Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

COMENTARIOS Y CRÍTICAS A LA INICIATIVA DE LEY FEDERAL DE COMERCIO, EN SU PARTE RELATIVA A LA REGLAMENTACIÓN SOCIETARIA, PRESENTADA A LA QUINCUAGÉSIMAPRIMERA LEGISLATURA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Por el licenciado Fernando VÁZQUEZ ARMINIO,

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Ante la Quincuagésimaprimera Legislatura de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos fue presentada por el C. Humberto Romero Pérez, una Iniciativa de Ley Federal de Comercio, la cual apareció publicada en el *Diario de los Debates* correspondientes al jueves 12 de noviembre de 1981. De acuerdo con lo expresado en dicha Iniciativa por el diputado Romero Pérez, ella fue formulada por un grupo de diputados integrantes de la Comisión de Comercio, quienes contaron con la colaboración de los más eminentes juristas y catedráticos en materia mercantil, quienes se impusieron la tarea de revisar la Legislación Mercantil para abrogar el Código de Comercio y Leyes Especiales que derivaron de él, solicitando a los diputados integrantes de la Cámara su opinión y observaciones, así como que lo enviaran a las organizaciones profesionales de trabajadores, a las Facultades de Derecho, a las Facultades de Contaduría y Administración para que dieran "la medida, el criterio y la modificación o, en su caso, aprobación" a dicho Proyecto.

La Iniciativa mencionada fue dispensada de lectura y se turnó a las Comisiones Unidas de Comercio, Hacienda y Crédito Público y Patrimonio y Fomento Industrial, a efecto de cumplimentar el proceso de consulta popular a los sectores involucrados.

En atención a la invitación contenida en la Iniciativa y a que el primer punto y al parecer el principal de la temática de este Cuarto Congreso de Derecho Mercantil, es el comentario y crítica de tal Iniciativa o Proyecto, haremos algunas observaciones de carácter general en lo que se refiere a la reglamentación societaria, y más que otra cosa, formularemos críticas al respecto, en el entendido que debido a la brevedad del tiempo con que contamos, reduciremos dichas críticas a una pequeña parte de la mencionada reglamentación y que es la relativa al Capítulo Primero del Título Segundo, que contiene las disposiciones generales aplicables al comerciante social y que se comprenden en sus artículos 11 a 31. Sin embargo y no

obstante lo reducido de nuestro análisis, creemos que constituye un fiel reflejo de cuando menos la totalidad de la reglamentación societaria.

Como primeras observaciones de tipo general mencionaremos que la Iniciativa en la parte relativa a la reglamentación societaria, contiene frecuentes imprecisiones de lenguaje; carece de cohesión con otro Capítulo de Título diverso de diferente Libro del Proyecto; y adolece de técnica legislativa, puesto que pretende regular situaciones jurídicas que le son ajenas y que se encuentran reglamentadas en otros ordenamientos, sin que venga al caso repetirlas o modificarlas.

A guisa de ejemplos de imprecisiones y limitándonos solamente a uno de sus primeros artículos, el 12, su fracción IV dispone que las sociedades actúan bajo una razón social o denominación; sin embargo, al referirse a la anónima, en su artículo 56, se establece que ella se constituirá, no ya bajo una denominación o razón social, sino de un nombre. Asimismo, por tal imprecisión, el penúltimo párrafo del artículo citado contiene una verdadera aberración jurídica, ya que, según suponemos, en el ánimo de los autores del Proyecto estaba el introducir como requisito de la escritura constitutiva, el contenido de la llamada "Cláusula Calvo", según la cual y aplicada al caso de extranjeros que entran a formar parte de una sociedad, ellos deben convenir ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como mexicanos en relación con las partes sociales o acciones que adquieran en sociedades mexicanas y a no invocar la protección de su Gobierno con respecto a dichas partes o acciones so pena de perder su participación en beneficio de la Nación. Sin embargo, los autores del Proyecto, prohibieron el ingreso de extranjeros en todas las sociedades mercantiles y establecieron que, en caso de violación a dicha prohibición, se consideraría que el extranjero renunciaba a su nacionalidad, y de invocar la protección de su Gobierno en relación con problemas de la sociedad, perdería todo el interés que en ella tuviere en beneficio del Estado Mexicano. Según está redactado el párrafo en comentario, resulta inconstitucional por ir en contra de lo dispuesto por los artículos 22, 27 y 33 de nuestra Carta Magna, así como en lo dispuesto en los artículos 2º de la fracción I de la Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 Constitucional, el 3º de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera y otras disposiciones que integran nuestro sistema jurídico, toda vez que impone una prohibición en desacuerdo con él y una sanción que resulta inusitada, pues no solamente se le impone al extranjero la pérdida de su interés que en la sociedad tenga en beneficio del Estado Mexicano, sino que también le atribuye al infractor el carácter de apátrida, puesto que, por una parte, consideraron que renuncia a su nacionalidad de origen y por la otra, no se le concede la nacionalidad mexicana, último esto que, se insiste, es inusitado.

En cuanto a la falta de cohesión o coherencia indicada, observamos, que en el Capítulo Sexto, Título Segundo, Sección Novena (Sección que,

por otra parte, no aparece en el índice del Proyecto), se reglamenta la emisión de obligaciones por las sociedades anónimas, reglamentación ésta que se contiene también en el Capítulo Cuarto, Sección Primera, del Libro que suponemos es el Tercero (toda vez que ni en el índice ni en su texto se hace relación a tal Libro, no obstante que su existencia parece indicarla los Títulos y Capítulos del Proyecto) aunque con el nombre de emisión de debentures, como es el nombre con que se identifica la operación en el Derecho Aanglosajón y en la Legislación Argentina. Como se ve, en este caso, además de la incoherencia por la doble reglamentación, hay incoherencia también en el índice, amén de que en la doble reglamentación aludida se vuelve a incurrir en imprecisiones de lenguaje, al denominar a la operación en una parte del Proyecto con un nombre: emisión de obligaciones, mientras que en otra se le designa con un nombre diverso: emisión de debentures.

Respecto a la carencia de técnica legislativa, como ejemplo citaremos el artículo 12 del Proyecto, el cual en su último párrafo prescribe que tanto la constitución de la sociedad como sus modificaciones se harán constar mediante escritura notarial. Sin embargo, no obstante lo anterior, la fracción I de dicho artículo establece que las escrituras constitutivas de las sociedades mercantiles deben contener "el lugar y fecha en que se celebre el acto". A nuestro modo de ver, la exigencia de este requisito no corresponde a la reglamentación societaria, sino a las distintas leyes notariales vigentes en los Estados de la República, que son las que contienen las formalidades que se deben observar al otorgarse una escritura pública, sin que pueda argumentarse en contra que la duplicidad contenida en el Proyecto en nada perjudica, porque de aceptar tal supuesto, la sola exigencia de esta mención sería insuficiente y habría que agregar también, como requisitos de la escritura, la fecha de firma de la misma, la firma y sello del notario que la autoriza y demás pormenores de ella que, insistimos, son propios de las reglamentaciones notariales.

Esta carencia de técnica legislativa se aprecia también por la inserción del penúltimo párrafo del mencionado artículo 12, el que, como hemos visto, en forma por demás desafortunada, pretende introducir prohibiciones o requisitos para la participación de extranjeros en las sociedades mercantiles, cuando la reglamentación de dicha participación se encuentra contenida en un sistema integrado por la Fracción I del artículo 27 Constitucional, los artículos 1º y 2º de a Ley Orgánica de dicha Fracción, los artículos 1º, 2º y 8º del Reglamento de la Ley Orgánica de la repetida Fracción I y en la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera.

También como observación general, se aprecia que se han suprimido las llamadas sociedades personalistas, es decir, aquellas sociedades en que las dotes particulares y el trabajo de las personas que las integran dominan o impregnan las relaciones sociales. La regulación de estos tipos sociales en

la ley vigente no obedece, según entendemos, a un capricho del legislador. La colectiva, es especialmente apta para el desarrollo de pequeñas empresas en que es fundamental la convivencia entre los socios, su actividad o trabajo personal, su capacidad de crédito, los conocimientos técnicos de alguno o algunos de los socios, etc. Las comanditas sirven, preferentemente, para la realización de empresas concebidas y organizadas por personas dotadas de capacidad o iniciativa comercial, de conocimientos técnicos en una industria o actividad, pero que carecen de capital y que buscan personas que acepten la no ingerencia en la marcha de la empresa a cambio de limitar su riesgo en la sociedad al monto de su aportación.

Es cierto, sin embargo, que en conjunto el número existente de sociedades personalistas y el importe de capitales que ellas manejan, es infinitamente menor al que manejan no ya las sociedades anónimas, sino también al que manejan las sociedades de responsabilidad limitada, pero no por ello se deben suprimir de la legislación, sino por el contrario, dotarlas de una reglamentación adecuada de la que carecen en la ley vigente, con objeto de que puedan cumplir su destino, que no es otro que agrupar a pequeños empresarios, en formas simples, que les permitan un mejor aprovechamiento de su actividad que aquel que lograrían de permanecer aislados.

Probablemente la única forma social recomendable de supresión sería la comandita simple, la cual si fue ventajosa en una época, en la actualidad podría no funcionar, en virtud de la dificultad que implica la transmisión de las partes sociales, lo cual no sucede en la comandita por acciones, pues estos documentos son de fácil circulación, dentro de los límites, claro está, que establezcan su oferta y demanda.

En cuanto a las críticas concretas que podemos hacer a los artículos 11 a 31 del Proyecto, advertimos que muchas de las disposiciones en ellos contenidas, como lo son las recogidas en los artículos 11, 12 en su mayor parte, 15 a 17 y 19 a 30, no hacen otra cosa que reproducir, con ligeras variantes, las disposiciones que existen en la Ley vigente, de tal manera que en este punto la aportación del Proyecto es mínima y las críticas que a ellos hiciéramos se traducirían en críticas de la Ley vigente, lo cual nos alejaría un tanto del tema objeto de nuestra intervención. De acuerdo con este orden de ideas sólo nos referiremos a los artículos restantes que integran el Capítulo Primero del Título Segundo.

En primer término, se critica que la Iniciativa ha suprimido las sociedades irregulares, toda vez que al tenor de sus artículos 13 y 15 a 17 sólo las sociedades legalmente inscritas tienen personalidad jurídica. Aquí, los autores del Proyecto ignoran la realidad y en lugar de ofrecer, en su caso, una propuesta de reglamentación que tratara de disminuir el número de dichas sociedades, mediante reformas que faciliten la constitución de las sociedades y agilicen su inscripción, ignoran su existencia, al establecer como principio el antes indicado, esto es, que sólo las sociedades legalmente ins-

critas tienen personalidad jurídica, principio que según nuestra apreciación constituye no un avance sino un retroceso.

En efecto, es ilusorio pensar que las sociedades irregulares desaparezcan (y los mismos autores del Proyecto indirectamente así lo reconocen en los párrafos tercero y cuarto del artículo 15, cuando nos hablan, en este último párrafo, que si requerida la sociedad para comprobar su existencia regular no fuere atendido el requerimiento dentro de un plazo de cuatro meses, *la sociedad* se pondrá en liquidación) pues siempre existirán personas que por indolencia, descuido, ignorancia o algún otro motivo propio o extraño a los socios (como lo serían hechos atribuibles al Notario Público que otorga el acta constitutiva, a la autoridad judicial que la homologa o al Registrador), no inscriban oportunamente una sociedad y no obstante esta falta de inscripción, celebran actos o adquieran bienes a nombre de la sociedad; desconocer esta situación y negar a una sociedad que se ha exteriorizado y actuado como tal frente a terceros, sin encontrarse registrada, sería tanto como transformar el régimen jurídico de un conjunto de derechos y obligaciones a cargo de una sola persona con obligación solidaria de quienes actuaron en su nombre, a un régimen de sólo responsabilidad a cargo de estos últimos, en donde no es posible ejercitar acciones reales por no existir los deudores principales o adquirentes y resultar que aquéllos en contra de quienes se ejercita la acción de responsabilidad son insolventes, en perjuicio de terceros, quienes son, según entendemos, a quienes se debe proteger principalmente. Tan es insustituible la existencia de las sociedades irregulares, que nuestro legislador, no obstante que inicialmente en 1934 adoptó una postura idéntica a la que ahora asume el Proyecto (la de derivar la atribución de la personalidad jurídica a su inscripción en el Registro) tuvo necesidad de modificarla, lo cual hizo mediante reforma de 31 de diciembre de 1942, en la que, entre otras cosas, estableció que las sociedades no inscritas en el Registro de Comercio que se hubieren exteriorizado como tales frente a terceros tendrán personalidad jurídica. Asimismo, cabe apuntar que la existencia de las sociedades irregulares, ya habían sido admitidas tanto en el anteproyecto de Código de Comercio formulado en 1945, así como en el Proyecto de Código publicado en 1947 y en las redacciones de tal proyecto de 1952 y 1960.

También se observa que el artículo 14 del Proyecto establece que serán nulas las sociedades inscritas que tengan un fin u objeto (como lo denomina indistintamente la Ley y el Proyecto) de carácter ilícitos, las cuales se disolverán y liquidarán a petición de cualquier interesado o del Ministerio Público por una institución de crédito que designe la autoridad judicial. Con la anterior disposición se pretende, según entendemos, sanear los vicios del artículo 3º de la Ley vigente. Sin embargo, consideramos que el Proyecto no elimina totalmente dichos vicios y se funda en hipótesis imprecisas e incompletas que podrían acarrear la no aplicación de esta disposición.

Dice el artículo 3º de la Ley vigente:

"Las sociedades que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán nulas y se procederá a su inmediata liquidación, a petición que en todo tiempo podrá hacer cualquiera persona, incluso el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

La liquidación se limitará a la realización del activo social para pagar las deudas de la sociedad, y el remanente se aplicará al pago de la responsabilidad civil y en defecto de ésta, a la Beneficencia Pública de la localidad en que la sociedad haya tenido su domicilio."

Según se aprecia del artículo transcrito, la nulidad de las sociedades ya registradas sólo procede cuando éstas tienen un objeto o fin ilícito o realizan habitualmente actos ilícitos, mientras que en el artículo 14 del Proyecto sólo considera como causa de nulidad el que el objeto o el fin de ellas sea ilícito.

Ante tal situación, consideramos que lo primero que hay que determinar es sí se considera como causa de nulidad tanto en la ilicitud civil como la penal o solamente la penal.

En nuestra estimación, creemos que la ilicitud debe concretarse a la materia penal y no a la civil; en efecto, bien puede suceder que los socios, el Notario Público ante quien se otorga la escritura de la sociedad y las autoridades que intervienen en todo el proceso de su constitución, incluyendo al Registrador, desconozcan disposiciones reglamentarias o decretos que traigan como consecuencia la ilicitud de una determinada actividad que se establece como fin en el contrato social y no por ello debe sancionarse a los socios con la nulidad de la sociedad, sino permitirles que gocen de las alternativas que la Ley les establece de modificar su objeto o bien proceder a su disolución, por imposibilidad de realizar el fin, en los términos de la fracción II del artículo 229 de la Ley vigente y 228 fracción II del Proyecto. Y si esa es la solución cuando se trata de un fin ilícito de carácter civil que se presenta cuando se constituye la sociedad, con mayor razón debe aplicarse cuando la ilicitud sobrevenga estando la sociedad ya constituida, en la que por causas ajenas totalmente a los socios y al ente social, resulte el objeto o fin ilícito.

De acuerdo con lo anterior, resulta que la ilicitud sólo será causa de nulidad del ente social, cuando sea de carácter penal, ilicitud que a diferencia de la civil, es difícil que pase inadvertida a los socios y demás personas y funcionarios que intervienen en la constitución y registro de una sociedad, de tal manera que esta ilicitud solamente podría aparecer por una modificación a la codificación penal posterior a la época de constitución de la sociedad, en cuyo caso y de no modificarse el objeto social, nos parece debe procederse a su disolución y liquidación en la forma normal sin

necesidad de aplicar el artículo en comentario, toda vez que se trata de actos posteriores y ajenos a los socios y a la sociedad.

Ahora bien, sobre la hipótesis de que el artículo 14 del Proyecto y 3º de la Ley vigente se refieren a ilicitudes de caráctre penal, nos encontramos que en el referido artículo 14, a diferencia del 3º actual, no consagra la hipótesis de liquidación de la sociedad cuando habitualmente realice actos ilícitos de carácter penal. Es cierto, sin embargo, que la fracción III del artículo 228 del Proyecto establece como causa de disolución de la sociedad y como consecuencia su liquidación, la realización de actos ilícitos, pero suponemos (toda vez que el Proyecto no atribuye a quién corresponde tomar la resolución de disolución de la sociedad) que la asamblea podrá tomar las medidas que juzgue necesarias para evitar se continúen realizando ilícitos penales, evitando con ello la disolución de la sociedad, con lo cual la pena por la comisión de tales ilícitos sólo la soportarían las personas físicas que los realizaron, sin que la sociedad se liquide, no obstante que los ilícitos aparezcan cometidos a su nombre y que se haya beneficiado con ellos.

Por otra parte, esta fracción III del artículo 228 en comentario refuerza aún más nuestra postura de lo que debe sancionarse es la comisión habitual de actos ilícitos de carácter penal, pues la realización continua de ilícitos civiles por la sociedad podría provocar que los terceros demandaran el cumplimiento forzado, los daños y perjuicios que le cause la actividad ilícita de la sociedad, etc., o, en un caso extremo, solicitaran la quiebra, pero no creemos que sea causa de disolución de la sociedad.

Finalmente y con relación a este punto, cabe advertir que en el Proyecto la comisión habitual de actos ilícitos de carácter penal verificados a nombre de la sociedad quedan sin sanción, toda vez que su realización no cae dentro del artículo 14 que impone la liquidación por parte de una institución fiduciaria, ni tampoco la fracción III del artículo 228 que establece la disolución en la forma general, aun cuando se trata de actos ilícitos de carácter penal. Pero además, en el supuesto de que se aplicara el artículo 14 y que, como consecuencia, se liquidara la sociedad por una institución fiduciaria, ello no implicaría una sanción puesto que no se le privaría a la sociedad de los beneficios económicos que le produjo su reiterada actividad delictuosa.

Con relación ahora al artículo 18 del Proyecto, se aprecia que éste contiene una aparente innovación en nuestro medio, al atribuir a las personas que siendo o no socios controlan de hecho el funcionamiento de la sociedad en cuyo caso, según la disposición, responderán subsidiaria, solidaria e ilimitadamente por los actos dolosos que aparezcan realizados por la sociedad; y decimos aparente innovación, porque ya el artículo 13 de la Ley que establece requisitos para las ventas al público de acciones de sociedades anónimas, de 30 de diciembre de 1939 —artículo cuya vigencia aún se controvierte— dispone que las personas que controlen una sociedad anónima,

ya sea que sean o no poseedores de la mayoría de las acciones, tendrán una obligación subsidiaria e ilimitada frente a terceros por los actos ilícitos que fueren imputables a la sociedad.

Aquí, en el texto del Proyecto, se ha ampliado dicha responsabilidad para atribuírsela a toda clase de personas, socios o extraños a la sociedad y a todas las sociedades reglamentadas (es decir, a las sociedades de responsabilidad limitada y a las anónimas) aunque dicha responsabilidad, por otra parte, es subsidiaria y se restringe a aquellos *actos dolosos* que realicen a nombre de la sociedad.

A nuestro modo de ver, la intención de los autores del Proyecto es plausible, puesto que mediante ello, según entendemos, se trata de evitar las manipulaciones a que pueda verse sujeta una sociedad que forma parte de una agrupación de empresas, o para decirlo en forma técnica, de una agrupación de empresarios, la cual no se manifiesta en forma jurídica mediante la constitución de una *holding* o sociedad controladora legalmente reconocida, sino que la agrupación deviene de acuerdos celebrados entre varias sociedades que atribuyen el control a una o varias de ellas, pero sin que la agrupación se manifieste frente a terceros como formando parte de un todo, sino que cada sociedad conserva aparentemente su individualidad jurídica.

Ahora bien, de acuerdo con este orden de ideas, consideramos, en primer término, que la responsabilidad que se atribuye a los contralores debe comprender no solamente la que resulte como consecuencia de actos dolosos, pues éstos necesariamente implican sugestiones o artificios tendientes a inducir al tercero a error o a mantenerlo en él, con objeto de lograr un beneficio, sino que debe abarcar y siempre según nuestra consideración, todo actuar ilícito o contrario a las buenas costumbres que pudiera ocasionar daño a dicho tercero en los términos amplios que establece el Derecho común cuando reglamenta las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, responsabilidad que sería solidaria y no subsidiaria con la sociedad, pues no sería justo que los afectados sólo pudieran ejercitar una acción de responsabilidad subsidiaria cuando han sido víctimas de sus gestiones o artificios, toda vez que el daño puede ser causado por actos ilícitos de los cuales los terceros no tienen conocimiento. Por otra parte y en segundo término, consideramos que la intención que le atribuimos a los autores del Proyecto en el artículo en comentario, aunque pretende proteger a los terceros, no salvaguarda los derechos de los accionistas minoritarios, que pueden verse expuestos a menoscabos patrimoniales, en virtud de actos ilícitos de aquél o aquéllos que de hecho controlan el funcionamiento de la sociedad.

En resumen, consideramos que aunque plausible la intención que parece anima lo dispuesto en el artículo 18 del Proyecto, su texto en todo caso debía modificarse para comprender las críticas expuestas, amén de complementarse con una serie de disposiciones que eviten, hasta donde ello sea posible, los perjuicios que a los socios y terceros pueden causar las agru-

paciones de empresarios que no se manifiesten como tales en forma jurídica.

Finalmente, vamos a referirnos al artículo 31 del Proyecto el cual, con redacción poco afortunada, parece reafirmar la distinción entre la personalidad jurídica de la sociedad y la personalidad jurídica de los socios, cuando nos dice que la ejecución que se practique por los acreedores particulares de los socios sobre las partes sociales de que éstos sean titulares, sólo comprenderán las utilidades que corresponda al socio y la cantidad que resulta a su favor por concepto de cuota de liquidación.

Sin embargo e independientemente de que la disposición se encuentra mal ubicada, puesto que no es una disposición de aplicación general para los dos tipos sociales que el Proyecto contempla, sino únicamente para las sociedades de responsabilidad limitada, tal reafirmación de distinción entre personalidades jurídicas de sociedad y socio es aparente, pues establece el mencionado precepto en su párrafo final que "no podrá prorrogarse la duración de la sociedad si no se satisface al acreedor embargante".

A nuestro modo de ver, la disposición anterior contiene un error grave, pues no respeta la individualidad e independencia jurídica que corresponde a dos personalidades jurídicas diversas, toda vez que sanciona a la sociedad por actos que le son ajenos y atribuibles a sus socios, con lo que, además del error, le atribuye una pena que reviste carácter de trascendental, ya que no sanciona al infractor sino a persona diversa y cae dentro de la prohibición contenida en el párrafo primero del artículo 22 de la Constitución de la República.