

LOS VIEJOS CÓDIGOS Y LAS LEYES MODERNAS

Walter FRISCH PHILIPP

SUMARIO: I. Los viejos Códigos. 1. El Código de comercio según su técnica, método y política del derecho. 2. Las circunstancias de la creación de los viejos códigos. II. La relación y comparación entre estos códigos y las leyes modernas.

I. LOS VIEJOS CÓDIGOS

Entendemos como tales códigos las grandes obras legislativas civiles y mercantiles del siglo pasado que todavía se encuentran en vigencia en el país de su origen como fundamentos en la materia legal correspondiente. A estas grandes creaciones pertenece con todos los signos característicos nuestro Código de comercio de 1889 a cuyo centenario de vigencia rendimos justificadamente homenaje.

Dada la juventud de nuestro país como República soberana y sus oscilantes cambios políticos y sociales en el camino y la búsqueda a su integración y fortalecimiento definitivos, el Código homenajeado nos parece como la única obra legislativa subsistente como “preconstitucional”¹ (prerrevolucionaria).

Así se distingue esta situación mexicana profunda y característicamente de las de Austria y Alemania. En estos dos países se erigió sobre los escombros de la derrota de Napoleón Bonaparte en la lucha de pueblos en los alrededores, de la ciudad de Leipzig, el liberalismo burgués como sucesor del feudalismo. El pensamiento y los postulados liberales siempre crecientes durante el siglo pasado dejaron indeleblemente sus rasgos dominantes en la cara del mismo siglo, y como resultado de este espíritu nacieron las grandes codificaciones en estos dos países, como en Austria el Código civil de 1811, que se

¹ Se habla en la práctica de leyes “preconstitucionales” que conceptualmente no es correcto, debido a que por el cambio revolucionario de una constitución termina también la vigencia de las leyes ordinarias que hayan existido con base en la misma constitución, y la nueva instituye, en su caso, tales leyes de nuevo —aún cuando con el mismo contenido— para su vigencia en la nueva era constitucional.

remonta en la génesis de su creación y en su pensamiento a la época anterior a la Revolución francesa y descansa en las ideas jus naturalistas de la ilustración; el Código de Procedimientos civiles de 1895 y el Código de comercio de origen alemán de 1897 que fue introducido en Austria durante su ocupación nacional socialista, con efectos a partir del primero de marzo de 1939, por medio del tercer y cuarto Reglamento para la introducción de disposiciones mercantiles en Austria, para cuyo objeto se abrogó en el artículo 13 del último Reglamento el anterior Código de comercio austriaco del año 1862, que, sin embargo, no se restableció en la Austria liberada de 1945, en la cual se instituyó el mencionado Código de comercio alemán del año 1897 como ley austriaca (artículo 2 de la Ley constitucional del primero de mayo de 1945 sobre el renacimiento de la vida jurídica en Austria), y en Alemania el Código civil de 1896, el Código de comercio de 1897 y el Código de Procedimientos Civiles de 1877.

Sin perjuicio de la importancia de las muchas leyes modernas existentes en estos días, se toma como hecho innegable que el fundamento del derecho privado vigente se cimentó en el siglo pasado por medio de los grandes códigos. Una vista comparativa al orden jurídico mexicano nos convence que en el vacío de obras legislativas “preconstitucionales” subsistentes, nuestro Código de comercio tiene el carácter solitario ya referido.

1. *El Código de comercio según su técnica, método y política del derecho*²

A. *La técnica*

“... Se entienden horas hábiles las que median desde la salida hasta la puesta del sol.”

² “La política del Derecho es el conjunto de las tendencias políticas y socio-económicas manifestadas en el contenido de una ley.

El método de legislador se muestra en los medios aplicados por él en la formación de su política o de cualquier otro contenido normativo.

La técnica legislativa consistente en la forma de los medios metodológicos del legislador.

Así, se traza desde la política del legislador a través del método hasta la técnica, una línea que conduce desde el fondo o núcleo legal, es decir, de su parte más intrínseca, a su extrínseca o, con otras palabras, se parte del objeto y se llega a la forma”, como definimos en nuestra obra formada en coautoría con González Quintanilla, intitulada “Los métodos de la jurisprudencia y de la legislación” en la parte sobre “El arte de crear las leyes”, introducción, apartado 1, sobre la sistematización de los conceptos.

Así se dijo en el artículo 1064 del Código de comercio hasta su reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación, del 4 de enero de 1989.

Esta forma de expresión legal debe ser considerada a la luz del carácter determinante del lenguaje legal.³

Como Kirchhof recuerda, el lenguaje legal se desprendió del lenguaje general y se movió durante tiempo considerable en los carriles descriptivos y figurativos del último. Este modo se refleja característicamente en la parte legal citada. Está claro que esta forma lingüística no es conveniente para la meta principal de la precisión legal, como nos muestra el texto reformado y moderno del mismo artículo.

Con dicha meta tampoco se cumple, por ejemplo, en el artículo 1054 del Código de comercio, como exponemos, a lo siguiente:

En el artículo 1054 se dice actualmente: "... se aplicará la ley de procedimiento local respectiva." En lugar de este texto, nos parece más preciso: "... respectiva y vigente en el tiempo de su aplicación". Esta versión propuesta, corresponde con mayor precisión al criterio de la Suprema Corte expresado en su resolución del 13 de octubre de 1952, A. D. 7968/1949, Tercera Sala, *Suplemento* 1956, página 315, mayo Act. I Civil, tesis 1530, según el cual, la remisión al código procesal local se entenderá a su texto vigente en el momento de su aplicación y no en el tiempo existente a la creación del Código de comercio (remisión dinámica, a diferencia de la estática).

El carácter determinante no es solamente necesario para el contenido de las disposiciones en sí, sino también en cuanto a la coincidencia de los términos aplicados en varios lugares de la ley (coincidencia en interrelaciones). En cada uno de los mismos se requiere la aplicación de términos idénticos para la definición segura y clara de conceptos que, en su contenido, son o deben ser iguales. Como ejemplos de falta de coincidencia en interrelaciones, nos referimos a la Ley de invenciones y marcas (*D. O.* 10 de febrero de 1976), donde se aplica, para la determinación del inicio del plazo de vigencia de los siguientes derechos de la propiedad industrial, una variedad de términos:

"... a partir de la fecha de expedición..." (artículo 40, acerca de patentes).

"... a partir de la fecha de su otorgamiento..." (artículo 67, certificados de invención).

³ *Op. cit.*, nota 2, capítulo sobre la técnica legislativa, apartado 1.

“... a partir de la fecha del registro...” (artículo 81, dibujos y modelos industriales).

“... a partir de la fecha legal...” (artículo 112, marcas).

De lo anterior es visible que en la redacción del Código aún no se sintió el ritmo moderno del carácter determinante del lenguaje legal o, con otras palabras, su precisión. La última falta también en el uso del término “rescisión” en el artículo 308 del Código de comercio, que en esta disposición debería sustituirse correctamente por “terminación”, debido a que la primera expresión incluye efectos *ex tunc* y descansa en causales posteriores a la contratación, por ejemplo el incumplimiento⁴ y la segunda parte de causales del mismo tipo, pero con efectos *ex nunc*.

La estructuración de los artículos legales

Esta estructuración está relacionada con el postulado de la sistematización del texto legal; se limita, sin embargo, a la formación de artículos legales mismos y no se extiende a distancias mayores dentro del orden jurídico. La sistematización relativa a dichas distancias ya corresponde a razones metodológicas y será objeto de nuestras exposiciones al método legislativo.

Respecto a la estructuración referida, el legislador tomará en cuenta que el contenido del mismo artículo legal tenga un contenido jurídicamente homogéneo y que aquél de sus subdivisiones, como fracciones, incisos, párrafos o frases, quedará sin exceso bajo el “techo común” de esta homogeneidad y que la subdivisión se efectúe únicamente con el objeto de obtener cierta especificación o diferenciación dentro de dicha homogeneidad.

Para acercarnos a lo anterior consideramos el texto del artículo 116 de la Ley de sociedades mercantiles, como sigue:

El artículo 116 mencionado se encuentra dentro de la ley referida, en la segunda sección, relativa a las acciones. Así, su texto legal comienza correctamente con la definición del concepto de las acciones liberadas. Sin embargo, en la continuación del mismo se llega al concepto del aumento nominal del capital social y sus modalidades, concepto éste que jurídica o institucionalmente ya no coincide con aquel de las acciones. No corresponde al principio de la sistematiza-

⁴ Vea la reforma del art. 17 Cod. civ., D. F., su reforma *D. O.* de 27 de diciembre de 1983 y la resolución de la Suprema Corte de 7 de marzo de 1956, mayo, Civil, tesis 1267, la obra citada en la nota 2, ap. 8 sobre la interpretación correctiva en el capítulo sobre la evaluación de los modos de interpretación judicial.

ción del texto legal, que en el mismo artículo 116 se dispone sobre dos instituciones distintas. Este modo de legislar conduce a que “por palabras aisladas o referencias indirectas que se hagan en otras disposiciones legales”,⁵ se tienda a reglamentar instituciones legales, por ejemplo, el aumento nominal de capital social, afuera de un lugar sistemáticamente justificado. Inconvenientemente llega el legislador en estos carriles al método de referencias narrativas, en lugar del método preferible que es el institucional.⁶ El método narrativo consiste en que se aglutinan elementos formados y vistos desde criterios distintos de los jurídicos —en los casos de los artículos 116 y 21 reformados se trata de criterios de los economistas—, hasta que se llegue a un hilo ya no homogéneo desde un punto de vista normativo o jurídico institucional. En las partes reformadas de los artículos 21 y 116 de la Ley de sociedades mercantiles, se fija el legislador en el movimiento *económico* de las operaciones de capitalización de reservas y de aquéllas que pertenecen al aumento nominal de capital social, sin que se haya conceptuado tal aumento como propia institución legal *dentro de la cual* se deberían proveer estos caminos u operaciones económicas.

Una heterogeneidad normativa dentro del mismo artículo legal, existe en el artículo 326 del Código federal de procedimientos civiles. Esta disposición se encuentra correctamente en el capítulo sobre la *demanda* y se refiere al *contenido de la demanda* que se entable contra una persona moral, disponiendo que en tal caso, la demandada sea dicha persona moral, no obstante que la representación de la misma “corresponda por disposición de la ley o de sus reglamentos o estatutos a un consejo, junta o grupo director”. Sin embargo, continúa dicho artículo con un tema distinto del contenido de la demanda, es decir, sobre el *emplazamiento* de una persona moral como demandada, disponiendo que “*cualquiera* de los miembros del consejo, junta o grupo director” podrá ser emplazado válidamente en forma individual. A través de la última norma se establece para la *representación pasiva* la suficiencia de la representación *individual*,

⁵ Resolución de la Suprema Corte, 3a. Sala, *Apéndice de Jurisprudencia 1975*, cuarta parte, p. 157, mayo, actualización IV Civil, Tesis 395, donde se distingue entre este método de legislar por referencias y el otro crear directa y abiertamente instituciones.

⁶ Frisch Philipp, *La sociedad anónima mexicana*, texto para la tercera edición, apartado 10 de las Fuentes legales primarias de la sociedad anónima, se refiere a estos métodos y que en los artículos 21 último párrafo y 116 LSM, el legislador de la reforma (D. O., 23 de enero de 1981) quiso instituir “por referencias de paso” el aumento nominal de capital social.

a pesar de que, respecto de la misma persona moral se requiera la forma *conjunta* para los fines de la representación *activa*. Esto es en su fondo, un contenido normativo útil y de nivel moderno; pero, en su ubicación, mal puesto, debido a que su tema es el emplazamiento y no el contenido de una demanda, con lo cual tal precepto no tiene lugar correcto en el artículo 326, sino dentro del capítulo siguiente intitulado “Emplazamiento”. En este caso, el legislador no se sometió a la sistematización necesaria, sino pensó —como el autor de un libro de materia procesal o el docente en una clase de la misma materia—, en la figura de la persona moral y en la de su órgano colegiado de representación como punto de partida y conectó tales figuras con los temas procesales de contenido de demanda y de emplazamiento. Estas asociaciones de ideas, son, incompatibles con la sistematización trazada por el mismo legislador que formó un capítulo sobre la “demanda” y otro sobre el “emplazamiento”.

Él debía someterse —en la formación del texto de cada uno de los artículos pertenecientes a uno o el otro de los dos Capítulos— a sus propias barreras de sistematización. No fue justificado, según la técnica legislativa, de haber creado un contenido tan heterogéneo dentro del mismo artículo 326 comentado.

Debemos atribuir a los creadores del Código de comercio una mayor capacidad en cuanto al cumplimiento con el requisito técnico mencionado en comparación con las dos leyes de nuestro siglo, cuyas disposiciones aplicamos como ejemplos de falta de debida estructuración de los artículos legales, debido a que en el Código no encontramos insuficiencias de este tipo.

Por la otra parte, todas las disposiciones sobre la sociedad anónima se encuentran en un solo capítulo sin subdivisión alguna, que es insostenible según la técnica moderna y que nos muestra al legislador del siglo pasado como “tranquilo narrador”.

El carácter abierto del lenguaje legal

Seguimos los postulados de Kirchhoff, según los cuales, el lenguaje legal, aparte de su carácter determinante, debe tener aquel de ser abierto. Dentro del margen de esta apertura legal, compete a los jueces encontrar la correcta interpretación y aplicación del sentido legal.

No puede existir tal margen en los campos legales, en los cuales se dispone en favor de los particulares una interpretación *gramatical*, por ejemplo, artículo 5º del Código fiscal de la Federación: “Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las

que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones son de aplicación estricta”; y artículo 14 constitucional: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.” El requisito de interpretación gramatical exige, en estos casos, que el texto legal sea tan sustanciado que para la interpretación por la autoridad estatal que aplique la ley, no quede un margen de libertad de una interpretación que no sea cubierta por el texto legal mismo, debido a que, de lo contrario, el principio de interpretación estricta perdería a través de tales leyes, prácticamente la esencia de su finalidad.

Esta relación funcional entre el principio de la legalidad impuesto al Poder Judicial y la obligación del legislador de sustanciar suficientemente el contenido legal, se expone claramente en la resolución de la Suprema Corte de 18 de marzo de 1957, revisión 1200/1955, Tercera Sala. *Informe 1957*, p. 18, mayo civil, tesis 1144, como sigue:

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY QUE EN MATERIA CIVIL FACULTE A JUECES A SENTENCIAR CONFORME A SU LEAL SABER Y ENTENDER. Resulta contrario a la Constitución el ordenamiento que en materia civil faculte a los jueces a resolver conforme a su leal saber y entender, pues no es esto lo que autoriza el artículo 14 de nuestro código político, sino que los jueces resuelvan conforme a la ley y a su interpretación jurídica y a falta de ella a los principios generales del derecho, en la inteligencia de que sí existen en nuestro país legislaciones como la del Distrito y territorios federales que en tratándose de la justicia de paz facultan al juzgador a usar su leal saber y entender, esto es sólo para la apreciación de las pruebas, más nunca para sentenciar, ya que, como se tiene dicho, la sentencia, por virtud del mandato imperativo contenido en el invocado artículo 14, forzosamente tiene que estar apoyada en la ley y sólo que ésta falte, en los principios generales del derecho.

No existió motivo alguno en la creación del Código de comercio para que se hubiera evitado el margen de apertura del texto legal antes referido debido a que en la materia del Código no existe limitación a la interpretación gramatical. A esta situación corresponde la parte final del artículo 75 y su fracción XXIV. Ésta admite en la determinación de actos de comercio “cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código” y según dicha

parte final “en caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial”.

No se puede, por lo anterior, criticar una falta de apertura suficiente en el texto legal.

Por lo que se refiere, a la *diligencia necesaria* en la elaboración del texto legal, no se aplicó siempre aquella en el grado —por lo menos en nuestros días— exigible. Así no se estableció algo respecto a la incompatibilidad personal entre los miembros del consejo de administración y los comisarios de la sociedad anónima, no obstante que la exclusión de tal identidad entre vigilante y vigilado es una de las bases en el pensamiento corporativo.

Existe una incongruencia entre la definición más amplia de la Comisión en el artículo 273 (“actos concretos de comercio”) y la prohibición de la autoentrada (artículo 299) que se limita a compras y ventas y en esta forma no corresponde a los objetos amplios de las actividades comerciales admitidas en el primer artículo en cuanto al objeto de la comisión.

En los viejos códigos de comercio se manifestó la meta de sus creadores consistente en la concentración de toda la materia mercantil en estas grandes obras para haber obtenido así el efecto de unificación y de orden en lugar de dispersión y desorden anteriores a las codificaciones que tuvieron que acabar con aquellos. Esta meta se realizó en gran medida en nuestro Código de comercio que contuvo prácticamente todos los sectores pertenecientes en la época de su creación a la materia mercantil de las cuales muchos encuentran en nuestros días su lugar en leyes complementarias afuera del Código de comercio que así posteriormente sufrió un considerable recorte de su contenido con motivo de derogaciones voluminosas. Esto fue inevitable por la modernización de una parte de los sectores mencionados, que surte efectos no solamente cualitativos sino también cuantitativos, de modo que la nueva masa normativa desbordó de los cauces anteriores.

Dentro de este fenómeno general e internacionalmente conocido y realizado, podemos observar distinciones de grado. La amplitud de nuestro Código tuvo como reacción una muy incisiva reducción en comparación con los Códigos de comercio en Austria y Alemania.

En Alemania se conservó todo el contenido de su Código de comercio que desde el principio no fue tan amplio como aquel en México, con excepción de los artículos 178 a 334 en los cuales se habían reglamentado las sociedades por acciones. Estas sociedades

obtuvieron en el año 1937 su propio ordenamiento en la ley complementaria y especial del mismo año.

En Austria se introdujeron durante la ocupación nacionalista el Código de comercio alemán ya reducido y la ley mencionada de 1937. Además se redujo aún más, ya que no se incluyeron en Austria la sexta y séptima partes del primer libro del Código alemán sobre los expedientes y los intermediarios en el comercio (artículos 59-92), en cuyo lugar quedaron subsistentes, durante la ocupación, las leyes austriacas sobre los empleados (*D. O.* austriaco número 292, de 1921) y los intermediarios (*D. O.* número 438 de 1921), como resultó del artículo 1 del cuarto Reglamento para la introducción de disposiciones mercantiles en Austria.

Una distinción característica entre México y los dos países mencionados consiste en que nuestro Código de comercio contiene el juicio mercantil, en tanto que en Austria y Alemania no existe un juicio especial sobre este tipo, pero sí autoridades judiciales mercantiles que, sin embargo, aplican los códigos de procedimientos civiles vigentes en forma federal en cada uno de estos países (en Alemania el de 1877 y en Austria el de 1985) para asuntos civiles y mercantiles. Se hace esta división en las autoridades judiciales dada la mejora cuantitativa y cualitativa que se obtiene por una especialización jurisdiccional.

B. *El método*

La sistematización del contenido legal

Con el concepto de esta sistematización nos referimos a la ubicación de las disposiciones legales dentro del orden jurídico en el lugar justificado,⁷ según el contenido y el rango de tales disposiciones. Esto no es solamente un postulado del buen orden, sino sirve para que se evite la inconstitucionalidad, para que las disposiciones legales tengan un radio de acción correcto y que el usuario de las leyes encuentre la norma buscada en el lugar donde debe estar.

Por lo que se refiere a cuestiones constitucionales, en este aspecto se trata del principio que normas con rango de constitucionales no deberán encontrarse en leyes ordinarias. Como ejemplos ofrecemos a continuación las siguientes situaciones legales:

⁷ La sistematización que se observe dentro del mismo artículo legal fue objeto de las exposiciones contenidas en la técnica legislativa (la estructuración de los artículos legales).

No es constitucionalmente admisible que el legislador ordinario conceda al Poder Ejecutivo facultades para legislar (artículo 49 de la Constitución federal en su interpretación de la Suprema Corte del 4 de abril de 1967, A. R. 20/65, Pleno. *Informe 1967* p. 208, mayo actualización civil II, tesis 369). Nacieron, sin embargo, en esta forma de delegación inconstitucional de facultades legislativas, varios Códigos, como el Código civil para el Distrito Federal y la Ley general de sociedades mercantiles que, por la otra parte, obtuvieron convalidación por sus reformas posteriormente efectuadas por el legislador constitucionalmente legitimado mismo en forma directa.⁸ Esta delegación para legislar solamente hubiera sido admisible en el nivel constitucional de modo que su ubicación en los Decretos del Congreso federal del 7 de enero; de 6 de diciembre de 1926 y de 3 de enero de 1928 (respecto al Código civil para el D. F.) y de 28 de diciembre de 1933 (respecto de la Ley general de sociedades mercantiles) es sistemáticamente incorrecta.

En cuanto a la falta de sistematización dentro del cuerpo de la misma ley, nos referimos al artículo 567 del Código federal de procedimientos civiles que dispone:

“No se considerará válida la cláusula o convenio de elección de foro, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas.”

Esta norma tiene un contenido valioso y moderno dado que, por una parte, pertenece al concepto mayor de la competencia internacional relevante para la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, introducido por la reforma publicada en el *Diario Oficial* de 12 de enero de 1988, en el orden jurídico mexicano y, por la otra, se expresa así en forma positiva un criterio ya deliberado en la doctrina y en la práctica judicial de otros países.

Sin embargo, desde el punto de vista de la sistematización legal, la ubicación exclusiva en el citado artículo 567 no nos parece suficientemente adecuada para que se obtengan en forma completa y directamente aplicable por interpretación gramatical de dicho Código, la ventaja y el progreso de esta disposición, por el siguiente motivo:

El artículo legal comentado se encuentra dentro del libro cuarto “De la cooperación procesal Internacional”, capítulo V “Competencia en materia de ejecución de sentencias”, y está directamente rela-

⁸ Frisch Philipp, *La sociedad anónima mexicana*, “Introducción. Fuentes legales primarias”, apartado 4.

cionado con la tercera fracción del artículo 571 sobre uno de los requisitos para la ejecución de sentencias extranjeras, es decir, la competencia del juez extranjero, cuya resolución deberá ser reconocida y ejecutada en México (capítulo VI “Ejecución de sentencias”). Según esta ubicación, no resulta fácilmente la aplicabilidad de esta norma al procedimiento de conocimiento por una autoridad judicial mexicana, es decir, a la fase desde el entablamiento de la demanda hasta el pronunciamiento de una resolución firme por dicha autoridad.

En el Código de Comercio se observa en lo general tal sistematización, que es considerable para una obra legislativa de esta época. Sólo a la luz y el nivel del derecho internacional privado moderno, la lectura de la fracción II del artículo 79 sobre los requisitos de forma de “contratos celebrados en país extranjero”, causa cierta extrañeza por la ubicación de una norma conflictual redondeada por disposiciones sustantivas.

La aplicación de criterios especializados no tuvo en la formación de los viejos códigos el lugar que se les atribuye en las leyes modernas. Comparemos para tal objeto solamente los artículos 449 a 544 del Código de comercio sobre letras de cambio, que no contienen norma conflictual alguna en la materia cambiaria, con los artículos 91 a 98 de la Ley uniforme de Ginebra sobre la letra de cambio, artículos éstos en los cuales se encuentra una reglamentación completa del derecho cambiario internacional.

Respecto a los métodos legislativos

Se habla de cierto método legislativo si en las leyes creadas por el legislador que aplique tal método, se destacan constante y característicamente determinados rasgos en el modo de crear el contenido legal, hasta el grado de que se forme así una corriente reconocida como tal, respecto al modo correspondiente.

Distinguimos entre los siguientes métodos cuyas características relacionamos con el Código de comercio para constatar su posición metodológica.

Los métodos de substanciación del contenido por una parte y del solo esbozo del marco, por la otra

De los dos métodos mencionados, el primero tiende a crear normas que en forma completa y detallada reglamenten el objeto de la

ley respectiva, mientras que el segundo se contenta con el establecimiento de un pequeño número de normas que esbozan sólo los contornos de la institución legal y que dejan así grandes partes de la misma sin reglamentación. Un campo adecuado para la comparación entre estos dos métodos se presenta en la materia de fusión y transformación de sociedades mercantiles. La exposición de motivos de la Ley general de sociedades mercantiles dice: “respecto a la fusión y a la transformación de sociedades, la ley se limita a formular un pequeño número de disposiciones”. Siguiendo tal intención, esta ley contiene cinco artículos sobre la fusión y dos sobre la transformación, sin que haya reglamentado la combinación entre fusión y transformación, ni la transmisión del patrimonio de la sociedad anónima. No se encuentra, por ende, en dicha ley, una reglamentación sustanciada en su contenido, que se ocupe en forma sistematizada de los detalles de fusión y transformación y se contentó el legislador con el esbozo de un solo marco.

Otro ejemplo nos muestra al respecto la institución legal de la modificación del capital social.

La exposición de motivos de la ley multimencionada dice al respecto: “La Ley se ocupa detalladamente, llenando así una laguna del Código de comercio, de los aumentos de capital, que en muchas ocasiones pueden significar un efectivo menoscabo para los derechos de los socios primitivos y un procedimiento para engañar a los terceros.”

No encontramos en la Ley general de sociedades mercantiles una reglamentación que corresponda en su contenido al objeto antes mencionado de protección necesaria de los accionistas iniciales contra el aumento de capital social. La intención del legislador quedó así sin cumplimiento. Sin embargo, es posible establecer una protección estableciendo el derecho de impugnación por parte de los accionistas contra la resolución de la asamblea general de emitir nuevas acciones por un valor de emisión innecesariamente bajo (falta de proporcionalidad entre el aumento de capital social y el aumento del patrimonio social, lo que conduce a la reducción del valor real de las acciones ya existentes).

Como otro ejemplo nos referimos al cierre del ejercicio social, dispuesto en la ley mencionada en forma muy abstracta y sucinta. Es preferible el método de substanciación del contenido por medio del cual es obtenible una reglamentación más elevada, moderna y multifacética de la materia legal. Sin embargo, la riqueza de normas que se obtenga así no debe consistir en un casuismo vacío de conceptos

legales, sino debe conducir a la flexibilidad y riqueza normativa que se exponen a continuación.

Claro está que el grado de elaboración del contenido normativo en el Código de comercio aún no corresponde a aquel de las leyes modernas. Pero, si no dirigimos nuestra mirada hacia la actualidad sino a los precursores del Código encontraremos que ha ocurrido un progreso muy considerable al respecto; por ejemplo, la reglamentación de la sociedad anónima. Aquella fue de nivel considerablemente inferior en el Código de comercio de 1884 y se mejoró en gran medida en la Ley de sociedades anónimas de 1888, como sucesora de tal Código en este campo corporativo. El Código de comercio de 1889 preservó fielmente el texto completo de dicha ley e incorporó su contenido, con lo cual se confirma la calidad de la última.

La flexibilidad de las reglamentaciones legales y su riqueza normativa

Comprendemos, por la flexibilidad referida, que los particulares están facultados para escoger entre diversas posibilidades concedidas por la ley, la más conveniente para formar la relación jurídica respectiva.

Esta flexibilidad puede tener su base en la existencia de normas dispositivas que permiten un amplio margen en favor de la autonomía de la voluntad de las partes, por una parte, y en otro motivo más que es analizado en las siguientes líneas:

Una ley que contiene, en principio, normas de tipo imperativo puede ofrecer a los particulares no sólo una posibilidad legal para formar su relación jurídica y que tenga cierto objeto, sino una pluralidad de esas mismas posibilidades. Cada una de tales vías tiene por sí misma un carácter imperativo, de manera que el particular no podrá modificarla, sin embargo, sí está facultado para optar entre ellas.

Así la ley, no obstante de su carácter imperativo, no es rígida sino rica en su contenido. Creemos que ese tipo de leyes es la más adecuada para estructurar las reglamentaciones legales modernas de la sociedad anónima, debido a que tienen el carácter de instrumentos que sirven para obtener soluciones múltiples en la vida económica que día a día es más dinámica, por una parte, y porque ofrecen un respaldo firme para encauzar las relaciones económicas de los particulares en carriles seguros, por la otra.

Sólo de esta manera, el legislador podrá superar la excesiva liberalidad de las antiguas reglamentaciones de la sociedad anónima, y

la rigidez de las reglamentaciones que contienen normas imperativas de *un solo carril*, y que no proporcionan a los particulares varias posibilidades de regular sus relaciones.

El texto actual del artículo 210 bis, fracción IV, de la LTOC sobre la prohibición general e inflexible de colocar obligaciones convertibles bajo de la par, y el artículo 134, LSM, sobre la prohibición muy amplia y no diferenciada en cuanto a la adquisición de las propias acciones por su emisora misma, y que no distingue al respecto entre acciones pagadas y las no pagadas —como sí lo hizo en forma meritoria el Código de comercio de 1889 en su artículo 184—, nos muestra la falta de flexibilidad y riqueza de normas, como lo mostraremos en las siguientes líneas en relación con el tema de obligaciones convertibles:

En el artículo 210 bis, LTOC, se dispone que obligaciones convertibles no se emitirán abajo de la par, para que el importe del crédito parcial que concede un obligacionista a la sociedad emisora de las obligaciones, corresponda de conformidad con el artículo 115, LSM, al valor de la aportación de las acciones que se emitieren después en lugar de las obligaciones convertidas. Dado que en la práctica una sociedad anónima, que tiende a emitir obligaciones ordinarias u obligaciones convertibles, se encuentra en la mayoría de los casos en una situación económica insuficientemente satisfactoria en comparación con sus necesidades o planes, la prohibición legal referida de la emisión de obligaciones convertibles abajo de la par obstaculiza las operaciones de la futura emisora, debido a que a través de la emisión de obligaciones convertibles emisibles abajo de la par la sociedad pueda financiarse con mayor facilidad y que, un vez, económicamente satisfecha por los créditos de los obligacionistas, podrá cumplirse sin dificultad con el otro requisito de la aportación no abajo de la par (artículo 115 LSM), que se observará posteriormente en la fase de la conversión de obligaciones en acciones. Con el objeto de proporcionar a las sociedades un instrumento más rico en tales situaciones, una disposición de tipo flexible, como el artículo 199 de la Ley alemana sobre sociedades por acciones, sí permite una emisión de obligaciones abajo de la par, requiere, sin embargo, por la otra parte, que en el momento de la conversión de obligaciones en acciones se obtenga el importe del valor nominal de las mismas superior, en su caso, al valor de emisión de obligaciones convertidas, por medio de la utilización de reservas voluntarias, no vinculadas en forma legal o estatutaria para la cobertura de pérdidas, o, como segunda posibilidad, a través de pagos complementarios que exhibirán los obliga-

cionistas en ocasión de la conversión, o que, como tercer medio de solución, que el monto total del crédito obtenido por la emisión de todas las obligaciones convertidas corresponda, por lo menos, al total del valor nominal de todas las acciones en las cuales se convirtieron tales obligaciones. Por medio de la última posibilidad se toma en cuenta que la misma emisión de obligaciones convertibles pueda realizarse en una fase, como en el inicio, más difícil que en otras y que para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 115 LSM sobre la prohibición de emisión de acciones abajo de la par, tiene solamente importancia el resultado general y final de la emisión respectiva de obligaciones.

La riqueza normativa existente en la regulación alemana comentada, surte sus efectos prácticos en favor del financiamiento más fácil, obtenible de sociedades anónimas cuya sobrevivencia económica se posibilita así, en grado mayor.

La preferencia de la flexibilidad y riqueza normativas en favor de la política del derecho es manifiesta.

Nuestro Código aún no ofrece reglamentaciones expresamente formadas con carácter multifacético. Esto lo muestra su artículo 299 sobre la rígida prohibición de la autoentrada del comisionista "sin consentimiento expreso del comitente".

Por la otra parte, en los artículos 400 a 405 del Código de comercio alemán vigente, se encuentra una reglamentación del mismo tema de la autoentrada, por medio de la cual se protege, por una parte, al comitente contra los peligros que se originen de dicha autoentrada, y, por la otra, no se excluye tan rígido la misma para aprovechar de efectos posiblemente positivos que resulten de tal actuación del comisionista, en favor del comitente.

Para obtener esta calidad legislativa se necesita no solamente la capacidad jurídica de encontrar, formar y dominar el contenido normativo, sino también suficiente experiencia relativa a las situaciones fácticas que puedan presentarse en la materia que sea objeto de la legislación. Sólo así se puede presentar una obra legislativa cuyo nivel y riqueza jurídicos satisfagan las necesidades reales. Estos supuestos aún no se ofrecieron en la década de los ochenta en nuestro país.

Las normas imperativas y las dispositivas

Existen sectores legales respecto a los cuales se manifiesta la preferencia de normas imperativas frente a las dispositivas. Pero no

tiene carácter absoluto, es decir, en cuanto a todos los sectores legales, sino depende de las circunstancias relevantes para el funcionamiento satisfactorio en cierto sector del orden jurídico. Si se trata de reglamentaciones de contratos, especialmente de mercantiles, las normas dispositivas tienen mayor justificación. Pero son absolutamente inconvenientes y anticuadas las lagunas que se originan por la inexistencia de reglamentación alguna, por ejemplo en el derecho internacional privado. La necesidad de normas imperativas se muestra especialmente en los ordenamientos modernos sobre la sociedad anónima, necesidad ésta que no fue satisfecha en las legislaciones anteriores en esta materia sino hasta la actualidad, como expondremos a continuación:

El carácter dispositivo de reglamentaciones legales puede resultar de las dos siguientes premisas: del contenido de las normas mismas que contengan autorizaciones en favor de los particulares y de la falta de reglamentaciones completas, de modo que en los dos casos la autonomía de la voluntad de las partes podrá desarrollarse en cierto ámbito sin que se les opongan normas jurídicas.

La exposición de motivos de la Ley general de sociedades mercantiles dice respecto a la sociedad anónima: “. . . se ha optado por conservar en lo básico la estructuración *rigida* que da a la anónima el Código de Comercio. . . Esto es absolutamente conveniente dado el rápido y simplificado cambio de accionistas que deberán ser protegidos por normas imperativas”.

Como ejemplo de las pocas normas de contenido dispositivo, nos referimos al artículo 192 LSM, que permite que los estatutos de la sociedad anónima prescriban la forma necesaria del poder que otorgue al accionista para su representación en la asamblea de accionistas. Ya esta norma nos muestra el riesgo que puede surgir del carácter dispositivo de normas legales. Así, pueden los estatutos fijar requisitos de forma del poder tan rigurosos, por ejemplo, escritura notarial, o tan insuficientes que perjudique el interés del accionista de mandar un representante a la asamblea, o a aquél de la sociedad anónima consistente en que exista seguridad suficiente respecto a la autenticidad del poder del representante en la asamblea.

Como otro ejemplo del mismo tipo, mencionaremos el artículo 186 LSM, que permite que los estatutos fijen un plazo inferior a quince días que deben transcurrir entre la convocatoria y la fecha de la asamblea respectiva, así la ley permite normas estatutarias muy perjudiciales a los intereses de los accionistas. Del mismo género es la norma contenida en el artículo 186 LSM, según la cual la sociedad

podrá publicar la convocatoria de la asamblea general “en uno de los periódicos de mayor circulación de dicho domicilio” de la sociedad, posibilidad ésta que es considerada por sí misma como suficiente, en forma alternativa por este artículo, dado que la publicación en el *Periódico Oficial* se dispone sólo en tal forma. Así, los sujetos que efectúen una convocatoria podrán hacer uso de la primera posibilidad, sin que, empero, los artículos 91 y 6 de la misma ley dispongan, como elemento necesario de los estatutos, la determinación de los órganos en los cuales se harán las publicaciones de la sociedad anónima. El perjuicio causado por tal situación legal consiste en que los accionistas deben leer diariamente todos los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio y el periódico oficial respectivo, para que se informen de las posibles convocatorias. Esto es una laguna más que dolorosa en perjuicio de los intereses de los accionistas.

Por lo que se refiere a la otra de las dos premisas antes señaladas para la existencia de la autonomía de la libertad de la voluntad de las partes, es decir, la falta de reglamentaciones completas, la Ley general de sociedades mercantiles carece en ciertos ámbitos de reglamentación alguna, por ejemplo, respecto a la agrupación de empresas. Los efectos perjudiciales que podrían originarse por los pactos que se celebren entre los propietarios de empresas agrupadas con base en la libertad creada por falta de normas legales, son muy conocidos: perjuicios a los acreedores de la empresa subordinada por la agrupación, a los accionistas minoritarios opuestos a la agrupación y a la empresa subordinada misma, que puede ser afectada en su subsistencia posterior al término de la relación de agrupación.

Una reglamentación legal moderna sobre la sociedad anónima debe, por ende, descansar en normas imperativas en cuanto sean necesarias para fines protectores, en favor de acreedores, de accionistas o de intereses empresariales, que en muchas ocasiones sirven para el interés general de la economía nacional respectiva.

Las normas legales sobre la sociedad anónima deben tener carácter imperativo para que se logre un funcionamiento corporativo sobre firmes carriles en favor de los accionistas, cuyos ingresos y egresos son rápidos y frecuentes en el caso de este tipo societario. Sin perjuicio del gran avance que la reglamentación sobre la sociedad anónima tuvo en el Código de comercio, en comparación con sus precursores, hay todavía algunas disposiciones en el mismo que tienen un carácter marcadamente dispositivo, por ejemplo, el artículo 189 señala que solamente “a falta de disposición contraria de los estatutos” concede al Consejo de Administración “las más amplias facultades” de admi-