

## CAPITULO CUARTO

### *Responsabilidad de la sociedad y de los socios*

40. El principio de la responsabilidad en materia de sociedades . . . . .	89
41. La responsabilidad de los socios: Supuestos de responsabilidad ilimitada. . . . .	93
42. Supuestos de responsabilidad suplementaria y adicional . . . . .	93
43. Supuestos de responsabilidad limitada. . . . .	95
44. Pactos de limitación y de exclusión de la responsabilidad . . . . .	95
45. Distribución de ganancias y pérdidas. . . . .	97
46. Prohibición de pactos leoninos. . . . .	100

## CAPÍTULO CUARTO

### LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD Y DE LOS SOCIOS

#### 40. *El principio de la responsabilidad en materia de sociedades*

En función de la responsabilidad en que se incurre, respecto al cumplimiento de las obligaciones, se suele acudir a la constitución de sociedades, con el fin de limitar la que corresponde a algunos o a todos los socios. En este sentido, como afirma Laband,<sup>206</sup> los distintos tipos de sociedades son, más que esto, "formas de responsabilidad", aunque entre los socios "falte totalmente una relación de carácter societario".

Así se explican diversos fenómenos en el campo del derecho corporativo, y en relación con nuestra muy deficiente LGSM.

En primer lugar, el auge de las sociedades en que todos los socios responden limitadamente (S de R.L, S.A.), frente a aquellas otras que comprenden o que sólo están integradas por socios colectivos, o de responsabilidad ilimitada las comanditas, y las S. en N.C.,<sup>207</sup> en segundo lugar, la existencia de la llamada "sociedad unimembre", que siempre es una sociedad con responsabilidad limitada (del único socio) (*infra*, cap. octavo); en tercer lugar, de formas anómalas de sociedades en que se tiende a limitar la responsabilidad del o de los socios colectivos (v. *infra*, núms. 72, 74, 77); y en cuarto lugar, disposiciones de ley

<sup>206</sup> Citado por Fernández de la Gándara, 432.

<sup>207</sup> Estadística de los años de 1974 a 1978 muestra el auge de las sociedades de capitales, anónimas principalmente, y la declinación y casi desaparición de las personales:

	1974	1975	1976	1977	1978
S.A. Número	10,890	10,589	10,444	9,549	11,020
Capital:	10,650,390,601	12,808,601,000	13,563,753,000	11,880,217,000	16,574,683,000
S. de R.L.	276	249	203	199	218
Capital:	83,199,000	109,111,000	207,534,000	139,947,000	289,116,000
Otras		9	1	9	2
Capital:	=	2,112,000	600,000	1,893,000	30,400,000

(v.g., artículos 16 fracción III y 26 LGSM) y cláusulas del contrato social que permitan convenios de limitación de responsabilidad (artículo 16, primer párrafo), o pactos parasociales de limitación o de exclusión de la responsabilidad. A estos fenómenos nos referimos posteriormente, así como a la validez de los convenios de limitación o de exclusión de la responsabilidad de los socios (*infra*, núm. 44).

Es ahora importante referirse en forma especial a la responsabilidad que en caso de incumplimiento por la sociedad de sus obligaciones, corresponda no ya a la sociedad misma, que siempre es ilimitada, en los términos del principio general que establece el artículo 2964 C. Civ.: "el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables", sino a sus socios. La responsabilidad de éstos plantea un problema de relaciones de ellos frente a los acreedores de la sociedad.<sup>208</sup>

En el caso de la responsabilidad de la sociedad por las deudas que contraiga durante su funcionamiento, se está en presencia, en efecto, de deuda y de la consiguiente responsabilidad (*Schuld* y *Haftung*, que dice el derecho alemán); en cambio, en el caso de que los socios respondan personalmente de las obligaciones sociales, se estaría ante una responsabilidad sin deuda (sin deuda propia y personal, cuando menos). Esto, parece evidente cuando la sociedad tiene una personalidad propia; lo que, salvo casos excepcionales (sociedades en proceso de formación; sociedades y ciertas formas larvadas que más que otra cosa son estados de comunidad, como la sociedad conyugal y las sociedades ocultas), siempre ocurre en nuestro derecho.

Empero, si tal es la apariencia y la teoría, la realidad y la motivación jurídica son distintas.

La atribución de personalidad a las sociedades (*infra*, capítulo quinto), no hace desaparecer el interés propio de los socios, ni el papel y la responsabilidad que les corresponde en la sociedad de que formen parte. La personalidad moral, en efecto, sólo es un medio para que los socios realicen los fines para cuya consecución crearon al ente. Conceder personalidad a la sociedad, de manera alguna significa que desaparezca la que corresponda a los socios, respecto a la actividad de aquélla, o que éstos sean ajenos a los derechos y obligaciones que asuma la sociedad. Por el contrario, debe sostenerse que, salvo disposición legal que limite o que exonere de responsabilidad a los socios, éstos responden personalmente, en mayor o menor grado, limitada, o ilimitadamente, de las obligaciones a cargo de la sociedad.

<sup>208</sup> Rodríguez Rodríguez, I, pp. 85 y s. (ed. 1959), quien distingue claramente la obligación del socio de aportar, de su responsabilidad; "aportación y responsabilidad —dice— suponen conceptos distintos, ya que la primera es una obligación del socio para con la sociedad. . . en tanto que la segunda es una situación jurídica del socio frente a acreedores de la sociedad".

La atribución de personalidad sí implica que al sujeto respectivo que contraiga obligaciones y que adquiera derechos, corresponda el ejercicio de éstos, y que asuma con su patrimonio propio, como deudor principal y directo, el cumplimiento de aquéllas; pero al lado de dicho primer obligado, el socio debe responder subsidiariamente en forma limitada (hasta el monto de su aportación), sin limitación alguna por aquella parte de la deuda de la sociedad que ésta no hubiera podido satisfacer. Excepción a esta regla de responsabilidad subsidiaria del socio es el caso de los miembros de las sociedades mutualistas, en las que, en los términos del artículo 78, fracción IV LIS, "la responsabilidad social de los mutualizados se limitará a cubrir su parte proporcional en los gastos de gestión de la sociedad".

En cambio, cuando aún no se otorga la personalidad, porque la sociedad está en proceso de formación y no exterioriza frente a terceros, ni menos se ha inscrito en el Registro de la Propiedad o de Comercio (artículos 2964 C. Civ. y 2o. LGSM), no se atribuye responsabilidad alguna a la sociedad, y sí a las personas que celebren operaciones a nombre de ella (artículo 7o. párrafo tercero LGSM).

Así pues, respecto a los socios y no sólo respecto a la sociedad persona moral, se aplica el principio del artículo 2964 C. Civ.: responden del cumplimiento de las obligaciones (sociales) con todos sus bienes:<sup>209</sup> de sus obligaciones frente a la sociedad, que consisten en el pago de sus aportaciones, y de aquellas que ésta asuma en el ejercicio propio de sus actividades. Admitimos que la regla de dicho artículo constituye un principio general que sólo se limita por ley, o bien, cuando el acreedor conviene en ello, con el deudor,<sup>210</sup> como también afirmamos que aun en los casos en que la ley limite en general la responsabilidad de alguno o algunos socios, la impone ilimitada, o sea, aplica la regla general, ya sea como sanción en casos de ciertas violaciones (así, en los casos de los artículos 53 y 59 *in fine* LGSM y 13 de la Ley de venta al público de acciones de sociedades anónimas; en adelante, LVASA), o bien, por el hecho de que el socio ejerza la administración de la sociedad (artículo 2704 C. Civ. y 55 LGSM).

<sup>209</sup> El rigor del principio de la responsabilidad del socio provoca que en nuestro derecho se prohíba que las instituciones de crédito puedan ser socios de sociedades de responsabilidad ilimitada (artículos 17, fracción III, 22, 33 fracción IX, 39 fracción VII, 43 fr. IV, 46 bis, 10 fracción XII LIC, que no incluye a las fiduciarias, porque dicha prohibición no se contiene en el artículo 46 que se refiere a ellas); y para las instituciones auxiliares uniones de crédito, el artículo 89 fracción III *idem*.

<sup>210</sup> Sobre el carácter de orden público de este principio general, rector del ordenamiento jurídico, véanse, Simonetto, *Responsabilità e garanzia*, n. 37, p. 65; Ferrante Umberto, *Il problema della qualificazione della Società*, Milán, 1974, p. 99; Galgano, "La riforma della impresa", en *Riv. Dir. delle Soc.*, 1976, n. 9, 482, en que, sin tomar partido sobre los pactos de limitación de responsabilidad, sí previene sobre el abuso del principio mismo de la responsabilidad limitada a través de la progresiva reducción efectiva del capital mínimo de la S.A., por efecto de la inflación y las devaluaciones monetarias; y a través del fraccionamiento del capital por la participación en otras sociedades. Véase también, Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, p. 74.

Nuestra afirmación de que la responsabilidad del artículo 2964 C. Civ. sea la regla general en materia de sociedades, no empece a que admitamos sin rebozo que el beneficio de la responsabilidad limitada, propio de los socios capitalistas, constituye, en primer lugar, un enorme aliciente para la constitución de sociedades de esa naturaleza (de la S.A., principalmente), en segundo lugar, que en función básicamente de tal limitación se hayan creado tipos de sociedades mercantiles (la S. de R.L.), y que aquellas que gozan de tal beneficio se hayan desarrollado enormemente (de nuevo, la S.A.), por la obvia ventaja que implica el hecho de que los socios resulten ajenos a la responsabilidad de la sociedad frente a sus acreedores; y aún más, en tercer lugar, que en todos los países y no solamente en México,<sup>211</sup> la S.A. y la S. de R.L. tiendan a predominar, y a sustituir a las sociedades personales (v. *supra*, nota núm. 207). Que esta tendencia sea saludable y conveniente, lo dudamos, sobre todo al considerar a los pequeños y medianos acreedores desprovistos de garantías reales, cuyos intereses, dignos de una efectiva protección, suelen burlarse o desconocerse en las sociedades de capitales; pero, innegablemente, esa es la realidad en el sistema económico y social prevaliente.

Por otra parte, ante los abusos evidentes y crecientes de las sociedades (anónimas, sobre todo), que en virtud de dicho principio de la responsabilidad limitada de todos sus socios, burlan a sus acreedores, realizan actividades ilícitas e inmorales contra competidores, contra el crédito público, contra la economía nacional inclusive, e invaden campos ajenos a los que su finalidad los debe limitar, el derecho moderno de los países capitalistas tiende en forma cada vez más acentuada y enérgica a sancionar dichas actividades ilícitas que se suelen conformar como *abuso de la personalidad moral* otorgada a la sociedad, y sancionar con la responsabilidad personal ilimitada y solidaria de los socios, ya sea a través de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica,<sup>212</sup> o bien, como preferimos nosotros, guiados por las enseñanzas del preclaro Ascarelli, reconocer a ésta un valor limitado, y sólo relativo al cumplimiento de la finalidad de la sociedad, por lo que excesos, desviaciones y abusos deben castigarse por la ley, "traspasando el velo de la personalidad" e imponiendo responsabilidad al o a los socios transgresores (como desde 1940 hizo el artículo 13 LVASA).

<sup>211</sup> En donde se ha llegado al extremo (que nos pareció totalmente injustificado, porque afectaría principalmente a los acreedores pequeños y medianos, y a los quirografarios), de proponer la exclusión de las sociedades de responsabilidad ilimitada, en un reciente proyecto para un nuevo Código de Comercio.

<sup>212</sup> Serick Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, trad., esp. Barcelona, 1958, y el prólogo a la edición española de esta obra ya clásica, de José Puig Brutau. Entre nosotros, v. Ledesma Uribe, Bernardo, *La desestimación de la personalidad jurídica*, tesis laureada por la Escuela Libre de Derecho, México, 1979.

#### 41. *La responsabilidad de los socios: supuestos de responsabilidad ilimitada*

La responsabilidad de los socios tiene diferente alcance en nuestras leyes. Nos referimos primero al reconocimiento de la responsabilidad ilimitada en forma general o amplia; en segundo lugar a una responsabilidad adicional a la obligación de aportación de los socios, y en tercero, al principio de la responsabilidad limitada de los socios.

a) Como dijimos antes, por el monto o valor de sus aportaciones en bienes o derechos, el socio responde ilimitadamente frente a la sociedad, y en forma indirecta y subsidiaria ante los acreedores de ella.

b) Corresponde a todos los socios colectivos una responsabilidad sin límites; es decir, a todos los socios de la S. en N.C. (artículo 25 LGSM), y a los comanditados en la S. en C. (artículo 51),<sup>213</sup> y en la S. en C. por A. (artículo 207).

c) Igualmente, todos los socios de las sociedades civiles, siempre que sean administradores, están afectados con responsabilidad ilimitada (artículo 2704 C. Civ.).

ch) Como sanción, se impone la ilimitación de la responsabilidad a los socios (y a los administradores) culpables de la irregularidad de las sociedades mercantiles (artículo 2o. *in fine* LGSM).

d) También, como sanción, se atribuye dicha responsabilidad ilimitada a todos los socios de sociedades en comandita (artículos 53 y 211 LGSM) y de la S.R.L. cuyos nombres aparezcan en la razón social de ellas.

e) Tratándose de la S.A., como acabamos de ver, al socio que controle su funcionamiento se le pena con responsabilidad ilimitada "por los actos ilícitos imputables a la compañía" (artículo 13 LVASA).

#### 42. *Supuestos de responsabilidad suplementaria y adicional*

Las leyes fijan casos de responsabilidad de los socios frente a la sociedad (e indirecta y subsidiariamente, frente a los acreedores de ésta), en exceso del valor de sus aportaciones originales. Estos casos son los siguientes:

a) En las sociedades civiles puede pactarse en el contrato que los socios se obliguen a hacer nuevas aportaciones para ensanchar los negocios sociales (artículo 2703 C. Civ.); y también que los socios no administradores respondan en exceso de sus aportaciones (artículo 2704 *in fine*).

b) En las sociedades en comandita, simple y por acciones, se impone al comanditado responsabilidad solidaria con la que toque a la sociedad (y por tanto, adicional a la que le corresponde a dicho socio por su aportación), por todas las obligaciones de la sociedad en que haya tomado parte (fungiendo indebidamente como administrador social); y "también... en... operaciones en que no haya

<sup>213</sup> En la legislación derogada del C. Co. de 1890, el artículo 161 se refería a los comanditados como "socios responsables".

tomado parte, si habitualmente ha administrado los negocios de la sociedad" (artículos 55, 211 LGSM).

c) En la S. de R.L., "cuando así lo establezca el contrato social, los socios, además de sus obligaciones generales (*rectius*, su obligación de aportar) tendrán la de hacer aportaciones suplementarias en proporción a sus primitivas aportaciones"; las que, sin embargo, no pueden consistir "en trabajo o servicio personal de los socios" (artículo 70, según la reforma en el D.O. del 12/II/1949).<sup>213 bis</sup>

ch) Similarmente, las cooperativas pueden adoptar el régimen de responsabilidad suplementada, "cuando los socios responden a prorrata por las operaciones sociales, hasta por una cantidad fija, determinada en el acta constitutiva o por acuerdo de la asamblea" (artículo 5o. LGSC). Además, en este tipo de sociedades, el artículo 37 *idem.*, párrafo segundo, establece la obligación de los socios de suscribir los aumentos de capital "en la forma y términos que lo acuerde la asamblea general", y de que dichos aumentos se realicen, "con los rendimientos que con ese objeto (de aumentos de capital) destine la asamblea general".

d) En la S.A., a pesar de que es el único tipo social en que los socios (todos ellos), de acuerdo con la clara disposición del artículo 87 LGSM, limitan su obligación al pago de sus acciones (es decir, al pago de su aportación), el artículo 196 LGSM (que consideramos aplicable por analogía a la S. de R.L. y desde luego —artículo 208— a la S. en C. por A.), impone como sanción al accionista que vote<sup>214</sup> en una operación determinada en la que tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, responsabilidad por "los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para la validez de la deliberación".

e) Para cualquier clase de sociedades comerciales que tengan socios de responsabilidad limitada (*i.e.*, con exclusión de las colectivas), pero nunca respecto a las sociedades civiles (por la índole mercantil de las actividades que realizan), los artículos 11 LIS y 9o. LIF, permiten la constitución de consorcios (de seguros o de fianzas), con las finalidades a que se refiere el primer párrafo de dichos dos preceptos, y que "serán organizados como sociedades" (párrafo segundo), en las que los socios (instituciones de seguros o de fianzas), "se obligarán en los términos y proporciones que convengan" (último párrafo). Pues bien, este convenio de los socios —*pacto parasocial*—, les impone una obligación adicional a las que les correspondería como socios de responsabilidad limitada en la S.A., la S. de R.L. (tipo este en el que expresamente lo permite la LGSM, artículo 70), o en las comanditas, respecto a los socios comanditarios.

<sup>213 bis</sup> "Pactar en el contrato social, a cargo de uno de los socios, obligaciones tales como modelar diseños y experimentar aleaciones de barro u otros materiales. . . es algo, ha dicho la Suprema Corte, que se encuentra expresamente prohibido por disposición del segundo párrafo del artículo 70 LGSM", A.D. 3623/57, Enrique Lobo y Lobo, cit. *Bol. Inf. Jud.* 1958, p. 96.

<sup>214</sup> La norma no habla de voto, sino de deliberación; nos parece evidente que se refiere al voto, como, además se desprende del segundo párrafo del mismo artículo 196.

En cambio, si se tratara de socios con responsabilidad ilimitada (socios colectivos), el convenio a que se refieren dichos artículos 11 y 9o. sólo podría tener efectos internos, entre los socios, y no frente a terceros (artículo 26 LGSM).

#### 43. *Supuestos de responsabilidad limitada*

Limitada al valor de sus aportaciones, se concede responsabilidad a los socios en algunos casos; en otros, solamente respecto a cierta clase de socios, como se desprende de lo dicho anteriormente. En efecto:

a) En las sociedades anónimas, todos los socios limitan su responsabilidad (frente a la sociedad, frente a los demás socios y frente a terceros) al pago de las acciones que suscriban; y cualquier pacto o estipulación que estableciera alguna obligación de pagos adicionales (por cuotas, aportaciones suplementarias, obligación de suscribir aumentos de capital), carecería de validez.

b) Lo mismo que en la S.A. sucede en la S. de R.L., aunque en ella, como ya queda dicho, cabe que el pacto social (no sería válido un pacto entre socios, ni un acuerdo de la asamblea de socios) imponga a los socios (a todos ellos, necesariamente) las obligaciones de hacer aportaciones suplementarias de bienes o derechos (artículo 70 LGSM).

c) En el caso de las cooperativas, si se constituyen bajo el régimen de responsabilidad limitada (y no de responsabilidad suplementaria) los socios sólo responden del valor de los certificados que suscriban (artículos 5o. y 34 LSC); no obstante, repetimos (*supra*, número 42 *ch*), que en casos de aumentos de capital "todos los socios [incluyendo a los ausentes y disidentes] quedarán obligados a suscribir el aumento en la forma y términos que. . . acuerde la asamblea general" (artículo 37, párrafo segundo, parte primera LSC); y en caso de incumplimiento, pueden ser excluidos (artículo 16, fracción I RLSC).

ch) Para las sociedades que admiten socios industriales; o sea, las sociedades civiles, la S en N.C. y la S. en C., salvo pacto en contrario (artículo 2735 C. Civ. y 16, fracción III LGSM), ellos no responden de las pérdidas, lo que quiere decir, que limitan su responsabilidad al trabajo o servicio que como aportación se obligaron a prestar a favor de la sociedad.

d) En las sociedades personales (artículo 26 *in fine*, y 57, párrafo segundo) y en la S. en C. por A. (artículo 211), como ya se dijo (*supra*, n. 42), es válido que internamente (es decir, frente a los demás socios) y nunca frente a terceros (artículo 26, primera parte), alguno o algunos de los socios colectivos pacten la limitación de su responsabilidad a una porción o cuota determinada.

#### 44. *Pactos de limitación y de exclusión de la responsabilidad*

Como se acaba de indicar, en materia de sociedades no se permiten los pactos que excluyan la responsabilidad ilimitada y solidaria frente a terceros, que la



ley impone a los socios colectivos (artículos 26, 57 y 211 LGSM); como tampoco sería lícito el pacto que excluyera de tal responsabilidad al socio o socios de una S. A. que controlen el funcionamiento de ella, por los actos ilícitos que le sean imputables (artículo 13 LVASA), en cuanto que ello significaría violar el principio *nemo auditur* (ex-artículo 1822 C. Civ.).

En cuanto a los pactos de limitación de la responsabilidad, si bien el texto del artículo 26 LGSM los permite ("los socios pueden estipular que la responsabilidad de alguno o algunos de ellos se limite a una porción o cuota determinada"), ello sólo puede ser internamente, entre los socios, no frente a terceros.<sup>215</sup>

Una interpretación que permitiera tal limitación aun externamente, iría en contra del carácter y la naturaleza del socio colectivo, sobre todo de los comanditados en los dos tipos de sociedades en comandita. Se plantearía la existencia de una tercera categoría de socios, de responsabilidad limitada (los comanditarios), de responsabilidad ilimitada (comanditados), y aquella de responsabilidad adicional (su aportación más una porción o cuota determinada).

Ahora bien, si se trata de socios industriales, que los puede haber en dichas sociedades personales civiles (artículo 2689 C. Civ.) y mercantiles: S. en N.C., S. en C. (artículos 46, 49 y 57 LGSM),<sup>216</sup> y cooperativas (artículo 35 LSC), la ley dispone que, salvo pacto en contrario, ellos no responden de las pérdidas (artículos 2735 C. Civ. y 16, fracción III LGSM). Esto quiere decir que en los términos de esta última disposición, se requiere un pacto para que el socio industrial responda, limitada o ilimitadamente —según lo que él establezca— de las deudas sociales; es decir, para que además de su trabajo desembolse dinero o entregue otros bienes o derechos de su propiedad; y en cambio, en los términos del artículo 26, el pacto a que él se refiere "los socios pueden estipular", sería distinto; no para que responda de las pérdidas, sino para que sólo responda de ellas limitada-mente. Pues bien, consideramos que aquella disposición (artículo 16, fracción III), se aplicaría a socios de responsabilidad limitada, no a los colectivos o de responsabilidad ilimitada, porque si así fuera se plantearía una situación contradictoria (responsabilidad ilimitada que, no obstante, se limitaría hasta la existencia de pérdidas de la sociedad); por lo que admitimos la solución de Mantilla Molina,<sup>217</sup> en cuanto que, frente a terceros, "el industrial debe pagar íntegramente la deuda de la sociedad, si así lo exige el acreedor de esta; pero a su vez, puede exigir de sus consocios que le reembolsen totalmente lo que ha gastado".<sup>218</sup> (V. *infra*, pág. 99).

<sup>215</sup> De acuerdo, Mantilla Molina, n. 319, p. 217 (18a. ed.), y Rodríguez Rodríguez, I, p. 241.

<sup>216</sup> Dudoso que existan en las S. en C. por A., en cuanto que el artículo 211 no remite al 49.

<sup>217</sup> N. 320, p. 248 (18a. ed.).

<sup>218</sup> Sobre los pactos de exclusión y de limitación de responsabilidad, en forma muy amplia y sistemática, Simonetto, cit., capítulos III, IV y V de la sección I.

#### 45. Distribución de ganancias y pérdidas

A pesar de que la causa del contrato de sociedad, en cuanto a los socios, consiste en que cada uno de ellos participe, proporcionalmente al monto de su aportación, de las utilidades y pérdidas de la sociedad, la ley fija otras reglas en cuanto a la naturaleza de las aportaciones (de industria, o bien, de capitales), y permite que los socios pacten una distribución distinta, con tal de no establecer *pactos leoninos* (artículos 16 y 17 LGSM, y 2696 C. Civ.). Refirámonos primero a las reglas del artículo 16, y después a la prohibición del artículo 17.

Por lo que toca a "socios capitalistas", o sea, a los que aportan bienes, en el sentido más amplio de este término, la fracción I de dicho artículo 16 fija la regla general: la distribución de las ganancias o pérdidas se hará proporcionalmente a las aportaciones. Como dijimos antes, son éstas las únicas que se toman en cuenta para la distribución proporcional a que se refiere esta norma, y no una responsabilidad adicional a ellas, ilimitada o suplementaria. Si del balance anual que se someta a la junta o asamblea de socios aparecen utilidades, y dicho órgano supremo de la sociedad acuerda el reparto total o parcial, éste se hará en proporción a la contribución de cada socio al capital social (aportaciones de capital); por el contrario, si el balance muestra que hay pérdidas, todos y cada uno de los socios participan en ellas hasta el monto de sus aportaciones (de capital), y si aquéllas subsisten después de agotar el capital, responderían con su patrimonio personal los socios de responsabilidad ilimitada (tanto capitalistas como industriales).

Ahora bien, esa regla del artículo 16, fracción I, como también las que establecen las fracciones II y III, permiten pacto en contrario. La ley, tanto en materia de S.A. como de S. de R.L., permite que el pacto disponga la emisión de acciones preferentes (artículo 113 LGSM), y de partes sociales privilegiadas (artículo 79 *id.*); para aquéllas (y también para éstas, por aplicación analógica del artículo 113), establece que debe pagarse el dividendo que se les fije, que no puede ser menor del 5% (del capital social), antes de pagar cualquiera a las acciones comunes. Además de este pacto previsto en la ley, los socios pueden convenir otros, que se hagan constar en el contrato social, y que serían válidos con tal que no impliquen renuncia a las utilidades, lo que constituiría el pacto leonino (artículos 2696 C. Civ. y 17 LGSM).

Como tal, ha considerado correctamente nuestra doctrina, aquel que restringiera el derecho a recibir utilidades al dividendo preferente —el 5% que dice el artículo 113, párrafo segundo, o uno mayor— sin que las acciones preferentes (o en su caso, las partes sociales privilegiadas) concurren con las ordinarias, en mayor o menor medida (artículo 113, párrafo cuarto), en el remanente de utilidades que existiera.<sup>219</sup>

<sup>219</sup> Mantilla Molina, n. 508, p. 368 (18a. ed.), Rodríguez Rodríguez, I, 490, Martínez Báez, Antonio, "Algunas consideraciones sobre las acciones preferentes en las sociedades anónimas", en *Rev. Esc. Nal. de Jurisprudencia*, 1946, t. VIII, n. 30, p. 20 y s.

También debe considerarse que, por encerrar un pacto leonino en contra del socio (fiduciario), no sería válida una transmisión de acciones en fideicomiso, cuando la institución fiduciaria adquirente fuera privada del derecho a recibir utilidades, las cuales retenga el fideicomitente, o bien, se concedan al fideicomisario.<sup>220</sup>

Greco,<sup>221</sup> también considera como leonina esa "forma interesante a que se recurre en la práctica para enmascarar la exclusión de un socio en las utilidades. . . , consistente en atribuir a los otros socios un interés fijo por sus aportaciones, que absorba toda ganancia previsible"; lo que entre nosotros podría aplicarse a los llamados *intereses constructivos* que pueden pactarse a favor de los socios de la S.A. (artículo 123 LGSM), y de la S. R.L. (artículo 85 *ib.*), si no fuera porque su cuantía no puede exceder del 9% anual (del valor nominal de la acción o de la parte social) y el plazo máximo de su vigilancia no puede exceder de tres años. En cambio, pactos estatutarios y acuerdos de juntas o asambleas que concedan a funcionarios de las sociedades, que a su vez, sean socios mayoritarios, sueldos u honorarios que absorban o minimicen las utilidades anuales, los que, consecuentemente, afectan al socio minoritario, sí pueden considerarse como pactos o acuerdos leoninos, amén de que supongan abuso de poder de la mayoría que controle la sociedad.

En cuanto al derecho a utilidades al socio industrial, si se trata de una sociedad civil, o comercial en nombre colectivo, o de una en comandita simple, le corresponderá la mitad de las ganancias, y si los socios industriales fueren varios, esa mitad se dividirá entre ellos por igual (artículo 16, fracción II LGSM); en el caso de las cooperativas, las ganancias o rendimientos "se reparten a prorrata entre los socios en razón del tiempo trabajado por cada uno, si se trata de cooperativas de producción; y de acuerdo con el monto de operaciones realizadas con la sociedad, en las de consumo" (artículo 1o., fracción VIII LGSC).

Finalmente, en las sociedades civiles las reglas son diferentes y complicadas: si el trabajo del socio "pudiera hacerse por otro, su cuota será la que corresponda por sueldos u honorarios (artículo 2732, fracción I C. Civ.), es decir, la de un socio capitalista al que corresponda una parte proporcional a su aportación; si el trabajo no pudiera ser hecho por otro, su cuota será igual a la del socio capitalista" que reciba más (fracción II); es decir, de aquel que haya aportado más; si concurre un socio industrial con uno capitalista, las ganancias se reparten por mitad (fracción III), y si son varios los industriales, y su trabajo pudiera ser hecho por otro, la ganancia a que se refiere la fracción II, les corresponderá a todos,

<sup>220</sup> En este caso, la fiduciaria realmente no sería socia, sino que el fideicomitente conservaría tal carácter. En virtud de un convenio, el fideicomitente sí puede ceder el derecho de voto a la fiduciaria y el derecho a las utilidades al fideicomisario.

<sup>221</sup> "Garanzie di utili e retribuzioni di apporti nel contratto di società", *R.D.C.*, 1932, II, 138 y s. Véase en Vivante, n. 325 bis, 47 y s., el análisis de diversos convenios que no siempre implican el pacto leonino.

pero para su división entre ellos se requerirá un convenio, y en su defecto, decisión arbitral (fracción IV).

Por lo que se refiere a la contribución en las pérdidas del socio industrial, la fracción III del artículo 16 LGSM, y el artículo 2735 C. Civ., establecen que no las reportará, salvo pacto en contrario. Este principio, sobre el que ya discutimos, debe interpretarse, y ciertamente la interpretación no es fácil. Si se tomara literalmente, querría decir que aunque se tratara de un socio colectivo o comanditado, que según los artículos 25 y 51 LGSM, deben responder ilimitadamente; de un socio administrador en una sociedad civil, cuya responsabilidad también es ilimitada y solidaria (artículo 2704 C. Civ.), al no reportar las pérdidas su responsabilidad se limitaría al valor de los servicios aportados. Esto, como ya dijimos, además de ser contradictorio con el régimen de las sociedades respectivas, niega el principio mismo de la responsabilidad ilimitada que es esencial a dichos socios.<sup>222</sup>

De ahí que, como antes dijimos, si entre los de responsabilidad ilimitada hubiere alguno o algunos socios industriales, la disposición del artículo 16, fracción III no se les aplicaría *en cuanto a terceros*, es decir, frente a éstos responderían como los demás socios colectivos: solidaria, subsidiaria, ilimitadamente (v. *supra*, núm. 41).

La norma sólo puede aplicarse a los socios industriales de responsabilidad limitada, tanto en las sociedades mercantiles (S. en C. y S. en C. por A.; S. Coop. no en la S. en N.C., porque en ésta todos los socios responden ilimitadamente frente a terceros), como en las civiles; consecuentemente, sólo responderán del valor de su aportación (el valor que se estime de los sueldos u honorarios por los servicios prestados —como aportación— por el socio industrial, artículo 2372, fracción I C. Civ.), puesto que dicho valor fija el máximo de su responsabilidad. Sin embargo, como sostiene Mantilla Molina,<sup>223</sup> el socio industrial fatalmente reportará las pérdidas, en cuanto que nada reciba de la sociedad a cambio de su trabajo.<sup>224</sup> Lo que pasa es que por pérdida, en el sentido de esas normas, sólo se considera el *lucrum cesans* y no el *damnum emergens*; es decir, el socio industrial (de responsabilidad limitada), en efecto, no tiene que desembolsar de su peculio personal cantidad alguna para cubrir la pérdida social; pero no recibe nada porque la sociedad nada tiene que repartir.<sup>225</sup>

<sup>222</sup> Vivante, n. 325, p. 46, va más lejos, y en realidad niega que el socio industrial no responda de las pérdidas: “. . .deberá participar en las pérdidas, no sólo en el sentido de que si no hay utilidades que repartir, nada podrá obtener de su industria. . .; sino también en el sentido de que cuando se haya agotado el capital deberá responder respecto de terceros, con responsabilidad ilimitada, si así lo permite la naturaleza de la sociedad. . .”.

<sup>223</sup> *Op. cit.*, n. 320, pp. 247 y s.

<sup>224</sup> Garrigues, *Curso*, cit., p. 293: “lo único que debe perder el socio industrial es lo que aporta: su trabajo.” “Para la escuela francesa del 800 y sus más recientes y numerosos epígonos. . . la ausencia de una ganancia provoca una pérdida en sentido técnico, para el socio de industria. . .”, dice Romagnoli, p. 91.

<sup>225</sup> Sobre las aportaciones de industria, su concepto, evolución histórica desde el derecho romano, los canonistas, la tradición ibérica, el derecho francés, anterior y contemporáneo al

#### 46. Prohibición de pactos leoninos

Los artículos 17 LGSM y 2696 C. Civ. prohíben el pacto leonino, pero con alcance y efectos distintos. La norma mercantil sólo prohíbe "las estipulaciones que excluyan uno o más socios de la participación en las ganancias". Nada dice de la validez del pacto que excluya a uno o varios socios de las pérdidas.<sup>225 bis</sup> El precepto civil, aunque no es claro, debe interpretarse para aplicarse a ambas: pérdidas y ganancias. Además, mientras la LGSM, para las sociedades mercantiles, se concreta a negar efecto legal al pacto, pero sin que él afecte a la sociedad; el C. Civ. declara nulas a las sociedades (civiles) que lo contengan, lo que evidentemente resulta exagerado o inconveniente.

La validez en nuestro derecho del pacto que excluya de las pérdidas a alguno o algunos socios, ha sido motivo de opiniones divergentes. Para Mantilla Molina,<sup>226</sup> sería válido, por no estar prohibido; en cambio, para Rodríguez Rodríguez,<sup>227</sup> no lo sería. La legislación anterior a la vigente, o sea, el C. Co. de 1890, sólo se refería, asimismo, al pacto de exclusión de las ganancias, que lo declaraba nulo (artículo 128); sin embargo, la Suprema Corte, en una vieja sentencia de amparo, sentó la tesis más amplia, que en lo conducente aún es aplicable a nuestra ley vigente:

es requisito esencial en todo contrato de sociedad que las pérdidas y las ganancias se repartan entre los socios, pues cuando se estipula que alguno de ellos no esté a los riesgos, tal estipulación trae como consecuencia la nulidad de la escritura —en la LGSM sólo es nula la estipulación—, ya que una de las características del contrato de sociedad es que las pérdidas y las ganancias se repartan entre todos los socios.<sup>228</sup>

C. Co., fr., véase Romagnoli, cit. pp. 70 y s; pp. 82 y s. El principio de la fr. III del artículo 16 es consecuencia de la protección al trabajador, aunque sus servicios no se pacten en función de un contrato de trabajo, sino de una verdadera y real aportación. (Romagnoli, cit., pp. 81 y siguientes).

<sup>225 bis</sup> Tampoco indica dicho artículo 17 si el pacto que excluya la distribución de utilidades respecto a todos los socios, sea o no válido. Como ya dijimos (*supra*, capítulo tercero, número 37 y nota 198 bis), ese pacto no sería válido si se tratara de una sociedad cuya finalidad fuera especulativa; sí lo sería, en cambio, cuando fuera otra su finalidad y a pesar de ello obtuviera utilidades.

<sup>226</sup> N. 279, p. 211, (18a. ed.).

<sup>227</sup> *Tratado*, I. p. 50 (ed. 1959).

<sup>228</sup> A.D. 4093/1927, Sec. 2a., Castro Crisóforo, S.J.F., Quinta época, t. XXVIII, ps. 532 y s. En el derecho extranjero, parece unánime la prohibición de excluir tanto las ganancias como las pérdidas; véanse, C. Civ., esp. de 1889, artículo 1691; C. Civ., it. de 1942, artículo 2265; C. Civ. fracción artículo 1855; C. Civ., arg. artículo 1652; C. Civ. br., artículo 1372. Para el derecho italiano, véanse Vivante, n. 325 bis, p. 117; Simonetto, "L'apporto", cit. *Riv. Dir. Civ.*, 1959, ps. 38 y s. Greco, *Garanzie di utili*, cit. p. 140, quien previamente indica que la participación en las pérdidas no es un requisito esencial, pero que puede imponerse por la ley por razones morales. Para el derecho español, Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, p. 293.

No se puede, en efecto, admitir la validez del pacto que excluya las pérdidas. Si se refiriera a que a un socio cualquiera, de responsabilidad limitada o de responsabilidad ilimitada, se le entregara como cuota de liquidación el monto total de su aportación, o el bien en que ésta hubiera consistido, o una cantidad que se conviniera, sin que antes, en cualquiera de dichos supuestos, se dedujera o se aplicara la parte proporcional que le correspondiera del pasivo de la sociedad, ello implicaría, por una parte, que el capital social no sirviera íntegramente como "garantía genérica" de los acreedores,<sup>229</sup> y en este sentido, que éstos fueran afectados, lo que es contrario a varias disposiciones de la LGSM (artículos 14, 15, 48, 206, 242, 243), del RLSC (artículo 69, fracciones II y III), y del C. Civ. (artículos 2708, 2729 y 2930); y por otra parte, que la aportación del socio excluido de las pérdidas no tuviera el carácter oneroso que es propio del negocio social, ni que él corriera los riesgos de la empresa, lo que resultaría contrario a la finalidad común propia del contrato de sociedad.<sup>230</sup>

Si la exclusión de las pérdidas no se vincula con la aportación, sino con la responsabilidad personal del socio, frente a terceros, tampoco puede admitirse: frente al socio de responsabilidad limitada, porque, por hipótesis, no responde de las pérdidas sociales más allá de su aportación (artículos 51 *in fine*, 58, 87, 207 LGSM; y 2704 C. Civ.); pero tampoco frente al socio de responsabilidad ilimitada, porque el pacto de exclusión negaría tal característica y, como también pasa en el supuesto que antes examinamos del pacto de limitación de la responsabilidad (*supra*, núm. 44), sería contradictorio con el régimen mismo de las sociedades con socios colectivos.

229 Di Sabato, pp. 149 y s. Debe consultarse a este autor respecto al concepto de capital y de garantía y de los bienes aportables desde el punto de vista de su utilidad, inscribibilidad en el balance, su embargabilidad, etcétera, pp. 121 y s.; 137 y s., 195 y s. Véase también Ferri, *La Società*, Turín, UTET, 1971, n. 103, p. 325.

230 Rodríguez Rodríguez, I, p. 50. Simonetto, ob. ult., cit., n. 75 págs. 139 y s., es muy claro y convincente: "quien no participa en el riesgo inherente al funcionamiento de la sociedad y sólo en el resultado útil de ella, no tendría en la formación de la voluntad social el mismo interés que los otros socios; estaría en un permanente conflicto de intereses en cuanto que tanto puede perder como ganar; y si por añadidura, se tratara de la mayoría de los socios, la sociedad muy posiblemente se viera llevada a realizar negocios aleatorios por quienes, sin arriesgar nada, preferirían a las operaciones seguras y claras, las riesgosas, que si bien ofrecen mayores probabilidades de pérdidas, también de ganancias. El socio excluido de las pérdidas pensaría que poco importa que otros arriesguen porque él gana en caso de eventos fortuitos, y nada arriesga".