantiles tengan una finalidad no especulativa, si adoptan alguno de los seis tipos que enumera el artículo 1o. LGSM. En cambio, que el fin de la sociedad sea el lucro, explica la confusión entre la sociedad y la empresa, en cuanto que el ejercicio de ésta siempre constituye una especulación lucrativa; inclusive cuando la empresa es pública, en cuanto que admitimos, con Bigiavi,⁶⁴⁵ que la finalidad lucrativa no implica siempre la obtención de utilidades y sí, en cambio, el no realizar actividades altruistas; y la actividad especulativa de las sociedades mercantiles *suele* consistir precisamente, en la organización y explotación de la empresa.

Por último, es propio de las sociedades (civiles y comerciales) que se hagan conocer de terceros, o sea, que acudan a una forma de publicidad, ya sea la de carácter legal, a través de la inscripción en los registros públicos correspondientes (Registro de la Propiedad para las sociedades civiles, de Comercio y de Cooperativas para las mercantiles), ya meramente de una publicidad de hecho: la organización y, sobre todo, la actividad de la sociedad llevan consigo su exteriorización, legal o de hecho. No obstante, ni en la A en P, ni respecto a la sociedad oculta se da esa circunstancia de la publicidad, sino al contrario, tales negocios quedan en sigilo y sólo se aplican inter-partes.

117. Sociedad y empresa

Es muy frecuente, en México y en otros países, no distinguir la empresa de la sociedad,⁶⁴⁶ o bien, considerar que "la sociedad solamente sea una forma del ejercicio de la empresa";⁶⁴⁷ y así, hablar de aquélla para referirse a ésta y usar como equivalentes ambos términos. Como es también frecuente que una empresa o negociación, sobre todo si es estatal, se estructure, en cuanto a su funcionamiento, como sociedad (anónima las más de las veces). Parecería que se trata de conceptos correlativos, si la sociedad es de carácter especulativo.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ *La professionalità del imprenditore*, Pádua, 1948, pp. 84 y s.

⁶⁴⁶ Sobre los conceptos de empresa y sociedad, sus diferencias, necesidad de distinguirlos, veáanse de Garrigues Joaquín, "Aspetti giuridici della impresa", *Nuova Riv.*, 1949, pp. 51 y s.; "La crisis del derecho mercantil contemporáneo", en *Rev. de Derecho Mercantil*, 1955, vol. II, págs. 83 y s.; "Reforma, contrarreforma y ultrarreforma", *Rev. Der. Merc.* 1950, pp. 157 y s.; Polo, Antonio, "Empresa y sociedad", en los *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, pp. 311 y s.

⁶⁴⁷ Ferri, Giuseppe, *Le società*, núm. 7, p. 23 y núm. 9, pp. 31 y s.

⁶⁴⁸ A pesar de que la regulación jurídica de la empresa pertenece al derecho industrial, y la de las sociedades al derecho corporativo.

No obstante, debemos distinguir ambas figuras, porque si bien es cierto que suelen coincidir, también lo es que no siempre es así; ya sea porque haya sociedades sin empresa,⁶⁴⁹ o lo contrario, empresas no societarias. Lo primero se da respecto a toda clase de sociedades (y asociaciones) que no persigan fines de lucro, en cuanto que, insistimos, la negociación siempre es lucrativa; y lo segundo, en cuanto que existen empresas cuyo titular (empresario) no es una sociedad, sino una persona física (el comerciante individual que se comprende en la fracción I del artículo 3o. C. Co.), o un grupo de personas físicas o sociedades, que a su vez, no constituyan una sociedad. Por ejemplo, la empresa naviera de la que fuera titular una comunidad: el condomino del buque (artículos 127 y 112 LN y CM).

Se distinguen ambas instituciones en cuanto a su naturaleza. En tanto que la sociedad es un negocio jurídico, un contrato (cuando menos al tiempo de su fundación), que se constituye por el acuerdo de las voluntades de sus miembros (dos o más); la empresa es un hecho, una situación económica, que consiste en la organización (que realiza su titular, o sea el empresario) de diversos factores económicos (capital, trabajo), con el fin de producir bienes o servicios para el mercado.

En la etapa de funcionamiento de la sociedad, en la que el contrato primitivo se transforma en una figura jurídica especial (negocio de organización), tampoco se confunden los dos conceptos, aunque en dicha etapa frecuentemente la sociedad organiza su empresa, y el funcionamiento de aquélla consiste en la explotación de ésta. Empero, la organización y el funcionamiento de la sociedad se realizan en interés común de los socios y de su participación en la gestión social; es decir, se trata del cumplimiento de dichos fines jurídicos en relación y en función de socios; por lo cual, tanto hay que atender a las relaciones de la sociedad con todos y cada uno de ellos, como a los intereses de ella —el interés social— y el de los socios; la empresa, en cambio, tiene una finalidad exclusivamente económica de producción, la cual, si no contradictoria de la finalidad de la sociedad, sí es ajena (algunas veces, trascendente) a ésta, y distinta, en cuanto que en ella el interés de los socios se amengua.

A pesar de lo anterior, es innegable que también en las sociedades modernas, en las grandes sociedades anónimas nacionales y transnacionales, los intereses de los socios y su participación en la gestión social tienden a desaparecer para que se impongan los intereses económicos del ente, consistentes, no sólo en su supervivencia, sino en su expansión a costa tanto de aquéllos (los accionistas) como de los competidores.

En esas grandes sociedades se acude a la emisión, oferta y suscripción masiva de acciones, a través de la bolsa de valores; con lo cual se fracciona ilimitadamente el capital y desaparece el control de los accionistas sobre la sociedad, lo que oca-

649 Lo que Ferri, *loc. ult. cit.* considera como una situación "marginal" en derecho italiano. Recuérdese que de la interpretación del artículo 2247 C. Civ. it., en que define el contrato de sociedad, la doctrina italiana afirma el carácter esencialmente lucrativo de ellas.

siona que el gobierno de ella quede en manos, no de los órganos sociales, sino de elementos de la empresa misma, como los gerentes y directores.⁶⁵⁰

El órgano de administración tradicional, o sea el o los administradores nombrados por los accionistas en las asambleas generales, tiende en efecto a quedar subordinado a directores y gerentes generales que junto con los asalariados serán los que establezcan e impongan los programas y las metas de la actividad empresarial. En la gestión de la sociedad se inmiscuyen lenta, progresiva, inexorablemente los trabajadores y empleados, e inclusive los sindicatos y las centrales obreras, a las que aquéllos pertenecen; es el fenómeno de la *cogestión*, hoy tan en boga en casi todos los países capitalistas, e inclusive en alguno socialista, como Yugoslavia, y por el que se lucha en otro, Polonia.⁶⁵¹

Aunque todo esto es innegable, y aunque en nuestra opinión esa corriente de reformas a la sociedad, por razones económicas, es irreversible, con lo que los intereses y los derechos individuales de los socios habrán de subordinarse a los de la empresa organizada por la sociedad, de tal manera que los socios, de gestores se conviertan en meros inversionistas, y de que el gobierno y la administración de la sociedad y de su empresa no quede ya en manos del órgano de administración, sino de los directores y gerentes generales, en colaboración estrecha con los trabajadores y sindicatos; aunque todo esto resulte innegable, seguirá distinguiéndose ese elemento personal de la empresa, el empresario, que no será ya sólo ni principalmente la sociedad (o una persona física o un grupo de sociedades o de individuos), sino también el personal de la negociación.

Deberá seguir distinguiéndose dentro de la negociación ese elemento personal

650 Visentini, en un artículo de oposición a Garrigues, por la reiterada postura de éste a favor de la distinción entre empresa y sociedad, en la Conferencia Internacional sobre la Reforma de la Sociedad por Acciones, que tuvo lugar en Venecia, en octubre de 1966. En dicho artículo, "Note sulla cogestione in Spagna e altrove", en *Riv. Dir. delle Soc.* 1968, p. 152, dice Visentini que "el problema de la disciplina de las grandes sociedades cuyas acciones están fraccionadas y difundidas entre el público, deriva precisamente del hecho de que en estas grandes sociedades, la "sociedad" desaparece como "empresaria"; el "accionariado" se ha desintegrado, ha perdido carácter, capacidad y voluntad empresarial, y la única realidad es la empresa. . . la sociedad ha cesado de ser una forma de organización del titular de la empresa, y ésta se ha apoderado de la sociedad y se vale de ella. Lo que de la sociedad subsiste, y la disciplina legislativa societaria, se ponen al servicio de la empresa. . .".

651 Houin R., en el prólogo de la obra *Etudes sur le Projet Français de réforme des sociétés commerciales (Projet de Loi no. 1003 du 18 juin 1964)*, Sirey, Paris, 1965 p. VI, critica ese Proyecto francés, que poco después, con grandes modificaciones por la Asamblea Legislativa, se convirtió en ley; y en relación a la administración tradicional de la S.A., muestra su sorpresa de que el proyecto haya ignorado la iniciativa parlamentaria de Capitant sobre esa materia. V. también, en la misma obra, Mazeaud, Leon, *L'administration des sociétés anonymes et de projet de loi sur les sociétés commerciales*, p. 63. Este autor critica la exclusión de los asalariados, no sólo de la gestión sino también del control de la empresa, y reproduce las palabras del Papa Juan XIII en la Encíclica *Mater et Magistra*, pp. 93 y 94; "Consideramos que son legítimas las operaciones de los trabajadores de tomar parte activa en la vida de las empresas donde trabajan y prestan servicios. . . en salvaguardia de la autoridad y eficacia que son necesarias para la unidad de la dirección".

(empresario, funcionarios, empleados, trabajadores) del real, o sea el patrimonio o hacienda. A pesar de que disminuya el interés individual de los socios, y de que predomine el interés económico de la empresa, ésta seguirá comprendiendo a un titular y dependiendo de él. La empresa en sí, *internehmen an sich*, o sea ese fenómeno económico de cuya estructura y fines de gestión se produce internamente, a manera de generación espontánea, no hace desaparecer la dualidad empresario-empresa; hará, cuando más, que sobre los intereses de aquél prevalezcan los de ésta, que se consideren trascendentes y de mayor entidad y valor. El binomio, así como la gestión del empresario (como quiera que éste se integre en cuanto a la actividad de administración), no sólo se da en la empresa capitalista sino también en la socialista, en la que el Estado sustituye a la sociedad, y el director de la empresa actúa como órgano fiduciario de él.

La empresa, cuando el titular es una sociedad, comprende a ésta como uno de sus elementos esenciales; porque, en efecto, la negociación está formada por su titular (empresario) otros elementos personales y reales; todos los cuales se organizan por dicho titular (el *aviamiento* del empresario). El patrimonio o hacienda, como el aviamiento, también son esenciales a la negociación.

Ahora bien, el empresario, por más que sea un elemento esencial y casi siempre el de mayor importancia dentro de la empresa, tanto durante su organización como en la fase de su funcionamiento, no puede ni debe confundirse con el todo, con la unidad misma de ésta. La sociedad, cuando organiza la empresa, no es la empresa, sino que solamente es quien la funda y la dirige; como también puede serlo no una sociedad sino, como decíamos, otro sujeto distinto.

Y en cuanto a la hacienda de la empresa, que es el conjunto de los bienes y derechos que el empresario afecta al funcionamiento de ella, tampoco puede confundirse con las aportaciones de los socios; ellas, principalmente cuando consisten en obligaciones de dar, serán el primer e inicial elemento del patrimonio de la sociedad, que se confieren para que los socios adquieran el carácter de partes del negocio social y estén a las resueltas de la actividad de la sociedad.⁶⁵² Es cierto que cuando la sociedad organiza y explota una empresa, el patrimonio de ella (o sea la hacienda) se confunde con el patrimonio social, es uno y el mismo; pero es que entonces la empresa, como conjunto de bienes, derechos y relaciones jurídicas (*v.g.*, los que se establecen con los obreros a través de contratos indivi-

652 Excepcionalmente, las aportaciones de los socios pueden consistir, en forma exclusiva, en su trabajo (aportaciones de industria), como en las sociedades mutualistas. En derecho español se permiten, según Girón Tena, *Derecho de sociedades*, p. 42 quien invoca los artículos 1665 y 1678, C. Civ. esp. —en la pág. 82, Girón restringe la posibilidad de las sociedades sin patrimonio, solamente a la sociedad interna (oculta). Para el derecho italiano, sobre este caso de sociedades, sin patrimonio real, v. Bolaffi, Renzo, *La società semplice*, pp. 108 y s quien cita el artículo 2247 C. Civ. it., semejante a nuestro artículo 2688 C. Civ., "el contrato en el que uno de los contratantes está dispensado de la obligación de hacer cualquier contribución, se considera como un contrato de sociedad, pero... diverso de los otros, porque no entra en la categoría de los contratos sinalmáticos, de los que la sociedad es un ejemplo" (p. 110).

duales y colectivos; con la clientela, o aquellos que surgen con ocasión de la actividad de organización del empresario, o sea el aviamiento, el prestigio o renombre), constituye el objeto de la sociedad, y el medio del que se vale para el cumplimiento de sus fines.

Ese patrimonio propiedad de la sociedad puede transmitirse a terceros, sin afectar su unidad (en los casos de trasmisión universal) y su existencia: seguirá tratándose de la negociación, aunque con distinto titular, y también la sociedad seguirá subsistiendo, si bien con un patrimonio distinto, en cuanto que el conjunto y la unidad patrimonial de bienes y derechos se conviertan en dinero, independientemente de que éste dé lugar a la constitución de una nueva empresa. Se da así el fenómeno de la separación de ésta y del empresario (la sociedad), con lo que se muestra que se trata de dos conceptos distintos.

118. *Patrimonio con y sin personalidad*

En ocasiones se otorga personalidad moral a un patrimonio: se trata de un nuevo sujeto de derecho, no de una duplicidad de personas, que fueran el patrimonio y quien lo formó y constituyó anteriormente; sino que este sujeto —sociedad o persona física— afecta aquél a una finalidad determinada y transmite el patrimonio afectado a la nueva persona.⁶⁵³ Es el caso entre nosotros de las fundaciones, “entidades jurídicas que con bienes de propiedad particular ejecutan actos con fines humanitarios o de asistencia, sin propósitos de lucro y sin designar individualmente a los beneficiados” (artículo I de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal), a las cuales, como decíamos, se reconoce personalidad moral (artículo 4o. *ibid.*); y el caso en otros derechos, de patrimonios fin o de afectación (*Zweckvermögen*, del derecho alemán).⁶⁵⁴

Es posible, asimismo, que a una sola sociedad correspondan varios patrimonios, los que, sin tener personalidad propia, atiendan a fines distintos y cada uno constituya una unidad patrimonial diferente; es decir, que haya multiplicidad de patrimonios separados y un patrimonio anterior (el de la sociedad). Es el caso de los bancos con departamentos fiduciarios y de las instituciones fiduciarias.

En aquéllos y en éstas, cada fideicomiso que se constituye con la institución —como fiduciaria— integra un patrimonio separado del propio de la institu-

⁶⁵³ Sin que aún se abogue por otorgar personalidad a la empresa, se apunta en la doctrina la tendencia de reconocimiento cierto carácter subjetivo propio; es decir, considerarla como sujeto sin personalidad plena, como entre nosotros sucede con las unidades económicas sin personalidad a que se refiere el artículo 2o. fracción III LIE. Véase Santoro-Passarelli, *Doctrine generale del Diritto Civile*, Nápoles, 1954, p. 70; Ferro-Luzzi, *Il contratti associative*, p. 203, Despax, M., *L'entreprise et le droit*, pp. 377 y s. En forma más amplia, v. Zatti, Paolo, *Persona giuridica*, cit. *passim* y especialmente, pp. 173 y s. y 275 y s.

⁶⁵⁴ Sobre el “negocio de fundación”, el carácter esencial del patrimonio, y la equiparación de la figura con el patrimonio-fin-Zweckvermögen, v. Romanelli, Vincenzo Maria, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, Nápoles, 1935, pp. 62 y s.

ción, que sólo atiende a las obligaciones específicas asumidas por ésta, y que es distinto del patrimonio de la institución misma.

A ciertos patrimonios o conjuntos patrimoniales, como tales, independientemente de quién sea su titular, la ley, sin concederles personalidad moral, puede reconocerlos como sujetos de derechos, en cuanto les atribuya ciertos derechos y obligaciones. Es el caso de las "unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica", que indica el artículo 2o., fracción III LIE, y los "establecimientos permanentes" a que aluden los artículos 1o., fracción III y 20 LIR; como también pueden serlo la herencia yacente antes del reconocimiento de herederos, y la sucesión de un comerciante que sea declarada en quiebra (artículo 3o. LQ). En el primer caso, se trata de sujetos de la LIE; en el segundo, de ingresos de personas que sean residentes en el extranjero, atribuibles para efectos fiscales a dichos establecimientos permanentes; en el tercero, de supuesto de herencia a favor de personas (herederos, legatarios) aún no reconocidas, y en el cuarto, de que el *decurjus* hubiera sido un comerciante "cuando se pruebe que haya cesado en el pago de sus obligaciones en fecha anterior a su muerte o a su retiro, o cuando continúe en marcha la empresa de la que era titular".

119. Empresa pública y sociedad

La intervención del Estado en la vida económica es un fenómeno universal,⁶⁵⁵ que adquiere mayor importancia cada día, porque se considera que corresponde al poder público la planeación y el desarrollo de la economía, así como la tarea de cumplir las necesidades colectivas que por una u otra razón no se satisfacen por las empresas privadas.

Consideramos también como irreversible esta tendencia intervencionalista del Estado, que constituye, además, un fenómeno en expansión y que tiende a configurar una nueva disciplina jurídica, el derecho económico.⁶⁵⁶ Lamentablemente, entre nosotros esta tendencia de la intervención pública en los fenómenos econó-

⁶⁵⁵ Cfr. Barcellona, Pietro, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milán, 1969, *passim*, pero especialmente los dos primeros capítulos; con el estudio de los cambios que dicho fenómeno ha introducido en el derecho, no sólo comercial, sino civil, constitucional, administrativo. Del mismo autor, *Gli istituti fondamentali del Diritto Privato*, 2a. ed., Eugenio Jovene, Nápoles, 1971, pp. 56 y s. Inclusive, en los Estados Unidos, país capitalista por excelencia, renuente a restringir la libertad de comercio y a propiciar o tolerar la intromisión y la concurrencia del Estado en actividades que tradicionalmente se han reservado a la iniciativa privada, v. Friedmann, *Law in changing society*; Graveson, *Status in the common Law*, ambos citados por Barcelona, *Intervento Statale*, p. 16, V. también, Hazard, John N., "La empresa pública en los Estados Unidos de América", en la obra, *La empresa pública*, Studia Albornotiana, dirigidos por Evelio Verdera y Tuells, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970, vol. II, pp. 1825 y s. (En adelante, nos referiremos a esta última obra indicando solamente a su director, el distinguido profesor español Verdera y Tuells).

⁶⁵⁶ Houin R., p. V.

micos, a través tanto de empresas de participación estatal como de comisiones y órganos del Estado mismo, tiende a desbordar los principios de la organización del Estado y de la división de poderes, y atribuir la facultad de dictar disposiciones legales, propias del Poder Legislativo,⁶⁵⁷ al Ejecutivo, algunas veces, a través del ejercicio irrestricto de facultades discrecionales (*v.g.*, artículos 12 y 13 LIE); otras veces, de la facultad que al Ejecutivo confieren las leyes de dictar disposiciones generales, que por ser tales, son leyes desde el punto de vista sustancial: por ejemplo artículos 17, fracción V, LMV; 12 fracciones I y VI LIE; 24 fracción I, párrafo segundo, 28 fracciones II y III, 41 párrafo cuarto, etcétera LIR; y otras más, que atribuyen a secretarías de Estado (como la SH y CP) y a comisiones como la Nacional Bancaria y de Seguros, o la Nacional de Valores, el derecho exclusivo de interpretar determinadas leyes, así sea para efectos administrativos solamente (*e.g.*, artículos 27 de la Ley Orgánica de la Nacional Financiera y 15 de la Ley Orgánica del Banco Nacional Pesquero y Portuario, S.A.); o bien, que atribuyen a dependencias y órganos del Poder Ejecutivo la facultad de dictar disposiciones generales, leyes desde el punto de vista material, y que no entran dentro del concepto de reglamento a que se refiere el artículo 89, fracción I de nuestra Constitución federal. Por ilegales, peligrosas y contrarias a un régimen de derecho, es de desearse que cesen aquellas prácticas y estas facultades inconstitucionales y que el Congreso de la Unión recupere la facultad de regular por leyes esas situaciones.

La importancia es tanta que el intervencionismo de Estado en la vida económica ha sido reconocido en las constituciones democráticas (*constitución económica*) de algunos países (Italia, 1947, artículos 35 y 43 y España, 1978, artículo 128); se manifiesta, además, en programas y planes políticos de desarrollo económico nacionales y de reforma de la empresa,⁶⁵⁸ en México inclusive, y constituye, por otra parte, con la regulación de la empresa pública, la razón del reconocimiento de una nueva disciplina jurídica, el *Derecho social o económico*, que ha tomado carta de naturalización en nuestro derecho, no sólo doctrinalmente, sino también en los planes de estudio de la Universidad Nacional Autónoma de México;⁶⁵⁹ porque, en efecto, en nuestra opinión, el contenido y el ámbito de

⁶⁵⁷ Artículo 49 de la Constitución Federal.

⁶⁵⁸ Cfr. Barcellona, *Intervento Statale*, pp. 5 y s., 12 y s.; Duque, Justino F., "Empresas nacionales, iniciativa privada y libre competencia en el derecho español", en Verdera y Tuells, *La empresa pública*, vol. I, p. 910, al referirse a la ley española 194/1963, "por la que se aprueba el Plan de desarrollo económico y social". También en el derecho italiano, Papi, Giuseppe Ugo, "La función del Estado en las economías mixtas", Verdera y Tuells. *La empresa pública*, vol. I, p. 27. Entre nosotros, en la actual campaña electoral para elegir presidente de la República, tanto el Partido Oficial, como el PSUM, de la izquierda, incluyen en sus programas de gobierno para el sexenio 1982-1988, diversas propuestas de modificaciones constitucionales para incluir derechos de tipo social o colectivo y de contenido económico (*v.g.*, vivienda, salario remunerador, salud, etc.).

⁶⁵⁹ Baste para probar su implantación entre nosotros, el hecho de que muy recientemente, en la obra jurídica colectiva patrocinada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de dicha Universidad, al lado de las materias tradicionales, se incluye al derecho económico, a

aplicación de esta nueva rama del derecho se determina en función de derechos de alcance social (no meramente individuales o de clase), y también por la intervención del Estado en la vida económica y la actuación de los organismos y empresas públicas cuya finalidad sea de naturaleza preponderantemente económica, aunque no siempre especulativa.

Estos organismos y empresas públicas forman parte de la "administración pública paraestatal" (artículos 3o., 45, 46, 47, y 48 de la LOAPF, del 1o. de enero de 1977), que se compone de los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria; los fideicomisos públicos (artículos 3o., fracción III y 49 *ibid.*), las empresas de participación estatal minoritaria (artículo 48 *ibid.*); y con figuras que se asimilan a las de participación mayoritaria, "sociedades civiles así como asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de las mencionadas en el inciso a) del artículo 46, o alguno o varios de ellos que se obligan a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes".⁶⁶⁰

Para los efectos de nuestro estudio, que se concreta a distinguir las empresas públicas del negocio social, no nos interesan ni los organismos descentralizados, ni los fideicomisos, ni las aludidas sociedades y asociaciones civiles, que por tener este carácter no pueden constituir (aunque sí, algunas de ellas el fideicomiso) ni explotar una empresa; sí, en cambio, las empresas de participación estatal mayoritaria y minoritaria, a las que calificamos genéricamente como empresas públicas o de economía mixta.

El artículo 46 da el concepto de las empresas de participación estatal mayoritaria,⁶⁶¹ como sigue:

Aquellas que satisfagan alguno de los siguientes requisitos: a) Que el gobierno federal, el Gobierno del Distrito Federal, uno o más organismos descentralizados, otra u otras empresas de participación estatal, una o más instituciones nacionales de crédito u organizaciones auxiliares nacionales de crédito, una o varias instituciones nacionales de seguros o de fianzas o uno o más fideicomisos a que se refiere la fracción II del artículo 3o. de esta ley, considerados conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios del 50% o más del capital social. b) Que en la constitución de su capital se hagan figurar acciones de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el gobierno federal; y c) Que al gobierno federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, junta directiva u órgano de gobier-

cargo de Jorge Witker, quien ha escrito diversos ensayos sobre la misma materia, *cfr. Introducción al derecho mexicano*, UNAM, México, 1981, pp. 905 a 1059. V. Barcellona, *Intervento*, Statale, pp. 14 y s. y 21 y s. con amplia bibliografía.

⁶⁶⁰ *Cfr.* Ruiz Massieu, José Francisco, "Las formas jurídicas de la empresa pública en México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 34, enero-abril de 1979, p. 91.

⁶⁶¹ El artículo 461 C. Co. de Colombia de 1971, en forma expresa reglamenta estas "sociedades de economía mixta" (artículos 461 y 468), con características especiales que las distinguen de las otras sociedades comerciales.

no, designar al presidente, al director, al gerente, o cuando tenga facultades para votar en acuerdos de la asamblea general de accionistas, del consejo de administración o de la junta directiva u organismo de gobierno equivalente.

A su vez, el artículo 48 define a las empresas de participación estatal minoritaria:

Las sociedades en las que uno o más organismos descentralizados u otra u otras empresas de participación mayoritaria consideradas conjunta o separadamente, posean acciones o partes de capital que representen menos del 50% y hasta el 25% de aquél.

La vigilancia de la participación estatal estará a cargo de un comisario designado por el secretario de Estado o jefe del Departamento Administrativo encargado de la coordinación del sector correspondiente. . .

La LOAPE no alude a empresas en que el Estado —u organismos, instituciones o sociedades del Estado— participen con el 100% del capital social. Si éstas no fueran distintas de los organismos descentralizados (PEMEX, CFE, etcétera), como se definen en el artículo 45,⁶⁶² creemos que deben regirse por las disposiciones de las empresas de participación estatal mayoritaria.⁶⁶³

Ahora bien, con excepción de esos organismos descentralizados y de esas empresas con el 100% del capital en poder del Estado, o empresas de Estado, en que el titular de la negociación pudiera no ser una sociedad mercantil, en todas las demás empresas de participación estatal, totalitaria, mayoritaria o minoritaria, tendrá que ser titular o empresario una sociedad mercantil, anónima principalmente.⁶⁶⁴

662 Artículo 45. "Dentro de la administración pública paraestatal serán consideradas como organismos descentralizados las instituciones creadas por el Congreso de la Unión, o en su caso por el Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonios propios, cualquiera que sea la forma o estructura legal que adopten".

663 Sobre la distinta participación del Estado en las empresas públicas, v. Chuayffet Chemor, Emilio, "Formas legales de control administrativo de las empresas públicas en México", en *Anuario Jurídico*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981, págs. 121 y s.

664 No es exclusiva de México esta situación, que muestra claramente el desbordamiento de ese tipo social hacia las actividades públicas del Estado, hasta el punto que Berle y Means, *The modern corporation*, págs. 1-6 y s., hablan de un actual "sistema político corporativo", como en el pasado existió el sistema feudal. En Italia, según Gustavo Stammati (*La empresa pública en el marco de la acción económica del Estado*; en Verdera y Tuells, vol. I, p. 52): "se puede afirmar que la participación directa del Estado en la actividad económica se ha basado, con neta prevalencia, en organismos de estructura privatista (sociedades por acciones); en Alemania, "frecuentemente se sirve la administración de formas de organización *jurídico-privadas* para sus empresas públicas, figurando como socios de sociedades mercantiles de capitales especialmente en S.A. o en S. de R.L." (Vogel, Klaus, "Las empresas públicas en la República Federal Alemana", en Verdadera y Tuells, vol. I, p. 761); en los *Estados Unidos*, las anónimas *Corporations* "son usadas frecuentemente tanto por los Estados como por las agencias públicas, para realizar ciertas actividades del gobierno (Ballantine, p. 7, p. 26, y Berle y Means, *loc. cit.*, que hablan de las "*quasi public corporations*"); en Francia, Venetia, J.C. ("Las empresas públicas en Francia", en Verdera y Tuells, vol. II, p. 1317) reconoce y analiza sutilmente las consecuencias de valerse, de "métodos de la gestión comercial", como son el carácter de comerciante, la quiebra, la sumisión a la jurisdicción comercial, etc.,

Así es, en efecto, porque sólo a sociedades de esta naturaleza aluden los tres incisos del artículo 46, cuando hablan de "capital social", "acciones de serie especial", "consejo de administración", "asamblea de accionistas", y porque, sobre todo, ni las sociedades y asociaciones civiles (artículos 2670 y 2688 *in fine* C. Civ.), ni las fundaciones (artículo 4o. Ley de Asistencia Privada para el Distrito Federal) pueden organizar y explotar una empresa, en el concepto propio de este término, es decir, como actividad dirigida a la producción de bienes o servicios para el público.

De ahí la importancia de analizar ambas figuras: empresa pública y sociedad.

Pues bien, también en el campo del derecho económico deben distinguirse ambos conceptos. Los supuestos y conclusiones del párrafo anterior son aplicables a las empresas públicas: aun en éstas debe distinguirse el empresario (el Estado, un organismo de éste, o una sociedad comercial, anónima principalmente), su actividad en torno a la persona y a los bienes (hacienda) de la empresa, y su finalidad, aunque esta última sea distinta de la finalidad de la empresa privada, que consiste en tener utilidades en beneficio exclusivo del empresario o de sus socios, ya que la finalidad de la empresa pública, es como la del Estado mismo, en beneficio de la colectividad y en cumplimiento de los fines de éste.⁶⁶⁵

¿Por qué el Estado acude a instituciones de derecho privado, como son las sociedades mercantiles, para constituir las empresas públicas? Esto, que, repetimos, constituye un fenómeno general en los países capitalistas (de economía de mercado),⁶⁶⁶ que no ha estado exento de críticas entre nosotros,⁶⁶⁷ se debe a diversas razones que en seguida exponemos.

para los establecimientos públicos. Contrariamente, en la Gran Bretaña, según Polak, Kenneth, (La empresa pública en la Gran Bretaña", en Verdera y Tuells, vol. II, p. 1345), "*las public corporations* son propiedad completa del Estado y en las sociedades mercantiles, no hay, salvo casos de excepción la (British Petroleum Company), ninguna participación pública.

665 Sobre este punto, entre nosotros, De la Madrid H., Miguel, "Algunas cuestiones sobre la regulación de la empresa pública en México", en *Anuario Jurídico* del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981, vol. VIII, pp. 420 y s., y Novoa Monreal, Eduardo, "Las empresas públicas y el Estado. Algunas puntualizaciones jurídicas y prácticas", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 34, enero-abril de 1979, pp. 51 y s.

666 Sobre la política del Estado de intervenir en la vida económica a través de sociedades mixtas y estatales, v. Garrigues, Joaquín, "Problemas actuales de la sociedad anónima. La S.A. y el Estado", en *Hacia un nuevo derecho mercantil*, pp. 127 y s., en que alude a la "socialización de sociedad anónima". En los países socialistas (de economía dirigida), al frente de la empresa está el Estado mismo, a través de organismos y dependencias —sociedades en algunos casos— que forman parte integrante de él. Véanse, para la URSS, Begaux-Francotte Colette, "La empresa pública en la Unión Soviética", en la *Empresa Pública. Studia Albortiana*, vol. II, p. 1733, y Crespi Reghizzi, Gabriele, "La sociedad como forma empresarial en la experiencia soviética", *ibidem*, vol. II, p. 1777 y s.; para Polonia, Bar, Ludwik, "Las empresas del Estado en la RPP", *ibid.*, vol. II, pp. 1713 y s. En Yugoslavia, Blagojevic, Borislav T., "Algunas características de las empresas públicas en Yugoslavia", *ibid.*, vol II, p. 1791 y s., indica los distintos periodos económico-políticos que ha recorrido el país desde su liberación después de la guerra: gestión administrativa de la economía; autogestión de la empresa y unidad económica autónoma según la Ley relativa a la gestión de empresas públicas y asociaciones superiores, de 1950.

667 Al sostener que "se desnaturaliza y se deforma a las instituciones privadas", Ruiz

Es ocasión, sin embargo, de plantear la pregunta del ilustre profesor de la Universidad de Roma, Giannini:

¿la sociedad de capitales con participación pública. . . conserva verdaderamente este carácter en forma integral, cuando se la somete a un ente público o a un ministerio (como pasa en México según el artículo 46, inciso c) LOAPF), y por consiguiente, puede ser maniobrada como instrumento en función de la actuación de esta o aquella directriz política, de este o aquel programa económico, o insertada como una pieza en una planificación que —si no tiene—, puede tener siempre, por lo regular, finalidades también no económicas? . . . La verdadera esencia del fenómeno escapa todavía a los estudiosos.⁶⁶⁸

Y este punto de vista se aplica aún en los Estados Unidos. Según Ballantine,⁶⁶⁹ ninguna teoría o política se ha construido hasta ahora respecto a la creación o regulación de las sociedades anónimas estatales (*Government corporations*).

120. Utilización de las sociedades mercantiles por las empresas públicas

De los diversos tipos de sociedades mercantiles, el Estado usa para sus empresas, en primerísimo lugar, la S.A.; menos la S. de R.L., y excepcionalmente la sociedad cooperativa.⁶⁷⁰

Lo anterior se debe, en primer lugar, a que no existe una figura en el derecho administrativo en la que puedan incluirse todas las manifestaciones de la empresa pública.⁶⁷¹

En segundo lugar, a que en todos esos tipos de sociedades, los socios gozan de una responsabilidad limitada al monto de sus aportaciones (y alguna adicional, si así se conviene, en la S. de R.L., artículo 70 LGSM y en las cooperativas, artículo

Massieu, *Las formas jurídicas*. . . p. 98, quien cita a diversos autores consagrados: Nava Negrete, Francisco Javier Gaxiola, Cervantes Ahumada y Mantilla Molina. Para el derecho argentino, v. Cámara, Héctor, *Sociedades de economía mixta*, Arayú, Buenos Aires, 1954, pp. 87 y s.

668 Giannini Massimo, Severo, "Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas", en Verdera y Tuells, vol. I, pp. 115; y en págs. 93 y s., sobre las sociedades de derecho público.

669 Corporations, 1, p. 26.

670 Ruiz Massieu, José Francisco, "Una aproximación al control jurisdiccional de las empresas públicas", en *Anuario Jurídico* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1981, t. VIII de Estudios sobre la empresa pública, México, 1981, da los siguientes datos para dicho año, de las "formas jurídicas privadas de la empresa pública" en nuestro país; S.A., 400; S.C., 2; Asoc. Civil 16; sociedades cooperativas 2; fideicomisos, 163; S. de R.L., 14; S. de R.L. de I. P. 3. Para el derecho argentino, según la ley 12963 de 1947, véase Cámara, Héctor, pp. 88 y s.

671 El Pleno de la Sup. Corte, al decidir un asunto de competencia en favor de un juez de Distrito, señala como justificación de que una empresa del Estado adoptara el tipo de una S.A. "el doble propósito de eludir la creación de una entidad política y a la vez vincular el sentido de crédito agrícola con el sistema mercantil ordinario, sujetándolo a un régimen común de contratación y de obligaciones, que le permitiera obrar en la práctica expedita-

5o. LGSC); todas ellas tienen personalidad propia, distinta de la de los socios,⁶⁷² y en el caso más frecuente de la S.A., el capital está dividido en acciones —títulos de créditos destinados a la circulación— que pueden ser de distintas clases y series (preferentes, de voto limitado, de goce; al portador* o nominativas, etcétera), y la sociedad anónima puede emitir obligaciones.

En tercer lugar, estas sociedades, la anónima sobre todas, permite la colaboración con la iniciativa privada, tanto a través de acciones y de obligaciones, como de cuotas del capital social, con lo que con mayor elasticidad que las formas rígidas del derecho público y una mejor organización interna a través de directores, gerentes, trabajadores, y a través de un sistema propio de contabilidad y de publicidad, se logra una mejor "capacidad empresarial".⁶⁷³

En cuarto lugar, las sociedades de capitales, a diferencia de las figuras de derecho público, de las fundaciones y de nuestros fideicomisos, tienen la posibilidad de crear sucursales, agencias filiales; así como de actuar como organismos de control (*holdings*).⁶⁷⁴

En quinto lugar, en casos de adquisiciones por el Estado de acciones de sociedades anónimas privadas (como fueron los casos de Fundidora de Fierro y Acero de Monterrey; de Teléfonos de México y recientemente, a través del criticable financiamiento otorgado por el Banco Urbano y de Obras Públicas, al "Grupo Alfa"), así como en el caso de nacionalizaciones de negociaciones, la administración pública prefiere y acude muchas veces a expropiar las acciones y mantener los esquemas privados, que continúan funcionando con socios (o un solo socio) que forman parte de la administración pública.⁶⁷⁵

mente, sin acudir a las lentas y complicadas formas que la contratación reviste cuando se trata de entidades de orden público. . ." Competencia 103/56, Banco Nacional de Crédito Ejidal, citada en *Bol. Inf. Jud.*, 1958, pp. 185 y s. En la doctrina, por la que respecto a las sociedades de economía mixta, Ruíz Massieu, *Formas Jurídicas*, cit., p. 97.

672 Estas razones se aducen por García Trevijano Fos, J.A., "Concepción unitaria del sector público", en Verdera y Tuelts, *La empresa pública*, t. I, pp. 96 y s. Por supuesto, nada obsta para que de usarse una figura distinta, la ley la provea de personalidad moral, como se da en el caso de los organismos descentralizados, artículo 45 LOAPF.

* Recientemente —diciembre de 1972— el Ejecutivo Federal ha presentado al Congreso una iniciativa de reformas a la LTOC y a la LGSM, tendiente a abolir las acciones al portador; por considerar, a mi juicio muy justificadamente, que con ellas se propician simulaciones y fraudes fiscales.

673 V. Entre nosotros, De la Madrid H., Miguel, *op. cit.*, pp. 423 y s. En el derecho español, Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 7a. ed., reimpresión, México, Porrúa, 1979, vol. I, p. 327; Stammati, Gaetano, vol. I, pp. 52 y s.

674 Sobre estas sociedades o empresas públicas de control, Witker, Jorge, "El *holding* como instrumento de coordinación y de las empresas públicas. Su eventual aplicabilidad a la realidad jurídico-económica de México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 34, enero-abril de 1979, pp. 105 y s., cita como ejemplo de sociedad de control, a la Nacional Financiera, S.A., "holding, financiero de apoyo a empresas mixtas, paraestatales y privadas", p. 107. García-Trevijano, cit. p. 82, habla de "posibilidad de crear sistemas planetarios, es decir, coordinación y subordinación a través del control de otras sociedades".

675 Novoa Montreal, pp. 51 y s. y Ruíz Massieu, *Formas jurídicas*, p. 98, que indica: "en algunas ocasiones el Ejecutivo Federal directamente es el tenedor de todas las acciones y

121. *Modificaciones y deformaciones del régimen propio de las sociedades mercantiles, cuando se utilizan para las empresas públicas*

La LOAPF introduce modificaciones de carácter general a la LGSM y a la LSC, respecto a sociedades de economía mixta que sean titulares de empresas de participación estatal mayoritaria y minoritaria.

Para las mayoritarias, el inciso *c*) del artículo 47 establece dos cambios que modifican sustancialmente el régimen legal ordinario de las sociedades mercantiles. El primero, es que sea el gobierno federal quien designe "miembros del Consejo de administración, junta directiva u órgano de gobierno"; y no los socios, individualmente o en juntas especiales (artículos 47 y 57 LGSM), o a través de la asamblea general (artículos 78, fracción IV, 182 fracción III y 208 LGSM y 23 fracción V LSC). El segundo, que se puede atribuir (por otra ley, o por los estatutos de dicha sociedad de economía mixta) al gobierno federal "facultades para vetar los acuerdos de las asambleas de accionistas, del Consejo de Administración,⁶⁷⁶ o de la junta directiva u órgano de gobierno equivalente", lo que equivale a que la sociedad dependa de resoluciones y acuerdos administrativos, y no corporativos; y a negar, como ya hemos dicho, el principio de la mayoría.

En cuanto a las sociedades de participación estatal minoritaria, es también sustancial la modificación que establece el párrafo segundo del artículo 48; según el cual, "la vigilancia de la participación estatal (minoritaria) estará a cargo de un comisario designado por el Secretario de Estado o Jefe del Departamento Administrativo encargado de la Administración correspondiente". También difiere sustancialmente esta regla de las que son propias de las sociedades comerciales, tanto porque la designación la hace una persona extraña a la sociedad, como es un órgano del Estado, como porque no se trata de vigilar a la sociedad misma, que es la facultad propia y exclusiva del órgano de vigilancia (artículos 116, fracción IX LGSM y 32 LSC), sino solamente la participación estatal minoritaria.⁶⁷⁷

En todo caso, esas modificaciones de los artículos 46, inciso *c*, y 48, párrafo segundo, introducen cambios sustanciales al régimen normal y de las sociedades

en otras se incurre en la ficción de colocar cuatro acciones en otras tantas personas —físicas o morales— para reunir los cinco socios. . . V. también, García-Trevijano, p. 84. En la reciente nacionalización de la banca, el Decreto del 1/IX/82 no expropió las acciones de los socios de las S.A. bancarias, sino la totalidad del patrimonio de éstas. Cfr. número 66 a).

⁶⁷⁶ En el mismo sentido, para la Nacional Financiera, S.A., el artículo 23 de su Ley Orgánica; para el Banco Nacional Pesquero y Portuario, S.A., el artículo 72 de su Ley Orgánica (D.O. 31/XII/79).

⁶⁷⁷ Las modificaciones aludidas en este párrafo, respecto a la participación estatal minoritaria, como también las modificaciones que se indican en el párrafo anterior (participación mayoritaria), es dudoso que se extiendan a aquéllas; o sea las del artículo 48, párrafo segundo, a las de participación estatal mayoritaria (del artículo 46); y las del inciso *c*) de este artículo 46, a las "empresas a que se refiere el artículo 48". Por mayoría de razón, la norma del artículo 48, párrafo segundo debe también aplicarse a las sociedades de participación estatal mayoritaria; en cambio, no creemos que a las empresas reguladas por dicha última norma, se apliquen a las disposiciones del inciso *c*) del artículo 46.

mercantiles, que deforman su naturaleza y su estructura: no rige el principio de igualdad de derechos de los socios; ni la prohibición de que sobre los intereses de la sociedad prevalezcan los del socio; ni tampoco la subordinación del órgano de vigilancia al órgano supremo; ni el principio de la mayoría para adoptar válidamente acuerdos; ni, en fin, la regla tácita, pero obvia, de que en la vida de la sociedad y en la integración de sus órganos de administración y de vigilancia, ningún derecho corresponde a terceros, como es jurídicamente el gobierno federal o el del Distrito Federal (artículo 46, inciso c) o el secretario de Estado o jefe del departamento administrativo (artículo 48, párrafo segundo).

Otras leyes y decretos, que constituyen a ciertas sociedades titulares de empresas públicas,⁶⁷⁸ también contienen cambios importantes de la regulación de la LGSM. Sólo nos referiremos a algunas de dichas leyes, que consideramos importantes:

a) La Ley Orgánica del Banco de México, S.A. (D.O. 31/V/41)*, condiciona la transferencia o el gravamen de las acciones Serie B (o sea de aquellas minoritarias que deben ser suscritas por instituciones de crédito; ya que las de la Serie A, 51% del capital social, suscritas por el gobierno federal, son intransmisibles: artículos 4o., párrafo segundo y 5o.), al "consentimiento del Banco", y obliga a éste a comprar sus propias acciones (de la Serie B), todo ello en derogación de los principios establecidos en los artículos 130 y 134, primer párrafo LGSM. Los artículos 24 y 25 otorgan al Consejo de Administración facultades muy amplias para que el Banco realice operaciones que, respecto a sociedades privadas, deberían estar comprendidas en el contrato social (artículo 6o., fracción II LGSM), o en su defecto, otorgarse por el órgano supremo de la sociedad, que es la asamblea de accionistas, y no por el órgano de administración. En fin, los artículos 47 y 48 establecen restricciones para la designación de miembros del Consejo de Administración, las cuales exceden las indicadas en el artículo 151 LGSM,⁶⁷⁹

b) La Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S.A. (D.O. 2/1/75), preceptúa, artículo 3o., que sus acciones minoritarias Serie B deben ser suscritas, según lo que disponga la SH y CP, "por sociedades financieras o de inversión, hasta un cinco por ciento de su capital y reservas"; "por bolsas de valores hasta un tres por ciento. . . y por compañías de seguros de fianzas y bancos de capitalización, hasta un tres por ciento de su capital y reservas legales". Por otra parte, en los términos del artículo 22, las facultades del Consejo de Administración son tan

⁶⁷⁸ Es esta otra anomalía respecto a la constitución de las sociedades comerciales, que siempre derivan de un negocio jurídico voluntario.

* Una nueva Ley Orgánica del Banco de México en la que se prescinde de su carácter de S.A., ha sido aprobada por el Congreso de la Unión; sin que hasta el D.O. del 17 de noviembre de 1982, en que se revisaron por el autor las pruebas de imprenta de este libro, se hubiera publicado.

⁶⁷⁹ Sobre la naturaleza jurídica, las funciones de banca central y los antecedentes, del Banco de México, V. Acosta Romero, Miguel, *Derecho bancario. Panorama del sistema financiero mexicano*, México, Porrúa, 1978, núms. 2. 6. 3. pp. 64 y s.

amplias que le corresponden todas las atribuciones que no hubieran sido reservadas por la ley o por los estatutos a la asamblea general de accionistas, y no sólo las que sean "inherentes al objeto de la sociedad" (artículo 10 LGSM); y el Ejecutivo Federal, por conducto de la SH y CP (cuyo titular es, por ley, presidente del Consejo, artículo 12), puede vetar las resoluciones del Consejo (artículo 23).⁶⁸⁰

c) Por decreto publicado en el D.O. del 31/XII/49, se creó el "Nacional Monte de Piedad, Institución de Ahorro, S.A."; dicho decreto fue modificado por otro publicado en el D.O. del 10/XII/51. El artículo II transitorio de este último, ordenó a la asamblea extraordinaria de accionistas reformar la escritura constitutiva, para modificar la denominación social (artículo 1o.), y ampliar la finalidad de la sociedad (artículo 2o.). Muestra esta modificación, que tratándose de sociedades de Estado, no en un caso singular (éste sólo constituye un botón de muestra), el funcionamiento de la sociedad no depende de la escritura social y de los acuerdos que libremente acuerde la asamblea extraordinaria (en el caso de la S.A.), sino de una disposición legal; o sea que se altera sustancialmente un régimen democrático, que depende del voto mayoritario de los socios, por uno de carácter normativo, que impone la solución a esas empresas de participación estatal totalitaria.

El régimen especial de las sociedades anónimas públicas, o de economía mixta, no es exclusivo de ellas, puesto que respecto a sociedades anónimas privadas dedicadas al ejercicio de operaciones bancarias, y bursátiles y como vimos en otro lugar (*supra*, núm. 64), las leyes que la rigen, o sea, LIC en aquel caso, y LMV y LSI en este caso, establecen también reglas que se apartan de las que establece para dicho tipo social la LGSM. Esto es, casi siempre, consecuencia de la finalidad que es propia de dichas sociedades, que es distinta a la de las sociedades ordinarias en las que se manifiesta en la obtención y el máximo reparto de las utilidades sociales.

122. *Sociedad y comunidad*

La definición que de la sociedad ofrece el artículo 2688 C. Civ., en la que no aparece la atribución de personalidad jurídica, pareciera que no sólo es aplicable a dicha figura, sino también a la copropiedad o comunidad de bienes, en cuanto se refiere al patrimonio de la sociedad. En efecto, la combinación de recursos o de esfuerzos de los socios, o sea sus aportaciones de bienes o de servicios a la sociedad para realizar de un fin común de carácter preponderantemente económico, que establece dicha norma, es similar a la definición legal de la copropiedad,

⁶⁸⁰ Sobre la Nacional Financiera, así como, en general, las Instituciones Nacionales de Crédito y Organizaciones Auxiliares Nacionales de crédito, sus características, su carácter de entes de derecho público, las facultades que la ley concede a la administración pública para designar administradores, vetar acuerdos de los órganos sociales, someterlos a regímenes especiales de vigilancia, contabilidad y control, v. Acosta Romero, *op. ult. cit.*, núm. 24. 1 y s., pp. 365 y s.

artículo 938 C. Civ.: "hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias personas", y de otro precepto que rige a esta figura y que habla de las "cosas comunes siempre que se disponga de ellas conforme a su destino" (artículo 943).

Existen en ambas instituciones bienes que se aportan por los socios o los copropietarios, como también una finalidad común de todos ellos, la que, además, tiene naturaleza económica preponderante. Por otra parte, la comunidad de bienes entre los socios opera cuando el sistema legal permite la existencia de una sociedad, con la consecuente combinación de recursos, pero sin que a ella se atribuya personalidad propia (el caso de una sociedad civil no registrada; el de la sociedad conyugal, el de las sociedades ocultas).

Sin embargo, se trata de dos fenómenos jurídicos distintos, pese, por una parte, a que la sociedad en su origen sólo fue un estado de comunidad, y que, por otra parte, existan en la práctica situaciones intermedias —de interferencias según Brunetti—⁶⁸¹ en que es difícil distinguir un mero estado de copropiedad de una relación social.

Varias notas distinguen ambas figuras.

Cuando la sociedad goza de personalidad jurídica, que es la regla general en nuestro derecho, tanto si se trata de sociedades civiles como de mercantiles (artículo 25, fracción III C. Civ.), desaparece toda posibilidad de asimilación o confusión, ya que del patrimonio social, o sea, no sólo de los bienes y derechos aportados por los socios, sino también de los que se adquieren por la sociedad, hay un solo titular, que es la sociedad como persona moral; en la comunidad, en cambio, hay tantos titulares como propietarios (copropietarios). O sea, que en esta figura la pluralidad de los miembros se mantiene durante el estado de comunidad; en cambio, en la sociedad, respecto al patrimonio social, éste se unifica.

En los casos de sociedades sin personalidad propia, como el de las sociedades civiles no registradas (*supra*, núm. 96), y el de las sociedades ocultas (*supra*, núm. 113), también existe un patrimonio social, del cual, sin embargo, no hay un único titular, sino tantos como sean los socios; y en este caso, también se habla de una comunidad de bienes; sin embargo, dicho patrimonio también está unificado, no en función del sujeto, sino de la realización de la finalidad común, que es distinta de la que anima a los comuneros, y que se predica de la copropiedad.⁶⁸²

Por otra parte, en esta hipótesis, no existe la indivisión, que es natural y propia de la copropiedad, y de acuerdo con la cual cada comunero sólo tiene derecho a una porción ideal del bien o de la cosa común, que se presume, salvo prueba en

681 *Trattato*, vol. I, núm. 6, p. 17.

682 Roblot, en el *Tratado* de Ripert (núm. 666, p. 457), habla de una propiedad colectiva; de un patrimonio social distinto al de los socios. En nuestra jurisprudencia la Sup. Corte ha establecido claramente la distinción entre sociedad y copropiedad cf. A.D. 4162/57, 3a. Sala, Genoveva Vara de Vázquez; citada en el Informe de 1958, pp. 353 y s. Esta ejecutoria niega que tenga personalidad. En la resolución A.R. 5722/62, Onésimo Cepeda Viñareal citada en el Informe de 1963, p. 145, se indicó que a pesar de que la Sociedad conyugal carece

contrario, que es igual a la de los otros partícipes de la comunidad (artículo 942, párrafo segundo C. Civ.). En la sociedad —con o sin personalidad— a los socios no corresponde una cuota-parte del patrimonio, sino sólo una cuota indeterminada y sólo determinable al liquidarse la sociedad, o la relación con el socio, cuya existencia y cuantía dependen de los resultados de la actividad social.

Ahora bien, aunque tanto en la sociedad como en la copropiedad, al lado de los bienes que forman el patrimonio, existe una finalidad que es común a los socios y a los comuneros; se diferencian entre sí de manera fundamental, en que, mientras en la sociedad los socios no usan ni gozan de los bienes sociales; que, además, les anima el interés de colaborar para la realización de la finalidad social, que es común a todos ellos; y que los socios ingresan de manera permanente a la sociedad (*affectio societatis*); en la comunidad se trata del *goce común* de los bienes o derechos que la constituyen, y falta, a los comuneros la *affectio*.⁶⁸³ Según Ferri,⁶⁸⁴ en aquella “los bienes se dan en función de la actividad” social, o sea que constituyen el instrumento “para la realización del fin común”, como dice nuestro artículo 2688,⁶⁸⁵ “mientras que en la comunidad la actividad se da en función de los bienes y de su goce”,⁶⁸⁶ cada partícipe podrá gozar de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino”, según establece el ya citado artículo 943 C. Civ.

La sociedad es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades;⁶⁸⁷ en cambio, la comunidad normalmente nace de la ley (*v.g.*, la comunidad hereditaria, artículo 1288 C. Civ., o la comunidad naval, artículo 112 LNC), o de la voluntad unilateral de quien la crea (por ejemplo “el régimen de la propiedad en condominio”, artículos 1o. y 2o., de la Ley sobre el registro de propiedad en condominio de inmuebles, para el Distrito Federal, D.O. 2/XII/72).⁶⁸⁸ “Quedan, pues, fuera del

de personalidad civil, si la tiene en materia fiscal, puesto que era sujeto del impuesto sobre la renta. La Suprema Corte no distinguió dos conceptos: la personalidad moral que siempre otorga el carácter de sujeto, y este, el sujeto de derechos, que la ley puede reconocer a quien no sea persona, como la copropiedad, la herencia yacente, etc. Otras ejecutorias que niegan personalidad a la Sociedad Conyugal: A.D. 2031/57 citada en nota 702 *infra*, y la tesis de jurisprudencia 357, en el Apéndice al S.J.F. 1917 a 1975, Cuarta Parte, 3a. Sala, p. 1066.

⁶⁸³ Arangio Ruiz, *La societá en diritto romano*, t. 12, p. 68, que transcribe la frase del D. 17, 2, 31: *ut puta cum sine affectione societatis incidens in communionem*.

⁶⁸⁴ *Le societá*, p. 26.

⁶⁸⁵ El artículo 2247 C. Civ. con una expresión equivalente, pero más clara, habla del “ejercicio común de una actividad”.

⁶⁸⁶ Y agrega Ferri: “en la sociedad, la actividad es el *prius* en tanto que en la comunidad el *prius* es el bien. . . de ahí la modificación continua de los componentes del patrimonio de la sociedad, en contraposición a la normal estabilidad de los bienes que están en estado de comunidad”. En sentido similar, Ferro-Luzzi, p. 109, y Brunetti, p. 20; en el derecho español, Fernández de la Gándara, p. 334.

⁶⁸⁷ La llamada sociedad de un solo socio —que evidentemente no sería contrato y tampoco crearía estado alguno de comunidad—, no es una sociedad, como queda dicho y fundado a lo largo del capítulo octavo de esta obra; a pesar de que funcione dentro del marco de la sociedad (anónima casi siempre).

⁶⁸⁸ De dichos artículos se desprende un régimen mixto de propiedad sobre los departamentos, y de copropiedad sobre zonas comunes, así como las tres fuentes de constitución de

sector asociativo todas las figuras en que no concurren los requisitos del origen: negocial y de la comunidad de fin y de actividades", como afirma Fernández de la Gándara;⁶⁸⁹ pero, cuando en los casos de excepción la copropiedad tiene origen contractual, se plantean fenómenos y situaciones jurídicas confusas (que en seguida analizamos *infra*, núm. 123), en que hay que acudir a otras notas de ambas figuras para precisar si se está ante una sociedad o ante un simple estado de comunidad de bienes.

Por tratarse de un contrato, en la sociedad se impone a los socios la obligación de aportar y que ella se dirija a la consecución de la finalidad de la sociedad; en cambio, respecto a los copropietarios, más que de obligación de contribuir, se trata de un hecho, de un supuesto jurídico; de ahí también que los bienes del patrimonio social se unan, y normalmente se aporten, en función de dicha finalidad, y de que, en la comunidad, dicho uso y goce se dan en función del bien mismo; y del interés individual y egoísta de los copropietarios.

Es el bien el que configura a los derechos de los condueños; de ahí que se trate de un derecho real, alrededor del cual se plantea la actividad de éstos y la finalidad y explotación de dicho bien. No sucede esto en la sociedad, cuyas relaciones internas no son de carácter real, sino obligacional.⁶⁹⁰

Además, el uso del bien común, y el derecho a sus frutos naturales, o industriales, según sea la naturaleza de dicho bien, son propios y característicos de la copropiedad; en cambio, los socios no tienen derecho a esos frutos, sólo a las utilidades, cuando existan.⁶⁹¹

Por último, mientras la comunidad es un estado transitorio, que el copropietario no está obligado a mantener (artículos 939 y 1768 C. Civ.), y en el que tiene la libre disponibilidad de su cuota, y al que puede renunciar sin responsabilidad ante terceros; la sociedad constituye y siempre ha constituido una relación permanente respecto al socio,⁶⁹² quien no puede separarse libremente de la sociedad, y siempre queda como responsable frente a los terceros de todas las operaciones pendientes al momento de su separación (artículo 14 LGSM).⁶⁹³

la comunidad; la declaración unilateral del constructor o propietario, la ley y el contrato. Sobre esta materia, debe consultarse la amplia monografía de Borja Martínez, Manuel, *La propiedad de pisos o departamentos en derecho mexicano*, México, Porrúa, 1957, núms. 16 y 17, págs. 59 y s.

689 "La diferencia fundamental entre la copropiedad y la sociedad consiste en que la primera es un estado impuesto, no derivado de la voluntad de los condueños; y la última es por esencia un negocio jurídico... creado por el libre consentimiento de las personas que en él intervienen", p. 332; que es también la opinión de Mantilla Molina, núm. 236 p. 180 (20a.).

690 "La disciplina de la comunión, dice Brunetti, núm. 6, p. 19, entra en la órbita de los derechos reales; la de la sociedad, en las relaciones de obligación".

691 Brunetti, *op. cit. loc. cit.* V. también Roblot, *op. ult. cit.*, pp. 12 y s., y Ferri, p. 28.

692 Arangio Ruiz: "en la *societas*, el consentimiento no sólo se considera como el encuentro instantáneo de un polo positivo y uno negativo... sino como una materia común permanente, cuya cesación acarrearía la extinción del contrato".

693 V. Roblot, núm. 665, p. 456; Ferrara Jr., *Imprenditore e società*, núm. 91, pág. 96.

123. *Casos dudosos de comunidad o de sociedad*

En la práctica y en la vida diaria, al margen de negocios sociales regulares, o en los irregulares en los que también existe alguna forma de publicidad (*supra*, capítulo X), que en la generalidad de los casos adoptan un tipo o esquema societario, se dan fenómenos de concurrencia de personas y pluralidad de bienes o de intereses, con una finalidad común de carácter económico, que plantean dudas sobre su naturaleza jurídica, social o simplemente de copropiedad; y también es dable que situaciones planteadas originalmente como comunidad, por las partes —o inclusive por la ley, como en el caso de varios herederos que hereden “una unidad agrícola, industrial o comercial”, artículo 1772 C. Civ. se conviertan por los condóminos en sociedad.⁶⁹⁴

Se trata, casi siempre, de pactos, negocios o situaciones, ocultas, en las que, consecuentemente, no se da esa otra nota que diferencia en nuestro derecho a la sociedad de la comunidad, o sea, la personalidad moral, pero que al entrar las partes, o alguna de ellas, en relaciones con terceros, pueden dar lugar a la exteriorización del pacto, lo que en el campo mercantil provoca, si se trata de un pacto social, el fenómeno de la sociedad irregular, y la adquisición de personalidad jurídica del ente; otras veces, aun antes de que las partes del negocio social secreto entren en relaciones con terceros, la figura —me refiero a la A en P— se convierte en sociedad irregular cuando ostenta públicamente su carácter.

Pero también en muchos casos el convenio privado no es de carácter social, sino la simple creación de un estado de copropiedad, en torno a bienes o derechos cuyo uso constituye el fin mismo del negocio. Esto es frecuente en relaciones entre concubinos, entre ascendientes y descendientes, entre hermanos, compadres, amigos.

En ocasiones, el contrato no es secreto; o bien, se realiza en privado, pero su existencia trasciende a terceros, porque el bien o el derecho que con un fin común explotan, aparece inscrito en los registros públicos, no a nombre de quien la usa, sino del socio oculto. Aquel supuesto es el de contratos en que las partes tienen un interés común en cuanto a los resultados del bien o derecho utilizado, *v.g.*, en los contratos representativos, o en la aparcería de tierras o ganado; la otra hipótesis existe en el caso de la A en P, cuando entre los bienes que aporta el asociado estuviera alguno cuya propiedad a su favor se encuentre inscrita en el Registro de la Propiedad (ex-artículo 257 LGSM). En ninguno de estos supuestos, sin embargo, estamos en presencia de una comunidad; ni de una sociedad (*strictu sensu*; sí de un negocio social en el caso de la A en P), a pesar de tratarse de contratos con una finalidad común.

Analicemos algunas de las situaciones dudosas más frecuentes en nuestro medio.

⁶⁹⁴ Cfr. Ferri, p. 28; que indica que para que ocurra cualquiera de estos cambios, “es necesario que voluntariamente se modifique la relación entre el bien y la actividad que caracteriza a ambos fenómenos” (a cada uno de ellos).

Primero. Casos en que las partes adquieren la propiedad o el derecho al uso de bienes, para su explotación común y en provecho o interés de ellas, por ejemplo, tractores, maquinaria, camiones, que utilicen en sus predios y actividades agrícolas, o motores para uso doméstico o de sus talleres industriales. En estos casos, no existe sociedad (no hay *effectio societatis*, o sea intención de asociarse), y sí la copropiedad sobre dichos bienes, porque es en función de la utilización de ellos que se da el interés y la actividad de los adquirentes.

Segundo. Si en el caso anterior, los bienes que se adquieren se utilizan, no sólo para satisfacer las necesidades de los dueños, sino también —o exclusivamente— en favor de terceros, con propósito especulativo, existirá una sociedad oculta entre los dueños, y se regirá, en cuanto a la responsabilidad de los socios entre sí, por el tipo más cercano al pacto, o bien, en ausencia de éste, por la S en N.C. Mientras el contrato sólo se mantenga entre ellos, sin exteriorizarse, no se creará una persona distinta. En cuanto a los bienes respectivos, que constituyen el patrimonio social, se rigen por las reglas de la copropiedad. Sería el caso, por ejemplo, de esa maquinaria agrícola, que además de usarse en los predios de los conductores, se alquile a terceros; o el caso de automóviles de alquiler (taxis) que el dueño da en uso a choferes, y conviene con ellos el reparto de utilidades y gastos.⁶⁹⁵

Tercero. Hay casos en que el bien se adquiere por varios, y su utilización por ellos no es en su favor, sino del público o de terceros, con lo que se realiza una actividad lucrativa, y entre los dueños se celebra un pacto de distribución de gastos, de utilidades y pérdidas. Como en el caso anterior, estamos en presencia de una sociedad oculta, sin personalidad, cuyo patrimonio se regula por las normas de la copropiedad, o bien, si esa fuera la intención de las partes, de una A en P, en el caso de que sólo uno de los dueños se ostentara como tal frente a terceros, y sea él —asociante— quien explote el bien o los bienes relativos. Así sucede en casos de transporte público federal y en el urbano (taxis), que escapan a los supuestos del párrafo anterior.

Cuarto. La trasmisión *mortis causa* (artículo 1772 C. Civ.) de una empresa o negociación a varios herederos, descendientes del autor de la herencia, hace surgir entre ellos la comunidad hereditaria (artículo 1288 *ibidem*), que podrá subsistir aun después de la partición si el juez así lo decide, a no ser que el *decurjus* “hubiere dispuesto algo sobre este punto” (artículo 556 *ibid.*). Como es natural, los herederos pueden hacer cesar el estado de indivisión, e inclusive organizar entre ellos una sociedad que explote los bienes.⁶⁹⁶

Quinto. *Condominio naval*. Antecedente histórico de muchos tipos de socie-

695 Situación distinta es aquella en que el dueño del vehículo lo da en uso a un chofer, o a un sitio, con la obligación de que se le pague una renta fija, diaria o semanal, conviniendo ambos respecto a los gastos ordinarios y extraordinarios del auto. En este caso, estamos en presencia de un contrato de alquiler, y no de sociedad o comunidad.

696 Véase Ferri, núm. 7, p. 28 y la nota 7 de dicha página.

dad —aun de la S.A.—,⁶⁹⁷ el condominio naval se manifiesta entre nosotros por el régimen de copropiedad sobre el navío, que indica el artículo 112 LN y CM.

No se trata, siempre, de una *comunidad incidental*, o sea, impuesta a los condueños, sino sólo cuando los terceros propietarios de los accesorios de la nave quieran separarlos (por ejemplo enajenarlos) de ésta, y fueran indispensables para la navegación. En este caso, esos propietarios “podrán pedir al Juez que constituya la copropiedad del navío” (artículo 109 *ibid.*).

Ahora bien, la copropiedad del navío tiene aspectos propios, como son que “el derecho de propiedad sobre el mismo se considerará dividido en cien quirates” (artículo 112); que las declaraciones de los copropietarios se resolverán por mayoría de quirates, y en caso de empate resuelva el juez (artículo 113),⁶⁹⁸ y en fin, que la venta de la nave que esté sujeta al régimen del condominio, requiera el acuerdo unánime de los quiratarios (artículo 114).

Este régimen, que en el derecho comparado tiende a ser superado para usar tipos de sociedades de responsabilidad limitada como es la S.A, propia de la explotación de empresas,⁶⁹⁹ no impide acudir a asociaciones (la A en P), o a sociedades, en cuanto a la utilización de la nave para viajes o expediciones concretas a que nuestra ley se refiere cuando trata de las empresas marítimas (artículos 127 y ss.).⁷⁰⁰ Hay, pues, que distinguir entre el condominio de la nave, y la utilización de ella a través de una sociedad en la que predomine la finalidad lucrativa.⁷⁰¹

124. *La llamada sociedad conyugal*

Mención aparte merece esta figura, por su importancia y su frecuencia.

No se trata, en opinión nuestra, de un negocio social, sino de un régimen espe-

⁶⁹⁷ Girón Tena, José, *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*, Bilbao, 1959, p. 206.

⁶⁹⁸ En nuestro derecho, véase Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho marítimo*, Editorial Herrero, S.A., México, 1970, p. 590.

⁶⁹⁹ Girón Tena, *loc. cit.*

⁷⁰⁰ La definición legal de ésta, “el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados para la explotación de uno o más buques en el tráfico marítimo”, la considero aplicable, por analogía, a cualquier empresa comercial.

⁷⁰¹ Cfr. Girón Tena, pp. 202 y s.

⁷⁰² Amparo en revisión 4172/57, Genoveva Vara de Vázquez, *supra* nota 682, en que la Corte, correctamente consideró a la comunidad de bienes del matrimonio como “comunidad de mano” —*Gesamtehand* germana, como también lo es la comunidad hereditaria. Véanse también A.D. 803/49/3a. Sala, Crispín Alvarado, Suplemento del S.J.F., 1956, p. 473; A.D. 2031/57/3a.; A.D. 2031/57, 3a. Sala, María Pérez vda. de Yáñez citado en el *Bol. de Inf. Jud.*, 1958, p. 232; A.D. 2182/60. Sucesión de Manuel de Jesús Castillejos Corzo, citado en *Bol. Inf. Jud.*, 1962, pp. 135 y s.; A.D. 6408/61, Hugo Marloch G., en *Bol. Inf. Jud.*, 1963, p. 266. Así lo reconoce Sánchez Meda, núm. 212, p. 361, a pesar de criticar la aplicación de esta figura que en otros derechos semejantes al nuestro, como el español, el italiano y el francés, ha encontrado acogida. En cambio, en contra del carácter societario de la comunidad de bienes. V. Galindo Garfias, núm. 226, p. 531 y s. En otra ejecutoria reciente, la Suprema Corte consideró a la sociedad conyugal como un patrimonio de afectación con representación legal autónoma. S.J.F., 7a. época, vol. I, tercera parte, p. 143.

cial de comunidad de bienes entre los cónyuges, como consecuencia de su matrimonio, porque, fundamentalmente, no se trata del ejercicio en común de una actividad económica, lo que es propio de la sociedad (artículo 2688 C. Civ.), sino del uso y goce de bienes (que es propio de la copropiedad). Así lo ha reconocido la Suprema Corte;⁷⁰² y también puede sostenerse en cuanto que la sociedad no está sujeta a la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, como si lo están las sociedades y asociaciones civiles (artículo 3071 C. Civ.).

Es cierto que las capitulaciones matrimoniales (artículo 179 C. Civ.), si se celebran (porque a pesar del texto de dicho artículo 179, en la práctica suelen faltar, sobre todo cuando ambos cónyuges carecen de bienes), "deben constar en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse partícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida" (artículo 185 *ibid.*), y que en tal caso, se debe inscribir dicha escritura (artículos 186, 3005, fracción I y 3012, párrafo primero C. Civ.), pero tal pacto puede no existir; y sobre todo, lo que se debe registrar son las capitulaciones, no la sociedad conyugal. Esta surte efectos *erga omnes*; aquéllas sólo serán oponibles a tercero si se inscriben y desde que se inscriban (artículo 3007 *ibid.*).

Si no se hacen capitulaciones al celebrarse el matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, por no existir bienes de los que se indican en los artículos 185 y 186 C. Civ., y posteriormente se pactan; o si posteriormente alguno de los cónyuges adquiere un inmueble que debiendo inscribirse no se inscribe, la adquisición no perjudica a terceros, salvo que sean de mala fe, es decir, que conozcan la existencia de la sociedad conyugal.⁷⁰³

Efectivamente, ni por su origen, ni por su naturaleza y efectos estamos en presencia de una sociedad. Se crea, no como una relación negocial, en la que las partes manifiestan su consentimiento en torno a "la realización de una finalidad común de carácter preponderantemente económico", como exige la definición legal de aquel contrato (artículo 2688 C. Civ.), sino como efecto patrimonial del matrimonio que celebran. El C. Civ. regula esta figura, así como la separación de bienes, dentro del capítulo IV del título quinto del libro primero, que trata "del matrimonio con relación a los bienes", y establece en el artículo 178 que "el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyu-

703 La Suprema Corte resolvió en una ejecutoria A.D. 3668/60/2a. Sala, Modesta Montiel Jiménez de Tepepa, S.J.F., Sexta época, vol. LX, Cuarta Parte ff. 276 y s.: "Si al contraerse el matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, los consortes no poseían bienes que comunicarse, no era necesario el otorgamiento de la escritura pública de las capitulaciones matrimoniales, ni la inscripción de éstas en el Registro Público de la Propiedad, en el que sólo han de constar asientos sobre actos concretos sobre bienes determinados, y sólo tiene efectos publicitarios; por lo tanto, si los bienes se adquirieron después de contraído el matrimonio, la participación de la mujer respecto de aquéllos nació *ipso jure* (artículo 172 del Código Civil de Veracruz); por lo que es innegable el derecho de la esposa para reclamar los bienes embargados a su esposo en el juicio ejecutivo mercantil que se le siguió, ya que a ella le corresponde *pro-indiviso*, de los inmuebles embargados pertenecientes a la sociedad conyugal, el 50%, de conformidad con el artículo 976 del Código Civil de Veracruz citado".

gal o bajo el de separación de bienes"; hay, pues, un deber legal, y no el acuerdo de voluntades de los contrayentes.

Aunque el siguiente artículo, el 179, establece que "las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de estos en uno y en otro caso"; en realidad, sólo se trata de un eufemismo, porque en la práctica no existen tales pactos, sino la sola declaración de los cónyuges ante el funcionario que interviene de que optan por cualquiera de las dos situaciones.

Ciertamente, se prevé el otorgamiento de los pactos o capitulaciones, inclusive antes del matrimonio (artículo 180), pero también que éstas sean insuficientes (de hecho, suelen faltar, como también la manifestación del régimen patrimonial por el que optan los esposos), caso en el cual "la sociedad conyugal se regirá. . . por las disposiciones relativas al contrato de sociedad" (artículo 183). Pero, inclusive antes y sobre estas disposiciones, habrán de aplicarse las especiales que dicta el mismo C. Civ. en el capítulo V del mismo título quinto, artículos 184 a 206, muchas de las cuales riñen con la naturaleza de un negocio social (*e.g.*, artículos 191, 192, 194, 195 y siguientes).⁷⁰⁴

Es posible, pues, que en efecto, exista el pacto entre los consortes (las capitulaciones), e inclusive, que durante el matrimonio decidan transformar el régimen de separación en el de "sociedad" conyugal (en la práctica, más bien sucede lo contrario, o sea la conversión a separación de bienes de la "sociedad" anteriormente existente, la que se liquida de común acuerdo, artículo 187); ésta era, en el C. Civ. de 1884, el sistema de la sociedad voluntaria en contraposición con la sociedad legal (artículo 1967 y 1968). Esta última, constituía la situación prevaliente;⁷⁰⁵ pero aun en estos casos, normalmente no se constituiría sociedad alguna, sino un estado de comunidad de bienes entre los esposos. Nada obsta, sin embargo, para que esos pactos constituyan, en efecto, una sociedad, en la que se den los supuestos de ésta, pero no se tratará entonces de la figura que regula el mencionado capítulo V del C. Civ.

Que no se trate de una sociedad conyugal, sino de un estado de comunidad de bienes, se desprende no sólo de la falta de *affectio societatis*, de los socios; es decir, de su voluntad de constituir una relación permanente dentro de la sociedad y adquirir el *status de socio*, sino solamente de celebrar el matrimonio; y, como consecuencia de éste, que deba regir un régimen de copropiedad de sus bienes (o de algunos de ellos —artículos 189, fracciones, I, II, IV, V, VIII), o de separación, y de adquisición del carácter de cónyuge.⁷⁰⁶

No sólo de esto, sino de que estamos en presencia de una situación patrimo-

⁷⁰⁴ Tal es el caso, entre otros, de las reglas que rigen la liquidación de la sociedad conyugal, a la que se aplican los principios de las liquidaciones de la comunidad hereditaria, según se desprende del artículo 206 C. Civ. y 816 y 854 y s. CPC.

⁷⁰⁵ *Cfr.* Mateos Alarcón, Manuel, *Código Civil del Distrito Federal, concordado y anotado*, México, 1904, t. II, p. 329.

⁷⁰⁶ Arangio Ruiz, pp. 66 y s.

nial que es consecuencia del matrimonio; es decir, del régimen que habrá de aplicarse a los bienes y derechos de los consortes mientras la "sociedad" (o la separación de bienes) subsista, régimen que tiene una finalidad distinta: más que económica, de carácter ético y social, que en todo caso es ajena a la finalidad propia de una sociedad. Se trata, en efecto, de la ayuda mutua a que se refiere el artículo 147. C. Civ., de la obligación de contribuir cada uno de los esposos a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, que indica el artículo 162; de su obligación de contribuir al sostenimiento del hogar, con independencia de sus aportaciones económicas, que señala el artículo 164.

Las relaciones entre los esposos, con relación a sus bienes, no son tampoco relaciones entre socios, sino entre copropietarios, e inclusive de naturaleza distinta a la comunidad simple, y más bien propios de la *comunidad de mano común*. Hay un estado de indivisión de los bienes, pero no hay derecho del tanto, sino más bien un régimen especial para el caso de donaciones entre consortes (artículo 192), y restricciones en cuanto a la validez de las transmisiones entre ellos de ciertos bienes (artículos 185 y 186), y a un cónyuge corresponde frente al otro, la *actio commune dividundo*, y no la *actio pro socio* (artículos 261 y ss.).

Además, "el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsiste la sociedad" (artículo 194), de donde uno de ellos no puede disponer de ellos sin el consentimiento del otro; y en caso de quiebra de un esposo, se aplica a la "sociedad conyugal" un régimen jurídico especial (presunción muciana), que fijan los artículos 165 y 167 LQ.

Por último, la susodicha sociedad conyugal sería uno de los casos de excepción en nuestro derecho de sociedades sin personalidad jurídica.⁷⁰⁷ Otro caso es el de la sociedad oculta, que tampoco es aplicable a la "sociedad conyugal",⁷⁰⁸ porque en el acta de matrimonio debe hacerse constar el régimen bajo el cual los cónyuges se casan (artículo 103, fracción VII); y de los actos respectivos "toda persona puede pedir testimonio. . . así como de los apuntes y documentos con ellos relacionados (en consecuencia, de las capitulaciones matrimoniales a que se refiere el artículo 189), y los jueces registradores estarán obligados a darlo" (artículo 48). Por otra parte, si el acta de matrimonio fuera omisa respecto al régimen patrimonial que los consortes hubieran debido elegir, ello es causa de nulidad del matrimonio, según dispone el artículo 235, fracción III en relación con el artículo 98, fracción V, C. Civ.

⁷⁰⁷ Es la opinión ampliamente prevaleciente en la doctrina, y en la jurisprudencia: Amp. directo 3328/73, José Farah Zacarias y otro; en el *Bol. Inf. Jud.*, año 1, núms. 4 y 5, abril y mayo de 1974, p. 78 y en el Informe de la Suprema Corte de 1974, 2a. parte, Tercera Sala, p. 65. Sin embargo, en una vieja resolución de la Segunda Sala, la Corte atribuyó personalidad a la sociedad conyugal. V. *Informe* 1945, p. 167. Posición aislada es la de Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil mexicano*, t. I, p. 351 que afirma la personalidad. En contra de dicha postura, Galindo Garfias, pp. 531 y 532. La posición de Frisch, p. 142, no es clara.

⁷⁰⁸ Como tal considero a ésta, Sánchez Meda, núm. 210, p. 350.