

FORMACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Jorge BARRERA GRAF

I

“La S. A. —dice el artículo 90 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) (*Diario Oficial* de 4 de agosto de 1934)— puede constituirse por la comparecencia ante notario de las personas que otorguen la escritura social o por suscripción pública.” A lo primero se denomina *constitución simultánea, instantánea o privada*; a lo segundo, *constitución sucesiva o pública*. Ambas requieren, como indica la norma, “la comparecencia ante el notario” (que, sin embargo, puede faltar en las sociedades irregulares y en las sociedades ocultas).

En nuestro derecho, a diferencia de la mayor parte de los derechos extranjeros,¹ la inscripción de las sociedades mercantiles —de cualquier tipo de ellas— no es requisito necesario para la obtención de su personalidad jurídica.

Esas son las dos formas ordinarias, normales o propias de las sociedades anónimas regulares, no formas de constitución especiales derivadas de fusión (artículo 226), transformación de un tipo social a otro (artículo 228), escisión de sociedades, o adopción de la nacionalidad mexicana de una sociedad extranjera (artículo 251).² Tampoco se aplican esas formas ordinarias a figuras similares de sociedad anónima (S. A.), en que el Estado participa con parte del capital social (sociedades mixtas) o con la totalidad de éste; estas últimas (sociedades de Estado) suelen constituirse a virtud de un acto legislativo (ley o decreto). Tal es el caso reciente de las sociedades nacionales de crédito, constituidas por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (*Diario Oficial* de 14 de enero de 1985).

¹ Cfr., De la Cámara Álvarez, Manuel, *Estudios de derecho mercantil*, 2a. ed., vol. I, Editorial de Derecho Financiero, Jaen, 1977, p. 470.

² Ver Buxbaum, Richard M., *The formation of marketable share companies*, cap. 3 del vol. VIII, *Business and Private Organizations*, de la *International Encyclopedia of Comparative Law*, J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, s/f., pp. 7 y ss.

En el caso de las sociedades irregulares (S. I.), la misma LGSM permite su existencia y su validez (aunque acompañada de sanciones, por tratarse de una figura irregular), consten o no en escritura pública (artículo 2o., párrafo tercero), tanto si son S. A., como cualquiera de los otros tipos de sociedades mercantiles enumerados en el artículo 1o. (*ibid*). O sea, que la S. A. también puede constituirse *sin* la comparecencia ante notario. Fenómeno que se produce tanto en las S.I., como en las sociedades ocultas (S. O.).³

Por lo que toca a las sociedades anónimas mixtas y a las sociedades anónimas de Estado, es posible y es frecuente que a pesar de que se creen —o se modifiquen sustancialmente— mediante ley o decreto (como fue el caso del Banco de México, S.A., según la Ley Orgánica que lo rigió, del 31 de mayo de 1941, artículo 1º; el de la Nacional Financiera, S.A., según la Ley vigente del 2 de enero de 1975, y el del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., según Ley del 31 de diciembre de 1980), también se constituyan ante notario. Su constitución, sin embargo, usualmente está ligada a un proceso legislativo; se produce al publicarse la ley o el decreto en el *Diario Oficial*, con anterioridad e independientemente de la protocolización.

Por otra parte, en algunos subtipos de S.A., regulados en leyes especiales, o que requieren para su funcionamiento de concesiones, permisos o autorizaciones administrativas, como son los casos de las instituciones de seguros (artículo 5º, LIS) o de fianzas (artículo 5º, LIF), de las sociedades de inversión (artículo 3º, LSI), de las sociedades mineras (artículo 11, LM), y como fue el caso de los bancos antes de su nacionalización, y tratándose de autorizaciones o permisos, el caso de las sociedades de transporte, sin prescindir siempre de la escritura notarial, se requiere la aprobación administrativa previa de una secretaría de Estado, la de Hacienda y Crédito Público (SH y CP), en aquellos casos, y de la de Transportes y Obras Públicas (STOP) en el caso de las sociedades de transporte (artículo 86, LVGC), y proceder después a su inscripción en el Registro de Comercio (artículos 29, fracción IX, LIS; 4º, LIF; 30, párrafo segundo, LMV, para las bolsas de valores; 5º y 6º, LSI).

Otro requisito de la constitución, simultánea o sucesiva y, por ende, de la protocolización del contrato ante notario, es la obtención de un permiso que otorga la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) para la formación de la sociedad (*infra*, punto IV de este trabajo). Este

³ Sobre ambas figuras, *cfr.*, capítulo décimo de mi libro, *Las sociedades en el derecho mexicano*, México, UNAM, números 101 a 111 y 144, respectivamente.

requisito de carácter administrativo, suele faltar en las sociedades que no se protocolizan notarialmente, como son las S.I.; en cambio, el carácter irregular de la sociedad no impide que si se haya obtenido el permiso de Relaciones, aunque posteriormente no se acuda a notario.

Durante al etapa constitutiva de la S. A. (como de otros tipos de sociedades), ya sea que se siga el procedimiento sucesivo o el simultáneo, es posible y es frecuente que el o los fundadores, e inclusive un futuro socio o administrador, celebren contratos a nombre de la sociedad en formación. Quien así actúe será un gestor de negocios, no un representante de la sociedad que aún no está constituida y menos que tenga personalidad propia; los actos del gestor pueden ratificarse posteriormente por la sociedad, expresa o implícitamente, y sólo así serán oponibles a ésta (exartículo 1906 del Código Civil —C. Civ.—), aunque, de acuerdo con el artículo 1903, C. Civ., la sociedad "debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído... y pagar los gastos... si el asunto hubiese sido útilmente gestionado".⁴

La escritura de una S.A., cualquiera que sea la forma en que se constituya (es decir, tanto las formas ordinarias, sucesiva y simultánea, como las formas especiales) deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6º, los enumerados en el artículo 91 (aunque los de las fracciones VIII a XIII del artículo 6º pueden omitirse, según el artículo 7º).

En el caso de la constitución sucesiva, ésta se inicia con "un programa que deberá contener el proyecto de estatutos",⁵ el que, a su vez, deberá contener dichos requisitos de los artículos 6º y 91, con excepción de aquellos imposibles de cumplir en esa primera etapa de la constitución sucesiva, que señala el artículo 92, o sea las fracciones I y VI, primera parte, del artículo 6º, y V del artículo 91.

Las formalidades, el procedimiento de su elaboración, los requisitos y el contenido de la escritura social, se establecen por los artículos 60

⁴ Sobre la suerte de los actos y contratos celebrados durante la constitución de las S.A., en el derecho comparado y especialmente en derecho español, y sobre el carácter, las atribuciones, la responsabilidad del gestor, Vicent Chuliá, Francisco, "La sociedad en constitución", en *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, Madrid. Editorial Civitas, S.A., 1978. Girón Tena, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, p. 136, señala que el derecho comparado evita pronunciarse sobre el problema de la naturaleza jurídica del promotor o fundador.

⁵ Nuestro derecho no distingue entre escritura social y estatutos; ver Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, México, Ed. Porrúa, S.A., 1984; en el derecho español, Girón Tena, 95, dice que la distinción carece de trascendencia. (Del mismo autor, con referencias a derecho inglés, francés, alemán, ver "Anteproyecto de reformas de la sociedad anónima", en el *Anuario de Derecho Civil*, t. II, fasc. IV, 1949, pp. 1364 y ss.) En tanto que De la Cámara, *cit.*, 491 y 521 y ss., si diferencia ambos documentos

y siguientes de la Ley del Notariado para el Distrito Federal (*Diario Oficial* del 8 de enero de 1980), y por las leyes similares de los estados de la Federación. Se trata de un régimen uniforme en todo el país que ha impuesto la costumbre mercantil, la cual también se aplica respecto a terminología (*cláusulas* de la escritura, aunque también se habla de *artículos*), orden de exposición de las cláusulas; inclusión de ciertos anexos (vgr., la primera junta o asamblea constitutiva).

Forman parte también de la escritura otras menciones no enumeradas en los artículos 6º y 91, que derivan de otras leyes; tales son la llamada "Cláusula Calvo" (artículo 27, fracción L, de la Constitución, y 3º LIE) y los permisos que otorgan la SRE (ver *infra*, punto IV); la CNIE, si hay inversionistas extranjeros, y otras secretarías de Estado en casos especiales.

II

Suscripción sucesiva o pública

Nota exclusiva de la S.A., es que pueda constituirse mediante el procedimiento de suscripción pública. Ningún otro tipo social tolera tal modalidad, y respecto a la S. de R.L., la ley lo prohíbe expresamente (artículo 63). La razón de tal exclusividad estriba en las características propias de las S.A., de que la persona de los socios sea irrelevante, o cuando menos que tenga una importancia secundaria, y de que la S.A., esté destinada a las grandes empresas y a coleccionar grandes capitales, lo que suele obtenerse a través de la *oferta y suscripción pública* de las acciones de capital social, que se anuncie y que se obtenga merced al pago de las acciones que se coloquen entre el público.

Esta forma de constitución pública, respecto al negocio social y a las acciones que se emitan por la sociedad, plantea la existencia de un negocio de tracto sucesivo, de carácter complejo, que se cumple en diversas y sucesivas etapas, y que culmina con el pago parcial o total de las acciones y la aprobación formal del proyecto de escritura por la asamblea constitutiva de la S.A.

Aun en el caso de la constitución sucesiva, se integra el contrato de sociedad, el cual, a diferencia del que surge a virtud de la constitución simultánea, no se perfecciona en un solo acto, sino en una sucesión de ellos (actos-procedimiento),⁶ a saber: primero, una invitación de los

⁶ Graziani, *Diritto delle società*, 5a. ed., Nápoles, Morano, 1962, pp. 196 y 100, citando a Auletta. De acuerdo con este autor, se habla de una *fattispecie a forma-*

FORMACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA 865

promotores o fundadores que se dirige al público, es decir, a personas indeterminadas, que se integra con el proyecto de estatutos (programa, lo denomina el artículo 82) y que debe depositarse en el Registro de Comercio (artículo 92); en segundo lugar, la suscripción de las acciones, "que se recogerá por duplicado en ejemplares del programa y que contendrá los requisitos que enumera el artículo 93"; en rigor, en esta etapa ya hay suscripción, aunque aún no se realice pago de las acciones suscritas; el programa indicará "la forma y término en que el *suscriptor* se obligue a pagar la primera exhibición" (fracción IV, *ib.*);⁷ en tercer lugar, la convocatoria y celebración de la asamblea constitutiva (artículos 99 y 100), y en cuarto, la protocolización y registro, tanto del acta de esa asamblea, como de los estatutos, o sea del negocio social mismo (artículo 101), en el que ya deben aparecer los requisitos omitidos de los artículos 6º y 91, a que se refiere el artículo 92 (*supra*, punto I).

La gestión de los promotores o fundadores, consistente en la redacción y depósito del programa de estatutos y de la oferta al público de acciones, no los vincula al futuro contrato de sociedad; ellos realizan una oferta de contrato y no meramente una invitación —*invitatio ad offerendum*—,⁸ para que el público, y personas de éste, a quien extiendan la invitación, suscriban realmente acciones. Se trata de una especie de declaración unilateral de voluntad (artículos 1860 y ss., C. Civ.), en la que el promotor o fundador asume la obligación de mantener sin variaciones los términos del programa, dado que cualquier modificación podría afectar derechos de quienes ya hubieran suscrito o se hubiera obligado a suscribir, y pagar acciones.

La suscripción de acciones, a su vez, vincula a quienes la efectúan (personas físicas o morales), que no pueden retirarla o modificarla,⁹

zión sucesiva, y descarta que ya haya un contrato. Sobre el carácter contractual de la sociedad en formación, Vicent Chuliá, Francisco, *op. cit.*, p. 871.

⁷ Debe tenerse en cuenta, además, que esta suscripción no está sujeta a una condición, como modalidad de la obligación, sino a una *carga*, o sea un supuesto esencial —*conditio iuris*— del que la suscripción de acciones forma parte, y si, en efecto, la S.A., llega a constituirse. En contra de la aportación condicional de acciones, De la Cámara Alvarez, *cit.*, I, pp. 473 y 512, con la opinión similar de Garrigues.

⁸ En el derecho español, ver Garrigues, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, s/f, 1952, t. I, p. 265; Girón Tena, *Derecho de sociedades anónimas*, pp. 126 y ss., y De la Cámara Alvarez *op. cit.*, pp. 512 y ss., para quien, sin embargo, ya existe un contrato plurilateral, Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de sociedades*, México, Porrúa, 1947, t. I, pp. 441 y ss., califica esta invitación como una declaración unilateral que obliga a los fundadores.

⁹ Ver Girón Tena, *ob. ult. cit.*, p. 127, y *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, t. I, p. 213, se refiere a la aportación que supone la suscripción de las acciones y que "constituye en definitiva, el aspecto obligacional de la posición jurídica de socio".

salvo que al transcurrir el término de un año, contado desde la fecha del programa (a no ser que en éste se fije un plazo menor, artículo 97), no se hubieren suscrito acciones, "o que por cualquier otro motivo no se llegare a constituir la sociedad" (vgr., por vicios del consentimiento de la obligación de aportar, que acarrearía su nulidad), casos en los cuales "los suscriptores quedarán desligados y podrán retirar las cantidades que hubieren depositado" a cuenta del pago de las acciones suscritas (artículo 98).¹⁰ El valor de éstas se cubre y se deposita si se trata de pago en efectivo, o bien, si el pago hubiera de hacerse en especie (*rectius*, en bienes distintos al numerario), "se formaliza (*rectius*, se realiza) al protocolizarse el acta de la asamblea constitutiva de la sociedad" (artículo 95).

Por lo que se refiere a esta asamblea, su convocatoria debe hacerse en la forma prevista en el programa (artículo 99); en su defecto, se deben considerar aplicables por analogía las disposiciones de los artículos 186, 187 y 188.

En efecto, la asamblea constitutiva debe considerarse regida por los principios pertinentes de la asamblea ordinaria de accionistas, ya que el artículo 182 no incluye el caso de la constitución como uno de la competencia de la asamblea extraordinaria, aunque también deba protocolizarse (artículo 101), lo que es propio de éstas (artículo 194³). Consecuentemente, se le aplican los principios de mayoría establecidos en los artículos 189 y 191₁), salvo que el programa hubiera fijado una mayoría más elevada.

La importancia práctica de la constitución sucesiva o pública es muy escasa: el procedimiento simultáneo es ampliamente predominante, tanto en México como en otros países.¹¹ Se prefiere la comparecencia, ante el notario, de todos los socios (o de representantes de ellos), con posterioridad a un proceso más o menos largo de negociaciones privadas, que culmina con dicho acto constitutivo.

¹⁰ En derecho alemán, el monto recibido de las aportaciones durante la constitución, integraría un fondo común que tendría que liquidarse si la sociedad no llega a constituirse. Véase Vicent Chuliá, *op. cit.*, p. 877.

¹¹ En este sentido, en Alemania, la nueva Ley de 1965 suprimió este método de constitución, que, en derecho comparado, según Buxbaum, pp. 16 y ss.: "desde hace décadas, ha sido considerado como obsoleto"; para España, véanse, De la Cámara Álvarez, *op. cit.*, p. 47; Garrigues, *Derecho mercantil*, 5a. ed., Madrid, S. Aguilar, 1953, p. 1140, y del mismo autor, en colaboración con Rodrigo Uria, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1952, t. I, p. 201; para Francia, Hemard, Jean, Terré François y Pierre Mabilat, *Sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 1972, t. I, p. 670; para Italia, Ferrara Jr., Francesco, *Gli imprenditori e le società*, 2a. ed. Milán, Giuffrè, 1946, p. 152, y Graziani, p. 196, que dice ser de "uso rarísimo este medio de constitución". Entre nosotros, Rodríguez Rodríguez, Joaquín, pp. 435 y ss., y Mantilla Molina, n. 470. pp. 333 y ss., de la 22a. edición.

FORMACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA 867

Cuando la cuantía de los capitales requeridos es muy considerable, y aún no se cuenta con la totalidad de las personas que suscriban todas las acciones, para constituir la sociedad se acude a la suscripción de ellas por parte de sociedades y organismos financieros, los llamados *sindicatos financieros*, que generalmente son bancos, quienes posteriormente transmiten parte o la totalidad de esas acciones a clientes suyos, inversionistas y ahorradores.

Estos procedimientos y reglas no se reproducen en la nueva LRSPB.¹² Parece, pues, que la intención del legislador de esta última ley fue la de no autorizar a la banca nacionalizada —cuando menos a la banca múltiple— el actuar como sindicatos financieros. En las leyes orgánicas que se han dictado con posterioridad a la LRSPB, se prevén y reglamentan estas funciones, tratándose de la banca de desarrollo.

Resulta harto dudoso si en los casos de suscripción pública hay una oferta pública de las acciones, como sucede cuando la sociedad ya está constituida y dicha oferta se refiere a aumentos de su capital; si lo fuere, se aplicaría la Ley del Mercado de Valores (LMV) (*Diario Oficial* de 2 de enero de 1975, reformada por Decreto publicado en el *Diario Oficial* de 8 de febrero de 1985), y en tal caso, debe intervenir la Comisión Nacional de Valores (CNV) (artículos 40 y ss. LMV). Los requisitos de inscripción de ellas, parecen referirse exclusivamente a su emisión por sociedades ya constituidas (artículo 14, fracciones I, III, IV, V, VI, *ibid.*), lo que también sucedía con la intervención de instituciones fiduciarias a que se referían los artículos 126 y 127 de la LIC.

El artículo 2º de la LMV considera que existe “oferta pública de valores” (es decir, de acciones, artículo 3º), cuando se hace “por algún medio de comunicación masiva (por ejemplo, periódicos, radio, televisión), o a persona indeterminada, para suscribir, enajenar o adquirir títulos o documentos”, y que se emitan en serie o en masa; en este caso, la oferta debe ser aprobada antes por la CNV, y toda la información está sujeta a la “previa aprobación de este organismo, la cual puede otorgarse mediante autorizaciones individuales, o bien, darse con carácter general, cuando la naturaleza de la propaganda o información así lo justifique, a juicio de la propia Comisión” (artículo 5º,

¹² Que faculta a las instituciones de crédito (artículo 30, fracción X) a “promover la organización y transformación de toda clase de empresas y sociedades mercantiles y suscribir y conservar acciones o partes de interés en las mismas”; el artículo 57, sin embargo, somete la operación a severas restricciones cuantitativas y temporales (fracciones I y II), y a facultades discrecionales de la SHC de lento trámite y muy eventuales resultados.

ibidem): se dispone, además, que sólo los “valores inscritos en el Registro Nacional de Valores o Intermediarios —que es público (artículo 10)— pueden ser materia de oferta pública (artículo 11).

En lugar de una suscripción y constitución pública, en el sentido de la LGSM (artículos 94 y ss.), otras veces se sigue un procedimiento intermedio entre ambos métodos de constitución, en el que los promotores o fundadores se reúnen con personas y grupos interesados en formar la sociedad, con quienes discuten los elementos y características que tendrá ésta; sin embargo, este método no supone oferta pública alguna de acciones, ni constituye un compromiso firme de quienes acceden a constituir la sociedad en un futuro generalmente indeterminado; por último, quienes así se comprometen, tampoco quedan vinculados por un plazo, o por una cifra determinada del capital. Como consecuencia de tal laxitud, no existen garantías suficientes para quienes suscriban acciones, ni menos respecto a terceros con quienes los fundadores —que actuarían como mediadores o como gestores— celebraran operaciones a nombre y por cuenta de la sociedad en formación que llegue a organizarse. Para prevenir que se considere que hay oferta pública de valores, en el sentido de la LMV (artículos 1º y 2º), los promotores o fundadores no deben acudir a medios de comunicación masiva, ni que la oferta se dirija a personas indeterminadas.

En ninguno de estos casos existiría un *precontrato de sociedad* (*infra*, punto VII), sino, meramente, la preparación del futuro contrato, al completarse los elementos esenciales del negocio social, así como aquellos que los promotores hubiesen fijado como necesarios. Empero, si durante este proceso constitutivo la sociedad en formación se ostenta ante terceros, como un negocio acabado, aunque aún carezca de formalidades (e.g., escritura notarial) y de publicidad en el Registro de Comercio, se consideraría como S.I., de acuerdo con el artículo 2º, párrafo tercero, de la LGSM.

III

Constitución simultánea

Ésta existe cuando todos y cada uno de los socios o representantes suyos suscriben, en un solo acto, todas las acciones constitutivas del capital social de la sociedad que fundan.

Los socios “otorgantes del contrato constitutivo” son fundadores de la nueva S.A. (artículo 103, fracción II), a quienes, por ende, se aplican los principios de los artículos 104 y 110.

FORMACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA 869

El pago de las acciones que se suscriban se rige por las normas del artículo 89: de la fracción III, si se trata de pago en efectivo, caso en el cual puede no pagarse la totalidad del precio de cada acción, sino 20% o más, y la fracción IV, en el caso de pago con bienes distintos del numerario, en cuyo supuesto sí se debe pagar la totalidad.

Si la escritura social prevé la impresión de acciones de tesorería, es decir, de aquellas pseudoacciones "emitidas y no suscritas" que indica el artículo 216, párrafo segundo, ello resulta indiferente respecto al negocio constitutivo de la sociedad.

La constitución *simultánea*, como ya decíamos, es la forma prevaleciente; los futuros socios se conocen y están ligados por lazos y relaciones familiares, de amistad, o por vínculos previos de negocios.

El documento que se firma es el contrato constitutivo. Previamente se redacta por un experto (abogado, generalmente) o por el notario mismo, que habrá de protocolizarlo después. Se trata, en consecuencia, de un proyecto de contrato, conocido con antelación por los futuros socios, cinco de ellos, cuando menos (artículo 89, fracción I), que se protocoliza y se firma contemporáneamente por ellos (o sus representantes), en una sola comparecencia, ante el notario que designen. Es, pues, un contrato instantáneo de sociedad que celebran los socios entre sí y del que (salvo que se mantenga oculto) habrá de surgir posteriormente, al inscribirse la sociedad en el Registro de Comercio o al exteriorizarse como tal frente a terceros, una persona distinta a ellos, que actuará como única titular de los bienes o derechos que los socios le transmitan.

Como todo contrato, el de sociedad requiere del *consentimiento* de las partes (los socios), de un *objeto* cierto (las aportaciones de ellos, que sólo pueden consistir en obligaciones de dar, no de hacer, como en las sociedades personales, ni menos de no hacer); de una *finalidad* lícita a cuya consecución quedan vinculados todos los socios, y de muchos requisitos y *formalidades*.

Ahora bien, en esta forma o modalidad de constitución, así como en ese procedimiento intermedio aludido arriba, se deben distinguir tres fenómenos distintos, a saber, el de un negocio en vías de formación, en el que todavía no hay acuerdo de voluntades, ni se precisan el objeto y la finalidad que la sociedad ya constituida vaya a perseguir, y en que, por tanto, los requisitos propios del negocio final están en discusión; el de un contrato preliminar o preparatorio de la S.A., que posteriormente llegue a existir, en que dichos elementos ya se han convenido, pero que también se convenga diferir a un plazo determinado la constitución definitiva de la sociedad, con el consecuente pago de aportaciones, cum-

plimiento de las formalidades finales propias de éste, e inscripción de ella en el Registro de Comercio con el fin de obtener personalidad jurídica, y, finalmente, el del momento en que se perfecciona el contrato de sociedad y cada uno de los socios o accionistas se encuentre vinculado a ella.¹³ Habría que agregar como una etapa posterior a la constitución y organización de la sociedad, su funcionamiento, o sea la consecución de su finalidad, con la colaboración de los socios y la subordinación de sus intereses egoístas y personales a los del nuevo ente que ellos crearon.

Esos fenómenos, si bien distintos, pueden confundirse y mezclarse, o bien, dar lugar a situaciones anómalas como la sociedad oculta, o la sociedad irregular, en que aun siendo incompleta la sociedad, en cuanto a sus formalidades y a los medios normales de publicidad, se ostenta públicamente, y al hacerlo adquiere, según nuestro derecho, personalidad propia (artículo 2º, párrafo tercero, LGSM); otras veces, sin ostentarse ante terceros como sociedad, quien obre a su nombre y por su cuenta, sin mandato o representación alguna (gestión de negocios) precisamente porque la sociedad todavía está en proceso de constitución, puede celebrar contratos con terceros, señalando el gestor que obra a nombre de un ente en formación.

Esto nos lleva a considerar aparte la figura y los elementos del precontrato, o contrato preliminar de sociedad, a que nos referimos en el punto V *infra*.

IV

Permisos para la constitución de las sociedades

En la práctica mexicana casi todas las sociedades requieren, para que puedan constituirse, un permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores.¹⁴ Esa práctica, en el caso de sociedades (de cualquier natura-

¹³ Sobre las distintas etapas de la constitución y las situaciones de irregularidad a que aludimos a continuación, véanse Girón Tena, *Derecho de sociedades*, pp. 135 y ss.; Romano Pavoni, Giuseppe, *Teoria delle società. Tipi Costituzione*, Milán, 1953, números 80 y siguientes, pp. 309 y ss.; Vicent Chuliá, pp. 884 y ss. Ver también mi libro, *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983, pp. 47 y ss., sobre las dos etapas principales: la constitutiva y las del funcionamiento de la sociedad; aquélla de carácter contractual, ésta ajena al concepto mismo de contrato.

¹⁴ Las S. de R.L. de I.P., lo requieren de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (artículo 3º, LSRLIR, D.O. 31/VIII/34), y no están sujetos a homologación judicial (artículo 4º, *ib.*). En el derecho comparado, Girón Tena, *Derecho de sociedades*, p. 181, se refiere a "una especial autorización administrativa", que más

FORMACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA 871

leza) que tengan o puedan tener socios extranjeros, está fundada en la ley; lo mismo sucede cuando los socios sean sociedades mexicanas que, a su vez, tengan o puedan tener socios extranjeros.

Este requisito del permiso administrativo tiene un largo historial; sus antecedentes son los siguientes:

El artículo 27, fracción I, párrafo primero, constitucional, condiciona el derecho de los extranjeros de adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones, u obtener concesiones de explotación de minas o de aguas, a convenir la llamada Cláusula Calvo, y prohíbe que ellos adquieran el dominio directo sobre tierras y aguas, en la llamada zona prohibida, es decir, "en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta de las playas".

La fracción IV del propio artículo 27 prohíbe a "las sociedades comerciales por acciones (es decir, a la S.A., a la S. en C. por A. y quizás a la SNC, por analogía de los certificados de aportación, con las acciones) adquirir, poseer o administrar fincas rústicas", e indica que las de esa clase que se constituyan "para explotar cualquier industria fabril, minera, petrolera o para *cualquier otro fin* que no sea agrícola, podrán adquirir, poseer, o administrar terrenos únicamente en la extensión que sea estrictamente necesaria para los establecimientos o servicios de los objetos indicados y que el Ejecutivo de la Unión, o de los estados fijarán en cada caso".¹⁵

Ahora bien, en estos principios constitucionales se basa legalmente la histórica y tan importante política mexicana de restricciones y de limitaciones a la inversión extranjera.

El 31 de diciembre de 1925 el presidente Calles promulgó la Ley Orgánica (L.O.) de la Fracción I del Artículo 27 de la Constitución (*Diario Oficial* de 21 de enero de 1926), y el Reglamento de esta Ley (R.L.O.) en marzo de 1926 (*Diario Oficial* de 29 de marzo de 1926).

El artículo 1º de la L.O., amplió las prohibiciones de la fracción I del artículo 27 constitucional, para aplicarse también a sociedades mexicanas con socios extranjeros; aunque más que de una ampliación, en realidad se trataba del reconocimiento de que los socios son los beneficiarios e interesados de la actuación de las sociedades a que pertenecen, independientemente de la personalidad propia de éstas (principio de la transparencia y de la desestimación de la personalidad jurídica

que un requisito de la fundación de la sociedad, es "una condición del comienzo de la actividad de la sociedad".

¹⁵ Esta última facultad concedida a las entidades federativas, no se ha ejercido: se trata, pues, de facultades locales que se han abandonado en favor de la Federación.

ca), y el artículo 3º (en relación con el 2º) por primera vez se refirió al permiso de la Secretaría de Relaciones. El artículo 2º fija como requisito para que los extranjeros formen parte de una de las sociedades mexicanas que señala la fracción I del artículo 27 constitucional, que estipulen ante la Secretaría mencionada la llamada Cláusula Calvo; pero en el artículo 3º, que solamente se refiere a las sociedades que posean fincas rústicas con finalidades agrícolas, se dice "que no podrá concederse el permiso de que habla el artículo anterior, cuando por la adquisición a que el permiso se refiere quede en manos de extranjeros un cincuenta por ciento o más del interés de la sociedad".

El R.L.O., en su artículo 1º, previene a:

Notarios, cónsules mexicanos en el extranjero y cualesquiera otros funcionarios a quienes incumbe, que se abstengan, bajo pena de pérdida de oficio o empleo, de autorizar escrituras u otros documentos en que se pretenda transmitir a individuos o sociedades extranjeros el dominio directo. . . , o conferir o transmitir. . . , cualquier interés o participación como socios en sociedades mexicanas que tengan el dominio directo de tierras y aguas.

Esta norma, de tortuosa redacción, reglamenta en verdad, sin excederlo, el texto constitucional. Otro tanto acontece con el párrafo segundo del artículo 2º del propio R.L.O., que fija un plazo de noventa días —que aún se aplica— para la vigencia del permiso que debe solicitarse previamente de Relaciones, tanto para la constitución, como en cada caso de adquisición de los bienes de referencia. Finalmente, el artículo 3º del R.L.O. impone a "los notarios y demás funcionarios que expresa el artículo 1º de ese Reglamento, la obligación de insertar el permiso en las escrituras que autoricen, bajo la pena, de pérdida del oficio".

Años después, durante la guerra y la vigencia del Decreto de Suspensión de Garantías (11 de junio de 1942), el presidente Ávila Camacho dictó el "Decreto que establece la necesidad transitoria de obtener permiso para adquirir bienes a extranjeros, y para la *constitución o modificación de sociedades mexicanas que tengan o puedan tener socios extranjeros*" (*Diario Oficial* de 7 de julio de 1944). Ahí ya, aunque sólo "durante el tiempo en que permanezca en vigor la suspensión de garantías decretada el 1º de junio de 1942", se exigió el permiso de Relaciones para constituir o para modificar o transformar sociedades de cualquier naturaleza, *que tengan o que puedan tener socios extranjeros* (artículos 1º, inciso a, y 2º, fracciones I y II); en el artículo 3º, además, se concedieron a Relaciones amplísimas facultades

discrecionales para negar, conceder o condicionar los permisos, "según estime que con su otorgamiento se contrarían o no las finalidades perseguidas por este decreto".

Pues bien, este sistema es el prevaleciente hasta la fecha, dado que, a virtud de malabarismos jurídicos, aquel *Decreto de emergencia* de 1944, se declaró subsistente en vez de declararse abrogado, al reestablecerse el régimen constitucional de libertades y garantías constitucionales por Decreto del 28 de septiembre de 1945; por esa razón, dicho Decreto se ha tachado de inconstitucional por diversos autores y en varias ejecutorias de la Suprema Corte.¹⁶

Actualmente, esa legislación inconstitucional se ha sustituido por una ley, que sí es constitucional, pero que sólo se aplica a sociedades mexicanas que tengan socios extranjeros, nos referimos a la Ley de Inversiones Extranjeras (LIE) (artículo 17).

En cuanto a sociedades, civiles o comerciales, en que no exista ninguno de los inversionistas extranjeros que enumera el artículo 2o. de la LIE, la exigencia del mencionado permiso se hace descansar en el vigente artículo 28, fracción V, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF, *Diario Oficial* de 29 de diciembre de 1975; reforma, *Diario Oficial* de 4 de enero de 1982), que atribuye a dicha Secretaría facultad para "conceder permisos para la constitución de éstas (de sociedades mexicanas civiles o mercantiles) o reformar sus estatutos". Empero, esta facultad conferida por la LOAPF es contraria a un precepto constitucional, el artículo 90, que no admite que leyes como esa —LOAPE— tengan la virtud de *atribuir* facultades a la administración pública federal,¹⁷ es decir, a las distintas dependencias del Poder Ejecutivo de la Unión (como es el caso de dicha fracción V del artículo 90), sino sólo de *distribuir* facultades que ya estén atribuidas por la propia Constitución al gobierno federal, y puesto que dicha facultad no está atribuida a éste, ni el Poder Ejecutivo federal, ni, obviamente, ninguna de sus dependencias goza de ella. Resulta aún más grave la violación de nuestro sistema constitucional de división de poderes y jurisdicciones entre la Federación y los estados, en el caso de las sociedades civiles, cuya reglamentación, requisitos de constitución, etcétera, no corresponden a aquélla, sino a éstos.

¹⁶ Cfr., mi libro, *Tratado de derecho mercantil*, México, vol. I, Porrúa, 1957, p. 211.

¹⁷ Opinión semejante en relación con materia financiera, sustenta Krieger, Emilio, "Evolución del derecho financiero mexicano en el último sexenio (1976-1982)", en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, vol. XI, 1984, p. 79.

Por otra parte, si bien el texto vigente del artículo 28, fracción V, de la LOAPF, es claro, en cuanto a la facultad de conceder permisos para la constitución o las reformas de los estatutos de sociedades civiles o mercantiles, la versión anterior de la norma, que estuvo vigente desde la fecha de promulgación de la ley, 29 de diciembre de 1976, hasta la reforma que sufrió el 4 de enero de 1982, por decreto del presidente De la Madrid, era distinto y más limitado, en cuanto que sólo se refería a facultades de la Secretaría de Relaciones "para modificar o reformar sus escrituras (las de las sociedades) y sus bases constitutivas", pero no para "conceder permisos para la constitución de éstas", como ahora se dice; la práctica actual, empero, no ha dejado de existir. Antes de 1982 carecía de bases constitucionales y legales, ahora, sólo carece de aquéllas: es contraria al régimen de nuestra carta magna.

El permiso administrativo mencionado es previo o contemporáneo a la constitución misma de la sociedad, y se exige que lo tengan a la vista los notarios, y que lo reproduzcan literalmente en la escritura social, tanto en el caso de la constitución simultánea, como en el de la sucesiva. En este último caso, puede obtenerse hasta la protocolización del acta de la asamblea que constituya la S. A. (artículo 101).

El permiso indica, cuando menos, el nombre o denominación de la sociedad, y la finalidad u objeto de ésta, que reproduce íntegramente de la solicitud que previamente haya presentado algún interesado ante dicha dependencia (promotor, fundador o gestor). Tal dato, que constituirá uno de los requisitos esenciales del contrato social (artículo 6o., fracción II, LGSM), es muy importante para precisar si se trata de una actividad que la sociedad en formación pueda desarrollar libremente, o bien, que le resulte prohibida (vgr., actividades bancarias, petroleras, eléctricas) o restringida (vgr., la llamada petroquímica básica, o cuando extranjeros sean socios, caso en el cual, también debe indicarse esto, y se exigirá entonces que se pacte que la mayoría del capital se suscriba por mexicanos).

Esa intervención de Relaciones cumple, además, otra función, aunque de manera muy deficiente, a saber, el control de que la S.A. que se desea constituir tenga una denominación distinta a la de cualquiera otra sociedad, como requiere el artículo 88 de la LGSM; si no es así, se devuelve la solicitud para que se elija un nuevo nombre. Esta función no está reglamentada legalmente, y tampoco puede considerarse atribuida a la susodicha Secretaría, que como parte del Ejecutivo federal actúa a virtud de facultades expresas (exartículo 49 de la Constitución general), que no existen en tal caso.

El particular que solicite el permiso, estaría protegido legalmente a través del juicio de amparo, tanto en caso de negativa injustificada de concederlo (violación de la garantía legalidad, artículos 14 y 16 constitucionales), como en el caso de silencio (violación del derecho de petición, artículo 8o. de la propia carta magna). Los notarios, a su vez, estarían protegidos en contra de las sanciones que se les pueden imponer, en cuanto que se trataría de un acto no fundado legalmente; pero, claro, estarían sujetos a una resolución judicial, de resultados dudosos y a largo plazo, que eventualmente desconociera la validez de dicha atribución de la Secretaría.

En los casos de S. A. especiales (instituciones de seguros o fianzas), que requieran permisos de otras secretarías para constituirse, suplen el de Relaciones por el de esas otras dependencias (ver punto VI, *infra*). En cuanto a las SN de C, no requieren permiso: "serán creadas, dice el artículo 9o. de la LRSPB (de 1983), por decreto del Ejecutivo Federal."

Como ya indicamos, en el caso de las S. I., que generalmente no se protocolizan ante notario, suele omitirse la intervención de la Secretaría de Relaciones, y, consecuentemente, faltar el permiso relativo. En este caso, no hay sanción específica, lo que puede resultar un aliciente para la constitución y funcionamiento de esos negocios irregulares, cuando se prevean objeciones de dilaciones en el otorgamiento de los permisos.

V

Homologación judicial e inscripción en el Registro de Comercio

La S.A., como los otros tipos de sociedades reguladas en la LGSM, tanto en su etapa de constitución como en los casos de reformas al pacto o estatutos (artículo 260, *ibid.*), está sujeta a un procedimiento judicial de homologación regulado en el último capítulo de ese ordenamiento (artículos 260 a 264). La finalidad del procedimiento, según se desprende del primero y del último de tales artículos, es que la sociedad (S.A., o cualquier otro tipo) se inscriba en el Registro Público de Comercio. Sin embargo, si no en forma expresa, como debiera serlo, implícitamente y de acuerdo con toda nuestra doctrina,¹⁸ los trámites de homologación tienden principalmente al examen de la

¹⁸ Cfr., Abascal Zamora, José María, voz "Homologación de sociedades", en el t. IV del *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1983, pp. 338 y ss., con la bibliografía que cita.

escritura social, tanto por el juez del conocimiento (juez de distrito, o juez local de primera instancia, a elección del promovente) (artículo 261), como por el Ministerio Público (el agente adscrito al juzgado que conozca) (artículo 262), y a verificar si "se ajusta enteramente a la ley, en cuanto contenga las cláusulas esenciales y ninguna violatoria de normas imperativas" (Mantilla Molina), o de normas prohibitivas, como podrían ser cláusulas contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres.

Ahora bien, la homologación misma y la orden del juez de inscribir la sociedad en el Registro, no convalida ni sana los vicios que convalidare la escritura y que el juez y el Ministerio Público hubiesen pasado por alto. En este sentido, como dice Ascarelli¹⁹ respecto al procedimiento de homologación en el derecho italiano, similar al nuestro, sólo se trata de un "control de legalidad", en cuanto que el juez no participa en el procedimiento de creación de la sociedad, ni cura sus vicios.

Normalmente, el notario que protocoliza es quien inicia los trámites de homologación; pero con frecuencia acontece que en la primera asamblea, la constitutiva, la sociedad designa una persona que la solicita al juez. Éste, aún no puede considerarse como representante, porque la sociedad todavía carece de personalidad propia;²⁰ será un gestor cuya actuación ratifique expresa o tácitamente la sociedad, después de su inscripción (ver *supra*, punto I). Se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en que debe haber "una audiencia dentro de los tres días siguientes a la radicación del asunto en el juzgado, en la cual se recibirán pruebas y se dictará la resolución que ordene o niegue el registro solicitado" (artículo 262). En la práctica, es frecuente que el solicitante renuncie a esta audiencia. Cuando se ordena el registro, debe ser porque el juez, y probablemente también el Ministerio Público, encontraron que la escritura constitutiva estaba en orden; por el contrario, si uno u otro la encontraron objetable, la resolución debe ser denegatoria.

Generalmente, no se toma en serio dicha función de control y revisión, y, por el contrario, por exceso de trabajo en muchos casos, por indolencia en otros, o por falta de probidad en algunos, el juez ordena

¹⁹ "Natura e limiti del controllo giudiziario degli atti sociali", en *Saggi di vario diritto*, Roma, 1928, pp. 103 y ss.

²⁰ No sería válido afirmar que la sociedad ya tiene personalidad porque se ha exteriorizado como tal frente a terceros, como son el juez y el agente del Ministerio Público, ya que éstos no son terceros, sino autoridades. Para el concepto de tercero, en las sociedades, ver mi estudio *Las sociedades en derecho mexicano*, pp. 263 y ss.

FORMACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA 877

la inscripción. La tramitación suele quedar a cargo de uno de los empleados del juzgado que resuelve el registro mediante un estipendio —mordida, entre nosotros—²¹ más o menos generoso (en función del interés de obtener pronto la resolución, o porque la escritura contenga cláusulas de dudosa o discutible validez, o de posibles conflictos con políticas o criterios administrativos).

Contra la resolución, la LGSM —artículo 263—, concede el recurso de apelación, que debe interponerse dentro de tres días, y que “se decidirá sin más trámite que la celebración de la vista —de la audiencia—, en la que los apelantes expresarán los agravios que les cause la resolución del inferior”. La apelación puede plantearse por cualquier interesado: la norma habla en plural, “los interesados”, que tanto puede ser el solicitante contra quien se negó la inscripción, como un tercero, o —un socio—, cuyos derechos, de cualquiera índole, pudieran resultar afectados por el funcionamiento o la falta de funcionamiento de ella.²² El Ministerio Público, por supuesto, puede también apelar, sobre todo cuando al desahogar la vista dada por el juez —artículo 262— hubiera dado una opinión contraria al sentido de la resolución judicial.

Ejecutoriada la resolución que acuerde la inscripción de la sociedad, el registrador procederá a efectuar inscripción en el Registro Público de Comercio, según establece el artículo 264, sin que “en ningún caso y por ningún motivo pueda rehusarla” (artículo 31 del C. Co.).

No obstante, el Reglamento del Registro Público de Comercio (*Diario Oficial* de 22 de enero de 1979), concede al registrador la facultad de “calificar los documentos que se presenten” (artículo 10, fracción I), y como consecuencia “suspender, denegar o admitir la inscripción” (artículo 11, *ibid.*) La suspensión procede en casos de “error material o de concepto” (artículo 32, C. Co.), y de acuerdo con el artículo 13 del Reglamento del Registro Público (Regl.) también en casos de defectos u omisiones del título que sean subsanables y los cuales hubieran pasado inadvertidos al juez (y al Ministerio Público). En los casos de suspensión, se debe proceder en los términos del artículo 32 del C. Co. citado; en cambio, la denegación que dictara el registrador violaría la prohibición contenida en el artículo 32 del

²¹ Santamaría, Francisco J., *Diccionario de mejicanismos*, 3a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 739.

²² En este último sentido, piénsese en contratos (inclusive de trabajo) que un gestor de la sociedad hubiere celebrado con el conocimiento del cocontratante de que la sociedad estaba en formación. Si no es así, o sea si éste ignorara esta circunstancia, estaríamos en el caso de una S I (artículo 2º, párrafo tercero, LGSM).

C. Co., así como las normas sobre el registro de las sociedades mercantiles que señala el artículo 264 en relación con el artículo 260 de la LGSM. Es cierto que el artículo 14 del Regl. concede al registrador derecho de rehusar la inscripción "de los documentos públicos o privados que se le presenten", en diversas circunstancias ahí precisadas; pero dicho precepto carece de valor, dada la terminante y reiterativa disposición del artículo 31 del C. Co.: "los registradores no podrán rehusar en *ningún caso y por ningún motivo* la inscripción de los documentos mercantiles que se les presenten." Obviamente, una disposición reglamentaria no puede privar de afectos a un precepto legal, pese a que, como en el presente caso, aquélla sea posterior a éste.

El registrador no suple al juez, ni puede rehusarse a cumplir sus órdenes: sólo puede advertirle omisiones o errores subsanables del documento, que hubieran pasado inadvertidos en el procedimiento de homologación, para que éste, dando vista a los interesados, decida complementar su anterior orden de inscripción, o bien, la revoque y dicte una nueva; esto último con fundamento en los artículos 1334 y 1335 del C. Co.

VI

Sociedades anónimas exentas de la homologación judicial

Muchas S.A. especiales hay para las que las leyes que las rigen dispensan del procedimiento de homologación judicial regulado en la LGSM; en su lugar, facultan a la secretaría de Estado que sea la competencia en razón de la principal finalidad de la sociedad, para ordenar directamente su inscripción en el Registro Público de Comercio.

Son los casos, entre otros, de las instituciones de fianzas (artículo 15, fracción X, LIF); de seguros (artículo 29, fracción IX, LIS); las sociedades de inversión (artículo 7o., LSI); las sociedades mineras (artículos 24, en relación con los artículos 31, fracción VII; 237 y 239 del Reglamento de la Ley Minera —*Diario Oficial* de 14 de febrero de 1977—, y el artículo 84, fracción I, de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Minera, Ley Minera, *Diario Oficial* de 22 de diciembre de 1975); las S.A. que sean agentes de valores (artículos 18, *in fine*, LMV); la institución de crédito que subsiste como S.A. (Banco Obrero), después de la nacionalización de la banca (artículo 8o., fracción XI, LIC); las sociedades de responsabilidad limitada de interés público (artículos 2o. y 4o., LSRL de IP).

Es criticable que así sea. Debería haber un control judicial, con

FORMACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA 879

intervención del Ministerio Público, sobre la regularidad sustancial y formal de las escrituras sociales de toda clase de sociedades, así como de pactos que se incluyan en ellas; esto, no debería exceptuarse en casos de sociedades como las indicadas, que representan eminentes intereses sociales y colectivos. La intervención y el control administrativo de ninguna manera suple, ni debe suplir al jurisdiccional; aquél se rige por especiales reglas jurídicas como las de discrecionalidad, soberanía, interés público; pero, además, por criterios y principios políticos, sociales, económicos, que tienen indudable e innegable valor, pero que son distintos a los principios de legalidad, de protección de derechos de socios y de terceros, que también tienen singular valor y de cuyo cumplimiento sólo debe velar el Poder Judicial. Que ese sistema no exista, y que el que se practica tienda a aplicarse a todos los casos de empresas públicas o de intereses públicos, es condenable: síntoma es de desconfianza y hasta de desprecio al Poder Judicial que siente nuestro prepotente Poder Ejecutivo.

Ahora bien, también en esos casos de inscripciones ordenadas por la autoridad administrativa, rige el sistema del Registro de Comercio establecido en el C. Co. y en su Reglamento. La fracción V del artículo 21 del C. Co., en efecto, sin hacer distinción alguna, ordena la inscripción de "las escrituras de constitución de sociedad mercantil, cualesquiera que sean su objeto o denominación", y esta disposición se confirma por el artículo 31, fracción III, del Regl.

VII

Contrato preliminar de sociedad

De la constitución simultánea y sucesiva de una S.A. debe distinguirse el contrato preliminar o precontrato de sociedad;²³ empero, no siempre es fácil tal distinción porque entre ambas figuras hay zonas comunes, y quienes intervienen en uno u otro de ambos procesos, el constitutivo y el precontractual, no suelen ser claros. Aquélla consiste en un procedimiento dirigido a la creación de la sociedad; éste, de acuerdo con los términos del artículo 2243 del C. Civ. (que junto con los demás, 2244 a 2247, del título primero de la parte segunda del libro cuarto de dicho ordenamiento, resulta supletorio en materia mercantil —artículo 2o. del C. Co.—), es un mero proyecto de contrato,

²³ Véase. Girón Tena, *Derecho de S.A.*, pp. 89 y ss., Vicent Chuliá, pp. 871 y ss., y la amplia bibliografía que cita.

sujeto a un plazo y en el que se configura un vínculo jurídico en que las partes, futuros socios, asumen contractualmente la obligación de celebrar el contrato definitivo de sociedad.

La etapa constitutiva no es ni puede integrar un contrato preliminar de sociedad. Si la constitución es simultánea, porque el contrato ya es perfecto y definitivo al comparecer todos los socios ante notario y firmar la escritura constitutiva, lo anterior a él, o son tratos solamente, etapa preliminar del contrato, en que todavía los socios no asumen obligación contractual alguna, o bien, ya se trata de un convenio precontractual, previo, pues, al contrato y a su constitución (simultánea) definitiva. Puede existir un precontrato social, pero como etapa anterior y como negocio preliminar, como sucede con los contratos de cambio: vgr., el contrato de compraventa y el contrato preparatorio de la compraventa.

A su vez, la constitución sucesiva tampoco puede identificarse con el contrato preparatorio o preliminar: se trata, como ya se dijo, de un procedimiento continuo y complejo, de tracto sucesivo, que se inicia con una oferta del fundador, que continúa con la suscripción y en ocasiones con el pago de las acciones, por cada uno de los futuros socios, y que culmina con la celebración de la asamblea constitutiva y la aprobación por ella del contrato de sociedad. Que así sea, no impide que en el curso de dicho procedimiento de constitución sucesiva, al suscribirse los duplicados del programa (artículo 93), se configuren vínculos obligatorios de cada uno de los suscriptores, que no forman todavía el negocio social, cuyo objeto consiste en pagar oportunamente el valor de las acciones que hubieren suscrito. Su incumplimiento dará derecho al fundador (gestor oficioso, que también puede ser un socio eventual —artículo 103, fracción II, LGSM—) a exigir “el cumplimiento o tener por no suscritas las acciones” (artículo 96, LGSM), así como el pago de los daños y perjuicios que se causaren a los demás socios, o a la sociedad cuando se constituya (ex-artículo 1910, C. Civ.).

En cambio, en el precontrato de sociedad, en primer lugar, no hay obligación de pago, sino meramente de suscripción del capital; en segundo lugar, no interviene fundador o gestor alguno y sí, en la S.A., *cinco partes* cuando menos; es pues un convenio plurilateral. En tercer lugar, su objeto, como el de todo contrato preliminar, no es el pago, sino la celebración del contrato definitivo, o sea que no se originan obligaciones de dar, sino de hacer, y su incumplimiento concedería a los otros socios (partes de este negocio), que sí hubiesen cumplido, acción para obligar al remiso o incumpliente a comparecer

FORMACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA 881

ante notario y participar en la celebración del contrato definitivo de sociedad, de acuerdo con lo ofrecido (artículo 2245, C. Civ.); o bien, acción de rescisión de dicho contrato preliminar, y en ambos casos al pago de los daños y perjuicios que el acto ilícito del incumplimiento hubiere ocasionado a quienes se hayan manifestado dispuestos a cumplir (artículos 376, C. Co., y 1949, C. Civ.).

¿Cuáles son los requisitos del contrato preliminar de sociedad? Según el artículo 2246 del C. Civ.: que conste por escrito, que contenga los elementos característicos del contrato definitivo y que se limite a cierto tiempo. Analicemos cada uno de ellos.

Que conste por escrito, excluye al precontrato verbal de sociedad; en cambio, el contrato definitivo sí puede ser verbal, de acuerdo con nuestra doctrina y algunas resoluciones de la Suprema Corte.²⁴ Por otra parte, como es obvio, el contrato verbal de sociedad no puede ser materia de inscripción en el Registro de Comercio, por lo cual, una de dos, o se exterioriza ante terceros como sociedad, y entonces se considera a ésta como una S.I. (artículo 2o., párrafo tercero, LGSM), o bien, se mantiene oculto (S.O.), y sólo tendrá validez entre las partes (socios) que la hayan constituido. El precontrato, en cambio, si no es escrito, sino verbal, carecerá de uno de sus elementos "característicos", y por ello será nulo (artículo 2228, C. Civ.); contrariamente, si se formula por escrito, será válido en caso de que se cumplan los demás requisitos, y pudiera acontecer entonces que dicha relación precontractual se manifestara ante terceros, no como tal relación, sino como una sociedad ya constituida, es decir, como un contrato definitivo; en este caso, estaríamos nuevamente ante una S.I.

Esto nos lleva al análisis de las "características del contrato definitivo" de una S.A. Se trata de sus elementos como negocio jurídico: el fin o causa, el objeto, el consentimiento de las partes y el tipo elegido de sociedad. Aquel requisito, la finalidad social, lo predica el artículo 2688 del C. Civ.: "la realización de un fin común", el cual en el precontrato sólo puede indicarse como un proyecto a realizarse en el futuro, por los socios, a través de la sociedad que constituyan.

En esto sí coincide el contrato preliminar con la forma de constitución sucesiva (artículos 92 y 6c., fracción II, LGSM); pero se diferencia en que, mientras en ésta la finalidad es real y actuante, en el precontrato sólo es virtual y potencial; al actualizarse, el hacerse efectiva la finalidad, mediante actos y negocios que se celebren con ter-

²⁴ Cfr., *supra* número 102, pp. 239 y ss., de mi libro, *Las sociedades en derecho mexicano*.

ceros (exteriorización ante terceros), el contrato se convierte en definitivo, y la sociedad, según sea el caso, será regular o irregular (artículo 2o., párrafos primero y tercero, LGSM).

En cuanto al objeto, se forma con las aportaciones de los futuros socios, las cuales han de integrar el capital social. Si el precontrato no alude al objeto, no tendría existencia legal (artículo 2224, C. Civ.); faltaría uno de los elementos esenciales, o sea la obligación de los socios de combinar recursos para la realización del fin (artículo 2688, C. Civ.). Fin y objeto están relacionados y vinculados indisolublemente; ambos deben existir y el uno está en función del otro. Sin medios económicos, la consecución del fin se vuelve imposible, y lo mismo sucede si no existe la finalidad común: el objeto, o sea el capital, se vuelve un concepto vacío e inexistente. Puede, ciertamente, en el contrato preliminar, no señalarse todavía el monto de la aportación²⁵ futura de cada una de las partes, e, inclusive, no señalarse el medio de pago (dinero o bienes distintos al numerario); pero sí debe estipularse la obligación de cada uno de los futuros socios de aportar dinero o bienes para formar el capital.

La obligación de aportar, o sea de suscribir acciones, si bien no puede estar sujeta a modalidades,²⁶ sí, en cambio, a la *conditio iuris* de que la sociedad llegue a constituirse efectivamente, al quedar suscritas todas las acciones dentro del plazo que se señale.

Además, todos y cada uno de los presocios, deben manifestar su consentimiento en función del fin y del objeto (capital social), así como del plazo que se indique para celebrar el contrato definitivo, y ellos, partes del negocio preliminar, deben ser cinco por lo menos, porque dicho número mínimo es también una de las características de la S.A. (artículo 89, fracción I), y pueden comparecer directamente o por medio de representantes, aunque algunos de éstos sean indirectos (prestanombres), en cuanto que la presencia de tal número de socios —en esta etapa cuando menos— solamente es un requisito virtual y de forma.²⁷

²⁵ Por ejemplo, porque aún no se determine si, al perfeccionarse el contrato, el socio suscriba una o más acciones.

²⁶ La doctrina excluye que la suscripción sea condicional, *cfr.*, De la Cámara, *cit.*, p. 423, con la opinión de Garrigues.

²⁷ Reitero la opinión sustentada en el capítulo octavo, núm. 90, p. 202, de mi libro *Las sociedades en derecho mexicano: en la S.A.*, si bien se requiere un mínimo de cinco socios, puede ser sólo uno el interesado real, y los otros meros prestanombres, salvo que la ley lo prohíba, como sucede en el caso del artículo 31 de la LIE. Véase también la nota 467, con la opinión de la doctrina nacional (Mantilla Molina) y extranjera.

FORMACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA 883

Respecto al tipo de sociedad que se elija cuando se llegue al contrato definitivo, es un requisito que debe indicarse expresa o implícitamente, a efecto de que, al llegarse al contrato definitivo, el precontrato señale —o de él se deduzcan— las notas esenciales de dicho tipo elegido: S.A.; a saber, limitación de la responsabilidad de cada uno de los accionistas futuros y que el capital social se divida en acciones. Un contrato preliminar de sociedad en que no quede indicado claramente cuál sería el definitivo (si una S.A., una S. de R.L., o un tipo de sociedad personal) no cumpliría con el concepto de aquél, o sea, asumir contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro (artículo 2243, C. Civ.) de sociedad anónima. Pudiera acontecer, empero, que en el texto mismo del convenio preliminar, las partes fijen un plazo máximo para celebrar el contrato definitivo, y también que posteriormente elijan el tipo social que resulte conforme con las estipulaciones de dicho convenio preliminar, por ejemplo, una S. de R.L. o una S.A.;²⁸ pero esta opción debe ser expresamente pactada, porque no hay en nuestro sistema un “tipo residual”,²⁹ es decir, un tipo obligatorio (vgr., S. en N.C.) que se aplicara en caso de dudas o divergencias.

Tocante al plazo; también debe indicarse claramente. Sin un plazo cierto, no hay precontrato: se trata de un negocio que siempre está sujeto a un término convencional, que correrá entre la fecha de su celebración y un día futuro que se indique o pueda determinarse. En ello, se diferencia también esta figura, de la constitución simultánea, que no está sujeta a dicha modalidad, y de la constitución sucesiva, para la que existe un término *legal*, no convencional (artículo 97, LGSM).

VIII

Formas especiales de constitución de la S.A. Fusión

El artículo 226 de la LGSM dispone que “cuando de la fusión de varias sociedades haya de resultar una distinta, su constitución se regirá por los principios que rigen la constitución de la sociedad a cuyo género haya de pertenecer”.³⁰ Si se trata, pues, de una S.A., se regirá por los principios relativos de los artículos 89 y 110.

²⁸ En caso de divergencia de opiniones, no se llegaría a celebrar el contrato definitivo, dado que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

²⁹ Cfr., Borgioli. *Il contratto preliminare*, pp. 472 y ss.

³⁰ Sobre la fusión en derecho mexicano y los efectos constitutivos, véanse princi-

¿Se aplicarían las reglas de la constitución simultánea o los de la sucesiva? Ni las unas ni las otras. Riñen al procedimiento legal de la fusión que indican los artículos 223 a 225 de la LGSM, las reglas y los requisitos que la propia ley fija para ambas formas de constitución, e inclusive, es distinto al sistema de la fusión el procedimiento intermedio a que aludimos al final del punto II, *supra*.

En efecto, por varias razones no son aplicables los procedimientos de dichas formas de constitución al caso de una S.A., que surja de la fusión de otras (dos o más) sociedades (anónimas o de cualquier otro tipo).

Primero, porque el negocio del que nace la sociedad que se fusiona es un convenio típico, un acuerdo especial de fusión entre dos o más sociedades (artículos 222 y 223), distinto del genérico contrato social. Segundo, porque en tanto que en aquellas formas de constitución se requiere la comparecencia y la manifestación unánime de voluntad de los socios fundadores ante el notario y en la asamblea constitutiva, en la constitución por fusión es posible que no comparezcan todos los socios de todas las sociedades fusionadas, al constituir la nueva sociedad fusionante, ya sea porque sólo se presenten algunos, e inclusive ninguno de ellos (cuando con anterioridad, y no ante notario necesariamente, hubiesen firmado las actas de las asambleas que acordaron la fusión), o bien, porque en alguna o en todas las sociedades fusionadas existe una minoría disidente de socios, que, de acuerdo con el artículo 200 de la LGSM, quedaría vinculada por el acuerdo mayoritario (sin que, por otra parte, su disidencia sea causa legal de retiro, artículo 206). Tercero, porque mientras que en las formas de constitución, sucesiva o simultánea, las aportaciones de los accionistas son contemporáneas a ellas, en la constitución por fusión, en cambio, son anteriores y deben haberse efectuado dentro de las sociedades fusionadas a las que pertenezcan los respectivos socios.

El procedimiento constitutivo mismo en unas y en otras, es radicalmente distinto. Por un lado, tanto en el simultáneo como en el sucesivo, existe el acuerdo entre los futuros socios, cinco o más, tendiente a crear la sociedad, la que posteriormente adquirirá personalidad propia; en el procedimiento sucesivo, por otra parte, el proceso de cons-

palmente. Vázquez del Mercado, Oscar, *Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1980, pp. 313 y ss., y Abascal Zamora, José María, *Fusión de sociedades anónimas en el derecho mexicano*, México, 1960, pp. 11 y ss.; Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, México, t. II, Editorial Porrúa, S.A., p. 489, alude, sin profundizar, a una constitución especial, en los casos de fusión, tanto por integración, como por absorción.

titución se inicia con la intervención de fundadores, y termina con la celebración de la asamblea constitutiva.

En cambio, en la fusión intervienen sociedades como partes, todas las que se fusionan, que se vinculan entre sí por un contrato específico de fusión: los socios de la futura sociedad, son los de todas y cada una de esas sociedades fusionadas. Los elementos propios de ese contrato difieren de los que caracterizan al contrato o negocio social; su *objeto*, será la unión de los patrimonios de todas las sociedades que se fusionan; su *finalidad*, la consecución del fin de cada una de ellas a través de la nueva sociedad que se constituye (que podría dar el derecho de retiro si implica modificación del fin social), y la transmisión universal del patrimonio de aquéllas a ésta; el *consentimiento*, no es el de los socios de las sociedades que se extinguen, sino el de estas mismas. Además, se requiere el consentimiento de los acreedores de las sociedades fusionadas, salvo que se garanticen convenientemente sus derechos.

En cuanto a la forma, es radicalmente distinta: se requiere un acuerdo previo entre las sociedades que habrán de fusionarse, un precontrato de fusión con las características de esta figura (ver *supra*, punto VII); enseguida, cada sociedad, internamente, deberá acordar la fusión mediante la creación de una nueva que se constituya, siguiendo el procedimiento que sea propio de cada una de las sociedades que habrán de fusionarse: asamblea extraordinaria de accionistas, si es S.A.; cada sociedad debe formular y aprobar un balance especial, y se debe contar con el consentimiento de los acreedores, o garantizar el pago de sus créditos, a efecto de que no se opongan a la fusión.

IX

Transformación

En la transformación de sociedades, dice el artículo 228 de la LGSM, se aplican los preceptos sobre fusión; aunque, como es natural, sólo los pertinentes. Tratándose de la fusión que aquí nos interesa, o sea por constitución de una sociedad nueva, no hay en la transformación creación de un nuevo ente, sino continuación del existente, si bien dentro de un tipo distinto: una S. de R.L., se transforma en S.A. (o viceversa); una S. en N.C., en S.A. (o la recíproca); pero esto no impide que se hable correctamente de que el nuevo tipo o esquema que se adopte plantee una forma de constitución especial de ese nuevo tipo, que adquirió el modelo de la S.A., habiendo antes actuado dentro de

un esquema distinto.³¹ Y es en función, y sólo en función del nuevo tipo que se asuma, que lo distinga del anterior que venía siendo usado, que se debe hablar de constitución (de una S.A.), por transformación. Los socios que hubieren aprobado el cambio (los que lo hubiesen objetado tienen el derecho de retiro, artículo 206 en relación con el 182, fracción VI, LGSM, que consideramos aplicables por analogía a todos los tipos sociales) dentro de una nueva estructura social, pero con el mismo concepto (instrumental) de la persona moral, habrán de cumplir (de seguir cumpliendo) la finalidad que originalmente los unió, y al adoptar el nuevo tipo de S.A., deberán asumir nuevos derechos y obligaciones (vgr., si se trata de una sociedad personal en la que algún socio habría hecho aportaciones de industria, convertir éstas en aportaciones de capital; si alguno o todos ellos hubieran asumido responsabilidad ilimitada, ésta, en adelante, se limitará al monto de sus aportaciones), así como el carácter de accionistas, con todo lo que tal calidad significa.

X

Cambio de nacionalidad

Cuando una sociedad extranjera asume la nacionalidad mexicana, se trata, en rigor, de la constitución de una nueva sociedad (la mexicana).³² Este fenómeno no está regulado en nuestro derecho de manera expresa; el procedimiento para constituirla, cualquiera que sea el tipo que se elija dentro de los seis enumerados en el artículo 1º de la LGSM, tendrá características especiales, que si bien son distintas de la constitución simultánea y de la sucesiva, se asimilan a aquélla.

A diferencia de la constitución original, la que nos ocupa supone una sociedad (extranjera) ya existente, que, además, haya sido constituida legalmente en su país de origen (exartículo 250, LGSM). Sus socios o accionistas, de acuerdo con el derecho del país extranjero,

³¹ Frisch Philipp, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1982, p. 466, habla también de constitución de una nueva sociedad. Abascal Zamora, José María, voz "Transformación de sociedades", en el t. VIII del *Diccionario Jurídico Mexicano* (México, 1984), es omiso; sin embargo, en opinión manifestada al leer el borrador de este estudio, indica que le parece contradictorio hablar de constitución en caso de transformación y sostener, como él y yo, que no hay creación de una nueva persona jurídica. Si se acepta que ésta tiene sólo una función instrumental en beneficio de los socios, que es mi opinión, y que éstos, por la transformación del tipo social, no cambien, desaparece toda idea de contradicción y hasta de incongruencia.

³² Contra esta opinión, para el derecho español, Girón Tena, *Derecho de S.A.* p. 86.

FORMACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA 887

deberán acordar el cambio de nacionalidad, la adopción de un tipo social regulado por el derecho mexicano, el cumplimiento de los requisitos de éste y la consecución en México de una finalidad, que nunca debe ser contraria "a los preceptos de orden público establecidos para las mexicanas" (exartículo 251, fracción II). Además, para constituirse en México, requerirán autorización oficial (exartículo 251, párrafo segundo), y como generalmente se trataría de una "inversión extranjera", en los términos del artículo 2º, fracción I, de la LIE, esta autorización deberá otorgarse por la CNIE (artículo 12, fracción III, LIE).

Sólo después de obtener el permiso se procederá a la constitución de la S.A., siguiendo el procedimiento de la constitución simultánea, o sea, en síntesis, acudiendo todos los socios ante notario y realizando ante él sus aportaciones.