

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS *

*Por Julio Derbez Muro, del Ins-
tituto de Derecho Comparado de
México.*

SUMARIO

1.—Introducción. 2.—Lineamientos del sistema mexicano. 3.—Situaciones especiales para determinadas sociedades en razón de su objeto. 4.—Crítica del sistema. 5.—Modificaciones al sistema de la Ley General de Sociedades Mercantiles, introducidas por otras normas jurídicas. Intervención de la Secretaría de Relaciones Exteriores. 6.—Conclusiones.

1. El tema que nos ocupa se encuentra tan íntimamente ligado a determinados problemas, que resulta imposible pretender enfocarlo siquiera sin tener en cuenta los lineamientos generales de uno de ellos, siempre presente, respecto a cuál es la postura que debe adoptar el Estado frente a la sociedad anónima; si resulta indudable que el Derecho moderno sobre sociedades anónimas está fincado en la consideración de que éstas se constituyen no sólo como un negocio de Derecho privado, sino también como un organismo social,¹ es evidente que las normas sobre el control de la constitución de la sociedad anónima y la regulación imperativa que se dicte en esta materia, deben tener en cuenta más que la satisfacción de los intereses privados, la de los terceros que han de contratar con la persona jurídica por nacer, incluyendo entre ellos, claro está, a los trabajadores que van a prestarle sus servicios y también la de los accionistas,

SECCIÓN III: A.—*Derecho mercantil.* 2) Control de la constitución de las sociedades americanas.

1 BARRERA GRAF, Jorge, *La sociedad anónima: Evolución y algunos problemas en derecho mexicano*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México". núm. 40.

en cuanto son parte del público llamado a invertir en la empresa explotada por la sociedad.

Aunque fuera sólo por razones históricas, es conveniente recordar los sistemas, abandonados ya por la doctrina y por la legislación de todos los países, que corresponden a soluciones igualmente abandonadas, de cuál deba ser la intervención del Estado en la vida económica de los particulares. El primero de ellos, nos referimos al sistema de la concesión, implantado en la primera época de las sociedades anónimas y que todavía se manifiesta en el Código de Napoleón, resulta definitivamente superado, como resulta igualmente abandonado el Estado absolutista; el segundo de ellos, que corresponde a un sistema liberal absoluto, ha sido también plenamente superado, por razones que son del todo conocidas, y que permitieron grandes abusos en perjuicio de los accionistas minoritarios y de los acreedores de la sociedad.

Es hasta ya iniciada la segunda mitad del siglo pasado, cuando se implanta el sistema de la normación imperativa para señalar los principios de interés público, no derogables por las partes, conforme a los cuales debe ceñirse la constitución de la sociedad. Poco después se dio intervención a un órgano del Estado, generalmente el Poder Judicial, para la constatación del cumplimiento de las normas legales; en este sistema se declara libre la adopción de la sociedad anónima y el Estado se limita a examinar, generalmente por medio de las autoridades judiciales, si se han cumplido aquellos preceptos legales que se refieren a la protección de los accionistas o de los acreedores de la compañía, cumplidos los cuales la sociedad tiene el derecho a su inscripción.² En este sistema la intervención del Estado produce la homologación del acto, es decir, hay una constatación de legalidad sustancial y formal, con exclusión de toda investigación de mérito, esto es, de oportunidad o conveniencia de la constitución de la sociedad.³

Dada la índole de esta comunicación, habremos de exponer los lineamientos de la legislación en México de esta materia, los problemas que en torno de ella presentan, y la posible solución que apuntamos para ellos.

2. A fin de no extendernos demasiado en la parte histórica, limitémonos a señalar que en el Código de Comercio en vigor, promulgado el año

2 HEINSHEIMER, Karl, *Derecho Mercantil*, Barcelona, 1933, p. 125.

3 ASCARELLI, Tullio, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, Buenos Aires, 1947, p. 43; DE GREGORIO, Alfredo, *De las sociedades y de las asociaciones comerciales*, en la obra dirigida por Bolaffio, Rocco y Vivante, Buenos Aires, 1950, 6, núm. 77.

de 1889, se estableció en esta materia un sistema de normación imperativa, es decir, en 63 artículos se señalaban los principios referentes a la sociedad anónima, ordenándose la inscripción de la escritura en el Registro Público de Comercio, pero sin dar ninguna intervención a algún órgano del Estado, para constatar el cumplimiento que se hubiere dado a las disposiciones legales, salvo limitadas facultades otorgadas al registrador para constatar el cumplimiento de los requisitos formales.

En el año de 1934 se promulgó la Ley General de Sociedades Mercantiles, que derogó las disposiciones del Código de Comercio en esta materia. En este ordenamiento, si bien se sigue el principio de la normación imperativa, existe una mayor intervención de parte del Estado para calificar la legalidad de la constitución de la sociedad, lo que ha hecho que el sistema sea calificado de ecléctico.⁴ En los términos de la ley, la constitución de toda sociedad mercantil, exceptuando las cooperativas, requiere siempre escritura pública y la inscripción de la misma en el Registro Público del domicilio de la sociedad. Para obtener la inscripción es necesaria una orden judicial que puede tramitarse, bien sea ante un juez de primera instancia (juez del orden común) o un juez de distrito (juez del orden federal); el juez, antes de resolver si ordena o niega la inscripción, debe dar vista al Ministerio Público, y en una audiencia en que se reciben las pruebas de las partes dictará la resolución en que se ordene o niegue el registro solicitado.

Aun cuando la ley habla de una audiencia de pruebas y de dar vista al Ministerio Público, de lo que podría resultar un procedimiento contencioso, la práctica mexicana se ha orientado unánimemente a considerar este procedimiento como de jurisdicción voluntaria. Resulta así gran semejanza del sistema mexicano con el sistema italiano implantado aún antes del Código Civil de 1942, y que difiere del sistema seguido en España en donde principalmente se dan facultades al registrador⁵ y no a la autoridad judicial, para declarar la procedencia de la inscripción.

Las sociedades cooperativas están excluidas de este sistema, porque si bien la Ley General de Sociedades Mercantiles las enuncia, su regulación está hecha en una ley posterior, la General de Sociedades Cooperativas, promulgada en el año de 1938; conforme a esta ley, las sociedades cooperativas no están sujetas al requisito de escritura pública, ni sus estatutos están sujetos a la aprobación del Poder Judicial para su inscripción

4 MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho Mercantil*, México, 1959, núm. 460.

5 GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1942, I, pp. 62 y sig.

en el Registro Público de Comercio, pero en cambio establece un requisito de autorización previa por la Secretaría de Industria y Comercio, que no sólo es de forma y de sustancia, sino también de oportunidad,⁶ obtenida la cual la sociedad debe inscribirse en un registro especial para este tipo de sociedades, que es el Registro Cooperativo Nacional.

3. Al sistema común señalado en el apartado anterior, se han introducido algunas excepciones en la legislación mexicana, cuando alguna sociedad se constituye para realizar un determinado tipo de actividad económica, que puede lesionar seriamente los intereses de la colectividad si no se toman determinadas precauciones. Como es claro, nos referimos a los bancos y demás instituciones de crédito, a las instituciones de seguros, a las instituciones de fianzas y a las sociedades de inversión; las instituciones que se constituyen para realizar este tipo de operaciones necesitan constituirse siempre bajo la forma de sociedad anónima, con excepción de las mutualistas de seguros. En estos casos la autorización que otorga el Estado Mexicano por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y que es precisamente una autorización y no una concesión, está precedida de la revisión y aprobación de la escritura constitutiva de la sociedad y, toda vez que esta autorización suple en exceso la intervención de la autoridad judicial, se ordena la inscripción de la escritura en el Registro Público de Comercio sin ningún otro trámite.

En este tipo de sociedades y dada la actividad tan delicada para los intereses públicos que realizan, la intervención del Estado se extiende, no sólo a la constitución de las mismas, sino a una vigilancia durante toda la vida de ellas por la propia Secretaría de Hacienda, bien directamente, bien a través de organismos especializados como la Comisión Nacional Bancaria o la Comisión Nacional de Seguros, que realizan una inspección permanente sobre este tipo de sociedades, para vigilar el debido cumplimiento de todas las normas a que están sujetas, entre las cuales están los principios comunes para todas las sociedades anónimas.

4. De lo que hemos señalado líneas arriba resulta, que aun cuando el legislador tuvo buen cuidado de distinguir los diferentes tipos de sociedades, desde la colectiva hasta la anónima, y de reglamentar éstas por principios adecuados a las distintas partes de cada una, en materia de control de la constitución de las sociedades señaló una solución única, puesto que a todas ellas les son aplicables los preceptos relativos al trámite judicial y a su inscripción en el Registro Público de Comercio. No

6 *Ley General de Sociedades Cooperativas*, Art. 18.

CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

137

puede, por lo tanto, pasarse por alto la crítica que merece esta solución, que da un tratamiento parejo a sociedades de tipo tan simplista, titulares de una empresa familiar como es la colectiva, y a sociedades como la anónima, adecuada para explotar grandes empresas y atraer grandes sumas de capital.

De la exposición de motivos de la Ley podría resultar la justificación de este sistema, en el sentido de que el legislador quiso someter a todas las sociedades a los trámites ya señalados para, sin abandonar el sistema de la normación imperativa y por medio de la homologación, hacer depender el nacimiento de la personalidad jurídica de la sociedad, de su inscripción en el Registro Público de Comercio, con lo que pretendió hacer desaparecer el difícil problema de las sociedades irregulares o de hecho. En efecto, en la exposición de motivos se indica lo siguiente:

“... Con esto no se abandona el régimen normativo, en cuanto que los órganos del Poder público no van a otorgar en cada caso una autorización discrecional para que una sociedad mercantil pueda constituirse, sino que su única función consistirá en comprobar que se han satisfecho las disposiciones legales taxativas. Atendiendo precisamente a esta circunstancia, la ley encomienda a las autoridades judiciales la facultad de ordenar el registro de las sociedades y regula un procedimiento para llevar a cabo la comprobación de los requisitos de que se viene hablando. Consecuencia natural de que en lo sucesivo el nacimiento de las sociedades estará precedido de la comprobación ante los órganos del Poder público de la legalidad de su constitución, es la de que no serán atacables las inscripciones del Registro ni por los socios ni por los terceros, por lo que, salvo el caso de excepción que en seguida se indica, no habrá ya lugar a juicios de nulidad de sociedades sino que, logrado el registro, sólo mediante la disolución y la liquidación llevadas a cabo en los términos y con las condiciones que sobre el particular se fijan, podrá extinguirse la personalidad jurídica de las mismas sociedades.”

Sin embargo, la pretendida justificación no existe; en efecto, el problema de las sociedades de hecho no desapareció con la implantación del sistema regulado en los términos señalados en la exposición de motivos, y a pesar de ello siguieron presentándose sociedades no inscritas, que aparecían en el mundo jurídico y que llevaban a cabo multitud de operaciones y a las que, sin embargo, se les pretendía desconocer la personalidad, con todas las perturbadoras consecuencias que esto implicaba. No es, desde luego, nuestra intención, desviarnos en lo más mínimo de las finalidades y los límites de este trabajo, para entrar en el difícil terreno de las sociedades irregulares. Baste por ahora señalar que en el año de

1943 se reformó el artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, para reconocer también personalidad jurídica a las sociedades irregulares, en determinadas condiciones.

Si lo que se pretendía era que la inscripción en el Registro Público de Comercio tuviera ciertos efectos sanatorios de los vicios que hubieran podido ocurrir en el negocio constitutivo de la sociedad, esto mismo hubiera podido conseguirse sin necesidad de sujetar a las sociedades de personas a los mismos procedimientos a que se sujeta la constitución de una sociedad de capitales; por ello opinamos que el sistema peca de exceso por lo que respecta a la constitución de las sociedades de personas y también peca de defecto por lo que respecta a la constitución de las sociedades de capitales. La primera opinión la hemos fundado ya, y pasemos ahora a señalar cómo en la práctica se ha sentido la insuficiencia del sistema establecido para el control de la constitución de las sociedades anónimas.

En primer término existen algunas disposiciones de la ley cuya observancia no puede conseguirse, por defectos propios del sistema. Hay sí, desde luego, la protección que resulta de la Ley de la Propiedad Industrial para el nombre comercial, pero como éste es el nombre de la negociación y puede no coincidir con el nombre de la sociedad, resulta insuficiente tal protección para evitar que en algún caso pudiera constituirse una nueva sociedad con el nombre de otra sociedad ya constituida. No quiere decir esto que la norma que prohíbe el empleo de denominaciones iguales carezca de sanción, pues es indudable que en la hipótesis en que nos hemos colocado, la sociedad que primeramente se hubiera constituido tendría acción para obligar a la segunda sociedad a que cambiara su denominación, aunque ésta hubiese procedido de buena fe, pero esta solución, única que no dudamos ofrece nuestro Derecho para el caso previsto, no deja de presentar molestias y problemas para ambas sociedades.

A pesar de la carencia de un registro federal no hay en la realidad, sin embargo, casos de duplicidad de denominaciones sociales por el insuficiente y rudimentario control⁷ que lleva la Secretaría de Relaciones Exteriores, y al que nos referiremos más adelante.

Por otra parte, algunos preceptos de la ley no tienen pareja aplicación, debido a que no hay unidad de criterio para su interpretación. Aun cuando la ley claramente distingue los conceptos de denominación y de

7 BARRERA GRAF, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil*, México, 1957, núm. 163.

razón social, y una interpretación íntegra de la ley necesariamente lleva a concluir que a la sociedad anónima le está prohibido constituirse bajo una razón social en México, como en otros países, se ha sentido cada vez más la tendencia a usar en los nombres de las sociedades anónimas el nombre de algunas personas físicas, generalmente el del principal accionista, con lo que se sigue una práctica ilegal y peligrosa y cuyos alcances no nos es posible analizar ahora.⁸ Existen igualmente algunas cláusulas estatutarias, por ejemplo las relativas al reparto de utilidades o las que se refieren a integración o continuación de las asambleas de accionistas, cuya validez resulta muy dudosa y señalan que tanto los Tribunales como el Ministerio Público, no ponen el debido celo en cuidar el cumplimiento de las normas imperativas de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

5. Posteriormente, con apoyo en otras disposiciones legales, algunas terminantes pero muy discutibles, el Poder Ejecutivo ha venido interviniendo en la constitución de todo tipo de sociedades mercantiles, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

La primera intervención tiene apoyo en el párrafo primero del artículo 27 Constitucional, que establece las condiciones y los lugares en que los extranjeros pueden adquirir el dominio directo de las tierras, pues les está prohibido adquirir el dominio directo en la llamada zona prohibida esto es, en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta a lo largo de las playas, lo que ha hecho que se acuda a otras figuras jurídicas, por ejemplo el fideicomiso, cuando los extranjeros desean usar o disfrutar de inmuebles, especialmente en determinadas regiones turísticas.⁹ La legislación reglamentaria de este precepto y la Ley de Nacionalidad y Naturalización, supeditan la constitución de cualquier tipo de sociedad al permiso que otorgue la Secretaría de Relaciones Exteriores, después de comprobar que en el caso se han satisfecho los requisitos que fija la misma Secretaría por lo que respecta a la participación de socios extranjeros, o prohibición de su admisión en la sociedad de que se trata.

Con posterioridad se ha presentado una más decidida intervención de la misma Secretaría de Relaciones, basada en un decreto de 29 de junio de 1944, que fue promulgado por el Poder Ejecutivo durante una época

8 MANTILLA MOLINA, Roberto, *ob. cit.*, núm. 462; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, México, 1947, I, p. 284.

9 Un detallado estudio del tema se puede encontrar en un artículo de Roberto MOLINA PASQUEL, *El fideicomiso de inmuebles en las zonas prohibidas en favor de extranjeros*, en *El Foro*, núm. 3, México, 1941, pp. 29 y sig.

en que había suspensión de garantías individuales, por encontrarse el país en estado de guerra. En el decreto se establece una intervención de la Secretaría de Relaciones en la constitución o modificación de cualquier sociedad mexicana que pueda tener socios extranjeros, debido principalmente a razones políticas y económicas, pues el criterio de nuestra legislación para otorgar la nacionalidad mexicana a las personas morales es en extremo formal, ya que basta que se constituyan conforme a la legislación del país y en él fijen su domicilio, para otorgarles la nacionalidad mexicana sin importar la nacionalidad de los socios. La vigencia del decreto es cuestión hoy en extremo debatida,¹⁰ no faltando argumentos en pro o en contra de la misma; pero lo cierto es que la Secretaría de Relaciones lo considera en pleno vigor y con base en enérgicas sanciones para los notarios, de legalidad muy discutible, ha conseguido una intervención absoluta en la constitución o modificación de cualquier sociedad que tenga o no socios extranjeros, que incluso abarca permisos para la adquisición de inmuebles y la predeterminación de los objetos sociales para los que se requiere que la mayoría del capital esté poseída por mexicanos.

6. Estimo pues que es necesario hacer una revisión del sistema tal y como actualmente se encuentra implantado. Toda vez que la autoridad judicial interviene para realizar una actividad que es más bien administrativa, puesto que se sigue un procedimiento de jurisdicción voluntaria,¹¹ actividad que sólo es judicial desde el punto de vista formal, creo sería conveniente reflexionar hasta qué punto no sería mejor volver los ojos a la realidad y encomendar el control de la constitución de las sociedades anónimas a un órgano del Poder Ejecutivo que sería, en nuestro país, la Secretaría de Industria y Comercio.

Nótese bien que en nuestra postura, la intervención del Ejecutivo tendría las mismas finalidades que la intervención que se da ahora al Poder Judicial, es decir, la autorización no sería de mérito, sólo serviría para examinar si se cumplen los requisitos de forma y de fondo, sin hacer referencia al requisito de oportunidad. Se trataría, no de una concesión ni de una autorización discrecional, sino de una autorización a la que las personas que pudieran fundar la sociedad tuvieran pleno derecho, al

¹⁰ Una completa exposición del problema véase en Carlos MINVIELLE M., *Intervención de la Secretaría de Relaciones Exteriores en las Sociedades Mercantiles*, Tesis profesional, México, 1960.

¹¹ ASCARELLI, Tullio, *loc. cit.*; DE GREGORIO, Alfredo, *loc. cit.*; MESSINEO, Francisco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1955, V, p. 386.

CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

141

comprobar que habían cumplido con los requisitos objetivos que se señalen.

El sistema tendría, a nuestro modo de ver, las siguientes ventajas:

1a. La intervención que tiene actualmente el Poder Ejecutivo dejaría de ser calificada en algunos casos de intervención de hecho, para ser siempre una intervención de derecho.

2a. El órgano del Ejecutivo no tendría que ejercer solamente vigilancia sobre un aspecto parcial del problema (participación de extranjeros en determinadas actividades), sino de su totalidad, o sea, el cumplimiento de la sociedad con todas las disposiciones de orden público que le son aplicables.

3a. Habría unidad de criterio en la interpretación de las normas de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

4a. Sería posible establecer un registro federal completo sobre sociedades mercantiles, sin perjuicio de que subsistiera el registro local en el Registro de Comercio.

Por último, y antes de señalar otra ventaja, es necesario que hagamos un paréntesis. Decíamos al principio de estas líneas que el problema que nos ocupa no puede desvincularse del problema general de cuál sea la actitud del Estado frente a las sociedades anónimas. Reconociendo las ventajas del sistema de normación imperativa, es necesario reconocer también sus defectos, en cuanto a una serie de normas de indudable interés público que infortunadamente no se cumplen, bien porque carecen de sanción, por ejemplo las relativas al depósito del balance, que deben hacer todas las sociedades anónimas en el Registro Público de Comercio, o bien porque la sanción que establecen es tardía y sólo se presenta en los momentos de crisis, como las que se refieren a los calificativos penales para la quiebra de las sociedades, o responsabilidades personales de los administradores, que son muchas veces insolventes. Creemos así que el sistema de la normación imperativa, subsistente en principio, puede ser corregido si se implantan determinados principios del sistema de inspección permanente y, volviendo al tema que nos ocupa, podemos, para concluir, señalar una ventaja más, o sea, que se procuraría el exacto cumplimiento de las normas imperativas dictadas en esta materia, para la protección de todos los intereses que giran en torno de la existencia de una sociedad anónima.