

## COMENTARIO

Walter FRISCH PHILIPP

Observo en las siguientes exposiciones la secuencia de los temas tratados en la ponencia mencionada.

### 1. *Aplicación de tipos societarios*

Comparto el criterio del ponente en el sentido de que deberán aplicarse también las formas de sociedades mercantiles de personas.

Claro está que con base en la situación legal actual, las personas quienes pretendan constituir una sociedad mercantil, se decidirán sin duda alguna en favor de la sociedad anónima, dado su capital social mínimo legal tan bajo, cuya cifra de veinticinco mil pesos continúa invariable desde hace 50 años, no obstante la baja del valor adquisitivo de la moneda nacional originada dentro del mismo tiempo. En la práctica puede constituirse la sociedad anónima con una inversión de sólo cinco mil pesos en forma de aportaciones en dinero, cifra ésta que corresponde en nuestros días a los gastos de una cena para tres personas en un restaurante de mediana categoría. En tanto que en la exposición de motivos de la ley de la materia se reservó este tipo societario en forma específica para las grandes empresas. No se puede censurar esta práctica de los particulares, quienes son asesorados por sus abogados, los cuales en cumplimiento con su tarea profesional deberán aconsejar a su cliente la solución más favorable para éste, dentro de los límites legales. Estos límites permiten a los socios la aplicación de la forma de la sociedad anónima y, con esto, el tan agradable beneficio personal de evitar una responsabilidad ilimitada de los socios en cuanto a las obligaciones societarias, de modo que se entiende por sí mismo el motivo por el cual en nuestros días, y ya desde hace varios años, se aplica en grado exclusivo prácticamente la forma de la sociedad anónima.

Esta situación no deberá considerarse —desde el punto de vista objetivo— como un gran éxito de la sociedad anónima frente a los otros tipos de sociedades mercantiles como lamentablemente sí se hizo con el deseo de suprimir tales tipos, sino que deben merecer el primer lugar, tanto el postulado de aplicación equilibrada de todos los tipos societarios que tenemos

establecidos en la Ley General de Sociedades Mercantiles, como la meta tan importante de la protección del tráfico jurídico; es decir, de acreedores societarios, según la cual los socios deberán responder en forma ilimitada de las obligaciones societarias de pequeñas empresas, mientras que la responsabilidad limitada de accionistas se justifica solamente en los casos de patrimonios sociales de mayor tamaño, vigilados en su constitución y conservación por disposiciones legales más estrictas y que solamente existen y son sostenibles respecto a la sociedad anónima.

El único modo para obtener el equilibrio necesario en la aplicación de los tipos societarios consiste en una reforma legal por medio de la cual se fije un capital social mínimo más alto para la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. La aplicación de esta reforma sería posible a las sociedades ya existentes a través de disposiciones transitorias, sin que se viole la prohibición constitucional de retroactividad, debido a que se trata en este aspecto de un hecho continuo o de tracto sucesivo (tenencia de capital social), respecto al cual la prohibición constitucional se opone únicamente a medidas legales que surtirían sus efectos al tiempo anterior a la reforma, pero no al futuro. Para evitar asperezas, en las disposiciones transitorias mencionadas se concedería a las sociedades existentes plazos cómodos para aumentar su capital social.

Solamente en esta forma podría acabarse la situación mercantil extremadamente deformada en nuestro tiempo, ocasionada por la omisión legislativa relativa al capital social mínimo.

Estoy en oposición absoluta a las otras proposiciones que intentan la supresión de sociedades mercantiles de personas. Estos tipos son destinados a las pequeñas empresas con situaciones muy personales de los socios y completamente distintas del ambiente capitalizado y despersonalizado de la sociedad anónima. Estos proyectos consideran la actualidad deformada como pauta para un mejor futuro y propiciarían por lo tanto, la continuidad de la situación actual que me parece negativa.

## 2. *Sociedades irregulares y sociedades defectuosamente constituidas*

Estoy de acuerdo con la distinción que hace el ponente entre sociedades irregulares, cuyo acto constitutivo corresponde en su contenido a los requisitos legales y que carecen de inscripción registral, por una parte, y sociedades defectuosamente constituidas —denominadas *fictas* por el ponente— por la otra, cuyo acto constitutivo no contiene los elementos legales necesarios. Lo considero como conquista elogiabile del legislador mexicano, quien atribuye a las sociedades no registradas que efectúen actividades

frente a terceros personalidad jurídica propia, debido a que con esto se protege el tráfico jurídico y se excluyen todas las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que deben hacerse en otros países, donde no existe la institución legal de la sociedad irregular, con el objeto de encontrar solución alguna para la vida jurídica práctica respecto a la validez de sociedades constituidas, pero no registradas. Frente a este principio primario deberá posponerse en segundo lugar la diferenciación o cuestión de que si la personalidad jurídica reconocida por la ley mexicana a sociedades irregulares es solamente aplicable en favor de terceros (acreedores), con quienes la sociedad irregular hubiera actuado; es decir, en favor de la exigibilidad de los créditos de tales terceros o también en favor de la sociedad irregular misma, en su carácter de acreedora frente a terceros. Me inclino por la primera solución basándome para tal objeto en la finalidad de la institución legal de la sociedad irregular consistente en la protección del tráfico jurídico y no en la concesión de un premio por ser irregular.

### 3. *Constitución de las sociedades mercantiles*

Comparto el criterio del ponente según el cual la Secretaría de Relaciones Exteriores no es, desde el punto de vista de criterios generales, la autoridad adecuadamente competente para el otorgamiento de permisos para la constitución de sociedades mercantiles. Sin embargo, existe un fundamento legal positivo en favor de dicha Secretaría. Empero, tengo dificultades —a reserva de posible convicción posterior— en considerar la competencia actual de la Secretaría de Relaciones Exteriores como inconstitucional, como así opina el ponente.

No obstante, creo que sí es necesaria una actuación de dos autoridades con anterioridad a la inscripción registral de nuevas sociedades, por las siguientes razones:

La primera autoridad deberá resolver sobre la admisibilidad o no del nombre comercial de la sociedad para evitar duplicidades en la existencia de tales nombres. Esto es importante para que se evite la redacción de contratos sociales con nombres inadmisibles. Para esto se necesita una dependencia estatal que disponga de un registro de estos nombres comerciales. El hecho de que en México la Secretaría de Relaciones Exteriores exige para otorgar los permisos otros elementos societarios, por ejemplo: el importe de capital social, es una circunstancia adicional a este requisito mínimo de fijación del nombre comercial. Desde el punto de vista conceptual podría limitarse al último requisito, como se hace en Austria donde la Cámara de Comercio e Industria, como órgano delegado por el Estado, dictamina sola-

mente sobre la admisión del nombre comercial solicitado por los futuros fundadores. Sin embargo, en la fase siguiente del procedimiento de la constitución de la sociedad, es decir en la etapa entre la firma efectuada del contrato social y la inscripción registral del último, deberán hacerse un segundo examen y permiso, que en México realiza la autoridad judicial, dado que se deberá estudiar y resolver si el contenido *completo* del contrato social corresponde a la ley, situación ésta que no puede examinarse con anterioridad a la firma del instrumento. Para este segundo examen que es de tipo jurídico-mercantil, me parece la autoridad judicial la más adecuada. Solamente en los casos en que el Registro de Comercio se lleve directa y enteramente por autoridades judiciales, como se hace por ejemplo en Austria, la segunda autoridad podrá ser el Registro de Comercio mismo, debido a que en este Registro quienes resuelven en tal hipótesis son los jueces y no funcionarios administrativos.

Por la otra parte, me parece insuficiente la situación legal actual en México con base en la cual la revisión judicial necesaria de los contratos sociales para su inscripción registral se limita a la llamada *verdad formal*, consistente en la suposición de la veracidad de los datos existentes en el contrato social y la resolución de que si únicamente tales datos son compatibles con las normas legales.

Según mi modo de ver deberá incluirse un estudio o revisión de la *verdad material*, es decir si estos datos corresponden a la realidad, especialmente la evaluación de aportaciones en especie y la existencia verdadera de las aportaciones. Para tal objeto se podrían utilizar los dictámenes de contadores públicos titulados. Este procedimiento tan importante para evitar el nacimiento de sociedades raquílicas que solamente causen un daño en el tráfico mercantil, es solamente sostenible en la constitución de sociedades anónimas, pero no en otros tipos de sociedades debido a los costos de tal revisión no atribuibles a sociedades con dimensiones económicas más modestas.

#### 4. *Posición de los socios*

En este aspecto deberá distinguirse entre las sociedades anónimas y los otros tipos de sociedades. La reglamentación más sutil y detallada se requiere únicamente para la primera forma societaria, dado que en las demás predomina la autoadministración de los socios; ellos mismos son, habitualmente, los administradores, motivo por el cual se podría legalmente establecer en estos casos que únicamente los socios ilimitadamente responsables de las sociedades de personas podrán ocupar el cargo de administrador.

Otra cosa sucede con la sociedad anónima, en cuyo ambiente verdadero no predomina la autoadministración de los socios y la intervención de los accionistas en la administración y vigilancia de su sociedad es limitada, de modo que se requiere un aparato normativo protector en favor del accionista para que su derecho de voto tenga mayor fondo y motivación.

Estoy de acuerdo con el ponente en el sentido de que en la legislación actual no se protegen lo suficiente los derechos consecutivos del accionista, mientras que respecto a otros tipos de sociedades, sí me parece aceptable la reglamentación legal actual.

Por lo que se refiere a la sociedad anónima, debemos someternos al principio mayoritario que es una forma de autodeterminación en la democracia. Según este principio el orden social existente no debe encontrarse necesariamente de acuerdo con la voluntad de todos aquellos que estén sometidos a tal orden sino solamente con el mayor número posible de tales sujetos y, por otra parte, sólo deberá estar en discordancia con la voluntad del número mínimo posible de los súbditos, como expresamos en nuestro trabajo "El accionista en la sociedad anónima moderna" con cita de tal criterio contenido en la "Teoría pura" de Hans Kelsen y en relación con "El problema de la justicia" tratado por el mismo autor.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, corresponde al legislador moderno la tarea de reglamentar en forma más rica y sutil la posición del accionista en comparación con la situación legal actual.

Hemos ubicado las medidas legales necesarias en las siguientes tres categorías:

1) Derechos legales imperativos existentes en favor del accionista, inafectables por las resoluciones de la asamblea general, por ejemplo: el derecho de oposición individual del accionista frente a una transformación societaria, por medio de la cual él se convertiría de socio limitadamente responsable en socio ilimitadamente responsable.

2) Derechos ejercibles en forma individual por el accionista o una minoría de accionistas: por ejemplo, el derecho de información que se ejercería individualmente en la asamblea de accionistas.

3) Ámbito corporativo de la sociedad anónima reglamentado en favor del accionista, por ejemplo la integración más sutil de normas legales relativas a la convocatoria de asambleas de accionistas.

La limitación de espacio no nos permite entrar en exposiciones más detalladas, las cuales ya hicimos en nuestro estudio referido anteriormente.

### 5. *Reducción nominal de capital social para compensar pérdidas*

La protección legal de acreedores societarios (artículo 9 LSM) prevista para la reducción efectiva no es aplicable, según mi opinión, a la reducción nominal. Para evitar el abuso de la última se necesita la introducción de las siguientes medidas legales:

La condición para la reducción nominal consiste en la previa utilización de la reserva legal y de otras reservas. Activos que resulten de dicha reducción y de la utilización de reservas, no podrán aplicarse en el reparto de dividendos entre los accionistas. Dentro de cierto plazo a partir de la reducción nominal no podrán repartirse dividendos entre los accionistas, a no ser que se trate de cierto porcentaje de dividendos que como límite máximo se establezca en la misma disposición legal o que, como otra alternativa de excepción, los acreedores societarios, cuyos créditos hayan sido constituidos con anterioridad a la reducción, sean satisfechos o asegurados en sus derechos crediticios.

### 6. *Empresas agrupadas*

Es inevitable que en una economía desarrollada y dinámica existan agrupaciones entre los empresarios, y que ello produzca dependencia económica de una empresa o sociedad respecto de otra. Como consecuencia de este fenómeno económico se impone al legislador la tarea de intervenir en el ámbito de las agrupaciones de empresas, a través de la reglamentación jurídica. Significaría un retraso legislativo en el ámbito mercantil, si el legislador se ocupa solamente de las sociedades mercantiles como sujetos jurídicos individuales y no lo hace con las agrupaciones. Las medidas legales necesarias al respecto consistirían en lograr la protección de las sociedades dependientes, de sus acreedores y de los accionistas minoritarios no interesados en la agrupación, para que los últimos no sean víctimas de los grandes bloques de las agrupaciones.

### 7. *Transmisión de patrimonio (escisión)*

En la legislación actual no se sanciona esta figura, por medio de la cual una sociedad puede transferir todo su patrimonio a otro sujeto jurídico sin que exista fusión. Para la protección de los socios sería necesario que se sometiera tal medida al conocimiento previo de la asamblea extraordinaria de accionistas.

### 8. *Sociedades de capital variable*

Estoy de acuerdo con las observaciones del ponente con relación al peligro que corren los intereses de los acreedores de sociedades de capital variable. Según mi opinión debería excluirse de la ley el derecho de retiro en cuanto se refiere a sociedades por acciones, debido a que la liquidación de accionistas facultados para retirarse y recibir su cuota correspondiente no es compatible con los intereses de acreedores de sociedades por acciones, cuyos socios no responden ilimitadamente a estos acreedores, ya que el patrimonio de la sociedad es el único fondo de satisfacción para sus acreedores. Además se opone el derecho de retiro, que consideramos como institución legal superada, a los intereses empresariales de la sociedad, cuyo patrimonio jamás deberá ser afectado por pagos a accionistas que se retiren. Por lo que se refiere al aumento simplificado de sociedades de capital variable, el artículo 216, segundo párrafo, de la Ley General de Sociedades Mercantiles necesita ser reformado para que se determine en forma expresa y clara que dentro de los estatutos de las sociedades se expresen las modalidades del aumento del capital social, de las cuales podrá hacerse uso en un caso concreto por medio de resoluciones de la asamblea general ordinaria de accionistas o del órgano administrativo (consejo de administración o administrador único), respectivamente. Estoy conforme con el ponente en el sentido de que esto es necesario para poner en claro la simplificación del aumento de capital social variable, como corresponde a la finalidad de esta institución legal. Además creo, de acuerdo con la ponencia, que la institución de capital variable de una sociedad no deberá considerarse en la ley como tipo societario y que para su aplicación requiera el procedimiento de transformación, sino solamente como una modificación estatutaria, tal como resulta de la finalidad y función del capital variable que no justifica la atribución de propio tipo societario sino es solamente una variante en el funcionamiento de sociedades.

Por lo demás, creo que en la ponencia se confunden los conceptos de sociedades de capital variable (artículos 213 a 221 Ley General de Sociedades Mercantiles), por una parte y de obligaciones convertibles (artículo 210 bis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), por la otra. Cada una de estas instituciones legales requiere su reglamentación específica, como se hace en la legislación actual.

### 9. *Responsabilidad de los administradores*

Me parece, como resultado del método legislativo más detallado y refinado en la reglamentación de la sociedad anónima en comparación con

otros tipos de sociedades, que en el caso de la primera se determina en forma expresa la responsabilidad solidaria de los administradores, en tanto que en relación con otros tipos societarios falta una disposición análoga. Sin embargo, creo que la responsabilidad análoga de los administradores de las otras sociedades existe de todos modos y a pesar de la ausencia de norma expresa, dado que ya se infiere tal responsabilidad de las obligaciones de los mandatarios que desempeñen el cargo de administrador en cualquier tipo de sociedades.