



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**LA SOCIEDAD NACIONAL DE CREDITO**

**T E S I S**

**que para acceder al título de Licenciado en Derecho**

**p r e s e n t a**

**HUGO GONZALEZ GARCIA**

**México, Distrito Federal, febrero de 1985.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## INDICE

Prolegómenos .....	IX
Abreviaturas .....	XII

### CAPITULO PRIMERO

#### LA SOCIEDAD POR ACCIONES

1. Antecedentes .....	2
2. Función económica .....	8
3. Estructura .....	13
4. Concepto .....	22
5. División de las asociaciones .....	24
6. Teleología .....	30
7. Naturaleza jurídica .....	34
8. La acción .....	45
9. Organos .....	57
10. Sociedad con un solo socio .....	70
NOTAS .....	83

CAPITULO SEGUNDO  
(primera parte)

LA EMPRESA

1. Generalidades . . . . .	108
2. Elementos y características . . . . .	111
3. Nociones afines . . . . .	113
4. Empresa y sociedad . . . . .	114
5. Concepto . . . . .	118
6. Naturaleza . . . . .	120
7. Clases . . . . .	125
NOTAS . . . . .	127

(segunda parte)

DERECHO PUBLICO

1. Precisiones y teorías . . . . .	136
2. El servicio público . . . . .	146
3. La Banca como servicio público . . . . .	157
4. Nacionalización . . . . .	160
NOTAS . . . . .	166

CAPITULO TERCERO

LA EMPRESA PUBLICA

1. Intervención del Estado en la economía . . . . .	175
2. Antecedentes . . . . .	188
3. Descentralización administrativa . . . . .	193
4. Noción de empresa pública . . . . .	195

## VI

5. Clases de empresa pública . . . . .	200
6. El organismo descentralizado . . . . .	210
NOTAS . . . . .	216

### CAPITULO CUARTO

#### LAS SOCIEDADES NACIONALES

1. Antecedentes . . . . .	232
2. Razones técnicas . . . . .	235
3. Personas públicas y privadas . . . . .	238
4. División . . . . .	242
5. Naturaleza . . . . .	248
6. Derogaciones . . . . .	252
7. Mercantilidad . . . . .	257
8. El lucro . . . . .	261
9. Régimen jurídico . . . . .	262
NOTAS . . . . .	270

### CAPITULO QUINTO

#### LAS INSTITUCIONES DE CREDITO

1. Esbozo histórico . . . . .	286
2. La Banca en México . . . . .	303
3. Instituciones nacionales de crédito . . . . .	313
NOTAS . . . . .	321

## VII

### CAPITULO SEXTO

#### LA SOCIEDAD NACIONAL DE CREDITO

+ Septiembre de 1982; su circunstancia .....	335
1. Reformas constitucionales .....	340
2. Decreto expropiatorio .....	341
3. Origen y creación .....	347
4. Naturaleza jurídica .....	350
NOTAS .....	370
+ <u>Conclusiones</u> .....	375
+ <u>Bibliografía</u> .....	377

## VIII

Si alguna vez he desplegado cielos tranquilos sobre mí, volando con mis propias alas en mi propio cielo. Si he nadado jugando, en profundas lontananzas de luz; si la sabiduría alada de mi libertad ha venido a decirme: "¡Mira! ¡No hay arriba ni abajo! Lánzate hacia aquí y hacia allá, hacia delante y hacia atrás, tu que eres ligero! ¡Canta! ¡No hables más!"

¿No están hechas todas las palabras para los que son pesados? ¿No mienten todas las palabras al que es ligero? ¡Canta! ¡No hables más!"

federico nietzsche, así hablaba zaratustra.

## P R O L E G O M E N O S

A raíz de la nacionalización bancaria de 1982 ha surgido en nuestro Derecho una nueva y controvertida figura jurídica: la sociedad nacional de crédito. Común es que el Estado recurra a otras instituciones para resolver la organización que supone un servicio público que recién ingresa a su exclusiva férula. De la misma manera, y dado el carácter oportunista como el Estado va interviniendo en diversos campos económicos, se presenta una - asistemática creación -constitución- de los más diversos entes públicos en cargados de la explotación directa de esa "nueva" actividad.

La Banca en nuestro país, antes de septiembre de 1982 se venía prestando por instituciones de crédito ya pertenecientes al sector privado, ya al público, pero en ambas circunstancias era bajo el tipo de sociedad anónima, según prevenía la Ley de instituciones de crédito; aun estas sociedades anónimas bancarias introducían modificaciones a la tradicional sociedad anónima (dichas reglas especiales se contenían a lo largo del art. 8º LICOA); sin embargo, unánime era su aceptación como tales.

En el presente trabajo se pone de relieve el hecho de que la nacionalización bancaria fue hecha casi sin premeditación, hecho que, desde los -- puntos de vista económico, político y social, no tiene nada de censurable, - antes al contrario, fue aplaudido hasta por los grupos de oposición. Pero - desde una perspectiva jurídica se evidencia esa precipitación coyuntural: el propio Presidente de la República tenía sus dudas, y no fue sino hasta menos de un mes de decretarla cuando autorizó su estudio. En Francia se expidió el 11 de febrero de 1982 la Ley de Nacionalización -Nº 82-155, publicada - el 13 de su fecha- (la primera versión de esa Ley, como fue propuesta por el Primer Ministro Pierre Mauroy el 22 de septiembre de 1981 fue declarada inconstitucional el 18 de enero de 1982) relativa a tres diferentes sectores: sociedades industriales, bancos y dos compañías financieras. Esta Ley debe - considerarse como el antecedente de los Decretos de septiembre de 1982. Em-

pero, el sentido y los alcances no fueron los mismos y empezó un desorden legislativo estructural en cuanto a las instituciones bancarias expropiadas. Primero se dijo que conservaban su tipo sustituyéndose los miembros, ora que se trataba de estructuras administrativas, ora que operarían como instituciones nacionales de crédito para más tarde convertirse en organismos descentralizados, en fin, que se transformarían en sociedades nacionales de crédito (y por último, se dividía a estas instituciones en organizaciones de banca múltiple y de banca de desarrollo).

Para abordar el estudio de esta figura me ví precisado a dividirlo en dos grandes rubros (u ópticas); el del derecho común (derecho de las sociedades) y el del derecho público (organización administrativa de los entes públicos) ya que la sociedad nacional de crédito amalgama elementos propios de ambas ramas.

Generalmente, cuando el Estado explota una actividad comercial lo hace a través de sociedades mercantiles, ya adoptando el tipo de S.A., ya creando subtipos de éstas (sociedades especiales). Es por ello que analizo (si bien no exhaustivamente) la institución por acciones, toda vez que la actual SNC toma de ella algunas características para crear las suyas propias. Asimismo es evidente que la anónima tiene, si no su exacto origen en sociedades públicas, mucha influencia en las sociedades dedicadas a explotar servicios públicos comerciales e industriales. Destaca el hecho que nuestra práctica hace necesario, consistente en admitir la validez jurídica (aunque no legal!) de la sociedad con un solo socio, así como el de su naturaleza, antes incontrovertible (la s.a.) como un contrato y ahora tamizada por diversas teorías, cada una de ellas en función de un englobamiento ideal de peculiaridades, mas no de una particularización operativa real. Por tal motivo, dicho análisis que de la anónima hago está orientado hacia la realidad de la sociedad nacional de crédito y de otras figuras fuera de la ficción o fantasía jurídica; el legislador -decía GARRIGUES- debe ser honesto y reconocerlo en ese sentido cuando advierta un divorcio entre la realidad y el derecho legislado. Por su parte IHERING afirmaba que los principios son para los hombres y no los hombres para los principios; de esta manera, debe admitirse que las instituciones no siempre pueden avistarse mediante complicados principios positivos o tergiversadas normas plasmadas en un ordenamiento.

La noción empresa requiere de un tratamiento especial, ya que es tan

ta su popularidad que muchas contradicciones se escriben en su derredor. Distingo al empresario (sociedad -ya que también puede serlo la persona física-) de la empresa en función de que el derecho público, al referirse a los entes paraestatales, habla de "empresa pública"; en tal mérito abro un capítulo transitorio (el segundo) dividido en dos partes para fijar las bases de los posteriores, así como para deslindar los principios y consecuencias que la clásica división del Derecho en dos ramas introduce.

La doble perspectiva con que es susceptible observarse la sociedad nacional de crédito, supone una necesaria referencia a las formas en las que el Estado interviene en la economía, y una vez dilucidado esto, sistematizar las diversas clases de entes a los que para tal fin recurre. En ese itinerario se presentan algunos problemas de índole tanto teórica como práctica: aludo a la falta de método por parte del Estado para agrupar a las entidades públicas descentralizadas en un esquema ordenado y flexible.

Una vez que el Estado interviene dentro de una sociedad mercantil, introduce modificaciones acordes con su naturaleza pública, de ahí que una parte de la doctrina declara que dicha participación provoca un caos estructural desnaturalizando principios y derogando características tradicionales de las sociedades (de la anónima, principalmente), por lo que se le niega el carácter societario a las instituciones en las que el Estado de una u otra manera está presente. Recojo la teoría institucional y la tendencia (reconocida por autores como Garrigues) actual de la publicización de las normas mercantiles para afirmar que sí se está ante una sociedad, como es el caso de la nacional de crédito.

En fin, un estudio serio de la institución materia del presente opúsculo, requiere de una sistemática referencia tanto al derecho público (administrativo) como al privado (mercantil), tratando de conciliar principios y fundamentos propios de ambas ramas y que se amalgaman en una sola unidad: la sociedad nacional de crédito.

### Algunas prevenciones. -

La falta de medios suficientemente acordes al efecto, me ha llevado a solicitar una licencia técnica en cuanto a impresión se refiere, por lo que me he visto precisado en faltar a ciertos principios tales como la correcta escritura de palabras ajenas a nuestro idioma (sobre todo en lo que se refiere a las abreviaturas convencionales de las notas), exceso de datos en las citas bibliográficas, etc. Con ello pretendo evitar un sobrecargamiento que hiciera ilegible lo que deseo sea comprensible.

Doy gracias por la concesión de dicha licencia en forma anticipada.

### A B R E V I A T U R A S . -

art.	artículo
art. 182 II	artículo 182, fracción II
cap.	capítulo
cap. III 3 B	capítulo (de este trabajo) III, número 3, apartado B.
CAP	Certificado de aportación patrimonial
CC	Código civil para el Distrito Federal
CCo	Código de comercio
CNByS	Comisión Nacional Bancaria y de Seguros
Const.	Constitución Política de México

### XIII

CPC	Código de procedimientos civiles del Distrito Federal
D. O.	Diario Oficial de la Federación
D. O. 14 ene 1985	Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de enero de 1985
EPEM	Empresa de participación estatal mayoritaria
EMEM	Empresa de participación estatal minoritaria
"empresa pública"	Entes públicos federales descentralizados
fr. o frac.	fracción
INC	institución nacional de crédito
INC (l. s.)	institución nacional de crédito, <u>lato sensu</u>
l. s.	en sentido amplio
LFIF	Ley Federal de Instituciones de Fianzas
LFT	Ley Federal del Trabajo
LGDP	Ley General de Deuda Pública
LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles
LICOA	Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares
LIS	Ley de Instituciones de Seguros
LISR	Ley del Impuesto Sobre la Renta
LOAPF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
LPCGP	Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público
Ley para el control	Ley para el control por parte del gobierno federal de organismos descentralizados y empresas de participación estatal
LQSP	Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos
LRSPBC	Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito
LSC	Ley de Sociedades Cooperativas
LTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
p. e. o p. ej.	por ejemplo
pfo.	párrafo
Reglas o Reglas generales	Reglas generales sobre la suscripción, tenencia y circulación de los Certificados de Aportación

XIV

RLSC  
S.A. o s. a.  
SenNC  
SHCP  
SNC  
SRL  
v.

Patrimonial de la Serie "B" de las Sociedades  
Nacionales de Crédito, publicadas en el Diario  
Oficial de la Federación del 29 de agosto de 1983.  
Reglamento de la Ley de Sociedades Cooperativas  
Sociedad Anónima  
Sociedad en Nombre Colectivo  
Secretaría de Hacienda y Crédito Público  
Sociedad Nacional de Crédito  
Sociedad de Responsabilidad Limitada  
véase.

**CAPITULO PRIMERO**  
**LA SOCIEDAD POR ACCIONES**

## 1. ANTECEDENTES.

En este punto no pretendo hurgar en la obscuridad del pasado para, es-térilmente, tratar de encontrar el origen del instituto en estudio; me declaro incapaz de realizar tan ardua —si no imposible— tarea. Simplemente me limitaré a transcribir lo que exponen los autores acerca de los antecedentes más definidos que se han podido encontrar de la sociedad en sí, y más tarde, del tipo evolucionado que constituye el de la sociedad anónima, paradigma de las sociedades por acciones.

El, en toda exposición histórica, omnipresente Código de Hammurabi, parece dar la llave de acceso al estudio jurídico de los antecedentes de varias instituciones del moderno derecho comercial, entre ellas, la que ocupa mi atención. En efecto, sesudos estudios han demostrado que, ya, más de 2000 años antes de Cristo, conocíase la figura de la sociedad: "... en su párrafo 98 (del mencionado Código —estela de diorita descubierta en 1901 d.C.—), se refiere a la sociedad en que todos los socios aportan dinero, mercancías o las dos cosas, para repartirse los beneficios que se obtengan, y a la sociedad en que un capitalista aporta dinero a un socio para un negocio determinado o a una cierta categoría de negocios. Pero también en otros párrafos del Código citado —99 a 107— se contienen disposiciones que pueden referirse a contratos de sociedad" (1). Ahora bien, por otra parte se especula sobre si el origen de la sociedad pudo haber sido la propiedad mantenida en común por los miembros de una misma familia a la muerte de su jefe (2), o que los verdaderos móviles para agruparse hayan sido los que perseguían finalidades de intercambio y comercio. SOLA CAÑIZARES llega a mencionar que "... es posible también que el origen de la sociedad se encuentre en la evolución del contrato de préstamo" (3). Por su parte, CERVANTES AHUMADA concluye que la sociedad mer-

cantil con personalidad jurídica no existió en el derecho antiguo, si bien en dicha antigüedad (que puede extenderse a Egipto, Grecia y Roma) lo conocido fue el contrato de asociación (4).

Una vez expuesto lo anterior, seguiré los lineamientos propuestos por LEHMANN para un estudio sistemático de la historia de las sociedades por acciones. Según dicho autor, éste puede dividirse en tres períodos:

- + Epoca antigua.
- + El de la fundación del verdadero y propio derecho de la sociedad -- anónima.
- + El de la positiva regulación (5).

En opinión de BARRERA GRAF, en los albores del derecho romano, la sociedad era meramente una especie de comunidad: "el poner una cosa en común" (6). Más adelante, cuando empieza a adquirir figura contractual, sigue careciendo de patrimonio común; esto es, era una entidad cuyo patrimonio -- era el mismo que el de los miembros de ella; las aportaciones de los socios -- constituían una comunidad de bienes (7), pero ya en vías de conformarse como de propiedad colectiva superando la individualidad, y ello en función de la responsabilidad de los socios, "de sus relaciones recíprocas" (8).

Sin embargo, aun en el evolucionado Derecho romano, no es posible establecer un lazo común entre la sociedad por acciones actual y las instituciones antiguas, así, el entrecruzamiento del derecho público y del derecho privado, según BRUNETTI, determinó situaciones divergentes entre la tradicional societas omnium bonorum y la societas publicanorum, fuertes organizaciones al servicio del Estado (9). "Tampoco, para la sociedad por acciones, existen relaciones con la societas romana" (10). Con dichos fundamentos, y toda proporción guardada, debo compartir en mi calidad de recién egresado, el aserto de BARRERA GRAF en el sentido de que "la forma más antigua de ellas (de las sociedades comerciales) es la Compañía... (en donde) se mantiene en toda su fuerza el carácter personal (intuitu personæ)... , sin que aún se den, ni la responsabilidad limitada de los socios, ni la atribución de personalidad a la sociedad misma" (11).

De la sociedad romana se destacan algunas características:

- a. El principio del ius fraternitatis (confianza recíproca que vinculaba a los socios, principio animado por la buena fe);
- b. La affectio societatis (cuyo contenido trataré al hablar de la es-

- estructura de la sociedad, y que puedo anticipar como la existencia de una voluntad de colaboración social; una tendencia personal hacia el esfuerzo en común);
- c. La aplicación del principio del intuitus personæ;
  - d. La determinación por parte de los socios de la naturaleza jurídica de sus aportaciones;
  - e. El configurarse la sociedad como un contrato que admitía más de dos socios (12).

Como motivos para formar la sociedad, se suelen citar: el riesgo que implicaba el comercio marítimo, de donde existía la necesidad por parte de los armadores de limitar o bien compartir la responsabilidad que dicho riesgo provocaba; al efecto se crearon dos diversas instituciones: el préstamo a la gruesa (phoenus nauticum) y la commenda (13).

"De todos modos —interviene BRUNETTI—, tanto en las sociedades de los publicanos... como en la commenda... las relaciones con la sociedad por acciones de nuestros días sólo se podrían admitir para la categoría de los socios capitalistas" (14).

Siguiendo la exposición histórica que de las sociedades hace BARRERA GRAF, cabe decir que conforme fue pasando el tiempo, se reconocieron por el "derecho intermedio primitivo... varias formas o clases de las sociedades del derecho romano..." (15). DIURNI (16), al hablar de la escuela de los glosadores, afirma que éstos, en su interpretación del derecho romano, advirtieron que el mismo solamente reconoció a la sociedad cuando se constituía con fines de lucro.

Posteriormente a la invasión hecha por los bárbaros, y después de remontar diversas crisis tanto políticas como espirituales, y de levantar los escombros con que el oscurantismo bloqueó física y anímicamente a los juristas y sus fuentes reales, empieza a resurgir el comercio, y con él, en voz de SOLA CAÑIZARES, "aparecen las verdaderas sociedades comerciales" (17). -- Así pues, el autor en cita menciona: la commenda, la compañía ("que tiene su antecedente en la societas"), los bancos y maone ("que son grandes empresas que contratan con el Estado el cobro de los impuestos, realizan expediciones coloniales, obtienen monopolios...") (18), etc. SOPRANO (Trattato teorico-prattico delle società commerciali) (19) ve en los molinos del siglo XIII el antecedente de la sociedad por acciones, y funda su afirmación en el sentido

de que el capital de esas sociedades "estaba dividido en sacos, fácilmente cesibles". MANTILLA MOLINA deja entrever que, otro posible antecedente lo constituyó la colonna, "sociedad constituida para la explotación mercantil de un navío" (20). CERVANTES AHUMADA sitúa el origen de la sociedad por acciones en Italia. En efecto, afirma que las comunidades de acreedores del Estado (v. cap. IV, 1 y cap. V, 1. D), cuyos créditos se documentaban en títulos representativos de partes iguales del crédito, fueron las primeras sociedades por acciones (21).

Conforme avanzó la serie de descubrimientos geográficos y la conquista por parte de los Estados europeos de esas hasta entonces "desconocidas" civilizaciones, se empezó a desarrollar una especie de monopolio comercial sobre las colonias. Es cuando surgen, fomentadas por el Estado, las compañías colonizadoras, que operaban como sociedades, obviamente, comerciales. Estas compañías nacen al ser necesaria una importante acumulación de capital: "fueron la primera expresión de la empresa de grandes dimensiones" (22). Dichas compañías, para algunos juristas (23) constituyen el precedente más inmediato de la sociedad por acciones, mismas que surgen por la "primera explosión capitalista y del expansionismo ligado a la actividad colonial" (24). A su vez, estas compañías son una derivación directa de la institución de la Rhederei, o consorcio de copropietarios armadores de naves (25).

El Estado tuvo una importantísima participación en las compañías colonizadoras. En un principio, los mayores (llamémosle) accionistas tienen también la calidad de dirigentes y de representantes de la compañía ante terceros (26). Al no existir publicidad de su constitución, los partícipes permanecen ocultos (27). No existía regularidad ni de asambleas ni de balances; los beneficios se repartían cada vez que se producían, o bien al concluir cada expedición naval en lo particular (28). Pasado algún tiempo, a fines del siglo XVIII empiezan a dibujarse las asambleas generales. En efecto, la organización se hizo cada vez más compleja: se distinguía ya entre asamblea de socios y el consejo de administración. Por otra parte, era más patente la diferencia entre simple accionista y los gubernadores (mismos que estaban bajo control de los primeros) (29).

Se destaca la naturaleza mobiliaria de la cuota de aportación, que no implica un derecho de copropiedad sobre el fondo común, y a pesar de que el fondo social esté constituido por bienes inmuebles. Asimismo, se establece el principio por el cual los acreedores de los accionistas no tienen acción contra

el patrimonio de la sociedad (30). En cuanto al título de participación del socio en la compañía, se le designa con la voz aktie (holandés: acción), que significa actio: "derecho del accionista a la cuota sobre el patrimonio común y sobre el beneficio" (31).

"Para la entrada en la sociedad no hay limitaciones; es concedida a todos. La admisión se realizaba a base de una propuesta firmada que tenía que ser aceptada por la sociedad. A tal fin se llevaban los libros adecuados y se liberaban certificados para comprobación de la matriculación. De aquí el origen del título accionario (aktie brief; billet d'action), que, en principio, tiene sólo fuerza probatoria" (32).

Las acciones de las compañías coloniales, dada su libre transmisión, - se negociaban en las Bolsas, especialmente en la de Amsterdam (33). Acerca de la personalidad jurídica que pudiera haber tenido la Compañía Holandesa, no existe dato alguno para asegurarlo, a pesar de que tenía reconocida cierta autonomía patrimonial. La Compañía Inglesa de las Indias Orientales (1612), - expresamente gozaba de personalidad jurídica distinta de la de sus socios (34).

De lo dicho, es posible encontrar en esas compañías algunos rasgos -- que caracterizan a la sociedad anónima:

1. La responsabilidad limitada de sus socios a la cifra de sus aportaciones;
2. La división de su capital en títulos que dan el status de socio: la acción, misma que goza de fácil transmisibilidad y que produce una renta (35).

En cuanto a la duración de las compañías colonizadoras, la misma estaba supeditada al agotamiento de la empresa. "La concesión gubernativa era -- por tiempo determinado (21 años), pero después de 10, podía disolverse" (36). - En un principio, la sociedad era creada en base a un privilegio concedido por el Estado (oktroi); es en este orden de ideas que puede afirmarse que no era posible la libre constitución de la sociedad por acciones (sistema del privilegio, - v. nota 5). Esta limitación a la libertad de constitución de sociedades continuó en el llamado sistema de las concesiones, sistema que reconocía a la sociedad por acciones la naturaleza de libre asociación, pero con estrecha vigilancia - por parte del Estado. Entre el reconocimiento (oktroi) y la autorización (kon- - zassion) existe la misma diferencia que entre un privilegio legislativo (ius sta tuendi) y un privilegio administrativo (ius confirmandi) (37).

Durante el sistema de la reglamentación positiva, la constitución de la sociedad es libre, pero condicionada a la satisfacción de determinados requisitos para que pueda considerarse como regularmente constituida.

La Ordenanza de Colbert de 1673 no se ocupó de la sociedad por acciones en particular; en cambio sí se refiere, al igual que las Ordenanzas de Bilbao (1737) y las diversas italianas, a la sociedad colectiva y a la sociedad en comandita (38). Mediante un decreto de 24 de agosto de 1793, se sometió a las sociedades por acciones a la autorización legislativa; sin embargo, un año después se suprimieron por ser "destructoras del crédito público" (39) y se prohibió la creación de nuevas. Posteriormente nos encontramos con que hubo al respecto confusión e incertidumbre, infortunios que terminaron en el continente europeo con la codificación (40). El Código de Comercio francés de 1807 reglamentó diversos tipos de sociedad: sociedad en nombre colectivo, sociedad comandita simple y la sociedad anónima (art. 19). Cabe destacar el texto del artículo 47 de dicho Código: "indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les ASSOCIATIONS COMMERCIALES EN PARTICIPATION". En este ordenamiento se disponía que la comandita podía constituirse libremente, toda vez que en la misma existe un comanditario personalmente responsable. Pero negó esta libertad a la sociedad anónima, en la cual no hay ningún socio colectivo, y que, precisamente por esa razón se denominó anónima (41). Vemos en esta sociedad anónima dos características: la limitación de responsabilidad del socio y los títulos transmisibles. En este punto, también notamos que las acciones (durante casi todo el siglo XVIII fueron nominativas) se convierten cada vez con mayor frecuencia en títulos al portador; asimismo se van precisando las funciones de los administradores y de los síndicos (vigilancia de los primeros), llegando a perfeccionar los órganos de la sociedad anónima (42). Por otra parte, también desaparece la oligarquía en la administración: la sociedad por acciones empieza a ser regulada bajo un sistema democrático y en base a la adopción de acuerdos por mayorías (43). Mediante la ley francesa de 24 de julio de 1867, se otorga el derecho de crear libremente (sin autorización previa) las sociedades anónimas (44). BARRERA GRAF capta el desarrollo de la anónima en el siglo XIX así: "Esa creciente complejidad de las sociedades anónimas llevó a la creación, a fines del siglo pasado, de las llamadas sociedades de responsabilidad limitada, en Inglaterra y en Alemania" (45).

La sociedad anónima llega a considerarse como un capital dotado de per

sonalidad jurídica, dada su particularidad de estar al servicio del capitalismo y a haber contribuido a su enorme desenvolvimiento durante el siglo pasado y principios del presente; gracias a ello, empezó a estructurarse como un ente capitalista, desde el punto de vista socio-económico. Ahora bien, después de la guerra de 1914 (46) vemos que se inicia lo que SOLA denomina "socialización" (yo en lo particular prefiero "democratización") de la sociedad anónima. Empezaron las reivindicaciones de los partidos socialistas y de los movimientos obreros europeos. El Estado expropió y nacionalizó las S.A. concediendo a los obreros participación en los beneficios y en la administración; el capital ya no puede decidir arbitrariamente el destino de la sociedad (47). Aún así, la sociedad anónima había de resultar uno de los más grandes éxitos de la técnica jurídica dentro del contexto de la historia económica, y a la par, dar origen a lo que RIPERT denominó como "era de las sociedades por acciones" (48).

En nuestro país, hacia 1789 una sociedad anónima dedicada a los seguros marítimos inició sus operaciones. Esta sociedad es considerada como la primera anónima en México (49). Durante 1802 se constituyó una sociedad con su capital dividido en acciones transmisibles y con responsabilidad de los socios para integrar el capital social, ya propio de la sociedad. El Código redactado por Don Teodosio Lares fue el primer intento serio para regular las anónimas (50). El Código de comercio de 1884 reguló en buen número de preceptos a este tipo social. En 1889 se promulgó una ley específica sobre la anónima (51) misma que fue derogada por el Código de comercio de 1890, que a su vez tuvo vigencia hasta la aparición de la LGSM de 1934.

## 2. FUNCION ECONOMICA.

"Los juristas estamos contentos con jugar con esa maravillosa máquina jurídica que es la sociedad por acciones y nos entretenemos en retocar esa máquina por medio de reformas parciales, por medio de reformas ortopédicas, con el fin de conseguir que cada -

da funcione mejor el mecanismo".

JOAQUIN GARRIGUES\*

Ya ha quedado establecido que la sociedad por acciones es producto y efecto del progreso. Ahora bien, desde finales del siglo pasado a la fecha, el desarrollo y evolución de la tecnología ha traído aparejadas necesidades cada vez más complejas. El tiempo pasa más rápido, y tanto la ciencia como el humanismo deben acelerar su avance en conocimientos para hacer más cómoda la vida contemporánea, así como adaptar al hombre al constante cambio que él, por naturaleza, va provocando: "su realidad (del cambio apresurado y de los negocios humanos) no pasa desapercibida y aún constituye un impacto psicológico para quien ha sido testigo de las mutaciones producidas" (52). Es tan constante el cambio que a veces nos resulta difícil identificar y precisar determinada institución o fenómeno, ya de índole económica, o jurídica, o social. Uno de ellos, en concreto, es el caso de la sociedad por acciones, cuya ductilidad y fácil adaptabilidad a los más diversos fines, nos hace creer que a veces llega a desnaturalizarse: se nos evade, se nos oculta. De ahí que es claro advertir que son muchas las ventajas de la s. a. "tan claras y ostensibles que -- por bastantes decenios lograron disimular al menos en apariencia sus propios inconvenientes" (53).

A continuación haré una especie de sumario de las múltiples funciones que, potencialmente, pueden llevarse a cabo mediante la sociedad por acciones:

- + estructura jurídica ad-hoc para grandes empresas.
- + permite obtener colaboración económica de mucha gente.
- + formar un patrimonio distinto e independiente.
- + canalizar ahorros y recursos.
- + obtener financiamientos (emisión de bonos y obligaciones).
- + como centros de empleo y capacitación (auxiliar del Estado y de las universidades).
- + distribución de tareas comerciales.

---

\* Hacia un nuevo derecho mercantil, p. 120.

- + obtener importancia política.
- + prestar eficientemente servicios públicos.
- + instrumento para propósitos innobles.
- + etcétera.

En primer plano, aparece que la sociedad anónima es el organismo jurídico-comercial más socorrido para dar vida a un instituto económico determinado y sobre todo para la gran empresa. En efecto, no obstante que los demás tipos sociales gozan de personalidad jurídica, la regulación más completa y compleja que hacen las leyes, es la que se refiere a la anónima. El mismo desarrollo industrial provocó esta situación, de donde no es extraño el apogeo de la anónima durante el siglo XIX: "Los ferrocarriles, las empresas de navegación, las grandes fábricas, la Banca, los seguros eligen aquella fórmula jurídica, como la más adecuada para desenvolverse adecuadamente" (sic) (54). Acertada es la apreciación que POLO hace de la anónima al considerarla como un "mecanismo de gestión financiera de la empresa" (55). El que esta sociedad sea un mecanismo jurídico adecuado para las grandes empresas, lo constituye, principalmente, el hecho de que las empresas comerciales o industriales exigen la concentración de capitales que, por motivos técnicos o económicos, no pueden ser suministrados o manejados por una sola persona. Es más patente la necesidad de acudir a la anónima cuanto más aumente la dimensión de la empresa. Es en este sentido que, a juicio del legislador, las sociedades por acciones son las más adecuadas para el manejo de dichas macroempresas (56). De esta manera, la anónima no es ya una unión de personas, sino una fusión de capitales; estamos ante la despersonalización del capital. Todas las demás sociedades no capitalistas están dominadas por las relaciones personales de los socios (57).

Otra de las cualidades de las que goza la anónima y que la hacen atractiva a los empresarios (profanus sensu), es la posibilidad que en ella éstos encuentran para disminuir los riesgos que pueda generar la empresa a acometer, mediante la distribución entre un gran número de personas tales eventualidades, así como limitar su responsabilidad hasta el valor de las aportaciones efectuadas. Esto es lo que para MESS INEO (58) constituye la función específica de la sociedad por acciones: distribuir el riesgo y limitar la responsabilidad al propio aporte.

Seductor es, asimismo para los especuladores o los grandes hombres de empresa, la facilidad de la transmisión de títulos con valor limitado: la ac-

ción. Es así como la sociedad constituye el medio jurídico más ágil para la obtención de capital: mediante el recurso de la división del capital en acciones y la emisión de los títulos representativos de éstas. Esto hace posible la participación de las personas más diversas y alejadas. En tanto el socio se sienta retribuido en su inversión, sigue colaborando con la sociedad; una vez que empieza a decaer la rentabilidad, enajena fácilmente sus títulos y se desentiende de la suerte de la sociedad. Una ventaja más para el capitalista: la separación entre la titularidad del negocio y la gestión del mismo, ya que le facilita dedicar su dinero a determinadas actividades sin necesidad de prestar también su trabajo personal (59).

Se pretende que la sociedad por acciones es en sí un organismo esencialmente económico, o bien un instrumento de esa naturaleza. De ahí que los economistas (que son los primeros en afirmar lo anterior) justifiquen la constitución de una sociedad anónima solamente cuando ésta tenga por objeto una finalidad económica: "lo jurídico sólo se considera como la forma y el instrumento para la consecución de un fin esencialmente económico" (60). -- No sé qué propósitos persigan los economistas (amargos recuerdos me trae el pensar en el sexenio tecnócrata próximo pasado, henchido de "lics. en Economía") al afirmar que, al ser la sociedad un organismo de carácter económico, debe negarse que sea una institución de creación jurídica (61). Para nosotros, la sociedad anónima es una institución netamente jurídica —que responde a impulsos económicos—; esto es, un "mecanismo jurídico colector de capitales" (62) en oposición al término "empresa", que es de inspiración económica (organismo económico). Abundando en el particular, es preciso reconocer a la anónima como la técnica jurídica que da a la empresa una existencia y una organización sobre el plano jurídico. Resulta interesante el punto de vista con que Jean PAILLUSEAU estudia a la anónima (como concepto jurídico) en relación a la empresa: "... la sociedad aparece (ya no como titular, como empresario) como el conjunto de reglas jurídicas, de técnicas y de mecanismos destinados a permitir la organización jurídica y la vida de una forma de producción o de distribución, de un organismo económico: la empresa" (63). -- En mi particular y humildísima opinión, no es en sí de la sociedad anónima de lo que PAILLUSEAU habla, sino de lo que la anónima representa; de su background (como acertadamente dicen en Estados Unidos). No es la sociedad la que inyecta elementos jurídicos a la empresa: una y otra son conceptos jurídicos distintos y como tales deben guardar su autonomía; juntos mas no revueltos, como concluyo en el capítulo de la Empresa.

En lo que sí estoy de acuerdo es que la sociedad por acciones es un elemento imprescindible para el desarrollo económico de un país. Es de suma importancia como 'piedra angular del mundo de los negocios' (64); sin llegar a exagerar, la anónima domina la vida moderna económica en función de su actividad y la fuerza de sus métodos (65). Con la aparición de las acciones como títulos de crédito, la economía moderna se ha constituido como nueva era del capitalismo y también ha sustituido al empresario individual. Se ha logrado una distribución de las tareas comerciales, y por otro lado, es un fenómeno no solamente económico, 'sino también político' (66).

Las sociedades anónimas son importantes auxiliares del comercio al conjugar elementos que, actuando individualmente de poco hubieran servido para fomentar la circulación de bienes y servicios; esto es, vienen a darle cohesión a los diversos factores productivos para acelerar el proceso de intercambio de satisfactores. De aquí, y siguiendo a SOLA, nos encontramos ante dos clases de sociedad por acciones:

- 'a) la pequeña sociedad anónima de tipo cerrado, con pocos socios, con frecuencia de tipo familiar, con acciones que no se cotizan en la Bolsa, y
- b) la gran sociedad anónima, abierta al público, realizadora de grandes empresas, con centenares o miles de participantes (accionistas), con subscripciones públicas y títulos cotizados en la Bolsa' (67).

Una función actual de suma importancia que vemos en la sociedad por acciones, es la de estar al servicio del Estado para que éste pueda desarrollar con mayores posibilidades de éxito sus funciones dentro del campo mercantil. Son varias las causas, razones y motivos que inclinan al Estado al uso de estas sociedades (v. cap. IV, 2). De esas múltiples razones, GARRIGUES selecciona, a manera de resumen, 3 manifestaciones:

- + la concentración de los recursos del capital disponible;
- + la alimentación de los obreros situados al margen de las empresas dominadas por las grandes sociedades anónimas, y
- + la amenaza constante a los principios del mercado libre... por consecuencia de las alianzas entre las grandes compañías anónimas (68). De esta manera, el Estado opta por convertirse en accionista de ellas (69); eran privadas, ahora van a ser 'semipúblicas'. La meta de este camino es la nacionalización o socialización de la sociedad anónima

(70). Es la última meta del intervencionismo del Estado en la S. A. (71). La fisonomía de estas sociedades no puede someterse nunca a la ley normal de sociedad anónima (72). El destino que a estas sociedades da el Estado, es la de organizar sociedades de servicios públicos, que son "instituciones descentralizadas del poder público" (73).

Cabe advertir que muchas operaciones están reservadas a la sociedad anónima, ya que en dichos actos comerciales se requiere de personas con gran fuerza económica que respondan a las necesidades que exigen los servicios masivos. En este orden de ideas vemos que la constitución de grandes empresas es característica de la actualidad; el progreso de los instrumentos jurídicos ha conseguido realizar la movilización de grandes capitales (hasta la Banca ha debido intervenir en la propia constitución de las sociedades, toda vez que hay algunas en las que es necesario reunir y recoger mucho dinero: los bancos suscriben el capital social y después buscan personas a las cuales transmitir las acciones suscritas en fracciones más pequeñas).

La sociedad anónima también tiene su lado débil: "Manejada con astucia puede servir a propósitos innobles, dar lugar a fraudes, ser motivo de engaño" (74). Sin embargo, y a pesar de sus defectos, la sociedad anónima es digna de elogio; es una institución que coadyuva al desarrollo del comercio y a la prosperidad general; constituye un pilar importante en la prestación de servicios públicos: muchos servicios de interés general se han prestado y se vienen prestando por compañías anónimas (75).

### 3. ESTRUCTURA.

La sociedad anónima está constituida por una vasta colección de elementos y de características, que estudiados aisladamente dan la impresión de ser piezas de un rompecabezas. De hecho lo son. La sociedad por acciones es un complejo jurídico animado por peculiaridades no muy precisas, pero que en conjunto nos revelan una institución identificable desde cualquier punto de vista. Su estructura es dinámica; de fácil adaptabilidad a los más bruscos cambios; con una capacidad asombrosa de retroalimentación, es decir, puede prescindir de un órgano mediante el fortalecimiento de otros, o por medio de

una inmediata sustitución de aquel por otro, bien ya existente, bien de nueva creación. Dicho en otras palabras: a la sociedad anónima no le afecta que "le muevan el tapete"; siempre encontrará la forma de subsistir. En este orden de ideas, es difícil determinar con precisión cuál es la base sobre la cual reposa. Tratar de definir equis número de elementos esenciales de la anónima es una tarea que equivale a tapar goteras de un techo de madera en época de aguacero. Y esto, insisto, es por causa de la complejidad dinámica de que goza la sociedad por acciones. Sin embargo, y para efectos de estudio, hablaré de la sociedad anónima casi ideal (es decir, aquella que está compuesta por la casi totalidad de elementos posibles, y digo casi porque estos elementos pueden ser hasta imaginarios y que pueden tener cabida en el engranaje de la maquinaria cada vez más perfecta y en constante evolución de la s.a.) y dentro de un espacio (lugar-tiempo) determinado. En principio combinaré tanto elementos —esenciales y accidentales— como características. Así se puede hablar dentro y alrededor de la sociedad anónima de: personalidad jurídica, socios, capital, autonomía patrimonial, acciones, aportaciones, responsabilidad limitada, órganos, fin común, aspectos formales, etc., y dentro de ellos, podemos encontrar una diversidad de matices y posturas que rebasa los límites no ya del presente trabajo, sino de un tratado de sociedades por acciones. La sociedad por acciones es un universo de posibilidades estructurales y coyunturales que impide una proyección global totalizadora.

## A. LA PERSONALIDAD JURIDICA.

La personalidad jurídica no es ya una novedad para las sociedades mercantiles, "por importante que sea el concepto, no basta para atribuir la esencia de la s.a. Trátase únicamente de una piedra miliar en la evolución doctrinal" (76). La personalidad jurídica ha terminado desde hace tiempo de ser lo inmediato a la sociedad.

En el aspecto relativo a la sociedad, el concepto personalidad jurídica tiene dos acepciones principales: como persona moral y como institución que da existencia a un ente en la vida jurídica. En el primer caso se dice que sólo son personas morales (jurídicas) aquellas reconocidas por el Derecho (77). Desafortunadamente existe aún la creencia de que la personalidad moral se reduce a la posesión de un patrimonio afectado a la realización de la finalidad --

perseguida (78). Y en el lado opuesto, se considera la personalidad moral desde un punto de vista que parte de la idea antropomórfica (algo parecido a la criatura del Dr. Frankenstein). Para evitar esto, solamente debe concernirle al Derecho el regular todo lo relativo a la personalidad jurídica. En el segundo caso, es importante poner de relieve que la cualidad de sujeto jurídico (como centro de imputación jurídica; persona) puede corresponder también a entes diversos del individuo físico ("toda idea antropomórfica debe desecharse") (79), a entes que, eventualmente, no tienen fuera del derecho ninguna existencia real, sino que tienen una simple vida jurídica, en relación a las normas que les confieren la cualidad de sujeto de derecho (80). "Así como el ordenamiento jurídico es libre en la determinación de sus normas, así también el mismo es libre en la determinación de los destinatarios de dichas normas; esto es, en la determinación (cfr. art. 25 CC) de los sujetos a que se refieren las obligaciones, los derechos..." (81). Sin embargo no hay que perder de vista que tal influencia del derecho y del destino de las normas, es en función de los socios (82); los socios como hombres, como único sujeto (llámémosle real, y no por oposición a ficción, sino a virtual) real de derecho y del destino de las normas; en este sentido, vemos la personalidad jurídica como un instrumento para que dicho hombre pueda llevar, en el mundo del derecho, a cabo sus finalidades (83). Profundizando un poco más, podríamos ver la personalidad jurídica de una sociedad como un "diafragma entre los socios, como grupo, y el conjunto de bienes y patrimonio" (84), lo que constituiría una tercera acepción.

En lo personal me adhiero a la concepción de FERRARA, quien indica que la universitas constituye un ente único, ideal, distinto de la pluralidad de los sujetos que la concibieron, que la animaron (más exacto me parece este último término, ya que la sociedad como sujeto jurídico ya estaba en ese mundo jurídico, si bien parcialmente); es una nueva (distinta) persona jurídica que "la ley unge a la pluralidad coligada" (85). SOLA CAÑIZARES, lacónicamente rompe con las hostilidades al subrayar que la personalidad jurídica "no es otra cosa que un simple medio técnico para facilitar la titularidad de un patrimonio por varios individuos" (86). Mayor precisión demuestra tener DALMARTELLO (La concezione unitaria della società attraverso i suoi aspetti di contratto, di atto complesso e di persona giuridica) al manifestar que la personalidad jurídica surge cuando se requiere individualizar una voluntad orgánica jurídicamente efectiva "...que de forma duradera y continuada se dirige a la consecución de un fin predeterminado, y que no dimana de una persona ffsi-

ca actuando como tal o de una sola persona" (87).

BARRERA GRAF señala que la personalidad jurídica de la sociedad (o asociación) es una nota accidental (en oposición a las que él denomina como "notas esenciales"): cualquiera que sea el tipo que adopten, "adquieren una personalidad propia... ninguno de estos requisitos (personalidad y patrimonio) es esencial..." (88). De lo transcrito coligo (de colegir, inferir, deducir) que más bien se trata, en el caso de la personalidad, de un elemento CONSUBSTANCIAL, o mejor dicho: de un presupuesto lógico-natural, en tratándose de sociedades por acciones. Todas las legislaciones reconocen (¿otorgan?) personalidad jurídica a la sociedad por acciones (89). En efecto, en las asociaciones, la personalidad se convierte en un elemento natural de categoría regular (90).

## B. LOS SOCIOS.

Qué mejor que las palabras de MOSSA para ilustrar este punto: "La teoría de la sociedad, que empieza y termina en la idea de las relaciones obligatorias de los socios, está limitada a imaginar la existencia de relaciones individuales y colectivas, pero siempre forzadas, entre los socios de una s. a. que, incluso, se desconocen entre sí" (91). Por otra parte, y como apunto abajo, las relaciones entre los socios es de mínima importancia para el estudio de la sociedad. Recordemos que la sociedad por acciones introduce el principio res inter alios acta. BARRERA GRAF le da un carácter sinalagmático a la relación de la sociedad con sus socios: existe una correlación entre la aportación de éstos y la finalidad común que persiguen dentro de la sociedad; a cambio de sus aportaciones, adquieren el status de socio, mismo que implica una serie de cargas a la sociedad (como persona "individual") a favor de los socios, ya de naturaleza patrimonial, ya corporativa (92).

La presencia del socio es de vital importancia ya que todo vínculo jurídico (la sociedad como institución necesita de este vínculo) es inconcebible sin personas que sean sus titulares, mismos que pueden ser, en general, cualquier otro ente jurídico.

La generalidad de los autores (v. infra Sociedad con un solo socio) insiste que es CARACTERÍSTICA OBLIGATORIA la presencia de dos o más so-

cios, peculiaridad que genera la plurilateralidad en la anónima; aunque esto no es privativo de ella, ya que en nuestro derecho dicha nota es obligatoria para cuatro tipos de sociedades (93), las demás no exigen la presencia de dos socios. Este concurso de varios socios, responde al fin económico de la anónima: reunir capitales; es en este sentido como sí se justifica la presencia necesaria de una pluralidad de socios.

Reconozco que la persona del socio es un elemento indispensable de la sociedad; es un principio indiscutible. Antiguamente existía entre los juristas el dogma de que toda sociedad requería de una pluralidad de personas, partiendo de la base de que nadie podía asociarse consigo mismo. Reitero la idea del vínculo jurídico existente entre la sociedad y el socio, sin importar que sea uno o una miríada; siempre, indefectiblemente existirá ese lazo, -- ese sinalagma. Al introducirse el concepto de responsabilidad limitada, más correctamente, al pulirse la verdadera dimensión de que la sociedad por acciones constituye un ente jurídico definitivamente autónomo de sus socios -- (por lo que no puede darse la figura del contrato consigo mismo), en diversas ocasiones, por cualquier motivo, había sociedades con un solo socio. -- En el epígrafe del presente capítulo queda demostrada la tendencia de los estudiosos del derecho. Al percatarse de la "herejía" jurídica que formaba esa incompatibilidad, echaron mano del civilista concepto de la nulidad, así como también de la simulación. Dogmáticos y puritanos se oponen a la constitución de la sociedad por un solo socio y así lo manifiestan al volcar sus prejuicios en el derecho positivo. Yo, por lo pronto, y más aún desde esta tribuna que es una Tesis (no necesariamente de acuerdo con una realidad) no cumpulgo con tales ideas; el socio sí es esencial en la sociedad, no así la necesaria pluralidad de ellos.

Dentro del contexto de la sociedad por acciones, la figura del socio -- (lo que él representa como persona, no como elemento o presupuesto) conlleva una total indiferencia, de los que se desprende la fungibilidad de los -- mismos sin perjuicio de la integración de la sociedad (estatutos, naturaleza, etc.). Esta fungibilidad da origen, según la tesis sustentada por ASCARELLI a una trilogía de socios:

- a) los que quieren serlo solo por un período muy breve, más que participar en la vida social, quieren especular sobre el curso de las acciones;
- b) los que quieren ser socios, pero su participación es tan pequeña --

- que no pueden tener influencia, por lo que se conforman con — invertir con propósito de ahorro, desconociendo la gestión social, y
- c) los grandes accionistas, detentadores de la mayoría de las acciones quienes son los conocedores de la sociedad y eventualmente tienen la dirección de la vida social (94).

Ahora bien, solamente en la gran sociedad por acciones es donde podemos encontrar esa diversidad de categorías de socios, no así en la pequeña o cerrada sociedad anónima. Es en esta última donde el fin común es un elemento general de todos los socios; solamente ahí existirá el espíritu de colaboración.

El socio nunca será titular ni del capital social, ni del patrimonio de la sociedad. El se limita a hacer sus aportaciones o a obligarse a hacerla.

### C. LAS APORTACIONES.

Los aportes son un elemento esencial-constitutivo de la sociedad, y — más aún de la anónima. Todos los socios deberán aportar bienes o capital a la sociedad por acciones, para así constituir el capital social. Se habla que las aportaciones son el objeto de la sociedad con miras a la explotación comercial (95). Desde ahora anticipo que, en principio, las aportaciones son = una prestación que hace el socio como presupuesto para la existencia de un objeto, no como objeto mismo. En términos generales la aportación es la obligación de dar a la sociedad una prestación determinada (en numerario o en especie): la aportación existe antes de la tradición (96). Las aportaciones pueden realizarse a título de dominio o a título de uso o de usufructo (97); salvo pacto en contrario, las aportaciones de bienes se entenderán traslativas de — dominio (art. 11 LGSM. V. arts. 12, 89 IV y 95 LGSM). El aportante debe disponer libremente de lo que aporta.

En opinión de MANTILLA MOLINA, para la realización del fin común "... es preciso poner los medios conducentes... las llamadas técnicamente aportaciones" (98). La aportación es el combustible que requiere la maquina de la anónima.

#### D. EL PATRIMONIO.

El patrimonio es una consecuencia lógica del presupuesto natural - que es la personalidad. La sociedad por acciones es un sujeto jurídico, y como tal goza de los atributos de las personas. Es común el error en que caen los autores al ver el patrimonio de la sociedad como un conjunto de bienes y derechos, o bien que las aportaciones de los socios forman ese patrimonio - de la sociedad (99). El patrimonio constituye una compleja estructura de derechos, créditos, bienes, expectativas, obligaciones, cargas, gravámenes, - etc. El patrimonio es un medio para que la sociedad pueda llevar a cabo su - vida social en lo que al tráfico de créditos y derechos se refiere: es su "caja registradora", misma que puede estar vacía (como no es de extrañarse en - - plena crisis).

El concepto de patrimonio trasladado a las sociedades implica una relativa novedad. En efecto, en el Código Italiano de 1865, se daba, en la noción de sociedad (art. 1697) la característica de que generaba sólo un vínculo obligatorio entre los contratantes; eran los socios los que adquirían derechos y obligaciones, por lo que no existía un "patrimonio autónomo", sino bienes puestos en común o pertenecientes a los socios (100); "existía cierta autonomía patrimonial solamente en las sociedades comerciales, pero únicamente - como reflejo de la personalidad reconocida a todas ellas" (101).

Esa autonomía patrimonial, en nuestros días, es absoluta e irrestricta (arts. 23 y 24 LGSM): no existen interferencias con el patrimonio de los - socios; de las obligaciones sociales responde solamente el patrimonio de la - sociedad (en las de personas se añade la responsabilidad de los socios o de algunos de ellos).

#### E. LA RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Esta clase de responsabilidad no es privativa de la anónima, pero sí - una característica. En realidad la limitación de responsabilidad no es para - la sociedad, ya que ésta responde de sus deudas con todo su patrimonio, sino para los socios, mismos que responden solamente con su aporte (art. 87

LGSM). Sin embargo, y para no pecar de purista, admito el término sociedad de (¿con?) responsabilidad limitada. CERVANTES AHUMADA insiste en que esta clase de responsabilidad (en la que los socios responden hasta el monto de sus aportaciones) y el hecho de que el capital social se divida en acciones, constituyen los dos principios de la anónima (102).

#### F. LA AFFECTIO SOCIETATIS.

Existen teorías distintas "y ninguna de ellas tiene... utilidad práctica alguna" (103). Lo que sí se puede afirmar, es que no es un elemento esencial de la sociedad, y muchísimo menos de la gran sociedad por acciones.

Encontramos una diversidad de conceptos de la affectio societatis (104) sin que ninguno de ellos satisfaga mi personal curiosidad científica. En lo personal me adhiero (y no por comodidad) a GARRIGUES en el sentido de considerarla como una "tautología" que la identifica con el requisito del consentimiento en los contratos. Cómo se puede hablar de affectio societatis cuando se compra un valor en la Bolsa para después revenderlo sin saber a veces cual es el objeto de la sociedad de la que se es accionista.

No es un elemento de la sociedad, y como todas las definiciones aluden a una intención o voluntad, lo más que puedo hacer para incluirla en el estudio de la anónima, es reducirla junto con BRUNETTI (105) a un elemento de la causa del negocio constitutivo de la sociedad por acciones.

#### G. FIN COMUN.

Evidentemente, al constituir las personas físicas una sociedad (cualquiera que sea su tipo o clase) lo hacen pensando en un fin común\* a ellos. De donde puedo afirmar que el fin común es un presupuesto esencial para la constitución de la sociedad. MANTILLA MOLINA lo expone así: "carácter

\* Común. en este caso como "concerniente a", no necesariamente que implique una comunidad.

esencial de las personas (la sociedad es un sujeto jurídico) es el estar dotadas de voluntad; pero la voluntad presupone un fin a cuya realización está encaminada... en orden inverso, se presenta así: la existencia de un fin -- que realizar implica una voluntad, y ésta, a su vez, una persona. Como es de la esencia de las sociedades la existencia de un fin común, debe concluirse que las sociedades son personas" (106).

En este fin común no hay antagonismo, sino paralelismo hacia una meta común por parte de los socios. BOLAFFI mete orden al establecer que "hablar de fin de la sociedad constituye una expresión elíptica (yo diría hiperbólica), que se usa para indicar el fin que persiguen las partes en la sociedad" (107).

Todas las sociedades tienen una finalidad, y en los derechos latinos, ha de ser siempre económica ("y esto es lo que la distingue de la asociación") (108).

Aquella vocación a pérdidas y ganancias a que se alude en la affectio societatis (v. nota 104) es una consecuencia de que existe un fin común; y éste no necesariamente debe ser el perseguir la realización de negocios lucrativos (109).

## H. LA MERCANTILIDAD.

La sociedad por acciones es siempre una sociedad mercantil. Nuestro derecho evita darle la mercantilidad en función de su finalidad, sino que, -- será mercantil toda vez que es un tipo reconocido por el art. 1º de la LGSM (art. 4º), "cualquiera que sean sus finalidades" (110). La mercantilidad de la s.a. es una característica omnipresente en ella; no una peculiaridad.

## I. ORGANICIDAD.

La sociedad por acciones está dotada lege ferenda de órganos adecuados y jurídicamente regulados para que la sociedad pueda actuar perfectamente como ente autónomo.

En nuestro derecho, la anónima goza de una triple organización interna: órgano deliberatorio, de ejecución y de intervención (vigilancia). Dicho régimen se traduce en una peculiaridad de la anónima. Ahora bien, en la práctica puede funcionar faltándole alguno de los órganos (generalmente el de vigilancia); esto no desnaturaliza su característica.

#### J. LA PUBLICIDAD.

Es una condición de eficacia, no elemento constitutivo de la sociedad por acciones. Asimismo es una característica formal ("partida de nacimiento de la persona moral") común a todas las sociedades para que puedan tener personalidad jurídica (regular) distinta de la de sus socios (art. 2º LGSM). El art. 6º LGSM señala los requisitos formales para la constitución de una sociedad.

#### K. LAS ACCIONES.

El hecho de que el capital social esté dividido en acciones, y éstas a su vez representadas por títulos libremente transmisibles, constituye la característica fundamental que distingue a la anónima de cualquier otro tipo social (existe el fantasma de la comandita por acciones, aun así, ver bien el art. 209 LGSM).

Existen otras particularidades de la sociedad anónima (bonos de fundador, emisión de obligaciones, etc.), pero no constituyen elementos estructurales, sino meramente funcionales.

#### 4. CONCEPTO (111).

De los diversos conceptos examinados (112) he encontrado que perma\_

necen inalterables diversos elementos que si bien no son específicos de la sociedad por acciones, sirven para darle más volumen al concepto ensayado por cada autor.

Dichos elementos son:

- + contrato, acto jurídico, convención;
- + dos o más partes (personas, sujetos);
- + patrimonio social, capital social, fondo común;
- + aportes, combinación de esfuerzos, cooperación;
- + fin común, fin económico, repartir pérdidas y ganancias;
- + organización;
- + persona jurídica, denominación social;
- + limitación de responsabilidad;
- + acciones.

Todos estos elementos descritos pueden resultar tentadores para usar los como ingredientes y preparar una exquisita definición de la sociedad. No es el caso, o al menos, no es mi propósito. Me limitaré a, según el sentido de la palabra "concepto", enunciar genéricamente la sociedad anónima destacando su esencia. De esta manera, la sociedad por acciones es un COMPLEJO ORGANICO AUTONOMO INSTITUCIONAL DE ESTRUCTURA FINALISTA POLIVALENTE, CUYO CAPITAL SE DIVIDE EN ACCIONES REPRESENTADAS POR VALORES LITERALES.

+ COMPLEJO ORGANICO. - Complejo: que se compone de varios elementos (así, complejo industrial, complejo vitamínico, etc.). Orgánico, de órganos: deliberatorio, ejecutorio y de vigilancia. Cada uno de ellos reviste su propia complejidad.

+ AUTONOMO INSTITUCIONAL. - Autonomía como condición de no depender de nadie. Esto implica, necesariamente, una personalidad jurídica (y en consecuencia todos sus atributos: nombre, domicilio, patrimonio, etc.) propia y distinta de cualquiera de sus fundadores o socios. Olvidémonos de "ficciones", de "patrimonios de afectación", etc. El ordenamiento jurídico le atribuye tal personalidad a las sociedades mercantiles (art. 25 III CC) —en función del socio (v. nota 82), si se quiere— sin ponerse a hacer contemplaciones divagadoras. La sociedad mercantil —legalmente constituida— es tan persona (con responsabilidad propia) como el ser humano al nacer (o antes, en ciertos casos). Institucional: en el sentido técnico-jurídico que dan a la-

palabra HAURIOU y RENARD: idea de obra o empresa que se realiza, y dura - jurídicamente en un medio social, y por lo tanto se abandona la concepción de la sociedad como un contrato, aplicándose la teoría institucional (113).

+ ESTRUCTURA FINALISTA POLIVALENTE. - Vuelvo a insistir en el argumento vertido en la nota 107 y en el texto que calza. Como tal, la flexibilidad estructural que tiene la anónima, le permite explotar una abundante gama de actividades lucrativas o no. Y al mismo tiempo esta estructura es fácilmente adaptable a cualquier clase de necesidad; asimismo es una estructura dinámica que puede adecuarse en tiempo y en espacio sin perder su naturaleza de sociedad así como tampoco su tipicidad. La anónima no constituye un cuadro rígido que al menor movimiento se agriete como cualquier otra institución jurídica; por ejemplo, la asociación civil: en cuanto persiga una finalidad económica, ipso iure deja de serlo.

+ CAPITAL DIVIDIDO EN ACCIONES REPRESENTADAS POR VALORES LITERALES. - Considero prescindible la explicación de este punto, restándome remitir al alcance y sentido del art. 111 LGSM. El término valor literal - debe identificarse con el de título de crédito con todas las consecuencias - que el mismo conlleva, siempre y cuando sea compatible con su naturaleza - (es decir, una naturaleza especialmente tratada en el capítulo relativo a la acción de la s.a. dentro de la LGSM -v. infra, n° 8-).

## 5. DIVISION DE LAS ASOCIACIONES -lato sensu-.

### A. TIPICIDAD. -

Al hablar de tipicidad es inevitable referirse a sinónimos que a la postre pueden causar confusión y falta de precisión en los conceptos. No quiero pecar de susceptibilidad, pero, al menos para mí, quiero ser claro en el empleo de los términos; pareceré dogmático, pero la verdad es que reina tal anarquía que justo es imponer (o intentarlo) criterios distintivos claramente definidos. Gran diversidad de palabras similares existen (114), de las cuales selecciono unas cuantas. Para efectos del presente apartado, la palabra tipo es clave; alrededor de ella giran las demás ideas (principalmente: categoría,

especie, esquema, modelo, clase, forma).

Por TIPO debe entenderse el modelo jurídicamente reglamentado dentro de un esquema (p.ej. art. 1º LGSM) (115) reconocido por un ordenamiento positivo. Puede haber modelos no reglamentados, así como esquemas no previstos o reconocidos por el derecho positivo. Propongo, por tanto, que decir "tipo legal" constituye una repetición inútil de términos; esto es, no puede haber tipos que no sean legales: todos los tipos son legales (en contraposición a ellos están los atípicos; mas no por ello son "ilegales"). Modelo = estructura = figura = forma (no de formalidad ni de forma).

De lo expuesto en el párrafo precedente deriva el siguiente cuadro de derecho privado:

INSTITUCION (Asociación)

CLASE

CATEGORIA

TIPO

ESPECIE -subtipo-

- + Clase. - Distingue el fenómeno asociación:
  - sociedad
  - asociación (la sociedad es una clase de Asociación).
- + Categoría. - Divide a las sociedades y asociaciones en civiles y mercantiles:
  - sociedad civil y sociedad mercantil
  - asociación civil y asociación mercantil.
- + Tipo\*. - A la fecha no se han creado tipos civiles, por lo que solamente se incluyen los mercantiles (de sus normas pueden los fundadores apartarse tan sólo en lo relativo a las modalidades).
- + Especie o subtipo. - Son modelos con reglamentación especial, pero como variación de tipos preexistentes (sociedades especiales o modificadas contenidas en una ley).

Existen diversos términos en relación con la tipicidad:

- FIGURAS ATÍPICAS. - Son diversas y eventuales formas de socie-

\* El art. 1º LGSM en lugar de tipos habla de "especies". Es más correcto decir "especie de S.A.", que decir "la S.A. es una especie de sociedad mer-

dades que son fruto de la autonomía negocial (116); por definición no pueden adoptar un tipo.

- CONTRATOS TIPICOS —nominados— Son aquellos que poseen un nomen iuris (p. ej. Libro Cuarto, Segunda Parte CC).

- CONTRATOS ATIPICOS —innominados— Los que sin tener un nomen iuris se someten a las reglas generales de los contratos (BARRERA GRAF llega a citar contratos previstos pero sin regulación específica, y viceversa) (117) (v. art. 1858 CC).

- CLAUSULAS ATIPICAS. - Las no previstas en la ley, pero no contrarias a ella (art. 1839 CC) (118).

- FORMAS ANOMALAS DE SOCIEDADES. - "... figuras sociales que no están reguladas específicamente (¿atípicas?) en las leyes sobre sociedades, pero cuya creación y funcionamiento no están expresamente prohibidas por el derecho positivo, y que sí son permitidas por los usos (lo no prohibido por la ley, no debe ser prohibido por los usos o la costumbre)... son figuras peculiares (anómalas) que no regula el ordenamiento positivo, pese a que en ocasiones adopten esquemas o tipos nominados (de ahí la distinción con las atípicas que no pueden adoptar un tipo, y que responde mi interrogante), como sucede con la sociedad unimembre..." (119) (v. nota 116).

- SOCIEDADES ESPECIALES. - V. "especie". Son las "constituidas de acuerdo con los modelos y los tipos a que se refieren los artículos 2688 CC y 1º LGSM, pero que han merecido una reglamentación especial" (120), así como una variación o modificación del tipo preexistente (v. muy especialmente cap. IV, 5).

- NUEVOS TIPOS. - Es el caso de las sociedades de solidaridad social (Ley de Sociedades de Solidaridad Social —D.O. 27V76—) (121) y el de las sociedades nacionales de crédito, con características de fondo y forma diferentes a los tipos conocidos, aunque, estrictamente sean similares.

Para un estudio pormenorizado de las diversas categorías y tipos sociales: BARRERA GRAF, Jorge. Las sociedades en Derecho Mexicano. UNAM, México, 1983, pp. 134-138. Ni las sociedades civiles (en particular) ni las --

---

cantil", más bien es un tipo, perteneciente a la categoría de las sociedades mercantiles.

asociaciones civiles constituyen diferentes tipos; pueden existir modelos atípicos de sociedad o asociación civil. En lo que respecta a las "asociaciones - mercantiles": "no están reguladas por la ley, y ni siquiera designadas por ella como tales asociaciones mercantiles. Se trata pues, de negocios atípicos e innominados" (122) (considero que se trata de una categoría atípica). "En - cambio (atención), es una especie de ellas, como lo es la A. en P. ... se trata de un tipo (!) legal (!)" (123).

## B. ORDENACION METODOLOGICA (sociedades en general).

Evito usar el término "clasificación" porque éste sugiere "agrupar - por clases", hecho que limitaría mucho la exposición de los diversos criterios que existen para ordenar los distintos tipos, categorías y figuras sociales. Sin embargo reconozco que a "clasificar" puede dársele otro sentido sin necesidad de sujetarse a su significado literal y etimológico. Así que cuando emplee el vocablo de marras, tened la seguridad de que no lo hago por error (u omisión o contradicción), sino por pretender ser más claro.

Son ocho los principales criterios (124):

### 1. Sociedades civiles y mercantiles.

- + Civiles. - aquellas reguladas por el Código Civil (Libro Cuarto, Segunda Parte, Título Décimoprimer, sección segunda).
- + Mercantiles. -
  - las civiles que ejerzan habitualmente el comercio.
  - las reguladas por leyes mercantiles.
  - en general toda aquella sociedad que sea titular de una empresa (125).

### 2. Sociedades lucrativas y no lucrativas.

- + No lucrativas. - todas las civiles.
- + Lucrativas. - sólo las mercantiles.
  - mercantiles que NO pueden ser lucrativas -excepción a la regla- (las cooperativas -art. 1º LSC- y las mutualistas).
  - mercantiles que normalmente son lucrativas.

### 3. Sociedades personales y de capitales.

- + Personales (intuitu personæ). - los socios son lo importante.
- + De capitales (intuitu pecuniæ). - lo importante es el capital aportado.

#### 3.1. Por la aportación.

- + De personas. - se admite que el socio aporte su trabajo.
- + De capitales. - las aportaciones necesariamente son en bienes o derechos, o en dinero.

#### 3.2. Por la responsabilidad de sus socios.

- + Personales. - todos (s. en n.c.) o algunos de los socios (comanditados) responden de las obligaciones sociales ilimitada y solidariamente y subsidiariamente a la propia sociedad.
- + De capitales. - el socio solamente tiene obligación de pagar íntegramente su acción (es).

#### 3.3. Por la transmisibilidad del status de socio.

- + Personales. -
  - Restringida; la transmisión de la calidad de socio está sujeta al acuerdo unánime de los demás socios.
  - Prohibida; en las mutualistas no cabe la transmisión de la calidad de socio, porque ello supondría modificaciones al contrato (126).
  - Limitada; las cooperativas sólo lo permiten cuando "el cedente -- sea titular de un certificado" (rectius, de más de uno) y que el cesionario tenga el carácter de socio (art. 11 RLSC) (127).
- + De capitales. - en la s.a. no existen limitaciones (sólo las relativas a la calidad del adquirente --p. ej. extranjero en sociedad con cláusula de exclusión-- y aquellas que estatutariamente se prevegan mediante cláusulas atípicas).

#### 3.4. Por su administración.

- + Personales. -
  - Donde deben ser socios los administradores (comandita, sociedades civiles, mutualistas. Para el caso de la s. en n.c., v. a rts.

36, 38 y 40 LGSM).

- Donde pueden ser no socios (colectiva y cooperativa).
- + De capitales. -
  - Los administradores deben ser socios (art. 74 LGSM).
  - No se exige tal calidad.

### 3.5. Por las causas de su disolución.

- + Personales. -
  - La muerte de un socio es causa de disolución (arts. 230 y 231 - - LGSM, 2720 CC, salvo el caso de los arts. 32 y 57 LGSM).
  - La muerte de un socio no es causa de disolución (v. art. 119 IV LIS).
- + De capitales. -
  - La muerte sí es causa de disolución en la SRL si así está previsto en el contrato social.
  - No es causa de disolución.

### 4. Por la responsabilidad de los socios.

- + Todos los socios responden ilimitadamente (y por obviedad, en forma subsidiaria, dada la personalidad de la sociedad) de las obligaciones sociales.
- + Sociedades en que algunos socios responden limitada y otros ilimitadamente (SCA, SCiv., A. en P.).
- + Todos los socios tienen una responsabilidad limitada (en la SC, con responsabilidad suplementada -art. 5º LSC- sigue siendo limitada ya que los socios conocen el límite de su responsabilidad).

### 5. Por su personalidad.

- + Sin personalidad jurídica unitaria. - Son simples colectividades organizadas, aunque carentes de personalidad jurídica unitaria. Tienen autonomía patrimonial; se distinguen de los grupos (sumas) - de personas no organizadas, precisamente porque el patrimonio social se destaca del individual de los socios, quienes resultan responsables en forma subsidiaria respecto de la sociedad (128).
- + Con personalidad jurídica unitaria.

### 6. En función de su administración (cuatro grupos).

- + En la que la administración se atribuye a todos los socios, salvo - -

pacto que excluya a algunos, o que la atribuya total o parcialmente a terceros (arts. 36, 40, 75 LGSM, 2719 CC).

- + La administración sólo se confiere a una categoría de socios (los de responsabilidad ilimitada).
- + Aquellas en las que los socios deciden en el pacto social o en asamblea si la administración se confiere a socios o a terceros.
- + La mutualista: sólo pueden ser administradores los socios que tengan la suma de valores asegurados o de cuotas que determinen los estatutos.

#### 7. En función de los órganos sociales.

- + Los tres órganos tradicionales son obligatorios (SA, SCA, SC, Mutualistas).
- + Organos a discreción (v. arts. 82 y 84 LGSM).
- + Aquellas en las que sólo se regula el funcionamiento del órgano de administración (S en NC, SCS, S.Civ.).

#### 8. Por su constitución.

- + Irregular. - aquella sociedad constituida conforme a algún tipo y -- no inscrita en el Registro de Comercio, pero exteriorizada ante terceros (art. 2º pfs. 3 a 6 LGSM).
- + Regular.

#### 6. TELEOLOGIA.

Causa.- Reina gran desconcierto tanto en la doctrina como en la legislación alrededor de los conceptos jurídicos referentes a la creación y finalidad de institutos de derecho. De esta manera me encuentro ante la encrucijada que significa el hecho de que cada autor (y de forma asaz arbitraria) determina un significado diferente a tales conceptos. Así encontramos, por ejemplo que la "causa" del "contrato" de sociedad es: las prestaciones de las partes que tienden a la realización del fin común (129); "... ejercicio en común de una actividad lucrativa" (130); "... la causa ó (yo acentúo la o) el

fin que el socio tiene al ingresar en ella es un fin personal y egoísta: la obtención de ganancias..." (131); "... entendida la causa del negocio jurídico como la finalidad económico social que las partes persiguen... la del contrato social será el ejercicio en común de una o varias actividades económicas para obtener un lucro que sea repartible entre los socios" (132); "se comprende... por qué este elemento de la responsabilidad limitada es con frecuencia el dominante en la voluntad de las partes, las cuales a través de la constitución de la anónima tratan esencialmente de gozar de esta ventaja" - (133). A mi juicio, RIPERT se acerca bastante al verdadero contenido y dimensión del concepto "causa"; sin embargo no entra en mayores explicaciones, lo deja a uno elucubrando sobre "qué habrá querido decir con ello": "... por otra parte (dice él), la sociedad se crea para (subrayo la preposición "para" toda vez que se usa significando "con el objeto de" y no la también -- preposición "por" que describe la causa de una cosa) una explotación determinada y esta explotación comercial es... el objeto del contrato y la consideración de esta explotación es la causa del mismo" (134). "La doctrina tradicional... considera que en los contratos sinalagmáticos la causa está en la creación de dos obligaciones recíprocas... siendo inmediatamente dirigida a este objeto, de manera inmediata (sic), la voluntad de los contratantes" - (135).

En principio debo determinar el sentido literal del término causa para posteriormente trasladarlo al campo filosófico-jurídico. "Causa" indica: principio, razón de una cosa; móvil, motivo, pretexto, en fin: por qué.

La causa es un algo etéreo y particular de cada negocio; su justificación se encuentra en cada sujeto, de tal suerte que algún hecho determinado es causa suficiente para proceder alguien al montaje de un instituto, para otro no lo es. La causa puede ser de orden económico, sentimental, social, deportivo, político, etc. Está en el YO interno de un sujeto el determinar la importancia de la causa, del motivo generador de un deseo o necesidad e impulsador de su voluntad para objetivar, concretar, esa causa mediante la creación del medio ideal para satisfacer ese deseo o necesidad. En este orden de ideas puedo sustentar que la causa es la circunstancia o conjunto de ellas que determinan la aparición de un fenómeno; que inciden en la voluntad del sujeto para condicionarlo a estructurar el vehículo a través del cual se instrumenten (esas circunstancias) dentro de una dinámica operativamente integral. Esto es, implementar un organismo que les permita ser

funcionales (tener vida) sin perder de vista que su coordinación debe ser dirigida hacia un objetivo común y flexible.

Nuestro derecho no es causalista, por tal motivo no se puede hacer una sistematización positiva del concepto en estudio (el art. 1831 CC parece "arañar" la causa) (136). Sin embargo, el "hermano mayor" de nuestro CC, el español, sí lo es. Su artículo 1261 dice: "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca". La falta de causa en un contrato trae consigo la ineficacia del mismo (art. 1275 CCesp.); si es falsa, el contrato es anulable (art. 1276). Pero, veamos qué es la causa para ese ordenamiento: "En los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor" (art. 1274). Solamente en la última parte ("la mera liberalidad") es acertado el concepto del legislador (Ergo: ¿por qué la donación?, ¿eh?; no 'para qué'.)

Un ejemplo de causa: Constituyo la sociedad (objeto, medio) para ganar dinero (fin) con su intervención en equis negocio porque (causa) necesito una determinada cantidad.

La causa condiciona la aparición del objeto para realizar un fin.

Objeto. - Conviene hacer una tajante distinción entre objeto y objetivo. Este último es el propósito. Y objeto el medio; como tal, la sociedad es un objeto. Ello no obsta para que la sociedad pueda tener a su vez un objeto (actividad, operaciones). Esta es la acepción que nos interesa: el objeto de la sociedad, no la sociedad como objeto. Bien.

Antes de delimitar el alcance de este último significado, me resta hacer el planteamiento del objeto de la sociedad entendiendo a ésta como negocio, acto, contrato, etc.; no como persona jurídica: el objeto del negocio social, queda constituido por el conjunto de aportaciones (bienes, derechos, servicios) que hacen los socios para la marcha de la sociedad (v. n°3C). Las prestaciones de los socios constituyen los medios del objeto de la sociedad, que a su vez es (el objeto) el medio para conseguir el fin (137) (dentro de estas galimatías, también hay que distinguir: fin social, fin de la sociedad y fin de los socios). Como tal, dicho objeto del negocio social queda sujeto a las --

prescripciones de los arts. 1824 a 1831 y demás relativos del CC (138).

En cuanto al objeto de la sociedad, este consiste en el conjunto de - - operaciones y actividades a que se dedica la sociedad ya como institución autónoma. Este es el objeto genérico de la sociedad. El objeto específico estará - - determinado por su tipo social, por la causa del negocio y por su finalidad.

Mucho se insiste en que el objeto debe ser el ejercicio de una actividad económica (139). No concibo una sociedad y menos anónima que no ejerza ese tipo de actividad. Para ello se instituyó la figura de la asociación civil, cuyas actividades son tantas como quiera su fundador (por ejemplo: políticas, de beneficencia, etc.). Ahora bien, el hecho de que la sociedad se dedique a operaciones económicas, no determina que necesariamente éstas - - sean comerciales, y mucho menos lucrativas. El objeto de la sociedad puede ser lucrativo, pero NO porque el objeto lo busque (fin), sino como una consecuencia INCIDENTAL. Es en este último sentido como se puede hablar de - - "objeto lucrativo". El lucro puede ser uno de los fines sociales, mas no el - - único ni imprescindible.

En nuestro derecho, las sociedades son formalmente mercantiles en cuanto adopten uno de los tipos previstos por el artículo 1ºLGS; en este sentido no interviene su objeto para determinarles un carácter comercial. Para las sociedades atípicas, sí es menester atender a su objeto para darles esa característica. Una sociedad mercantil puede tener un objeto que no sea comercial; una sociedad que lleve a cabo un objeto comercial (que realice habitualmente actos de comercio) será mercantil (en cuanto a su objeto, no a su tipo o modelo adoptado).

Fin. - Me apartaré de los fines individuales de los socios para concentrar mi atención en el fin de la sociedad; éste consiste en cumplir los - - propósitos económicos previstos en sus estatutos y de acuerdo con su personalidad, de su individualidad.

El FIN SOCIAL puede ser o no lucrativo. El fin social redundará en - - el fin de la sociedad una vez que éste se haya alcanzado para generar un - - nuevo ciclo finalístico; es decir, con el fin social se satisface el fin de la sociedad. Pondré el siguiente ejemplo: el fin de la SNC es la de dotar a determinados sectores de créditos baratos; una vez alcanzado su fin social (lucrativo), tendrá los recursos para destinarlo a aquel fin (140).

Ello no obsta para que, en un momento determinado coincida el fin de la sociedad con el fin social, y hasta con el objeto específico.

## 7. NATURALEZA JURIDICA.

Cuando se llega al análisis jurídico de la sociedad, es bastante común ver que los autores lo abordan dedicándose exclusivamente al "acto constitutivo", por lo cual, en realidad no se trata de un exámen dogmático de la sociedad como tal, sino de un estudio genético de ella: del negocio del cual derivará posteriormente la sociedad. Y es correcto que así lo hagan, lo que no está bien es que digan, por ejemplo, que la sociedad es un contrato (equivaldría a decir que un ser animal es una vinculación sexual; que es producto de dicha relación no es una desacertada afirmación, pero no contesta satisfactoriamente al interrogante planteado). Es más, el que se hable de "acto constitutivo" o "acto creador", tiene sus bemoles: se trataría, en última instancia, de una serie o conjunto de actos generadores (así, en plural). Pero tampoco es cuestión de ser demasiado estrictos en el manejo de los términos. Hay que tener flexibilidad lingüística para no caer mal.

En mi opinión y en relación a la naturaleza jurídica de la sociedad deben distinguirse dos cuestiones independientes una de la otra (141) y no a manera de un iter criminis; esto es, los penalistas, en la génesis del delito hablan desde que el delito "nace" en la mente del autor hasta su ejecución y consumación. Es un solo proceso con diversas fases. En el estudio de la sociedad, no. Desde luego que la sociedad no aparece en el mundo jurídico como por arte de magia (afortunada frase, ya que la magia es arte), sino que supone una previa serie de actos. Insisto, no es un "primer momento", sino solamente "previo" y distinto. En este orden de ideas, a ese momento previo e independiente a la sociedad le denomino FUNDACION, mismo que a su vez se conforma de actos (o negocios) jurídicos específicos y con su propia individualidad. Una vez que se hayan agotado y perfeccionado en cuanto a sus fines, y el instituto del cual son motivo aparezca en la vida jurídica, se hablará de SOCIEDAD como persona jurídica, y ésta merecerá su estudio jurídico particularizado.

Como apunté arriba, la mayoría de los escrutinios jurídicos hechos - por los iusperitos, sobre todo los dogmáticos-traditionalistas, quienes abogan por la naturaleza contractualista, se refieren al estudiar la naturaleza de la sociedad, al conjunto de actos previos; a la fundación. De tal manera, existen, principalmente, las siguientes teorías:

## A. CONTRACTUALISTAS.

1. Tradicional. - Esta concepción se formaliza durante el siglo XIX, -- época en que se construye la teoría general de la autonomía de la voluntad. De esta manera, la naturaleza contractual encajaba dentro de esta teoría, y además por permitir, en nombre de la libertad contractual, todas las combinaciones y modificaciones (permitidas) de las reglas legales (142). En efecto, la concepción que me ocupa deriva del derecho romano, y es la que adopta el Código de comercio francés de 1807: "el contrato de sociedad se regula por el derecho civil..." (143). En general, tanto las leyes mercantiles como civiles consideran que se trata de un contrato (144). Un punto de vista bastante interesante y a la vez inexplicable es el que adopta Paul DURAND en relación - al aserto hecho por RIPERT, quien dice que, toda vez que el CC francés ve - a la sociedad como un contrato, ésta se crea por un acto jurídico (sin precisar qué clase de acto o sus peculiaridades), y este a su vez, es obra de varias personas. Pues bien, DURAND dice que "aun cuando la ley impusiera, en ciertos casos (no ejemplifica), la creación o mantenimiento de una sociedad, el acto jurídico creador seguiría siendo de naturaleza contractual - -- (145). Esta postura llega al exceso, por lo que es de cuestionarse.

Más ecléctica resulta la doctrina alemana (BESELER y GIERKE) donde se admite la naturaleza contractual del negocio constitutivo de las sociedades personalistas (colectiva y comandita), pero la rechazan para las sociedades - Intuitu pecuniæ (146). A pesar de ser más mesurada, incurre en el error - de atender solamente al acto de creación que, técnicamente es el mismo en ambas clases (de clasificación, no de modelo) de sociedades, por lo cual, jurídicamente, no debe haber diferencias.

La doctrina moderna (147) viene a echar por tierra la concepción de - contrato tradicional. Son varios los argumentos que la refutan, destacándo-

se los siguientes:

+ Un contrato no puede crear una nueva persona jurídica. A este -- respecto, BROSETA no niega que del contrato de sociedad nazca una persona jurídica diferente de los socios, sino que se limita a decir que esta caracte-- rística lo distingue de los contratos bilaterales (148). RIPERT también opina que de ese contrato sí nace una persona moral, pero no determina libremen-- te la condición jurídica de ese nuevo ente (149). Quienes de tal manera con-- fentan los conceptos contractualistas, omiten considerar que no es ni el con-- trato, ni la voluntad de los fundadores lo que genera una persona jurídica; es el ordenamiento jurídico el que se la atribuye (la personalidad a la socie-- dad) (150) una vez satisfechos determinados requisitos sustanciales y forma-- les.

+ Los socios pueden por mayoría (sin necesidad de la unanimidad de los contratantes en ese sentido) de votos modificar el pacto primitivo en to-- das sus disposiciones. La doctrina francesa para hacer frente a estas dificul-- tades, estableció una distinción entre el contrato de sociedad y la persona -- jurídica que este contrato hace nacer, creada precisamente por el contrato - (151). En realidad no están modificando ni contratos ni nada: el "contrato" se perfeccionó en el momento de que los fundadores expresaron su voluntad de asociarse, y a su vez se agotó en cuanto a su fin al "nacer" la persona ju-- rídica distinta a la de los "contratantes". Creo entender que cuando los autó-- res se refieren a "modificar los socios el contrato por mayoría", están ha-- blando más bien de la asamblea, órgano de la sociedad, órgano que expresa - la voluntad DE LA SOCIEDAD, no de los socios; por lo tanto, éstos, en senti-- do estricto, no alteran (suponiendo sin conceder que se trate de un contra-- to, y que este a su vez ya no existe) ni a la sociedad ni al contrato. Ellos son la voz de la sociedad, no la sociedad misma y menos sus operadores que pue-- den decidir su rumbo.

+ En los contratos, los intereses son contrapuestos; en la sociedad - son convergentes (o "paralelos", según MANTILLA). BARRERA tercia en es-- te argumento aduciendo que dentro de la figura del contrato (y justifica la -- postura tradicional) también están aquellos en que el interés es uniforme y común (152). En lo personal me adhiero al criterio transcrito en lo relativo a que los intereses pueden ser convergentes, divergentes (como ocurre en - la gran mayoría, mas no en la totalidad de ellos), paralelos, mixtos, y toda -

la gama de analogías con la Geometría plana.

+ Como consecuencia de lo anterior, también se propone que, a diferencia de los contratos conmutativos, no existen contraprestaciones (153). - Añado a lo transcrito que siempre y cuando se permanezca dentro de los límites de la fundación, sí opera tal aseveración.

+ Existe la imposibilidad de aplicar gran parte del régimen jurídico de los contratos (154). Los actos relativos a la fundación (y a las relaciones mismas de la sociedad como ente autónomo), se someterán a las reglas generales que existen para los contratos en cuanto no pugnen con su esencia, en aplicación de los arts. 1º, 2º y 81 CCo. (ejemplo de regla inaplicable: la cláusula resolutoria tácita; aplicable: capacidad para contratar).

+ Otros razonamientos: La facticidad de la sociedad unimembre, la - - circulación de nuevas partes sin alterar su naturaleza, la formación de una anónima por personas que ni se conocen. En fin, la gran sociedad anónima hace la idea contractualista totalmente obsoleta: "los juristas tienen tendencia a conservar los principios y fórmulas tradicionales y de incluir en ella toda nueva realidad que requiera una reglamentación jurídica. . . los ingleses, más empíricos y razonables no han construido la company encuadrándola en un contrato de derecho común, sino que la han elaborado a base de la noción de la corporation" (155).

2. Plurilateral. - Dentro de los sustentantes de esta concepción también existen dos posturas: los que hablan de que la sociedad es un contrato plurilateral y los que se refieren exclusivamente al acto constitutivo. BARRERA - GRAF dice que el negocio social nace de un acuerdo de voluntades; de tal manera el negocio constitutivo tiene naturaleza contractual (156). En efecto, - "en la primera fase, o sea, en la constitución de la sociedad, estamos en presencia de un contrato (. . .), si bien se trata de un contrato plurilateral, distinto, en muchos aspectos, del contrato bilateral o del contrato de cambio" - (157).

La teoría del contrato plurilateral encuentra paternidad en Tullio AS-CARELLI, quien expone que, al lado de lo que él llama contratos de cambio - (diferencia que procede de la doctrina germana), existen los plurilaterales, - mismos que acogen todos los requisitos generales de los contratos ("y que - no pueden ser confundidos ni con los actos complejos ni con la figura parti-

cular de los negocios plurilaterales") (158). Sin embargo, se distinguen de los primeros por el hecho de que en ellos (en los plurilaterales) intervienen dos o más partes. Estas partes tienen intereses contrapuestos, pero comunidad de fin. "La plurilateralidad de las partes permite la permanencia de la relación jurídica derivada del contrato plurilateral, no obstante la adhesión de nuevas partes o la separación de alguna" (159). Aunque haya dos partes, siempre se mantiene la posibilidad de que aumente el número de ellas. Cada parte contrae obligaciones y adquiere derechos no de otra parte, sino de todas las otras partes; el objeto de la obligación no es típico como en otros contratos, y su inejecución por una de las partes, no lleva consigo, necesariamente, la resolución del contrato (160). La sociedad es para ASCARELLI, el ejemplo característico y tradicional del contrato plurilateral, ya que participan en él varias partes que adquieren como consecuencia del mismo, obligaciones y derechos de la misma naturaleza jurídica (161).

El contrato plurilateral de sociedad —según ASCARELLI—, está constituido por las siguientes características:

- pluralidad de partes (no le da oportunidad a la unimembre);
- intereses contrapuestos;
- animados por un fin común;
- constituir un patrimonio;
- las aportaciones de las partes tienden a hacer posible la consecución del fin común (162).

El Código italiano acoge esta concepción, al combinar las normas sobre las sociedades con las escritas en materia de contratos (arts. 1420, 1446, 1459 y 1466) (163).

Veamos la misma postura pero aplicada exclusivamente a la fundación: la relación se inicia con un contrato (acto constitutivo) celebrado entre los primeros tomadores de las acciones e íntegramente fundado en el acuerdo unánime de los contratantes; pero, a diferencia de las sociedades de personas, cuyo origen contractual se deja sentir en las vicisitudes posteriores del grupo, en las sociedades por acciones el contrato da nacimiento a un nuevo organismo, distinto y autónomo (164). Este contrato, a su vez suele estar precedido de tratos entre los futuros consocios; estos tratos darán lugar a un contrato preliminar de sociedad en el que se establezcan los principios generales del futuro contrato (165).

El contrato, consensual, es de colaboración (para ASCARELLI, de organización), no de intercambio (166).

La posición estudiada, no satisface la realidad en que vive inmersa la actual sociedad por acciones (v. nota 156), ya que choca ipso facto con la - - idea de la sociedad con un solo socio. Por otra parte, me remito al argumen- to de SOLA, en el sentido de que en la moderna y gran sociedad anónima don- de los socios (consocios) ni se conocen, hace estéril la noción de contrato. - Así el caso de la constitución de una anónima por suscripción pública: ¿se- ría contrato de adhesión?, esta concepción, sería inaplicable a la de consti- tución no sucesiva.

Debe ser determinante la noción de la naturaleza jurídica de la funda- ción (como conjunto de actos y negocios jurídicos), y no pretender tapar un hoyo descubriendo otro.

## B. NO CONTRACTUALISTAS.

1. Acto colectivo. - En el momento en que la ley exige para la constitu- ción de una sociedad una pluralidad de socios, es cuando aparece el concep- to de acto colectivo (negocio jurídico unilateral, caracterizado por la presen- cia de varias personas que poseyendo un mismo interés actúan como una so- la parte -GARRIGUES y MESSINEO-) (167), toda vez que cada fundador de- clara su voluntad en ejercicio de derechos distintos a los de los otros, unién- dolas (las voluntades) hacia la satisfacción de intereses paralelos (168).

De una vez hay que aclarar dos conceptos o figuras que generalmen- te se confunden y que son diferentes:

ACTO COMPLEJO. - Las diferentes voluntades de los declarantes se funden en una voluntad unitaria, perdiendo su individua- lidad.

ACTO COLECTIVO. - Esas voluntades se unen permaneciendo dis- tintas y discernibles en lo interno del acto (169).

Aclaradas (?) las dos figuras, se dice que previamente a las declara- ciones de voluntad que integran el acto colectivo, ha de celebrarse un acuer

do (170), en razón de que la determinación del efecto que a cada sujeto el acto cause.

Al haber una pluralidad de declaraciones unilaterales de voluntad, - se puede hablar de acto colectivo ("la expresión gesamttakte (sic) -gesamttakte- , parece caracterizar exactamente esta situación") (171).

De la doctrina germánica emana esta teoría, misma que se genera de la división entre las sociedades individualistas (personalistas) y las colecti- - vistas. Las primeras derivan de una relación contractual, no así las segun- - das que se forman no por un contrato, sino por un acto conjunto o colectivo del cual no surgen vínculos jurídicos entre los que participan en él, pues - las voluntades de los fundadores tienden a crear un nuevo organismo (172).

BRUNETTI, que sustenta la tesis contractualista refuta la naturaleza del acto colectivo: dado que las prestaciones son cualitativamente iguales y - no correlativas como las de los contratos bilaterales, "una autorizada doctri - na, cree poder hablar, más que de contrato... de acto colectivo (no obstante la previa calificación de 'contrato', contenida en el art. 2247 y la novísima, - aunque fragmentaria, reglamentación del contrato plurilateral...") (173). - La causa del acto colectivo es diversa de la del contrato: en aquél las partes - se ponen de acuerdo sobre un resultado a conseguir en común mediante - una declaración de voluntad unitaria hecha con miras al exterior, en tanto que, en lo interno no hay más que una comunidad de declaraciones de vo - luntad de igual contenido, que tienden a un común efecto jurídico, en el - - que cada uno de los declarantes participa pro quota (174). El contrato plurila - teral de sociedad puede considerarse como un acto colectivo, pero sólo res - - pecto al nacimiento de la persona jurídica en las sociedades de capitales (175). En el acto colectivo se produce la suma de varias declaraciones de voluntad, mientras que en el contrato (que no pierde su sinalagmaticidad) existe la fu - sión de dos o más declaraciones de consentimiento: todas las manifestacio - - nes se unifican y los intereses en concurrencia se someten recíprocamente en el acuerdo contractual (176).

2. Acto complejo. - BARRERA niega que el contrato sea necesariamen - te un negocio bilateral, y que por lo mismo, cuando se presentan más de - - dos partes se tenga que recurrir "a una figura distinta no contractual, co - - mo sería el negocio colectivo, el complejo o el plurilateral" (177). Sigue di - -

ciendo el Maestro: vista la sociedad en conjunto (las dos fases a la vez: su -- constitución y su funcionamiento), no se puede aplicar la postura contrac- -- tual, sino que se tratará de una figura especial "irreductible a cualquier -- -- otro modelo. Desde este punto de vista, admitimos (yo me adhiero) que se -- -- trata de un negocio complejo" (178).

De esta manera se advierte que la doctrina anticontractualista aplica unas veces la figura del acto colectivo y otras el del acto complejo. Para DONATI, el acto complejo es aquel constituido por declaraciones de voluntad -- -- formadas por la fusión de varias declaraciones de voluntad encaminadas a -- -- un fin único y en ejercicio de un único poder o derecho, y cuyo efecto se re -- fiere al sujeto o al órgano titular del poder (179).

Para KUNTZE (180), la persona jurídica nace en fuerza de un acto -- -- complejo que proporciona la suma de las declaraciones unilaterales de los so -- -- cios. El célebre tratadista alemán decimonónico contempla en el acto comple -- -- jo una actuación conjunta o simultánea de varios para conseguir un efecto -- -- jurídico unitario en vista de terceros: se destaca la unificación jurídica de -- -- esas voluntades en una sola (181). Esas voluntades tienden a crear un nue -- -- vo organismo, de tal suerte que las relaciones no son entre los consocios, -- -- sino entre éstos y la sociedad (182).

3. Mixto. - Esta postura la constituyen quienes ven un acto complejo en -- -- las relaciones exteriores con terceros, pero manteniendo la concepción contrac- -- tual en las relaciones internas entre los consocios (SALANDRA y SOPRA -- -- NI) (183). ASCARELLI no comparte esta teoría transaccional al decir que "de -- -- be excluirse la posibilidad de hablarse de acto complejo, en contraste con -- -- quienes (Soprano, Salandra) contemplan un contrato en las relaciones in -- -- ternas y un acto colectivo (sic) en las externas..." (184).

### C. INSTITUCIONALISTAS.

Aún en esta más depurada teoría, existen errores de ubicación en el -- -- sentido de que algunos aluden a la fundación, y otros a la sociedad como -- -- tal. Sin embargo, y hecha esta salvedad, los agrupo en el rubro de sociedad -- -- para distinguir, por razón de método, en un solo bloque ambas figuras rela -- --

tivas a la sociedad, no sin antes insistir en que la sociedad es independiente (en su función jurídica) de los actos de su fundación.

Señala RIPERT que al hablar de la fundación de la sociedad, se debe dejar a un lado toda idea de contrato, y en cambio ver en dicha fundación -- "una institución jurídica que es de un tipo original, pues la fundación directa no se conoce en las reglas generales del derecho francés. La voluntad del fundador se afirma con el empleo de las formas legales y estas formas -- son obligatorias para que aquella voluntad surta sus efectos" (185).

La evolución de la ciencia del Derecho, siempre dinámica, ha llegado a convertir a la sociedad anónima de contractual en institucional, acogiendo se a los franceses HAURIOU y RENARD (quien la desarrolló una vez que el primero la formó), pioneros de esta teoría; ya no se considera a la sociedad como un simple contrato entre particulares, sino como un organismo autónomo e independiente (así como también permanente) sometido a un estatuto legal con órganos propios y con un fin colectivo que está entre el derecho público y el derecho privado, y "al cual no pueden aplicársele las reglas de los contratos" (186). El fundador sencillamente utiliza e implanta el mecanismo jurídico cuyo funcionamiento regla la ley (187).

El párrafo anterior da lugar a diversas explicaciones, entre ellas la -- del contrato de adhesión a unos estatutos impuestos (GAILLARD), o un acto unilateral de adhesión a una institución (THIBAUT-LAURENT) (188). En concepto de SOLA CAÑIZARES, se trata de un acto unilateral que tiene las características de un acto condición (189).

Viendo a la sociedad como tal, y al advertir que se orienta hacia "fines e intereses ajenos a los socios, trascendentes a ellos, como serían los de carácter colectivo, o económicos (permanentes o de coyuntura), o fines de protección a los trabajadores... e inclusive fines públicos... y no meramente la finalidad de lucro de los accionistas" (190), es lógico entender por qué la doctrina francesa propone la concepción institucionalista traducida al Derecho en un sentido nuevo: el de una idea de obra o empresa (de emprender) que se realiza, y dura jurídicamente en un medio social, concepción -- que la doctrina alemana adopta con el nombre de tesis transpersonalista: la unternehmen an Sich, donde el interés particular de los socios se somete al social, al de la "empresa en sí" (191).

SOLA CAÑIZARES adopta para las sociedades de personas "e incluso a la sociedad de responsabilidad limitada" la teoría de Ascarelli, pero no tiene empacho en indicar que la anónima "forma jurídica de la gran empresa" tiene el carácter institucional, "en cuyo caso no es necesario tergiversar y desnaturalizar la noción clásica de contrato, puesto que se prescinde de la noción contractual" (192).

#### D. MISCELANEA.

+ Organicistas. - La teoría de la organicidad en el derecho privado es de origen germánico vinculada a la noción de corporación. La concepción germánica de la corporación había considerado la sociedad por acciones como una asociación que no representara un vínculo contractual entre los miembros, sino cada miembro y la corporación creada representaban esa relación. Esta teoría tuvo el mérito de iniciar la concepción no contractual de la sociedad por acciones.

La sociedad es ante todo, una relación jurídica (193) que presupone la existencia de órganos: existe siempre una organización social y, precisamente por ello, la sociedad es un organismo.

Esta teoría plantea adelantos considerables, ya que, en efecto, la sociedad tiene como una de las principales características la de ser un complejo orgánico; mas no como un organismo en sí, sino como un elemento, no el todo.

+ Concepción soviética. - En la URSS, prácticamente no existen sociedades por acciones, aunque sí están previstas por su legislación. En Rusia, las anónimas que lleguen a funcionar, lo hacen bajo la tutela directa del Estado (como sociedades públicas), de ahí que SOLA CAÑIZARES habla de ellas como un "acto unilateral del Estado, que incumbe al derecho administrativo más que al derecho comercial" (194).

+ Messineo arguye que en la creación de nuevos sujetos no influye la estructura del acto constitutivo; no tiene valor el hecho que da nacimiento a una persona jurídica, sino la forma como queden afectados los intereses de los constituyentes y el modo como se dispongan las declaraciones y

los efectos a los que se dirige la sociedad (195).

+ Mi posición. - En cuanto a la fundación de la sociedad, debo insistir en que se trata de un momento previo e independiente a la persona sociedad. La fundación de la sociedad está formada por una serie de actos y negocios jurídicos indeterminados, dependiendo de cada fundación en particular. Generalmente existe como antecedente un llamado "pre-contrato" o minuta de sociedad, que como tal, es un negocio jurídico completo (no complejo); a este contrato le suceden otros actos jurídicos, centrándose la atención en la declaración de voluntad que hacen los socios al momento de expresar el contenido de la estructura constitutiva de la sociedad. En realidad no es un contrato en el sentido técnico-estricto de la palabra; no toda declaración de voluntad tiene como troquel un contrato. El caso de la sociedad con un solo socio no es conciliable con esa idea. Evito el término "crear" una (o la) sociedad por purismo (por ejemplo: el Estado es el único facultado para crear delitos).

La amplia gama de posibilidades de uso de las sociedades y de las diversas maneras en que se procede a su fundación, impiden determinar con certeza los actos previos a la sociedad: en algunos casos sí intervendrán todos los elementos y características del contrato, en otros encajará mejor la teoría institucionalista para el particular; en fin, otras ocasiones se recurrirá a la noción del acto condición, administrativo, etc. Lo anterior lo expongo no con el ánimo de evadir responsabilidad teórica o de caer en la fácil postura de una concepción ecléctica, no. Me atengo a examinar técnicamente un caso particular y definido, no a elucubrar sin fundamentos fijos.

Muy diferente es el caso de la sociedad en sí, como sujeto jurídico. Al respecto, y de la definición que lancé de la misma (v. supra, n° 4), se puede determinar su naturaleza jurídica.

Mi conducta la encuentro avalada y justificada por los más grandes teóricos (y prácticos!) de la sociedad comercial: GARRIGUES: "... la sociedad anónima, especie de perpetuum mobile, sigue viviendo y sale vigorizada de los múltiples conflictos que en su estructura cada día plantea la Economía" (196); MOSSA: "En los siglos en que la s.a. se preparaba para el cambio del 800 no se investigaba ni se ponía en claro su esencia. Como instrumento de Estado y del interés público, como organismo de una multitud de interesados o de un soberano, la s.a. era evidentemente una figura muda-

ble e inaprehensible y, en efecto, toda la investigación sobre sus orígenes y sus caracteres se ha hecho aprés le coup" (197). Continúa diciendo el Profesor Mossa: "las doctrinas pasan de las sociedades mercantiles personalistas para lanzarse a la sociedad anónima. Mercantilistas y científicos como Thöl sienten la necesidad de vincularse al Derecho romano y a su societas. Estos se ven obligados a encuadrar la s.a. entre las demás sociedades mercantiles, con resultados que rectifican la orientación teórica" (198). BROSETTA, al hablar de la teoría de la empresa en sí (Unternehmen an Sich), último paso de la concepción institucional, indica que "... la sociedad anónima —abstraída del medio en que se ha desarrollado— es una ESTRUCTURA POLIVALENTE que puede aplicarse tanto a la empresa capitalista, a la corporativa, a la sindicalista, como a la empresa pública" (199).

## 8. LA ACCION.

La acción es la característica fundamental (la "seña particular") de la sociedad anónima. Es el elemento que la distingue de los demás tipos sociales, y aun de las formas atípicas. Del razonamiento lógico de que la sociedad es una persona y que toda persona posee un patrimonio, y éste a su vez — constituye una expectativa bastante diáfana de tener un capital, y que este — capital está dividido en acciones, se deduce que la acción siempre existirá — donde exista una sociedad anónima.

Al hablar de la estructura de la sociedad por acciones, y al hacerlo sobre las aportaciones (v. retro n° 3C), concluía que éstas no son precisamente el objeto de la sociedad (v. también n° 6, "objeto del negocio social" y "objeto de la sociedad"), sino un medio para que éste pueda ordenarse hacia un fin. Con independencia de lo anterior, las aportaciones son un elemento esencial-constitutivo, y en la sociedad anónima, la aportación del socio a la sociedad, está representada por los títulos llamados acciones. El socio, al hacer la suscripción se compromete a exhibir el total de esa aportación — (200). En caso de que no haya aportaciones, no habrá sociedad. Resulta interesante el caso de una sociedad sin acciones: relata ASCARELLI que, "en —

fuerza del R.D. de 7 de junio de 1923, n. 1364, sobre los títulos nominati- - vos, la sociedad puede acordar no emitir acciones, con tal de que este acuer- do sea tomado con la mayoría especial prescrita por el artículo 158. En dicha hipótesis, la sociedad sigue siendo siempre una sociedad por acciones, su - ordenamiento es también el de una sociedad por acciones, dado que su es- - tructura es compatible con una incorporación en acciones del estado de so- - cio; ocurre solamente que la emisión de los títulos queda momentáneamente aplazada. El estado de socio es, en este caso, comprobado con la inscripción en el libro de los socios" (201).

#### A. SIGNIFICADOS.

La acción inspira varios puntos de vista. La clásica, desde Renard, - es la de considerarla desde una triple perspectiva:

- como parte alícuota del capital social;
- como título de crédito;
- como conjunto de derechos que integran la condición de so- - cio (202).

Por otra parte, y antes de entrar al análisis de cada uno de sus sig- nificados, es conveniente advertir que la acción tiene varias funciones fun- damentales:

- + es un instrumento para reunir capital;
- + para ejercitar los derechos sociales;
- + para transmitir de modo fácil, rápido y seguro la participa- -- ción económica de un sujeto en una sociedad anónima deter- minada;
- + medio indirecto para atraer a los inversores (203).

#### — COMO PARTE DEL CAPITAL.

Ya en la antigüedad se dividía el capital en sols, mismos que única- mente eran una fracción aritmética que expresaba la importancia del dere- - cho del socio (204). El capital social se divide en un determinado número de

partes iguales, es por ello que la acción resulta ser una parte alícuota de -- aquél. Ese número determinado de acciones, no se hace en función del número de socios, sino de acciones suscritas.

Cuando se alude a que la sociedad anónima queda dentro de las sociedades de capitales, es en razón de la gran importancia que dentro de ellas -- tiene el capital. Así pues, dicho capital, resultante de las aportaciones de -- los socios, se DIVIDE (la aportación del socio está representada --o consignada-- por acciones; el capital está dividido en acciones) EN FRACCIONES, es -- decir, en partes de igual monto, y cada una expresa la medida de la participación de cada socio, frente a los consocios y a la sociedad (205).

No cabe duda que la sociedad anónima y la acción están indisoluble-- mente unidas; tan es así que en algunos países se le denomina "sociedad -- por acciones" y no "anónima" (206).

Es de tanta importancia la acción que se ha llegado a afirmar la transformación de la riqueza inmobiliaria en mobiliaria (207).

#### — COMO TITULO DE CREDITO.

Los títulos de crédito son cosas muebles mercantiles, transmisibles o negociables durante su vida; su destino es circular hasta que ésta se acaba.

No es característica fundamental del título de crédito conferir a su titular una prestación en dinero. La acción es un título constitutivo de un derecho; es un título de participación; no confiere necesariamente una prestación en numerario, sino un status de socio para ejercitar derechos patrimoniales y corporativos sin contenido --directamente-- económico.

Es opinión generalizada la de considerar a la acción como un título -- de crédito, si bien, incompleto (208). A la acción le son aplicables, en los -- términos del art. 111 LGSM, las disposiciones relativas a tales títulos en lo que sea compatible con su naturaleza y no esté expresamente modificado por la Ley. La acción es un título de crédito por ministerio de ley y para facilitar su circulación.

Líneas arriba se indica que es un título de participación, con ello se quiere, según MESSINEO, 'poner de relieve que la sustancia de la cualidad de socio consiste en compartir las suertes de la sociedad, en el sentido de be

neficiarse de las utilidades de ella y de sufrir sus pérdidas" (209). Este título de participación, certifica en el poseedor el status(hablo de posesión técnica mente).

El título de la acción, es un título causal: el documento acción reproduce, en gran parte el contenido de la escritura constitutiva, según se desprende del art. 125 LGSM, de tal manera, cualquier adquirente puede recabar información sobre la sociedad.

Ahora bien, el contenido de la acción es en gran parte de naturaleza corporativa (no así de crédito) (210), de ahí que la literalidad propia de los títulos de crédito no se presente claramente en las acciones, "debido a que -- son títulos causales" (211). En la acción se describe el negocio subyacente -- (la participación en la sociedad a cambio de la aportación) (212). Otro dato -- que nos indica su naturaleza causal es aquel que debe darse preferencia a -- lo asentado en el libro de la sociedad en caso de discordancia con lo que resulte del título (v. art. 129 LGSM). También, asegura BRUNETTI, en los títulos de participación no puede hablarse de abstracción (recuerdo de mis -- clases de Títulos y Operaciones de Crédito -- mismas que tuve la satisfacción de cursar bajo la preceptoría de mi papá-- que son títulos abstractos aquellos que están desvinculados de la causa que les dió origen; en su literalidad -- --asimismo nos advertía el error por demás común de confundir literalidad y causalidad-- no está el motivo de haber surgido al tráfico; en su texto no se expresa la causa de su emisión), "que es propia --continúa BRUNETTI-- de -- los títulos completos..." (213).

La INCORPORACION (aquella metáfora a que ROCCO se refería en el sentido de describir una conexión permanente entre papel y derecho) sí se da en la acción (214). La acción como título, tiene valor constitutivo, no meramente probatorio (v. art. 2325 CCitaliano).

BRUNETTI (215) afirma que la acción goza de LITERALIDAD: "la acción es el documento necesario y suficiente para ejercitar el derecho que está -- mencionado en el mismo". BROSETA PONT (216) toma el relevo para aclarar que la literalidad se cuestiona en la acción, ya que los derechos que confiere así como la intensidad de su ejercicio, dependen de los estatutos y de la Ley, "pero no directamente del tenor literal de la acción".

En relación con la AUTONOMIA, esta característica no se observa en

la acción ya que, por ejemplo, el adquirente de una acción no liberada podrá verse obligado a desembolsar el dividendo no aportado.

La LEGITIMACION, sí se satisface adecuadamente en tanto se satisfagan los requisitos de circulación.

De lo expuesto, es de concluir que la acción es:

- + Título de crédito (con la salvedad de que no siempre confiere - - una prestación en dinero y que le faltan algunas característi- - cas);
- + Causal (en su literalidad lleva todos los elementos que la origina- - ron);
- + Incompleto (necesita de elementos extradocumentales para ejercer el derecho).

#### — COMO CONJUNTO DE DERECHOS.

La acción otorga a su titular el status de socio (condición personal de accionista); con la acción se transmite y adquiere esa condición con suma facilidad. Esa cualidad de socio está constituida por el conjunto de los derechos y deberes del socio: los derechos de los socios están incorporados en la acción (217).

La acción representa e incorpora la aportación realizada por el socio: el socio recibe acciones en pago por su aportación. Dicha incorporación representa en tal forma su participación en el capital que "una y otra se transmiten mediante la transmisión del documento" (218). Sólo son socios de la sociedad los propietarios de las acciones (219).

Ese estado de socio conferido por la acción, no es precisamente la de acreedor; más que derechos, facultades; más que obligaciones, cargas.

La relación del socio con la sociedad es de carácter patrimonial (derecho al dividendo en proporción a sus acciones, derecho a la cuota final, derecho a intereses constructivos —derecho eventual: pacto por el cual la sociedad se obliga a dar réditos sobre el monto de sus aportaciones—, etc.) y corporativo (derecho de voto, derecho de aplazamiento de un acuerdo, derecho de retiro, derecho de impugnación, etc.).

## B. CARACTERISTICAS.

+ Negociabilidad. - Este es el rasgo que caracteriza a la acción. En efecto, supongamos que "se dijera en los estatutos que las partes de los socios no pueden cederse" (220), en ese caso, no se podría hablar de sociedad anónima, y en el caso contrario, el de una sociedad personal que emitiera partes libremente negociables, se trataría de una sociedad irregular - - - (221). Sin lugar a dudas, la acción es un título eminentemente transferible. La transmisibilidad de la acción es un principio esencial a toda sociedad anónima (art. 111 LGSM) dada la estructura legal de ésta, en que son irrelevantes las condiciones personales de los socios.

Ahora bien, y para evitar susceptibilidades, SOLA CAÑIZARES previene que "un principio universal es que si la acción no es siempre negociable, es siempre cesible" (222). Esta prevención tiene su fundamento en que la transmisibilidad de las acciones puede verse limitada por varias razones. Es así como aparecen las llamadas RESTRICCIONES a la libre negociabilidad de las acciones, mismas que pueden ser de tres clases:

- Restricciones legales. - Son aquellas impuestas por la ley (p. ej. no es enajenable la acción correspondiente a aportaciones en especie, ya que deben de quedar depositadas en la sociedad durante dos años (art. 141 LGSM); las acciones de la sociedad adquiridas por ella misma —ni siqui era podrán ser representadas en las asambleas—(art. 134 LGSM), etc.). Si se viola la restricción legal, la transmisión será nula.
- Restricciones estatutarias. - El "contrato" constitutivo podrá prever determinadas limitaciones a la negociabilidad de las acciones (v. p. ej. art. 130 LGSM: solamente con autorización del consejo de administración podrán transmitirse). Los efectos de la violación dependen de lo previsto en los propios estatutos.
- Restricciones convencionales. - Estas son ajenas a los estatutos de la sociedad. Esta limitación se acordará libremente y mediante un contrato parasocial, y su violación traerá como consecuencia que el cedente infractor solamente responderá frente a los restantes accionistas que con él convinieron la restricción

(223).

+ Principio de igualdad. - Reza el artículo 112 LGSM: "Las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos". MANTILLA MOLINA hace la siguiente observación cuando el propio artículo citado introduce excepciones: "Ya el mismo artículo... formula una primera y gravísima -restricción" (la de permitir que en el "contrato" social se estipule que existan varias clases de acciones con derechos especiales), "... pero aun dentro de la misma categoría de acciones —continúa el Maestro— no todas conferirán iguales derechos ni tendrán valor igual real...": valdrá más la acción liberada (224). No obstante, se mantiene el principio: una acción, un voto. Ahora bien, al respecto comenta el mismo autor que "... las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos, siempre y cuando no confieran distintos derechos ni tengan diverso valor" (225).

+ Atribución de votos. - Es general que toda acción ordinaria atribuya el derecho de voto. En la sociedad anónima, el intuitu personæ desaparece: tantas acciones, tantos votos. Sin embargo, es también cierto que en muchas legislaciones se permite privar de voto al accionista y atribuirle un dividendo diferente en función de un tanto por ciento más, o bien no privarle del voto, sino limitárselo (acciones preferentes —art. 113 LGSM—), pudiendo pactarse que se les fije un dividendo superior al de las acciones ordinarias. De esta manera, una persona que, por esas causas, no puede intervenir en la sociedad, percibirá un interés colocándose en una situación jurídica que corresponde a la definición clásica del obligacionista (226).

+ Indivisibilidad. - Al ser la acción una parte alícuota del capital social, es en consecuencia indivisible. El título que ampara la acción, -- puede ser múltiple; esto es, representar varias acciones el mismo título.

Esta indivisibilidad de la acción, trae como consecuencia que, en caso de que existan varios copropietarios, éstos deben designar un representante común para el ejercicio de los derechos que incorpora la acción indivisa (227).

En caso de que sobre la acción recaiga un contrato de prenda, el -- acreedor prendario no tiene derecho de voto, sino que deberá dar oportuni--

- fecto al presidente y secretario del consejo de administración.
- + No puede la sociedad adquirir sus propias acciones (art. 134 LGSM en caso de que así sea necesario, la sociedad deberá venderlas dentro de los tres meses siguientes a su adquisición; de no hacerlo, las acciones quedarán extinguidas y se procederá a la reducción del capital social, y no precisamente en forma subrepticia (art. 139 pfo. 2).

#### D. CLASIFICACION (230).

##### 1. Por su ley de circulación.

- + Al portador: el Derecho ha tenido una doble evolución en cuanto a las acciones. Una, al suprimir las acciones al portador, otra, al prohibir el voto plural (231). Sería conveniente que en nuestro derecho volvierán a permitir las acciones al portador, introduciendo la novedad de suprimirles el voto. En estas acciones no consta el nombre de su titular. Se transmiten por simple tradición (las nominativas se negocian mediante la transferencia), y para tener la condición de accionista basta la posesión (corpus y animus) de ellas; esto es, estará legitimado su poseedor (no detentador).
- + Nominativas: son las que están intestadas por el nombre de su titular. Este carácter implica que para ser su titular, además debe constar ese hecho en el registro de la sociedad (coincidir titularidad con la legitimación) (232). Esto le resta facilidad de circulación al título, en relación con la acción al portador. En nuestro derecho, las acciones siempre deberán ser nominativas.
- + A la orden: en los Estados Unidos de Norteamérica no existen las acciones al portador; las acciones están a nombre de un titular y se transmiten mediante endoso. En México, y según la autorizada opinión del Dr. MANTILLA, este tipo de acciones "no son lícitas: basta para excluirlas el hecho que la Ley contraponga siempre las acciones al portador y las acciones nominativas" (234).
- + De circulación restringida: para poder negociarse, el tenedor re-

aun dentro de éstas, se limitan a determinados aspectos (art. 113 pfo. 1 LGSM).

- + Privilegio en cuanto al voto (de voto plural):
  - en México no están permitidas (art. 113 LGSM).

#### 4. Acciones impropias. -

- + De goce: puede emitirlas la sociedad en sustitución de acciones - - amortizadas (art. 136 IV LGSM).
  - no representan cuota del capital social.
  - deben estar previstas en el contrato social.
  - se rescata a tiempo el valor real de las acciones cuya sociedad es está en inminente liquidación.
  - el capital social permanece no obstante la amortización.
  - mediante sorteo se establece cuáles acciones se amortizarán.
- + De trabajo: encuentran su antecedente en la Ley de Sociedades Anó<sup>o</sup>nimas de Participación Obrera francesa (1917).
  - son inalienables (art. 114 LGSM) y emitidas en favor de las personas que prestan sus servicios a la sociedad.

### E. FIGURAS AFINES.

La acción, a pesar de tener un triple significado (doctrinalmente admitido por la generalidad, ya que puede tener más, dependiendo del estado de ánimo, erudición, etc. de cada autor), es un elemento inequívoco de la sociedad anónima. Otras sociedades dividen su capital en otro tipo de títulos, de donde, a pesar de la anterior advertencia, es conveniente establecer diferencias entre la acción y otros documentos.

En la colectiva hay participaciones del socio, en la SRL, partes sociales, en la SC, certificados de aportación, en la comandita por acciones: acciones, estableciéndose una distinción interna entre las pertenecientes a los comanditados y a los comanditarios, en fin, en la SNC, se habla de certificados de aportación patrimonial (CAP), ya serie "A", ya serie "B" con sus particularidades cada una.

Las partes sociales y sus diferencias con la acción, están reguladas - en los arts. 58, 62, 64, 65, 68, 69 y 71 LGSM, de donde se puede destacar lo siguiente: no pueden (las partes sociales) estar representadas por títulos negociables (art. 58) —se transmitirán mediante cesión—; sí tienen valor nominal (de 100 pesos o su múltiplo; es aquí donde muchos suponen que por analogía, la acción debe ceñirse a este requisito); debe exhibirse mínimo un 50% de la aportación; para su cesión es necesario el acuerdo unánime de los socios (salvo pacto en contrario, art. 65); se limita a una por socio (art. 68); pueden ser divisibles si así se previene en el contrato de sociedad (art. 69); - no son amortizables (art. 71).

La antigua Ley de Sociedades Cooperativas hablaba de "acciones"; al ser derogada, la nueva opta por decir "certificados de aportación", introduciendo las siguientes características: son nominativos, indivisibles, de igual valor y con circulación restringida (art. 35 LSC); sólo podrán transferirse cuando el cedente sea titular de más de un certificado y que el cesionario tenga el carácter de socio (art. 11 RLSC).

Obligaciones. - Las obligaciones, aunque también son documentos (títulos de crédito), no deben confundirse con las acciones. Se emiten masivamente por la sociedad previo acuerdo de la asamblea extraordinaria (art. 182 X LGSM); estas obligaciones representan "la participación individual de sus tenedores en un crédito (se adopta la posición de acreedor de la sociedad, con derecho a un interés) colectivo constituido a cargo de la sociedad emisora" (art. 208 LTOC). Tendrán cupones al portador (id.).

Puede haber conversión de obligaciones en acciones, al efecto, se deben cuidar los requisitos que impone el art. 210 bis LTOC.

Bono de fundador. - Se emite por acuerdo de los fundadores en favor de quienes hayan colaborado en la fundación (art. 106 LGSM), sean o no socios. No podrán tener más de diez años de vigencia y estarán limitados al 10% de la utilidades anuales. Un rasgo que cabe destacar, es que el tenedor no es accionista, es beneficiario de la sociedad (v. art. 107). Los bonos no se computarán en el capital social.

Cupón. - Es un título de crédito accesorio que al desprenderse de la acción, puede ejercitarse el derecho a la prestación que confiere (cobrar el dividendo —es prestación en dinero—) (v. art. 127 LGSM).

Certificados provisionales. - Suplen transitoriamente al título definitivo representativo de la acción. Se supone (en la práctica no sucede así) que no excederán un año de haberse constituido la sociedad (art. 124 LGSM); también podrán amparar una o varias acciones (art. 126 LGSM).

## 9. ORGANOS.

"La junta de accionistas es una comedia bien representada, pero que goza de - escaso público".

JOAQUIN GARRIGUES.

### A. ORGANICIDAD.

La sociedad como persona que es, no puede faltarle su capacidad de obrar. Es en este sentido como el derecho ha creado un aparato técnico, un dispositivo jurídico que unifica unas relaciones, que en otro caso serían - múltiples (235). Ese instrumento técnico, a su vez lleva consigo una organización interna; esto es, estará integrada con personas físicas que tengan a su cargo la gestión del patrimonio, y se llaman ORGANOS, no representantes, ya que, deliberando, administrando, contratando, etc., no manifiestan una voluntad propia cuyos efectos hagan recaer en un ente, sino que hablan con su voz (son cuerdas bucales) y expresan sin más su voluntad (son "máquinas reproductoras"), siendo ya no extraños o terceros o sujetos independientes, sino elementos internos del ente, de igual modo que la mano es a la persona física, de la que forma parte. "La decisión colegiada, una vez tomada, es decisión del ente" (236). En tratándose de socio único, técnicamente sigue siendo voluntad de ese complejo orgánico. ASCARELLI comparte la idea de organicidad al sostener que las sociedades deben servirse de órganos compuestos por personas físicas en última instancia, mismas que manifestarán aquella que es la voluntad social (237). De esta manera es fácil percatarse que los órganos de un ente dotado de personalidad propia son las estructuras interdependientes compuestas básicamente por personas físicas que, por ministerio de la ley están autorizadas a manifestar su voluntad y a des-

arrollar interna y externamente la actividad del ente del cual forman parte - (238).

Es común la confusión existente entre los mercantilistas en el sentido de creer que son órganos de la sociedad las personas físicas encargadas - de llevar a cabo las funciones que la ley les encomienda (239). Un órgano es una estructura, una combinación definida de elementos. Este órgano puede estar integrado solamente por otras personas jurídicas colectivas, que a su vez se componen de órganos, y así hasta el infinito. Es por ello que propongo, en la definición de órgano social la frase "compuestas básicamente", con ello quiero decir que en el cimiento de todo órgano social estarán siempre -- personas físicas, así como cualquier órgano del cuerpo humano reposa sobre una combinación celular: la persona física es al órgano social lo que la célula es al corazón (o al hígado, o al riñon...).

Los órganos tienen la misión de deliberar (que no crear, como afirma BROSETA) (240), emitir, ejecutar, etc., la voluntad de la sociedad (repito, - no de los órganos o de los socios), así como para concertar los actos y negocios de relación con terceros, y con los mismos socios (e incluso con otros órganos, de ahí su interdependencia).

La clásica división de órganos de la sociedad anónima es triple: órgano deliberatorio y de formación (a veces también deformación) de la voluntad social, la Asamblea (asimismo es el órgano de promulgación de esa voluntad); la ejecución está en manos del órgano Administración (ya única, ya mediante consejo), y la función de control recae sobre el órgano de vigilancia. En concepto de BRUNETTI, "esta distribución NO admite derogación y forma parte integrante del ordenamiento de la sociedad" (241).

Es unánime concebir esa división orgánica de la sociedad anónima como una sociedad democrática (Estado, país, etc.) (242). GARRIGUES interviene para comentar que la sociedad anónima, como corporación, tiene DOS -- ORGANOS FUNDAMENTALES: la Asamblea deliberante y un órgano ejecutivo de las decisiones de la Junta general, "sometido jerárquicamente" a éste - - (243) (v. infra pfo. 12 apartado B -Asamblea-). BRUNETTI indica que hay órganos NECESARIOS Y VOLUNTARIOS. "El órgano es necesario cuando el ente no puede existir sin él" (244).

También unánime es la apreciación de la realidad de la sociedad anónima

nima y su concepción democrática; no existe en la práctica, y ello se debe al abstencionismo y absentismo de todos conocido, "y en el que no quiero insistir. La junta de accionistas es una comedia bien representada, pero que goza de escaso público" (245). El principio del sufragio universal queda falseado, la soberanía de las mayorías queda suplantada por la de los grandes accionistas: "... la gran sociedad anónima se ha convertido en una oligarquía de una minoría de accionistas que... son mayoritarios en las Asambleas a base de las abstenciones y de los poderes, en blanco o cesiones de voto, y en muchas legislaciones a base de las acciones de voto plural, las acciones de voto limitado o las acciones sin voto" (246). Los accionistas se desinteresan de la administración de la sociedad; no asisten, los administradores deliberan en consejo pero sólo uno de ellos dirige la sociedad (abundant ejemplos prácticos y hasta sátiras en filmes, teatro, telenovelas, etc., sobre el particular). "Sin embargo, el legislador se ha obstinado en querer mantener legalmente esta democracia directa" (247).

Ya el móvil que conduce a los sujetos a formar una sociedad no es solamente el deseo de sumar a las propias, "otras capacidades auxiliares, con independencia del capital que estos colaboradores puedan aportar, sino también el propósito manifiesto de no renunciar de manera definitiva a los poderes de gestión y decisión ni sustraerse a la responsabilidad derivada del ejercicio de la actividad social" (248). En este orden de ideas, HAUSMANN le llama al gran accionista (no aquel que posee más del 50% de las acciones, sino el que la domina como si le perteneciese a él) "accionista empresario". Entre los pequeños accionistas u ocasionales subsiste la clasificación a que alude ASCARELLI: los que buscan invertir colocando su capital y los que especulan con las acciones ("accionistas nómadas") (249).

## B. ASAMBLEA.

El término "asamblea" es el más generalizado y por el que opta nuestra legislación para designar al órgano deliberatorio de la sociedad por acciones (250).

La Asamblea es una institución jurídica creada por el Derecho para hacer más expedita la marcha de la sociedad al remover los obstáculos que -

podieran suponer la diversidad de opiniones, diferencias y alejamiento de los interesados. Por otra parte, se consigue eliminar el principio de unanimidad para introducir el concepto de mayoría relativa (251).

En el Código de Napoleón se omite hablar de asamblea, para indicar (art. 31) "que la sociedad está administrada por mandatarios temporales, revocables, asociados o no asociados, pagados o gratuitos" (252). Durante el siglo XIX los legisladores empezaron a concebir la asamblea como un instrumento de formación y manifestación de la voluntad social.

Común es entender a la asamblea como un órgano, y también corriente es considerar que la misma obra con efectos en lo interno de la sociedad (253). La asamblea es un órgano directivo, no participa en la administración activa y cotidiana; sólo indica el camino a seguir. La asamblea no debe confundirse con la suma de los socios (254); es una estructura autónoma de ellos, y necesaria para comunicarse la sociedad entre administradores y socios (MESSINEO (255) habla de "administrados"; en mi concepto la administrada es la sociedad y no los socios de ella).

La asamblea reúne a los accionistas y a otras personas (de ahí que no debe confundirse con la suma de socios como se afirma en el párrafo precedente) previstas en la ley y en los propios estatutos (y también, por qué no, en el "contrato" social). Así, pueden integrar la asamblea los administradores no accionistas; lo mismo se puede decir sobre los comisarios y los representantes, en su caso, de los obligacionistas.

Se afirma que la asamblea es por naturaleza un órgano colegiado: implica una pluralidad, el concurso por lo menos de dos socios (256). En principio comulgo con esa idea. Sin embargo cabe considerar la hipótesis de que sean, digamos, cinco socios, uno de ellos con el 80% de las acciones y los restantes con un 5% cada uno; se convoca a junta de asamblea y no asiste más que el primero. En los términos del art. 191 LGSM se hace una segunda convocatoria y los restantes accionistas siguen contumaces, y en dicha junta se deben adoptar acuerdos propios de la Asamblea. Ese único asistente puede tomar ese acuerdo; en otras palabras, la Asamblea está legalmente constituida "aunque" sea por un solo socio. Ello no altera su naturaleza de órgano, de estructura, de institución deliberatoria. Un caso similar es el de la sociedad con un solo socio, donde, obviamente, la Asamblea queda integrada por una sola persona (en un caso extremo, ya que puede "convocar" -

ese socio único a sus asesores, administradores —¡claro que puede existir - un Consejo de Administración con su Presidente, Secretario, Tesorero, - diez gerentes, etc., en la sociedad con un solo socio! —, etc., a participar - en la Asamblea —cualquiera que sea su clase—).

La asamblea "es un órgano diuturno, en cuanto que no funciona en forma permanente", afirma BARRERA GRAF (257). Sus componentes deben reunirse en la forma y términos prescritos en la ley y en los estatutos. Distingo que la asamblea sea un órgano no permanente. La asamblea es una institución legal, propia de la sociedad anónima, es su cerebro: un órgano vital y omnipresente, siempre está alerta (stand by, como dicen los belicosos estadounidenses). De ahí que sea importante distinguir entre asamblea órga no y junta de asamblea. La asamblea como tal, sí funciona permanentemente en cuanto a su función, en cuanto a su autojustificación orgánica, en cuanto a su "por qué". No es un órgano eventual, así esté integrada por un solo sujeta.

En cuanto a su naturaleza intrínseca, se niega por algunos autores que sea un órgano de la sociedad sosteniendo que se trata de la propia sociedad en su conjunto (258). Esta postura bien puede derivar de la situación -- provocada por las primeras legislaciones, en las que la sociedad "era simplemente la reunión de los contratantes para adoptar acuerdos respecto al contrato" (259). Al ser necesaria la aplicación del principio de las mayorías, y al empezar a ser desvirtuada la naturaleza contractual de la sociedad en su funcionamiento, se hace patente la evolución hacia la concepción orgánica. GIERKE es de los precursores en tal calificación (260).

Su función tiene como principal objetivo lo relativo a la voluntad de la sociedad. Para unos, es un medio de expresión de la voluntad social (261) para otros, un instrumento de manifestación de la voluntad (262). ASCARELLI menciona que sirve para formar la voluntad social (263).

A lo largo de este trabajo, he insistido en que la asamblea es un órgano deliberatorio, es el sitio en donde se forma la voluntad de la sociedad, no es que la asamblea forme la voluntad. Y no solamente la voluntad, sino que tiene otras funciones, incluso administrativas.

El socio, al concurrir a la asamblea, no lo hace desarrollando una actividad singular, sino que es absorbido por el cuerpo colegiado. Y principio

general de la deliberación colegiada, es el acuerdo por mayoría de votos, no obstante, y como ya se ha advertido, en las grandes sociedades las masas de accionistas no acuden a votar, trayendo como consecuencia que fracase la - democracia de la s. a. , y se haga más patente el fenómeno de la desaparición sistemática de la figura del pequeño accionista como elemento de este órga-- no. Esto es resultado de que el derecho de voto sea en función del capital y - no de la persona (lo cual no es nada censurable); ya en las legislaciones "se acusa esta evolución a medida que se van disminuyendo los poderes de la - asamblea y reforzando los de la administración (y que se van introduciendo en las legislaciones las acciones con voto limitado y aun sin voto)" (264).

No sólo en doctrina, sino también en el derecho positivo (art. 178 - - LGSM), se alude a la asamblea como un órgano soberano y supremo dentro - de la sociedad, toda vez que "resume en sí el máximo poder social" (265). Se argumenta ello en razón de que "es en la asamblea que se expresa la volun-- tad suprema y soberana de la sociedad" (266). Este principio clásico es el que lleva a pensar en la preeminencia de la asamblea, "la administración depen-- de de ella" (267). MANTILLA MOLINA asegura que "de la asamblea dimanar - los demás órganos sociales..." (268). Difiero de esta opinión. He sostenido - que los órganos de la sociedad son instituciones jurídicas que proceden de - una creación legal: es la ley de donde dimanan TODOS los órganos sociales. MESSINEO procura templar un poco el ambiente cuando, aun afirmando la - subordinación del consejo de administración (o administrador único) a la - asamblea, reconoce: "Sin embargo, subordinación no puede significar, para los administradores, ausencia de autonomía en los criterios a seguir en la - gestión de los intereses de la sociedad, dentro del ámbito de los poderes que les están reservados" (269). En relación con esto, escribe BARRERA: "... los demás órganos sociales... y los representantes del ente que se designaran, están subordinados a la asamblea general, la que los nombre (sic) y los revo-- ca..." (270); más adelante: "El nombramiento de los miembros de esos órga-- nos subordinados..." (271). Debo aclarar que, en el supuesto (sin conceder lo) de que exista una relación de supraordinación, ésta será entre los miem-- bros componentes de los demás órganos, NO ENTRE ORGANOS. Ahora bien, en el caso de admitir esa relación, por otro lado, no sería la asamblea el titu-- lar, sino la sociedad misma (como persona jurídica). No confundo esa rela-- ción con una laboral, sino que de ésta, por analogía, afirmo esa cualidad. - Es la sociedad quien ordena a sus "trabajadores" a través de la asamblea.

Esta noción de soberanía se encuentra en crisis desde hace ya tiempo y "más bien parece que tiende a desaparecer como principio esencial" - (272). El Derecho comparado nos muestra ejemplos de esa vicisitud. En los Estados Unidos de Norteamérica se le otorga la toma de decisiones importantes (aprobación del balance, distribución de beneficios, la modificación de estatutos -"by laws"- al Consejo de Administración -Board of directors-) - (273). En Francia, ambos órganos no pueden invadir sus respectivas funciones (274).

Ya en la práctica se evidencia también esa crisis, aun en sistemas legislativos como el nuestro que promulgan la supremacía de la asamblea. El mismo ausentismo, al que me refería antes, de los accionistas, ha subvertido el principio, pues de hecho, en las grandes sociedades, es la administración quien decide previamente (275); la participación directa en la vida económica de la sociedad ha seguido en manos de los administradores; ejercen los accionistas un control a posteriori sobre la gestión del patrimonio. En muchos casos, la reunión de la asamblea general es una mera formalidad para cumplir con las prescripciones legales (276).

Existen diversos sistemas para determinar la competencia de los dos órganos fundamentales:

a) presunción de competencia en favor de la asamblea con todas las facultades que la ley o los estatutos no otorgan a la administración;

b) presunción de competencia a favor de la administración en todo aquello que la ley no reserve a la asamblea (es lo que ocurre en Alemania; la dirección es un órgano legal con facultades propias que derivan de la ley) (277);

c) órganos jerarquizados con funciones propias, sin que ninguno pueda invadir las funciones del otro (México);

d) posibilidad que los administradores no sean nombrados por la asamblea (sociedades públicas, por ejemplo).

Otro dato para evitar hablar de la supuesta soberanía que tiene la asamblea, es aquel mediante el cual la misma tiene limitaciones en la ley, los estatutos y los derechos de los socios: su función es preponderantemente formal, no debe exceder su natural competencia. La asamblea no puede adoptar acuerdos contrarios a las leyes generales o al orden público o a las

buenas costumbres, ni abusar la mayoría de la minoría o desconocer los derechos de los accionistas. En caso contrario, la Ley estructura un procedimiento para declarar, ya sea la inexistencia, nulidad o anulabilidad de los acuerdos tomados en contravención a los lineamientos generales de su adopción (278). Este procedimiento, en nuestro derecho, se encuentra consignado en los arts. 200 a 205 LGSM. Y de su lectura aparece un galimatías que, si no es por el estudio del texto del Profesor MANTILLA, pasaría por mí desapercibido. Dispone el art. 200: "Las resoluciones legalmente adoptadas... son obligatorias... salvo el derecho de oposición...". De ahí que, en principio MANTILLA MOLINA pretenda que "... con ello parece establecer la posibilidad de oponerse a un acuerdo de la asamblea por motivos de conveniencia o de oportunidad, ya que parte de la hipótesis de que el acuerdo es legal" (279). El art. 201 III aclara la situación al exigir para la procedencia de la oposición judicial que se señale en la demanda la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido. Continúa MANTILLA: "La contradicción podría superarse si se entiende que el art. 200 se refiere a las resoluciones -- que son legales en cuanto a su MODO de adopción (... convocada, reunida, con quórum, por mayoría de votos...) pero que en su CONTENIDO violan algún precepto legal o alguna cláusula estatutaria" (280).

La acción de oposición se concede solamente a los accionistas que representen por lo menos el 33% del capital. De esto podría interpretarse —parafraseando al Maestro Mantilla— que los titulares de una porción menor están desprotegidos contra abusos e ilegalidades de la asamblea; empero el art. 200 dice que sólo los acuerdos legalmente adoptados obligan a todos, aun a los ausentes y a los disidentes. Los tomados ilegalmente no obligan a nadie, y en caso que se pretenda ejecutar sobre la minoría ese tipo de resoluciones éstos tienen expedita la vía judicial —aunque la LGSM omita un procedimiento especial para estos casos— para impugnar esos convenios. Resulta interesante la conclusión a que llega MANTILLA:

- "a) cualquier accionista, un acreedor de la sociedad y aun los órganos de ésta, tienen acción para pedir la declaración de nulidad de los acuerdos de la asamblea;
- b) los accionistas que posean el 33% del capital social tienen, además, una acción especial de oposición mediante la cual pueden obtener la suspensión provisional de los acuerdos impugnados" (281).

En efecto, siempre y cuando se garanticen los eventuales daños y perjuicios que pudiera causar la inejecución (art. 202 LGSM).

+ Derecho de separación. - En doctrina, este derecho se hace extensivo, como original medio de defensa, a los accionistas ausentes o que disienten de los acuerdos de asamblea, frente a las más graves modificaciones del "contrato social" (282). El art. 206 LGSM limita este derecho a los disidentes ("... que hayan votado en contra...") que no estén de acuerdo con las resoluciones tomadas en asamblea extraordinaria relativas a: cambio de objeto de la sociedad; cambio de nacionalidad de la sociedad y transformación de la sociedad (fraccs. IV, V y VI art. 182 LGSM). En todo caso, el disidente, tendrá derecho al reembolso de sus acciones según el último balance aprobado. Para la procedencia de este derecho, debe solicitarlo dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea.

- CLASES (283). - Encontramos en nuestro derecho seis clases de asambleas, debiendo aclarar que, a la que me he venido refiriendo es a la asamblea general como órgano social; ahora bien, esta asamblea se reúne en una determinada junta dependiendo de diversos factores (asuntos a tratar, quórum exigido, etc.):

- a) Constitutiva. Es la que lleva a cabo la fundación (conjunto de actos y negocios) de la sociedad.
- b) General. A ella se refiere el art. 178 LGSM (es el órgano supremo de la sociedad (")). La propia Ley subdivide a ésta en ordinaria y extraordinaria).
- c) Ordinaria. "Todas las que no son extraordinarias son ordinarias". Art. 180 LGSM.
- d) Extraordinaria. En ella se tratan asuntos de gran trascendencia para la sociedad (art. 182 LGSM).
- e) Especial. Cuando hay diferentes clases de accionistas y los derechos de una de ellas pueden ser perjudicados por la proposición de las otras; deberá ser aceptada previamente en esa asamblea especial (art. 195 LGSM).
- f) Totalitaria. Es aquella en donde la totalidad de los socios se encuentran reunidos sin convocatoria previa.

### C. ADMINISTRACION.

El éxito y buen desarrollo de toda sociedad por acciones depende de -- su administración y de la pericia y experiencia de los administradores. Es en la administración en donde la asamblea deposita las decisiones de la sociedad para la marcha de ésta; es un órgano de ejecución material.

La administración (así como la asamblea es a la sociedad como el cerebro a nuestro cuerpo) constituye los miembros y sentidos de la sociedad: es quien pone en contacto a la sociedad con el exterior. Para ello, debe estar - dotado (el órgano) de la capacidad de "representación" (no en sentido técnico) para que la sociedad pueda contratar; es decir, no es que la sociedad negocie a través de ella (de la administración), sino que contrata "con" (yo hablo "con" la boca, miro "con" los ojos, etc.; pero para que yo pueda mirar, necesito la capacidad de poder hacerlo, esto es, que mi órgano de la vista -- constituido a su vez por innumerables elementos: nervio óptico, retina, - córnea, etc. -- esté en aptitud física). BRUNETTI lo entiende de la siguiente manera: "No son los administradores los que actúan por la sociedad, sino la sociedad que actúa por su medio" (284). Asimismo, tampoco son los accionistas (como tales, es decir como socios, ya que en cuanto participan en la administración "dejan" de ser socios para convertirse en administradores) -- quienes llevan la dirección de la sociedad. Ello implica una diferencia con - las sociedades de personas, y más aún con aquellas en que es obligación de los socios participar en la administración: el cuidado de los intereses sociales (en la anónima) y la gestión de la sociedad no están ligados a la cualidad de socio (285).

Existen dos concepciones sobre la administración:

a) La que la concibe como un mandato (art. 142 LGSM: "La administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o más mandatarios temporales y revocables..."). Advierte MANTILLA que el legislador confundió - mandato y representación: "El mandatario sólo está obligado a realizar actos jurídicos; los administradores también están obligados a realizar actos materiales" (286). En realidad, la administración funciona con reglas más com-

plejas que las del mandato, y muchas de ellas, nada tienen que ver con éste. Los administradores son FUNCIONARIOS de la administración, no mandatarios de la sociedad.

Contrapuesta a esta concepción:

b) Es un órgano legal, cuya autoridad deriva de la ley (287).

La administración, como órgano que es (sobra decir que en lo personal adopto la segunda de las concepciones expuestas), tiene una composición dinámica y proyectada en función de las necesidades singulares de cada sociedad. De ahí que se manifiesten diversas funciones en el seno de la administración contemplada como una integración. ASCARELLI pone en relieve que los administradores, por una parte ponen a disposición de la sociedad "la propia capacidad administrativa y representan a la sociedad; esto es... manifiestan a terceros la voluntad social... y forman y manifiestan la voluntad de la sociedad en el ámbito discrecional de administración... dejado a ellos por el estatuto..." (288).

De lo anterior se desprenden dos ópticas en lo relativo a la administración (como actividad):

- + Administración. Desde este punto de vista, es una actividad colegial.
- + Ejecución. Actividad individual. Se refiere al primer caso al que alude Ascarelli (retro).

La administración como actividad colegial reúne todos los poderes inherentes al tamiz por el cual pasan las órdenes de la sociedad. La asamblea indica qué es lo que debe hacerse, la administración (colegial) decide cómo hacerse y el (los) administrador en lo personal lo hace (ejecución directa por medio de la "representación"). Estos últimos llevan a cabo las órdenes dentro de los límites que la propia orden disponga; no pueden ya deliberar (cfr. arts. 146, 147 y 148 LGSM). En este punto resalta que representación y administración o gestión, no coinciden necesariamente (289). Puede haber administradores (en el sentido económico del término) desprovistos de representación que actúen en lo interno de la administración; su actividad no hace adquirir derechos ni hace asumir obligaciones a la sociedad (290).

La organización del órgano administración puede ser muy variada y -

hasta adoptar los lineamientos más sofisticados que puedan crear las ciencias administrativas. Nuestra LGSM se limita a hablar de un Consejo de Administración (a su vez compuesto por un Presidente, Secretario, Tesorero y Consejeros —arts. 143 y ss.—) y, eventualmente de Gerentes (generales y especiales —art. 145—).

El Consejo siempre actuará en forma colegiada y con un quórum especial: la mitad de sus miembros cuando menos. Los acuerdos serán tomados por mayoría (art. 143) (291).

En el Derecho comparado encontramos diversas formas de organizar al órgano de administración, dependiendo de la legislación de cada país:

- a) permite uno o varios administradores, y en este último caso, formando o no un Consejo de Administración con designación facultativa de administradores delegados, directores o gerentes (Argentina, Bolivia, Chile, Cuba, España);
- b) permite uno o varios administradores, pero en este último caso formando obligatoriamente un Consejo de Administración con designación facultativa de administradores delegados, directores o gerentes (Finlandia, Honduras, México, Portugal);
- c) régimen obligatorio de Consejo de Administración y en el cual los directores o gerentes son de designación facultativa (Bélgica, Grecia, Turquía);
- d) régimen obligatorio de Consejo de Administración y con designación obligatoria de personas que tienen la responsabilidad de la dirección permanente de las operaciones sociales (Francia, Dinamarca, Suecia);
- e) régimen legal de administración (verwaltung), que comprende dos órganos:
  - la Dirección (vorstand)
  - el Consejo de Vigilancia (aufsichtsrat), que no es órgano de fiscalización, sino de administración (Alemania, Austria) (292).

— Nombramiento. — La administración como órgano, es una institución legal (art. 142 LGSM). Sus componentes esenciales son nombrados

por la asamblea general (art. 181 II y III LGSM). No todos los administradores deben ser necesariamente designados por la asamblea (art. 145), ya que el propio consejo de administración (como órgano, no como administrador) - puede, a su vez, nombrar administradores; es más, común es que estos últimos sean nombrados y revocados por el consejo (v. nota 291).

- Responsabilidad. - Cada uno de los administradores debe prestar caución en garantía de la responsabilidad en que pudieran incurrir por el desempeño de su cargo (art. 152). Los arts. 157 a 163 (LGSM) señalan las reglas relativas a tal responsabilidad.

Es la asamblea general "quien" decidirá sobre la remuneración de -- los administradores (en caso de que no haya sido fijada en los estatutos) - - (art. 181 III LGSM).

#### D. SINDICATURA.

El tercer órgano que compone a la sociedad por acciones es el comisariado, cuyas funciones son de fiscalización, inspección, control y vigilancia de que las operaciones de la sociedad, sean llevadas a cabo legalmente. - En un sentido estricto, es un órgano de control de la Administración (293). Y en la práctica son considerados (los comisarios) revisores de cuentas, "especialmente encargados de la formación del balance" (294).

El nombramiento de los síndicos (no del órgano) lo hace la asamblea - (art. 181 II LGSM). En caso de que sean más de tres los comisarios, la minoría que represente un 25% del capital social, tendrá derecho (¿obligación?) de nombrar "cuando menos un consejero" (comisario) (art. 144 en relación con el 171 LGSM) (295).

Prudente es la observación de BRUNETTI, en el sentido de que una - parte, por lo menos, de los síndicos debiera ser elegida obligatoriamente entre los inscritos en determinadas categorías profesionales y, evitar así el empleo de tipos nefastos y de oscuros antecedentes en un cargo tan delicado - - (296).

Previsor resulta el Código civil italiano, pues en su artículo 2458, y previa concesión en ese sentido de la ley o del acto constitutivo, faculta al -

Estado, en tratándose de sociedades públicas (nacionales), para nombrar uno o más administradores o síndicos, quienes sólo podrán ser revocados por el propio Estado (o ente público que los haya nombrado). Esta facultad se extiende aun en el caso que haya defecto de participación de acciones (art. 2459 - mismo código, cfr. art. 48 LOAPF).

## 10. SOCIEDAD CON UN SOLO SOCIO.

"Los juristas prefieren sumergirse en toda clase de complicaciones - jurídicas antes de abandonar los principios que les han legado varias generaciones".

SOLA CAÑIZARES.\*

### A. PLANTEAMIENTO.

Ya IHERING denunciaba que los juristas niegan, por deformación - profesional, soluciones adecuadas a problemas prácticos invocando supuestos principios jurídicos inmutables, olvidando que los principios son para -- los hombres y no los hombres para los principios (297). La sociedad (anóni-- ma) con un solo socio (o dos o tres...) es una realidad en todo el mundo. -- Los encargados de su regulación prefieren huir como lo pretende el avestruz o bien, o bien, sin fundamentos técnicos -lógicos rechazan dicha realidad me diante persignadas o conjuros. "Cómo es posible admitir tal monstruosidad" gritan los atávicos jurisconsultos; otros, tal vez un poco más liberales, la - admiten, pero encajonándola en moldes arcanos, dándoles la oportunidad de que reconozcan su "error" y se enmienden admitiendo el número de socios que basten para "lavar su falta".

Yo entiendo (afortunadamente junto con una autorizada barra de es-

\* TSADC, t. III, p. 20.

tudiosos) que el sistema jurídico debe ser flexible y dinámico, sin que por -- ello el Derecho pierda su dignidad (298). De tal manera que -- un determina do instituto jurídico pueda adaptarse a la evolución a la que lo someten diver sas coyunturas económicas que no son su finalidad económica típica (299). - El instituto jurídico, a pesar de esta diversidad de finalidades coyunturales, seguirá siendo, formalmente, idéntico a su original, a su prototipo.

Por otra parte, es innegable que los tipos sociales existentes en nues tra legislación mercantil no alcanzan a satisfacer las nuevas demandas que impone la moderna vida económica (300). Los hechos condicionan la existen cia de los derechos: nuevos hechos implican nuevas normas. El instituto -- (como fuente real) determina la norma que lo va a regir; estos hechos de la realidad social son reflejados mediante conceptos, y éstos, a su vez, toman nombres jurídicos, así, atendiendo a la estructura, a su forma y enmarcan do contenidos variables, se han llegado a establecer en la ley figuras jurídi cas sujetas cada una a reglas especiales. Estas formas son creaciones de los juristas, quienes inspirados por esos hechos, lo hacen para procurar la rea lización de los fines de los agrupamientos que cada una implica (301).

MANTILLA MOLINA reduce el problema de la sociedad con un solo so cio a una cuestión "meramente terminológica" (302). "Se conserva el térmi no tradicional, sociedad, aunque el derecho aplicable, al evolucionar, haya superado y hasta negado el concepto original y propio de este negocio jurídi co, y mantenga el vocablo para regular la institución jurídica de acuerdo a las reglas y a la técnica de funcionamiento y a la organización que es propia de las sociedades plurimembres, sobre todo de la S.A." (303).

La sociedad con un solo socio cuenta, como todo fenómeno cultural, artístico, social, etc. que va adquiriendo éxito, con numerosos (y muchos - de ellos respetables) opositores. Desde luego que en primera fila encontra mos a aquellos juristas que ven en la sociedad un contrato (v. retro, n° 7 - A.1). Veamos a BRAGANTINI: "... no es posible su existencia por falta de causa... el reparto de utilidades que se obtengan de una sociedad mercan til, constituye la causa de ésta" (304). VICENTE GELLA afirma que esa forma "un poco extravagante" no suele ser admitida por la legislación positiva -- (305). RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ anuncia que existe tendencia de utilizar a la sociedad como "simples estructuras de responsabilidad limitada y no como -- formas de organización colectiva" (306). BARRERA GRAF la califica de socie dad anómala (307) (v. también retro, n° 5 A). En fin, SOLA CAÑIZARES ha-

bla de "una monstruosidad jurídica" (308); BROSETA dice que es inadmisibile la originalmente sociedad con un solo socio (309). GARRIGUES señala que toda sociedad supone la participación de dos asociados, tanto para su nacimiento como para su subsistencia, "ya que no se concibe una relación de sociedad sin varios socios" (310).

Es curioso ver cómo la mayoría de los autores que desapruueban este fenómeno, se refieren a él empleando el término sociedad ("la sociedad que no es sociedad"). Ninguno de ellos la califica como algo diverso a la sociedad. Evidentemente todo el problema radica en el elemento "socios", y más particularmente, en el número de ellos (existe también la cuestión de la causa, cuando, a pesar de ser el número suficiente de socios, de hecho todo el poder recae en una sola mano. Sin embargo, van a la par estas dos no ciones en el planteamiento de la sociedad con un solo socio). Esta exigencia de un número determinado de socios, no obedece más que a una inercia histórica y su fundamento reside en la concepción contractual "atribuida impropriamente a la sociedad por acciones" (311). Sin embargo, la posibilidad de que exista la sociedad con un solo socio es una realidad ante la cual no hay por qué taparse los ojos. RODRIGUEZ RODRIGUEZ "califica de difícilísimo el problema" (312). El derecho comparado nos demuestra que no hay ninguna justificación lógica en fijar un número de socios para la constitución de una sociedad por acciones (313). En efecto, resulta demasiado arbitraria la exigencia de una pluralidad de socios sin univocidad:

- 10 socios: Argentina, Paraguay, Portugal.
- 7 socios: Bélgica, Brasil, Francia, Gran Bretaña.
- 5 socios: Alemania, Colombia, México.
- 3 socios: Canadá, Suecia, España, Suiza.
- 2 socios: Bolivia, Chile, Holanda, Italia (314).

Incluso muchos sistemas jurídicos ("con mayor o menor franqueza") admiten que ulteriormente, la sociedad pueda funcionar con un solo socio (Alemania, Austria, España, USA, Gran Bretaña, Holanda, Italia...), y (hasta mi limitado conocimiento) son DOS los ordenamientos que no exigen expresamente ningún mínimo: Código de Iowa de 1946 —art. 491— y el Código de Liechtenstein —art. 637— (315). En los países en que la ley no fija un mínimo, se requieren dos fundadores —dice SOLA CAÑIZARES— por aplicación de las reglas resultantes de la definición del contrato de sociedad (316).

En el Proyecto de 1947 (CCo) se mantiene la exigencia de cinco socios. En el de 1960 se conserva la redacción de 1952, que no exige un número mínimo de socios, admitiendo la sociedad con un solo socio.

Una cuestión deambula en el aire: ¿solamente puede fundarse una sociedad mediante la concurrencia de la voluntad de dos o más personas? Menester es recordar los orígenes de la sociedad, cuando nacía por un acto unilateral del Estado. GARRIGUES manifiesta su desacuerdo con ello, y extrañamente escribe: "toda sociedad, tanto al principio como después a lo largo de su vida, supone una pluralidad de personas, un negotium ex pluribus conflatum. Pero (atención) frente a este contrasentido (el de la sociedad con un solo socio), los juristas han optado por cerrar los ojos y, lejos de escandalizarse, ceden ante una realidad del tráfico moderno. Esta actitud agnóstica de los juristas frente a la sociedad de un solo hombre obedece a fundamentos diversos..." (318):

- + porque la s. a. está predispuesta al dominio de unos (o uno) pocos (GRECO);
- + indiferencia de unos accionistas;
- + gestión de dos o tres;
- + desdoblamiento de la personalidad del Estado (MESSINEO) - - (319).

Nuestro derecho exige para la sociedad anónima, la presencia sistemática de un mínimo de cinco socios (art. 89 I LGSM). Este requisito debe satisfacerse tanto durante la fundación de la sociedad como en la sociedad misma (320). MANTILLA MOLINA no encuentra justificada esa exigencia. Argumenta el Maestro: "La función de la S.A. es reunir un capital... adecuada a su finalidad... si el capital se reúne entre dos, tres o cuatro socios, considero absurdo que no puedan crear por sí mismos una S.A." (321).

Esta pluralidad de socios, cede ante variadas circunstancias para dar lugar a la sociedad con un solo socio o a la heteropénica, figura atípica que viene a llenar la laguna dejada por los tradicionalistas (322).

La exigencia de un número determinado de socios en la anónima da lugar a un hábil expediente para satisfacer dicho requisito: el interesado se ve obligado a seguir un camino indirecto mediante la colaboración de cuatro personas de su confianza. Esta colaboración compone un acto real, absoluta

mente válido (323). Lo contrario implica una de las más serias objeciones a la sociedad con un solo socio. Por razón de método, expondré algunas de ellas sin que su orden implique jerarquización alguna.

## B. OBJECIONES

1) El negocio es nulo por simulación, por fraude a la ley y por falta de causa. En este sentido se arguye que el consentimiento no es más que aparente si la sociedad ha sido creada ficticiamente para disimular una empresa personal. La simulación consiste en la celebración de un contrato ficticio, el cual no tiene ningún valor y los terceros pueden, como las partes, pedir su nulidad (324). La verdad es que esta sociedad de conveniencia es una sociedad real, no sujeta a los efectos de la simulación: "El acuerdo simulativo, como relación interna distinta de la que resulta de la publicidad, no puede ser opuesto a la sociedad, ni por ésta a los terceros" (325). La simulación, además, no puede ser opuesta a los terceros de buena fe (art. 2184 CC).

Acerca de la responsabilidad personal del socio único, se argumenta: "El accionista acaparador debía encontrar una sanción en el reconocimiento de su responsabilidad personal" (326). Insiste VICENTE GELLA que la sociedad sólo puede existir entre personas; "cuando un negocio jurídico se celebra a través de esa entidad imaginaria, en realidad se hace por cuenta de su propietario; actuar por este procedimiento puede implicar una actitud culposa frente a tercero que no sabe en realidad con quien negocia, y la culpa es fuente de responsabilidad personal..." (327). ASCARELLI opina en contrario que, en este caso, tampoco se puede hablar de fraude a la ley; al haberse constituido una nueva persona jurídica (porque es innegable que en realidad es una persona distinta de la de su único accionista), ésta responde ilimitadamente con su propio patrimonio de sus propias deudas (328). "No sabe en realidad con quien negocia": al surgir la anónima, ipso iure son aplicadas las normas que la regulan; y es precisamente en estas normas en las que los terceros encuentran su garantía; garantía que no difiere de aquella que dichos teóricos encuentran cuando la anónima, en lugar de un accionista, tiene un centenar, o una miríada (329). MESSINEO y DE SOLA CAÑIZARES coinciden en que el accionista único debe someterse a las reglas de la responsabilidad limitada, sin perjuicio de que los tribunales sancionen --

los posibles y eventuales (deben demostrarse) casos de fraude o abuso (329). En nuestro propio derecho se contempla esta posibilidad y aun en los casos - que existan varios socios, cuando las personas que controlan la sociedad - - anónima (ya sea que posean o no la mayoría de las acciones) tendrán responsabilidad subsidiaria e ilimitada frente a terceros, por los actos ILÍCITOS imputables a aquella (art. 13 Ley que establece requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas -D.O. 1111940-) (331).

Dado el importante valor que tienen las refutaciones que hace MANTILLA MOLINA a las objeciones en contra de la sociedad con un solo accionista, transcribo algunas de aquellas (332):

+ El peligro de eludir a los acreedores, existe, pero existe también en la pluripersonal; el deudor tramposo recurre a sus amigos para constituir la anónima. La apelación a una acción pauliana es francamente difícil: "Si Cayo quiere ocultar sus bienes para sustraerles a la acción de sus acreedores, y para ello imagina la constitución de una sociedad, muy lerdo habría de ser, dentro de su malicia, para ostentarse francamente como socio de la sociedad en cuestión... (Cayo) los seguirá manejando (los bienes) detrás de la mampara de la sociedad en la que él no figura" (333).

+ El que pretenda defraudar al Fisco, no lo hará mediante una sociedad unipersonal: "para mayor protección propia, le dará la apariencia de pluripersonal, y entre las personas que en ella aparezcan, no figurará la que constituye en verdad su alma" (334).

+ En las sociedades de responsabilidad limitada (lato sensu) lo que importa a sus acreedores es su efectiva constitución y mantenimiento del patrimonio social (335).

+ En cuanto a la pretendida nulidad, MANTILLA, defensor a ultranza de la sociedad unipersonal, afirma que, "con palabras tomadas del derecho matrimonial (art. 264 CC) puede decirse que la sociedad heterapénica es ilícita, pero no nula" (336).

2) La sociedad se constituye mediante un contrato y el concepto mismo - de contrato implica una dualidad de partes. El legislador mexicano cuenta entre los opositores, mas hay que subrayar que la doctrina contractualista está en crisis, así pues, una vez roto ese molde contractual, habrá que admitir a la sociedad dentro de la categoría de los actos unilaterales (su funda-

ción) (337); obviamente como simple posibilidad y no como axioma.

3) El concepto de sociedad y la propia palabra implica una pluralidad de personas.

Del concepto que yo propongo (retro, n° 4) no se advierte dicha abundancia de personas, implícitamente sí requiere de un fundador (cfr. n° 3B), mas no de una pluralidad. Por otra parte, es dudoso —en palabras de MANTILLA— que el capítulo sobre la sociedad civil pueda aplicarse a las sociedades comerciales (338).

La objeción terminológica es más impresionante que eficaz. "Las palabras tienen un destino muy variado, y en ocasiones adquieren un significado no solamente distinto, sino aun contrapuesto al que originalmente tenían. La semántica nos muestra muchos casos curiosos de esta evolución" (339).

4) La sociedad con un solo socio es una figura anómala. Decía MESSINEO que dicha sociedad "hasta ahora ha sido un fenómeno excepcional, anómalo, y que como tal debe ser tratado por el legislador; si se le aceptara abiertamente, veríamos florecer, a la luz del sol, gran número de estas sociedades" (340). Al respecto escribe MANTILLA que ese argumento es contradictorio y un tanto especioso. Contradictorio porque, si fuese excepcional ese fenómeno, no habría que temer esa proliferación una vez autorizada por el legislador. Especioso porque "mientras no se señale un inconveniente intrínseco de las sociedades mercantiles unipersonales, no puede encontrarse un peligro en la sola circunstancia de que su número aumente" (341).

Por otra parte, el hecho de que (no en todos los casos, ya que puede una ley especial regularlas, cambiando esa "anomalía" hacia una sociedad especial, ya no anómala —cfr. n° 5 A—) sea anómala, no implica de ninguna manera una objeción a su existencia. Ya quedó explicado que la sociedad anómala está autorizada y como tal, la ley no las prohíbe. De ahí que no se pueda hablar de que si no se corrige esa anomalía, debe procederse a su liquidación (342).

5) El funcionamiento de la sociedad, la celebración de asambleas, etc. — requiere de pluralidad de socios.

Es verdad que la sociedad, a pesar de contar con un solo accionista,

debe operar con órganos sociales. De acuerdo. Ahora bien, la LGSM no exige que los órganos tanto administrativos como de control estén integrados -- por una pluralidad de personas, y menos que éstas sean socios. También es verdad que, a pesar de ser uno solo el accionista de equis sociedad, éste puede obtener la colaboración de un sinnúmero de personas tanto físicas como morales, para integrar dichos órganos. Asimismo he escrito que --y coincido con MANTILLA-- aun en el caso de sociedades pluripersonales pueden celebrarse, válidamente, asambleas con un solo socio (343).

### C. MOTIVOS.

Ya GARRIGUES decía que desde el punto de vista jurídico formal es difícil encontrar una fundamentación teórica a la sociedad de un solo accionista; sin embargo, también reconocía que las exigencias de la vida económica se imponen e instituyen figuras que tratan de satisfacer esas necesidades (344). Es en este sentido como, por inercia jurídica que induce a servirse de instrumentos conocidos más bien que a crear instrumentos nuevos, la gente recurre a forzar institutos, o bien recurren a diversos negocios superando lo típico del propio negocio (345). La sociedad por acciones se encuentra como objetivo y centro de atención (v. nota 344) de los particulares y del propio Estado para, aprovechando las ventajas que su estructura finalista polivalente ofrece, llevar a cabo actividades que de otra forma veríanse obstaculizadas por diversas circunstancias.

Se piensa que la principal causa generadora de la sociedad unipersonal es aquella que se refiere a la posibilidad de abordar empresas y negocios protegidos por el límite de la responsabilidad; esto es, dedicarse a actividades comerciales sin arriesgar la totalidad del patrimonio personal. En este orden de ideas, CERVANTES AHUMADA expresa que, quien "en México desee afectar sólo parte de su activo patrimonial a una empresa mercantil, organiza una sociedad anónima, en la que hace figurar como socios a sus familiares, a su chófer y a su jardinero" (346). MESSINEO opina que ese interés del individuo para concentrar en sus manos la totalidad de acciones de una anónima, "reside en la posibilidad de ejercer profesionalmente una actividad económica, SIN convertirse en empresario" (347). El Estado recurre a la sociedad anónima cuando no considera oportuno (por diversas razones técnico-ju

rídicas) ni conveniente crear expresamente un nuevo "servicio especial con cargo al balance" (348). El Estado utiliza la anónima como instrumento de su actividad administrativa (349) sin necesidad de crear diversas instituciones o dependencias centralizadas.

La fundación de una sociedad unipersonal, en fin, puede obedecer a muchos propósitos (350), que son irrelevantes para el Derecho (351).

#### D. NATURALEZA.

En principio, existen cuatro grandes tendencias doctrinales para considerar a la sociedad con un solo accionista (352):

a) Mantiene la tesis contractual. Sostiene que la sociedad unipersonal es nula (teoría clásica francesa). Esta posición es lógica, pero no concuerda con la realidad.

b) No rechaza la tesis contractual, y sin embargo, admite el socio único. Aquí se concuerda con la realidad, pero carece de lógica.

c) No considera la sociedad como un contrato, pero no admite el socio único. No atiende a la realidad.

d) No considera la sociedad por acciones como un contrato y admite sin vacilar el accionista único. Esta posición es lógica y al mismo tiempo reconoce la realidad.

— Sociedad anómala. — No son pocos los autores que insisten en que se trata de una sociedad que sufre de esta característica (353). Hay que hacer mención sobre la utilización de términos parónimos (anómala y anormal) en que se incurre con frecuencia. Así, por ejemplo: "... 'la sociedad anónima de un solo accionista será siempre una SOCIEDAD ANORMAL que además — tropezará en la práctica con no pocas dificultades de orden funcional' " (354). ASCARELLI las llama "con un término comprensivo... sociedades anónimas ANOMALAS" (355). Un primer ejemplo de estas sociedades anónimas anómalas — escribe ASCARELLI — está representado por el caso de la constitución de una anónima para ejercer el comercio bajo responsabilidad limitada (356).

Aquí es donde ASCARELLI involucra su teoría del negocio indirecto: es con este fenómeno (el de la sociedad "anómala") al cual se quiere hacer referencia cuando se habla de negocio indirecto o con finalidades indirectas (357). - Oportuno es atender a qué comprende Ascarelli por negocio indirecto: es el negocio utilizado "mediante oportunas cláusulas, para alcanzar una finalidad diversa de aquella que le es típica" (358). Dentro de esta postura, se niega que la sociedad unipersonal constituya una figura autónoma o que pertenezca a una especial categoría dogmática: "se trata de un fenómeno histórico y sociológico; de una de las vías a través de las cuales los institutos jurídicos son adaptados a las mudables exigencias de la economía" (359). De gran interés resulta transcribir en qué casos el dogmatismo de la teoría del negocio indirecto debe aplicarse (atención):

"La finalidad última perseguida por las partes con el negocio indirecto constituye, jurídicamente, un motivo que sólo será relevante\* excepcionalmente frente a aquellas normas de ley —excepcionales — pero no rarísimas— que admiten la relevancia de los motivos, o en cuanto se traduzca en cláusulas negociales que como tales deberán ser observadas por las partes" (360).

En mi concepto, esta tesis del negocio indirecto, efectivamente, es --

\* "Motivos y finalidades en general SIN trascendencia en el ordenamiento jurídico, pero que, en cambio, vienen a ser jurídicamente relevantes, CUANDO sean traducidos en particulares cláusulas contractuales o cuando se trate de examinar si el negocio es en fraude a la ley, y, en general, cuando se trate de examinar el negocio jurídico frente a aquellas disposiciones legislativas que se dirigen a recaer sobre el efecto económico de todas maneras realizado (yo: ¿idealizado?) por las partes, con independencia de la causa típica del negocio adoptado".

"Es precisamente éste el punto de vista en que debe colocarse el intérprete al juzgar estos nuevos fenómenos y es éste sustancialmente... el punto de vista que doctrina y jurisprudencia... reconociendo la profunda diferencia entre esta hipótesis y la de la simulación, van adoptando con respecto a las s.a. anómalas o de favor o de oportunidad, o como se quiera decir" (Tullio Ascarelli, ob. cit., pp. 401-402).

aplicable a la sociedad con un solo socio, como lo es también para cualquier otra institución jurídica en la que los motivos para su funcionamiento no típicos (que no atípico, que es diferente) sean jurídicamente TRASCENDENTES. En este sentido, BRUNETTI: "No resuelve el problema recurrir al concepto - de negocio indirecto o con fines indirectos, que es el usado para alcanzar -- un objetivo diverso del que es típico suyo" (361). BARRERA: "Finalmente, la tesis de Ascarelli no explica la naturaleza y la estructura de la sociedad unimembre misma; explicaría el tránsito de una sociedad plural a una singular" (362).

- Sociedad independiente. - Considera ROJAS ROLDAN que la sociedad unipersonal es una figura jurídica independiente, NO una modalidad de las sociedades (363). Expone que solamente guarda la reserva --que es sólo - de forma y no de fondo-- de que a tal negocio jurídico deba llamársele sociedad.

Sin embargo, también alude a que, en el Proyecto de Código de comercio --1947-- no se tipifica como una figura aparte de la sociedad por acciones, "simplemente se da la posibilidad de que encuadre dentro del marco de las anónimas" (364).

Dice LAGOS OLLIVIER que la ley debe considerar a la unimembre con el nombre de sociedad y sujeta al estatuto de ésta, aprovechando un camino ya andado: "la sociedad debe explicarse... como una declaración unilateral - de voluntades múltiples" (365).

- Destinación de un patrimonio. - La práctica va creando --para algunos-- la necesidad de formar una institución jurídica mediante la cual una persona afecta un cierto capital para un fin determinado, adquiriendo - frente a terceros una responsabilidad limitada y reconociéndole una personalidad jurídica independiente (366). MANTILLA, accgiéndose a que la sociedad no es un contrato sino un negocio jurídico (367), afirma que no existe ningún inconveniente para considerar a la sociedad con un solo socio como la destinación de un patrimonio a un fin especial "a través de la estructura tradicional de la sociedad mercantil" (368).

- Sociedad heterapènica. - La sociedad con un solo socio --explica - MANTILLA-- es el caso extremo de la sociedad heterapènica (369). Para esto,

se entiende por sociedad heterapénica: "aquella que carece del número de socios jurídicamente exigible" (370). De esta definición se desprende que en los casos en que la ley autorice (expresa o tácitamente) la fundación o funcionamiento (coetánea o superveniente) de una sociedad con un solo socio (por ejemplo: art. 10 LSA española (371) y art. 10 LRSPBC), no se podrá hablar de heterapenia, ya que no habrá un mínimo de socios legalmente exigibles. En este orden de ideas, la sociedad con un solo socio NO siempre será el caso extremo de la heterapénica (372). Por otro lado, una sociedad comandita no podrá ser heterapénica, ya que es imprescindible la presencia de dos socios: un comanditario y un comanditado.

En mi concepto, el "problema" de la sociedad con un solo socio carece de consecuencias peligrosas. La sociedad con un solo socio es una característica común a cualquier tipo social (con las excepciones presentadas - -s. en n.c., scs o por acciones, y en general cualquier sociedad sin responsabilidad limitada-), aunque muy orientada -y casi privativa- hacia la sociedad anónima.

La fundamentación teórico-jurídica de la sociedad con un solo socio, no debe buscarse sino en la propia naturaleza de la sociedad (del tipo social) que va a adoptar esta característica (la de tener un solo socio).

Explayándome un poco más en el particular, he de decir que el asunto del único socio es similar al que pudiera presentarse en una sociedad anónima sin emisión de acciones: es simplemente una contingencia (que le crea atipicidad a la sociedad, mas no anormalidad), no un estigma que va a desnaturalizar a la sociedad que se encuentre en esa circunstancia. La causa que puede inducir a una persona a la fundación de una sociedad (cualquiera que sea el tipo) con un solo socio, puede coincidir con aquella que mueve a mil sujetos o partes a fundar una gran ("holding") sociedad anónima archiplural lateral.

No debe crearse un estatuto especial para los casos de sociedades que cuenten con un solo accionista (o socio); lo que debe hacerse es eliminar en todos los tipos sociales caracterizados por la responsabilidad limitada de sus socios, la exigencia de un número determinado (o mínimo) de éstos, y consecuentemente, la causa de disolución porque el número de socios llegue a ser (superveniente) inferior a ese mínimo.

- Epílogo. - El hecho de que la ley exija para la constitución de una anónima cinco socios, no basta para ocultar la realidad de que existen sociedades en las cuales, desde un punto de vista económico, no hay más que un socio (373). Es así como esta contingencia de haber un solo socio en muchísimas sociedades a lo largo y ancho de este mundo, va adaptando "viejas -- instituciones a funciones nuevas" (374).

Para concluir, baste recordar las palabras que el Maestro Don Joaquín GARRIGUES plasmó en la Exposición de Motivos de la LSA española: "la omisión, que a muchos parecerá inexplicable, de aquella causa de disolución (reunión de todas las acciones en una sola mano) que a primera vista viene impuesta por la naturaleza de la sociedad, como resultante del acuerdo de varias voluntades y aun por la misma estructura de un organismo que propone la pluralidad de actividades\*, no es otra cosa SINO UN HOMENAJE A LA SINCERIDAD DE QUE TODO LEGISLADOR DEBE HACER GALA CUANDO ADVIERTE UN DIVORCIO ENTRE LA REALIDAD Y EL DERECHO LEGISLADO" - - (375).

---

\* Esta pluralidad en la sociedad anónima unipersonal, no tiene por qué desaparecer; el hecho de que haya un solo accionista, no implica que carezca de elementos organizativos (personales) de los bienes en la empresa cuyo titular es esa s.a. (que no el accionista único).

## + N O T A S .

1. Felipe de Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, p. 3.
2. Cfr. *ibíd.*, p.2.
3. *Loc. cit.*
4. Derecho mercantil, p. 37.
5. Citado por Antonio Brunetti, Tratado del derecho de las sociedades, t. II, p. 6. El mismo Brunetti, al hablar de las relaciones de la sociedad con el Estado, propone que existían tres sistemas - que corresponden a tres distintos períodos: a) el sistema del privilegio; b) el de las concesiones, y c) el de la regulación positiva. *Ibíd.*, p. 14.
6. V. Jorge Barrera Graf, Las sociedades en derecho mexicano, p. 5. De Solá Cañizares afirma que la noción contractual de la sociedad es "antiguísima y anterior al Derecho romano, habiendo existido especialmente en Babilonia y en Grecia... el Derecho romano construyó diversos tipos de contratos de sociedad, especialmente la societas alicuins negotiationes" (Felipe de Solá Cañizares, en el Tratado de Antonio Brunetti, t. I, p. 145). En Grecia existieron sociedades y asociaciones, sin embargo, jurídicamente no era posible establecer distinción entre ellas, así como tampoco entre sociedad civil y comercial. "El principio de la libertad de asociación, con secuencia de la concepción griega sobre la libertad individual y la política liberal de los Gobiernos en materia económica, permitió que tanto las sociedades como las asociaciones se difundieran extraordinariamente y adoptaran formas diversas y tuvieran múltiples finalidades" (De Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, p. 3). Entre estas últimas se pueden citar: arrendar impuestos u obras públicas o explotación de minas, empresas bancarias y asuntos marítimos. *Ibíd.*, p. 4.
7. "En la época clásica... evolucionó (el Derecho) para distinguir comunidad y sociedad, y así, en la L. 30, Ulpiano, 30 ad Sab, ya indicaba: 'ut puta cum non affectioni societatis incidimus in comunione...' (Arangio Ruiz)". Barrera Graf, *op. cit.*, p. 5.
8. *Ibíd.*, p. 7.
9. Cfr. Brunetti, *op. cit.*, t. II, p. 2.
10. *Ibíd.*, p. 1.

11. Op. cit., p. 7. Cabe hacer el comentario en el sentido de que ni la responsabilidad limitada de los socios, ni la personalidad jurídica de la sociedad son elementos constitutivos o característicos de la sociedad comercial actual (esto es, no son esenciales). Existen sociedades sin dicha responsabilidad limitada, y aun sin personalidad jurídica (es el caso de algunas sociedades en Alemania).

12. Cfr. Barrera Graf, op. cit., p. 5 y Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, p. 5. BRUNETTI establece que "la aportación que estas figuras sociales (romanas) han proporcionado al concepto moderno de sociedad por acciones (son):

- + gozaban de personalidad jurídica;
- + en ellas era claramente distinta la calidad de socio que la de partícipe (LEHMANN, Aktiengeselleschaften, cita un pasaje de Asconio en el que se dice: - "Aliud est socius aliud particeps. Nam particeps certam habet partem et non indivise agit ut socius". CESSI (Studi sulle maone medievali), añade que "la actio pro socio es distinta de toda acción de negocio en participación por el hecho de que el particeps responde por él y por su parte y no está vinculado por el ius societatis que le obligaría a una distinta obligación". Op. cit., p. 3.

13. Cfr. Cervantes Ahumada, op. cit., p. 37.

14. Op. cit., t. II, p. 4.

15. Jorge Barrera Graf, op. cit., p. 6.

16. Citado por Barrera Graf, loc. cit.

17. Tratado de derecho comercial, t. III, p. 5.

18. Id.

19. Citado por Roberto L. Mantilla Molina, Derecho mercantil, p. 323.

20. Loc. cit.

21. Op. cit., p. 38.

22. Manuel Broseta Pont, Manual, p. 187.

23. Así: BROSETA, loc. cit.; ASCARELLI (Sociedades y asociaciones comerciales, pp. 249-250), quien dice que son las sociedades anónimas los institutos más característicos del moderno derecho comercial. Indica que, aun cuando es posible pretender encontrar de ellas un antecedente más remoto, el origen más definido se encuentra en las compañías coloniales del siglo XVII. SOLA CAÑIZARES, tanto en su Tratado de derecho comercial (t. III, pp. 317 y 319) y en sus comentarios al Tratado de Antonio Brunetti (t. I, p. 145), comparte esa opinión. Asevera que no trascendió el estudio de ellas por autores más antiguos (POTHIER, JOUSSE, SAVARY y BORNIER --al examinarlas se limitan a insertar los edictos reales de su creación sin hacer ningún comentario doctrinal--) toda vez que "estas compañías, pertenecían al Derecho público y no eran contratos de sociedad". El mismo SOLA, hace notar que, la sociedad -

por acciones, no obstante tener su origen en las Compañías coloniales del siglo XVII, en su forma moderna se reglamentó hasta el Código francés de 1807.

24. Manuel Broseta, loc. cit.

25. Antonio Brunetti, ob. cit., t. II, p. 10. "La más antigua compañía, la holandesa de 1602, nació de la fusión de ocho empresas marítimas más pequeñas" (íd.).

26. *Ibid.*, p. 11.

27. *Id.*

28. Tullio Ascarelli, ob. cit., p. 252.

29. Brunetti, ob. cit., p. 12.

30. *Ibid.*, p. 13.

31. *Id.* En las sociedades italianas se hablaba de loca, luoghi, - etc.

32. *Loc. cit.*

33. Solá Cañizares, Tratado, t. III, p. 319.

34. Brunetti, ob. cit., p. 13.

35. Broseta Pont, ob. cit., p. 187.

36. Brunetti, ob. cit., p. 12.

37. *Ibid.*, p. 15.

38. Cfr. Ripert, ob. cit., t. II, p. 213 y De Solá Cañizares, Tratado, t. III, p. 8.

39. Cambacérès, citado por Ripert, ob. cit., t. II, p. 214.

40. "Y que en Inglaterra continuó hasta mediados del siglo XIX - (concretamente hasta la Joint Stock Companies Act de 1856, que consagró definitivamente el principio de la responsabilidad limitada del socio)". De Solá Cañizares, Tratado, t. III, p. 8.

41. Ripert, ob. cit., t. II, p. 214. "La supresión empleada en el antiguo derecho francés, para designar las asociaciones en participación, cambia de sentido". *Id.* "La sociedad se denomina anónima porque es indiferente la responsabilidad de los socios". *Ibid.* p. 215. La autorización gubernativa (octroi) para la constitución de las anónimas "no se concedía fácilmente". *Loc. cit.* De donde MANTILLA MOLINA advierte que la propia legislación napoleónica - adolecía de falta de cohesión, toda vez que "dejó una rendija por donde fácilmente se colaron quienes pretendían crear una S.A. y que no querían someterse al requisito de la autorización gubernativa: la sociedad en comandita por acciones no estaba sometida a este requisito, de modo que dicho tipo social, con un comanditado de paja, fue el que sustituyó en la práctica a la S.A.". *Ob. cit.* p. 326.

42. Ascarelli, ob. cit., p. 253.

43. Cfr. Solá Cañizares, ob. cit., t. III, p. 319. "Paralelamente a la evolución política, la sociedad anónima se democratiza y se

liberaliza en el siglo XIX... se exalta la junta general de accionistas al rango de órgano soberano, que funciona bajo la rigurosa aplicación del régimen de mayoría... en la vida interna de la sociedad rige el principio de la igualdad de derechos para todos los accionistas..." (Joaquín Garrigues, Nuevos hechos... en Hacia un nuevo derecho mercantil, p. 27).

44. Al respecto, CERVANTES AHUMADA sostiene que antes, ya existían leyes que autorizaban en ese sentido la constitución de sociedades anónimas: "La primera ley de tal naturaleza fue la del Estado de Carolina del Norte, en 1795... las leyes de Massachusetts, en 1799, de Nueva York en 1811 y de Connecticut en 1837 (Hany G. Henn, Handbook of the law of corporations and another bussines enterprises, St. Paul, Minn.)... siguieron la ley inglesa de 1844 y la francesa de 1867". Ob. cit., p. 84.

45. Ob. cit., p. 9. La s. de r.l., en Inglaterra se conoció como private company, y regulada desde 1907 por la Companies Act de ese año. Id.

46. GARRIGUES propone las siguientes notas fundamentales de la S.A. antes de 1914:

- + es una sociedad capitalista: necesita para funcionar un capital propio;
- + consecuencia de ser una sociedad capitalista: carácter impersonal de la sociedad por acciones; no interesa el socio, sino su aportación;
- + es una sociedad de responsabilidad limitada;
- + sólo puede ser socio el que pague una cantidad, o se obligue a aportarla;
- + el socio tiene igualdad de derechos dentro de una constitución democrática (Joaquín Garrigues, Hacia un nuevo derecho..., pp. 30-32). "... sin embargo, hace ya mucho tiempo que los hechos no se corresponden con las palabras de la ley" (así: el principio de proporcionalidad democrática entre aportación y derechos: acciones de preferencia, acciones de voto múltiple...). Ibíd., p. 34.

47. Cfr. Broseta Pont, ob. cit., pp. 188-189.

48. Citado por Solá Cañizares, Tratado, t. III, p. 8.

49. Mantilla Molina, ob. cit., p. 324. El mismo autor señala en la nota 6: "De un folleto propiedad de don Alberto Vázquez del Mercado, resulta que poco antes, en 1771, se había pretendido organizar una compañía para el beneficio de minas en Sonora y Sinaloa y para pesquería de perlas en el Golfo de California; pero no hay constancia de que dicha compañía haya llegado a constituirse". Loc. cit.

50. "En el Méjico independiente... concesiones para explotar vías férreas... es verdad que tampoco los códigos europeos que en aquella época regían eran mucho más minuciosos para establecer el régimen legal de la anónima". Id.

51. "El 10 de abril de 1888, Porfirio Díaz decretó una Ley de Sociedades anónimas, que derogó las disposiciones del Código de 84 relativas a este tipo de sociedad (arts. 527 a 588) y a las lla-

... madas sociedades de responsabilidad limitada (arts. 593 a 619)... 64 artículos... Debe considerarse a esta ley de 1888 como el primer antecedente de muchas de las disposiciones de la Ley vigente... suscripción de acciones y aportaciones de los socios (8 y 9), al valor de las acciones y derechos que confieren (17)... votos conferidos a los accionistas son variables según lo establezcan los Estatutos (43)... diferencia de asambleas ordinarias y extraordinarias (41)... órganos de administración (36 y 37), etc". Jorge Barrera Graf, Tratado de derecho mercantil, t. I, p. 84.

52. V. Agustín Vicente Gella, La anónima del Romanticismo a la - hora presente, p. 451. "Progreso en el bienestar general, cambio en las concepciones teleológicas del Estado, que ya no puede limitar su papel al de mero observador... sino que ha de preocuparse de promover aquel bienestar..." (Recojo las anteriores ideas - del último libro de Arnold TOYNBEE --Experiencias 1969--)". Id.

53. *Ibid.*, p. 456.

54. *Id.*

55. Antonio Polo, Empresa y sociedad, en el pensamiento de Joaquín Garrigues, p. 55.

56. Cfr. Brunetti, *ob. cit.*, t. II, p. 73.

57. "La dogmática de la sociedad anónima en el sentido de ser - asociación de capitales pesó de tal modo en algunos autores de - la pasada centuria que no advirtieron la importancia fabulosa - que en la misma tienen algunos elementos personales, concretamente los administradores". Vicente Gella, La anónima, p. 457.

58. Francesco Messineo, Manual de derecho civil y comercial, t. V, p. 363. "La sociedad por acciones... permite conciliar el elemento del destino estable de un patrimonio a un fin con la posible inestabilidad y mutación de los particulares en la suerte de tal patrimonio...". *Loc. cit.*

59. Cfr. Vicente Gella, *ob. cit.*, p. 456.

60. Joaquín Garrigues, Reforma, contrarreforma y ultrarreforma - de la sociedad anónima, p. 177. El mismo explica que "esta actitud deriva del error antiguo del liberalismo económico que proclamó la primacía de lo económico sobre lo jurídico y que reduce al Derecho y a los juristas al papel de simples servidores de la economía...". *Loc. cit.* Sin perder cierta causticidad que lo personalizaba (a Garrigues y Días Cañabate) concluye: el aceptar - eso, "nos llevaría a afirmar que el dominio de lo económico debe quedar sustraído a toda reglamentación jurídica...". *Id.*

61. "... hemos de confesar que no entendemos semejante lenguaje. Para nosotros, la s.a. es una creación de la ley, y el hecho de que esta creación jurídica responde a determinadas exigencias - económicas --cosa que ocurre con todas las instituciones de Derecho patrimonial-- no nos autoriza para denostar una ley de sociedades anónimas por ser preferentemente jurídica...". Joaquín Garrigues, Reforma..., p. 178. Estos comentarios hechos por GARRIGUES se deben a una respuesta que el autor de la Ley de Sociedades Anónimas española de 1951 hace a las opiniones emanadas de -

una consulta popular sobre el Proyecto de dicha Ley.

62. GARRIGUES, citado por Antonio Polo, ob. cit., p. 359.
63. (La société anonyme), citado por Polo, ibíd., p. 361.
64. Vicente Gella, ob. cit., p. 456.
65. Cfr. Giuseppe Branca, Instituciones de derecho privado, p. - 535.
66. Barrera Graf, Las sociedades, p. 4. "Como escribe GALBRAITH ninguno de estos economistas (Smith, Ricardo, Malthus) asoció ja más la idea de empresa o de producción con la de Poder". Vicente Gella, La anónima, p. 456.
67. Solá Cañizares, Tratado de sociedades por acciones en dere-- cho comparado (TSADC), t. III, p. 16.
68. Joaquín Garrigues, Problemas actuales de la sociedad anónima --cuatro lecciones--, en Hacia un nuevo derecho..., pp. 127, 128. Ante estas manifestaciones, ¿cómo reacciona el Estado? "... en - primer lugar, con una serie de disposiciones legales que van des de la participación del Estado y de las corporaciones públicas - en el capital de las s.a. privadas hasta su plena nacionaliza- ción". Id.
69. "... o bien el Estado aporta sus recursos y su crédito a una sociedad en beneficio de sus accionistas, o bien, y esto es lo - más frecuente, impone su voluntad y habrá una empresa del Estado disfrazada de s. a.". Ibíd., p. 130.
70. "... la nacionalización es un fenómeno que estamos favore- - ciendo... a través de la concentración del capital en pocas ma- nos... creamos sociedades constantemente... cuyos capitales son cada día más grandes; la sociedad acaba por burocratizarse y es entonces cuando el Estado se apodera de ella con un sistema muy fácil: basta convertir a los gerentes en funcionarios del Esta- do... pero... es difícil admitir la efectividad de una sociali- zación total de la producción industrial si no va acompañada del totalitarismo político, como ocurre en Rusia y en el resto de - los Estados comunistas (FRIEDMANN)". Joaquín Garrigues, Hacia - (Problemas...), p. 131.
71. Ibíd., p. 130.
72. Ibíd., p. 129.
73. Cervantes Ahumada, ob. cit., p. 84.
74. Vicente Gella, ob. cit., pp. 460-461.
75. Ibíd., p. 462.
76. Lorenzo Mossa, Esencia de la sociedad anónima, p. 207. "Se - ha observado... que la esencia de la s.a. no puede derivar del - derecho positivo de uno u otro país, sino que sobre toda cosa de riva de los caracteres comunes que en todas partes, o en todos - los ordenamientos posee". Ibíd., p. 208.
77. PARRERA GRAF extiende el concepto a aquellas que no sólo re- conozca el Derecho expresamente, sino también las que pueda cre- ar el hombre "en virtud de atribuciones que también el derecho -

le conceda". Las sociedades, p. 106. Estoy de acuerdo con lo anterior, y sirva de ejemplo la potestad que tiene el Estado (como "hombre") para crear, en virtud de la delegación de facultades - que hace el Poder Legislativo, personas jurídicas que tal vez no estén previstas en algún catálogo de personas morales: es el caso de la sociedad nacional de crédito. Ahora bien, es necesario destacar que la costumbre (como parte del Derecho) estará subordinada a la ley, ya que es consuetudinario (y no por ello legal) el empleo de la A. en P. como persona distinta del asociante y del asociado; lo mismo ocurre con la pretendida personificación de la empresa. En relación a esto, cfr. Barrera Graf, Las sociedades, pp. 105-106.

78. Es la teoría llamada del patrimonio de afectación. V. Georges Ripert, Tratado elemental de derecho comercial, t. II, p. 23. Barrera, Las sociedades, p. 73; Mossa, ob. cit., p. 207; Garrigues, Hacia, p. 163.

79. (Ferrara, H. Kelsen, David, Galgano). Barrera Graf, ob. cit. p. 105.

80. V. Ascarelli, ob. cit., p. 49.

81. Loc. cit. "El concepto de sujeto jurídico es un concepto meramente formal y meramente jurídico". Id.

82. Barrera Graf, ob. cit., p. 75. CERVANTES AHUMADA afirma que la personalidad jurídica es una creación del Derecho, inventada durante la Edad Media. Ob. cit., p. 39.

83. V. Barrera Graf, Las sociedades, p. 105.

84. V. Lorenzo Mossa, ob. cit., p. 205.

85. Citado por Brunetti, ob. cit., t. I, p. 6. La sociedad es -- considerada como sujeto fiscal diverso de los socios. Mantilla - Molina, ob. cit., p. 195.

86. Tratado de derecho comercial comparado, t. III, p. 64.

87. Citado por Brunetti, ob. cit., t. I, p. 7

88. Las sociedades, pp. 15-17. Para el caso de la A. en P., v. - Ripert, ob. cit., t. II, p. 21 y Barrera, Las sociedades, pp. - 12-13.

89. Cfr. Solá Cañizares, Tratado de sociedades por acciones, t. III, pp. 51-52.

90. Brunetti, ob. cit., t. I, pp. 4, 5.

91. Ob. cit., p. 205.

92. Las sociedades, pp. 79-80.

93. S.A.: 5 socios mínimo; cooperativas, mínimo 10; S. de R.L. - de interés público, 4, y en las sociedades mutualistas de seguros, 300.

94. Tullio Ascarelli, ob. cit., pp. 9-10. GARRIGUES expone así - el problema de las diversas clases de accionistas: "El proyecto de reforma italiano del año 1962 ha pensado --y así lo dice su - Exposición de motivos-- en atender a las diversas finalidades y exigencias de las distintas clases de accionistas y, por eso, ha

distinguido entre los accionistas que van a la sociedad sencillamente para ahorrar, con un espíritu meramente inversionista, y los accionistas que se interesan por la marcha de la sociedad. A los primeros veremos que se les suprime el derecho de voto" (Próblemas actuales, en Hacia un nuevo derecho mercantil, p. 142. Para una interesante viñeta histórica sobre las diversas clases de accionistas en el siglo XVII: VEGA, José de la. Confusión de confusiones. Diálogos curiosos entre un filósofo agudo, un mercader discreto y un accionista erudito, Amsterdam, 1688 (ed. facsimilar: Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1958), citado por Garrigues, loc. cit.

95. Georges Ripert, ob. cit., t. II, p. 59.

96. V. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, p. 65.

97. Loc. cit.

98. Ob. cit., p. 174.

99. En ese sentido: BARRERA GRAF: "Es también característica esencial del negocio constitutivo (esto último trae a colación el siguiente comentario: dice el Maestro que el negocio constitutivo es un contrato — divide el estudio de la sociedad en dos fases: constitución y funcionamiento; a la primera le da la naturaleza contractual— y al decir que es una característica de ese contrato, el patrimonio se lo otorga no a la persona que se crea, sino al negocio creador) el tener un patrimonio... (conjunto de bienes y derechos destinados al cumplimiento de dicha finalidad)". Las sociedades, pp. 63-64. RIPERT: "Los bienes — aportados por cada socio se reúnen formando un patrimonio separado del de cada uno de ellos y este patrimonio queda afectado a la empresa convenida...". Ob. cit., t. II, p. 2. V. también — Antonio Brunetti, ob. cit., t. II, p. 77.

100. "La noción de una propiedad en mano común no era conciliable con la técnica jurídica de origen romano. Si el patrimonio social debe ser separado del patrimonio de los socios, es preciso que pertenezca a una persona". Georges Ripert, ob. cit. (Derecho comercial), t. II, p. 11. Esa Gesamte Hand, se utilizó — para tratar de explicar los derechos de los socios sobre el patrimonio social. Ibid., p. 10.

101. V. Antonio Brunetti, ob. cit., t. I, p. 123.

102. Ob. cit., p. 85. Cfr. art. 2325 CC italiano.

103. Solá Cañizares, DCC, t. III, p. 68.

104. "... exteriorización de la voluntad de colaboración interesada...". Brunetti, ob. cit., t. I, p. 13. "... la intención de constituir una sociedad..." (Salvatore, Ascarelli, Rodríguez); "... la colaboración activa, consciente e igualitaria de todos los contratantes, para realizar los beneficios a repartirse..." (Houpin); "... colaboración voluntaria" (Thaller; "voluntad de cooperar aceptando deliberadamente ciertos riesgos (Hamel). Todos ellos en Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, p. 67; "... la existencia de una igualdad tal entre las partes, que las constituya como verdaderos socios". Mantilla Molina, ob. cit., p. 173.

105. Loc. cit.

106. Ob. cit., pp. 193-194. Justifica así su aserto: "Tal razonamiento desde el punto de vista de la Lógica es inconsistente. Pero la vida no se cuida siempre de la Lógica, y el Derecho se acomoda a las exigencias de la vida social, concuerden o no concuerden con la Lógica". Id.

107. Citado por BARRERA GRAF, *Las sociedades*, p. 61 y nota 28. - En efecto, ninguna sociedad se organiza para un fin extraño a los socios. En este caso, es la realización de un fin económico. Cfr. Brunetti, ob. cit., t. II, p. 77.

108. Solá Cañizares, *Tratado de derecho comercial*, t. III, p. 66.

109. Cfr. Mantilla Molina, ob. cit., p. 174.

110. *Ibid.*, p. 176. Las sociedades anónimas son comerciales por su forma (de estructura normativa, no de formalidad).

111. Es preciso tratar de determinar el sentido de las palabras "concepto" y "definición". La primera (del latín *concipere*: concebir, aprehender) es "una de las formas del reflejo del mundo - en el pensar, mediante la cual se entra en conocimiento de la esencia (el subrayado es mío) de los fenómenos y procesos, se generalizan los aspectos y los caracteres fundamentales de los mismos (id.)...". Rosental-Iudin, *Diccionario filosófico*, pp. 75-76. Los conceptos no son estáticos, ni definitivos ni absolutos, sino que deben hallarse "en estado de desarrollo, de cambio y de progreso en el sentido de proporcionar un reflejo más adecuado de la realidad". Loc. cit. "Todo concepto forma una abstracción" (id.). El concepto cuyo proyecto propongo de la sociedad por acciones se sujeta al sentido de lo expuesto: capta la esencia y generaliza (engloba) sus caracteres fundamentales (organización y acciones). En cuanto a la segunda ("definición", del latín *definitio*, derivado de *definere*: marcar los límites, delimitar, determinar) encontramos que consiste en "la exacta determinación lógica con que se registran los caracteres esenciales y diferenciales de un objeto o el significado de un concepto --su contenido y límites--". *Ibid.*, p. 108. "Mediante las definiciones reales, los objetos se delimitan por sus características específicas... A menudo toman forma de definición a través del género y de la diferencia específica". Id. Me abstengo de intentar una definición, ya que como abajo (Naturaleza jurídica, in fine) específico, la sociedad es huidiza e inaprehensible.

112. Antonio Brunetti, ob. cit., t. I, p. 3 y t. II, p. 74; Barrera Graf, *Las sociedades*, pp. 11, 13 y 291; Solá Cañizares, *Tratado de derecho comercial*, t. III, p. 331; Mantilla Molina, ob. cit., pp. 176 y 328; Domat, *Enneccerus y Pothier*, en Rojas Roldán, *La sociedad mercantil unipersonal*, p. 48.

113. Cfr. Solá Cañizares, *Tratado de derecho comercial*, t. III, pp. 53-54.

114. Figura, tipo, clase, modelo, categoría, rango, esquema, prototipo, arquetipo, forma, género, especie...

115. Dicho artículo "reconoce las siguientes especies de sociedad

des mercantiles...". En realidad debería decir ESQUEMA (aun cuando fuera una sola sociedad); en este orden de ideas, todo esquema legal (entendiendo por legal lo relativo a ley, norma jurídica inscrita en un ordenamiento positivo) incluye uno o más tipos de sociedad (o asociación).

116. "No deben ser consideradas sociedades atípicas, además de las sociedades irregulares, la sociedad consorcial, porque ha sido creada por el legislador..." (Francesco Messineo, ob. cit., t. V, p. 555). "... la casuística de las sociedades atípicas se reduciría a la figura de la denominada sociedad interna (oculta)" (Id.). V. también p. 554: negocios innominados y sociedades atípicas (por definición también son sociedades); sub-tipos "legales" y "esquema esencial" del art. 2247 CC italo.

117. Las sociedades, p. 125: contrato de capitalización (art. 317 y ss. LTOC); nominado atípico: descuento bancario (cita a Cervantes Ahumada, El descuento bancario y otros ensayos, México, 1947).

118. *Ibid.*, p. 124.

119. *Ibid.*, p. 149. Sí puede adoptar un tipo: formalmente es del tipo adoptado, y sustancialmente, es anómala por la modificación siempre y cuando esta sea convencional, si es legal, será sociedad especial.

120. *Loc. cit.* "... las sociedades controladoras, que para efectos fiscales, merecen tratamiento especial por la LISR" (D.O.... 31XII81). *Id.* En mi concepto, este no es el caso de una regulación estructural o de fondo, sino meramente de funcionamiento; por lo tanto ello no le da a la "holding" el carácter de sociedad especial. Es una s.a. sin variación.

121. Barrera Graf, ob. cit., p. 75, nota 180. Remite a TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. "Orígenes de la reglamentación de sistemas de cooperativas agrícolas de producción...", en GACETA INFORMATIVA, IIJ, UNAM, y a GARAY MALDONADO, David. "Empresas autogestoras de propiedad social...", en ANUARIO JURIDICO, t. VIII, UNAM. El nuevo tipo nace de una ley general (valga la redundancia, en contraposición a "ley especial") y crea una nueva estructura típica.

122. Barrera, ob. cit., p. 136.

123. *Loc. cit.* Una especie típica reglamentada en una ley.

124. Cfr. Barrera Graf, Las sociedades, pp. 139 a 148. MANTILLA-MOLINA propone 2: a) atendiendo al carácter y transmisibilidad de los derechos de socio; b) sociedades de personas y de capitales. Ob. cit., pp. 239-241. SOPRANO (Las sociedades mercantiles) divide: las de fin lucrativo y las de fin mutualista; según el diverso grado de responsabilidad de los socios, "tiene el inconveniente de separar sociedades, como la comandita y la colectiva, cuya semejanza es notoria" (citado por Mantilla, *loc. cit.*). SOLA CAÑIZARES: "... es necesario adoptar otro criterio. En nues-

tra opinión debe ser el de la dimensión de la empresa". Id.

125. Soy yo quien se permite lanzar ese criterio. Por otra parte BARRERA GRAF señala que todas las sociedades de derecho privado que no sean civiles, serán mercantiles (criterio de exclusión). Las sociedades, p. 139.

126. Cfr. Mantilla Molina, ob. cit., n° 444.

127. En realidad no se trata de una transmisión del "status" de socio, sino del certificado de aportación en sí, porque el cedente sigue conservando derechos corporativos, lo mismo que el cesionario.

128. Cfr. Branca, ob. cit., p. 529. Cita los ejemplos de la sociedad simple, en nombre colectivo y en comandita simple.

129. Cfr. Brunetti, ob. cit., t. I, p. 129.

130. Loc. cit.

131. Barrera, Las sociedades, p. 30 (¿causa es sinónimo de fin?). En el párrafo transcrito hay una "o" que constituye una conjunción denotando una idea de equivalencia.

132. Broseta, ob. cit., p. 159.

133. Ascarellí, ob. cit., p. 398.

134. Cfr. Ripert, ob. cit., t. II, p. 59.

135. Brunetti, ob. cit., t. I, p. 129. "El contrato de sociedad tiene una causa propia, típica de los contratos bilaterales y plurilaterales y que no se ve afectada por la pluralidad de los sujetos". Ibid., p. 126. DALMARTELLO indica que el intercambio de las obligaciones de los socios está en la "voluntad de unión" en la de "aspiración común de reparto de ganancias", en la "organización colectiva de las fuerzas patrimoniales particulares", en el fin de dividir el beneficio que podrá derivarse del ejercicio de la sociedad, en la "cooperación para la consecución del fin común". Citado por Brunetti, ibíd., p. 129.

136. "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres".

137. Navarrini, citado por Brunetti, ob. cit., t. I, p. 254.

138. V. Barrera, Las sociedades, p. 28. Veamos otro ejemplo de confusión de términos mas no de ideas: "Toda sociedad tiene una finalidad que se llama corrientemente objeto social (el objeto social es cosa distinta del objeto del contrato en el sentido del derecho civil, pues en este último sentido... el objeto son las aportaciones. En cambio en derecho de sociedades el objeto es la finalidad, es decir, las actividades a que se consagra la sociedad)...". Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, p. 66.

139. V. Brunetti, ob. cit., t. I, p. 254 y Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, p. 373.

140. BRUNETTI (ibíd., p. 10) propone tres tipos de negocio: la sociedad en sentido técnico (con el fin de la ganancia); la sociedad sin finalidad lucrativa, como contrato innominado afín, y en contraposición a estas dos, la asociación.

141. Así, por ejemplo, SOLA CAÑIZARES habla de relaciones internas y relaciones externas. Cada una de ellas tiene su lei-motiv jurídico. Tratado de sociedades por acciones, t. III, p. 62. BA RRERA GRAF se refiere a dos etapas: la relativa al negocio constitutivo y la del funcionamiento. Las sociedades, p. 14. CERVANTES AHUMADA es determinante al afirmar que "... la sociedad es una persona, un comerciante, que no debe confundirse con el acto jurídico del cual nace". Ob. cit., p. 40.

142. Georges Ripert, ob. cit., t. II, pp. 16-17. El Maestro GARRIGUES, con su excelente estilo, pone en duda ese argumento: "... aun suponiendo que sea realmente un contrato, hay una cosa indudable y es que, desde sus orígenes en el siglo XVII hasta nuestros días, jamás ha estado este contrato sometido al principio de la autonomía de la voluntad privada ("... aquellos que anhelan ver por doquier un 'salvo en contrario'...", obra en cita, p. 184)... Los hombres de empresa del mundo entero saben que son libres de fundar uno u otro tipo de sociedad, pero que si se deciden por la forma anónima, HAN DE ACOMODAR SUS INICIATIVAS A MOLDES INDEROGABLES". Reforma..., p. 185.

143. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, p. 51. Nuestra vigente LGSM adopta dicha postura.

144. Rojas Roldán, ob. cit., p. 47. Desafortunadamente también consideran contrato al matrimonio.

145. La contrainte légale dans la fixation du rapport contractuel, citado por Ripert, ob. cit., t. II, p. 6.

146. Broseta, ob. cit., p. 156.

147. Ibíd., p. 155. V. Barrera, Las sociedades, p. 59; Cervantes Ahumada, ob. cit., p. 41; Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 20; Ripert, ob. cit., t. II, p. 17; Mantilla Molina, ob. cit., p. 214.

148. Loc. cit.

149. Loc. cit.

150. Así: Barrera, Las sociedades, p. 59.

151. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, pp. 51-52.

152. Las sociedades, p. 58.

153. Cfr. Broseta, ob. cit., p. 156.

154. Id., v. también Mantilla, ob. cit., p. 216.

155. Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 20. "En Inglaterra existía la partnership (que viene a ser la sociedad colectiva con responsabilidad ilimitada de los socios y transmisión de las participaciones supeditadas al consentimiento de los otros socios".

Ibíd., p. 12. "La CORPORATION es una noción típicamente inglesa que permite que una o varias personas agrupadas, constituyan -- una persona que en el caso de varios miembros es independiente de cada uno de éstos y la corporation tiene nombre y domicilio, contrae derechos y obligaciones y subsiste independientemente de la desaparición de sus miembros... el common law reconoce a la Corona el derecho de crear corporaciones, concediendo charts of incorporation y de ahí surgieron las primeras compañías incorporadas... y que fueron los primeros antecedentes de la company moderna (la company en una de sus variaciones es el equivalente de la sociedad por acciones de tipo continental)". Id. -- "... no parece que la company inglesa y la private corporation de Estados Unidos, puedan considerarse como constituidas por un contrato en el sentido de la partnership, la cual se opone a la company precisamente porque es una relación contractual entre las partes, mientras que la company es una corporation que se crea, no en virtud de un simple acuerdo entre las partes, sino en virtud del certificado de incorporación, que teóricamente significa la voluntad del Estado de crear una corporación, que por el hecho de incorporarse, queda sometida a las leyes imperativas que las reglamentan". Ibíd., p. 63.

156. Las sociedades, p. 14. En el mismo lugar, encuentra como - excepciones la sociedad unimembre y las sociedades públicas - creadas por decreto.

157. Ibíd., p. 156. Ahora bien, en lo que difiere de los otros contractualistas tradicionales es que la sociedad como tal, no puede explicarse en función del contrato constitutivo; la sociedad misma no tiene carácter contractual.

158. Ascarelli, ob. cit., pp. 22-23.

159. Id. De lo transcrito, creo advertir que el mismo Ascarelli distingue entre los actos fundacionales ("contrato plurilateral") y la sociedad ("la relación jurídica derivada") ¿La sociedad es para él una relación jurídica? Mejor dicho, ¿un complejo de relaciones jurídicas?

160. V. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, - pp. 52-53.

161. Brunetti, ob. cit., t. I, p. 124.

162. V. Broseta, ob. cit., p. 156.

163. Messineo, ob. cit., t. V, p. 296. En la definición de convenio (del cual el contrato es especie), se prevé, en nuestro derecho, la intervención de dos o más partes. V. Barrera, Las sociedades, p. 57.

164. V. Branca, ob. cit., p. 527.

165. V. Barrera, Las sociedades, p. 18. "... en la práctica se habla de un Memorandum of understanding". V. arts. 7° pfo. 3 y 102. Id.

166. Cfr. Branca, loc. cit.

167. Cfr. Broseta, Manual, p. 156.

168. Mantilla, ob. cit., p. 215.

169. V. Ripert, ob. cit., t. I, p. 124.
170. Mantilla, loc. cit. "... es necesario un acuerdo entre las varias personas físicas, así para la fusión (yo lo subrayo: cfr. nociones de acto colectivo y complejo en el texto: fusión y - unión) de las varias voluntades en una sola compleja, como para su unión colectiva... el acuerdo puede tener... el efecto... de determinar la cuota de la referencia del efecto del acto colectivo entre cada sujeto u órgano que en él ha participado" (DONA TI, citado por Mantilla Molina, nota 10 d). V. art. 1325 I CC italiano.
171. Mantilla, ob. cit., p. 214, quien se refiere a las ideas de GIERKE y DUGUIT.
172. V. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, - p. 52.
173. Antonio Brunetti, ob. cit., t. I, p. 124.
174. Ibid., p. 127.
175. Ibid., p. 128.
176. Ibid., p. 127.
177. Barrera Graf, Las sociedades, p. 57.
178. Ibid., p. 19. "... sólo adoptamos la determinación de negocio complejo que, en realidad, constituye una mera paráfrasis, una expresión gráfica de esa complicada y obstrusa realidad que es la sociedad...". Id.
179. Citado por Mantilla, ob. cit., p. 215, nota 10b.
180. Des Gesamtakt Ein never Rechtsbegriff... Leipzig, 1892, citado por Brunetti, ob. cit., t. I, p. 139, nota 39.
181. Cfr. Rojas Roldán, ob. cit., p. 71 y Broseta, ob. cit., p. 156.
182. Gierke, citado por Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 61.
183. Cfr. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, p. 52 y TSADC, t. III, p. 62.
184. Tullio Ascarelli, ob. cit., p. 24.
185. Georges Ripert, ob. cit., t. II, p. 246. "Pero es suficiente --agrega Ripert-- esta voluntad para dar vida a la sociedad a condición de que sean íntegramente cumplidas las formalidades legales". Id.
186. V. Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 25.
187. "En Alemania la fundación inmediata se denomina Errichtung". Ripert, ob. cit., t. II, p. 243. "La fundación de la sociedad es el conjunto de actos materiales y jurídicos necesarios para la creación del organismo jurídico puesto por el legislador". Id.
188. Citados por Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 62.

189. Id.
190. Barrera Graf, Las sociedades, pp. 24-25.
192. Solá Cañizares, TSADC, t. III, pp. 60-61.
191. Id.
193. Cfr. Messineo, ob. cit., t. V, pp. 296-297, y Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 23. BARRERA GRAF dice que la sociedad en su segunda fase, es un negocio de organización o colegial. Las sociedades, p. 56. Cfr. nota 175.
194. TSADC, t. III, p. 64.
195. Citado por Brunetti, ob. cit., t. I, p. 12.
196. Nuevos hechos... en Hacia un nuevo derecho mercantil, p. 56.
197. Lorenzo Mossa, Esencia de la sociedad anónima, p. 203.
198. Ibid., p. 206.
199. Manuel Broseta, Las empresas públicas en forma de sociedad anónima, en REVISTA DE DERECHO MERCANTIL, vol. XLI, n°100, abril junio, p. 281. V. también mismo autor, Manual de derecho mercantil, p. 312: "Puede afirmarse por ello que es una SOCIEDAD DE OBJETO POLIVALENTE, utilizada para la consecución y la defensa de intereses privados".
200. "En la etapa de funcionamiento --escribe BARRERA GRAF-- la suscripción por el socio, o por un tercero, de acciones o partes sociales, sí puede revestir la naturaleza de un contrato entre la sociedad (que por hipótesis ya goza de personalidad propia) y el suscriptor (que puede o no ser socio)...". Las sociedades, p. 47.
201. Tullio Ascarelli, ob. cit., p. 271.
202. Manuel Broseta, Manual, p. 210 y Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 121. RIPERT le encuentra un doble significado:
- a) designa el derecho del socio en una sociedad de capitales y se opone al interés de las sociedades de personas;
  - b) designa igualmente el título que no solamente comprueba sino que representa el derecho (Tratado elemental, t. II, p. 306).
203. Broseta, loc. cit.
204. Ripert, ob. cit., t. II, p. 212.
205. Messineo, ob. cit., t. V, p. 393.
206. Así en Italia y Alemania. V. Broseta, Manual, p. 210.
207. Id.
208. Cfr. Brunetti, ob. cit., t. II, p. 107.
209. Messineo, ob. cit., t. V, p. 394.
210. Antilia Molina, ob. cit., pp. 349-350.

211. Id.
212. Messineo, *ibíd.*, p. 395.
213. T. II, p. 109.
214. Cfr. Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 123.
215. Ob. cit., t. II, p. 109. El propio autor señala: "Pero tal literalidad no ha de confundirse con la incorporación, característica de los títulos de crédito constitutivos, que interesa especialmente a su función circulatoria, en cuanto produce una íntima conexión entre documento y derecho documentado". Id.
216. Manual, pp. 215-216.
217. Mantilla Molina, ob. cit., p. 349.
218. Broseta, Manual, p. 210.
219. Ascarelli, ob. cit., p. 271.
220. Ripert, ob. cit., t. II, p. 311.
221. Id.
222. Tratado de sociedades por acciones, t. III, p. 128. Explica él mismo: "... la acción es negociable con la reserva de eventuales condiciones o restricciones --preferimos el criterio de la negociabilidad al de la cesibilidad". *Ibíd.*, p. 123.
223. V. Broseta, Manual, pp. 228 y 231; Messineo, ob. cit., t. V, pp. 397-398, y Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 129.
224. Derecho mercantil, p. 360.
225. *Ibíd.*, p. 361.
226. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, p. 337. Por su parte BRUNETTI secunda lo dicho por SOLA: "El pequeño accionista, especialmente hoy en que existe la tendencia de distribuir anualmente dividendos modestos, se coloca en el mismo nivel que un obligacionista". Tratado, t. II, p. 363.
227. Las relaciones entre los copropietarios se regirá por el derecho común (art. 122 pfo. 2 LGSM). V. Mantilla Molina, ob. cit. p. 361 y Messineo, ob. cit., t. V, p. 396.
228. Mantilla Molina, ob. cit., p. 363.
229. Los recojo con cariño de mis apuntes de la materia Derecho Mercantil II, impartida por mi papá.
230. Id.
231. Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 155.
232. Messineo, ob. cit., t. V, p. 402.
233. Cfr. Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 127
234. Mantilla Molina, ob. cit., p. 351.
235. Joaquín Garrigues, Hacia un nuevo derecho mercantil (Problemas...), p. 161. Opina el Maestro: Nosotros diríamos (rectius, daríamos) hoy un nomen iuris, algo análogo, en el lenguaje jurí-

dico, a la función que desempeña el paréntesis en el lenguaje algebráico: Una expresión abreviada en la normativa jurídica de relaciones entre hombres nacidos de mujeres, un Ordnungsbegriff (idea de orden)... un expediente técnico que somete a unidad la pluralidad de las relaciones, propia de una colectividad de personas". Id.

236. Branca, Instituciones, pp. 39-40.

237. Tullio Ascarelli, ob. cit., p. 157.

238. Cfr. Brunetti, ob. cit., t. I, p. 332.

239. Así los dos últimos autores citados. También: Brunetti, ob. cit., t. II, p. 355.

240. Broseta Pont, Manual, p. 235. En efecto, el crear es una facultad indelegable de la persona, no por prohibición, sino por imposibilidad. La voluntad es un concepto interno, subjetivo, propio de cada persona, ya física, ya moral. En última instancia, lo que hará el órgano deliberatorio (asamblea), será auxiliar para la creación de la voluntad; es decir, "aconsejará" a la sociedad qué es lo que le conviene a ésta. Diferente es decir que la voluntad de la sociedad se crea en el seno del órgano, no que el órgano la cree.

241. Ob. cit., p. 332 (t. I).

242. V. Broseta, Manual, p. 235: "A semejanza de lo que ocurre en los países democráticos..."; Georges Ripert, Tratado, t. II, p. 229: "Si se compara la sociedad a un Estado, podría decirse que constituye un tipo de democracia directa y de gobierno de Asamblea..."; Joaquín Garrigues, Hacia un nuevo derecho mercantil (Problemas...), p. 138: "... como ha dicho un autor francés, es una democracia con Gobierno popular..."; Gómez-Fontecha, Una llamada de atención sobre la privatización de las empresas nacionales, p. 374: "Se refería el profesor Mossa (cuando éste habla en su Esencia de la sociedad anónima que los capitalistas de las sociedades anónimas adquieren el poder con métodos idénticos a los empleados por el poder político) a que en la sociedad anónima, como en la sociedad democrática, el principio del sufragio universal...", etc.

243. Garrigues, ob. cit., p. 138.

244. Ob. cit., t. II, p. 358.

245. Garrigues, loc. cit.

246. Solá Cañizares, Comentarios al Tratado de Brunetti, t. II, p. 62.

247. Georges Ripert, ob. cit., t. II, p. 229.

248. Antonio Polo, ob. cit., p. 332 (cita a Wieland en su Handelsrecht).

249. Garrigues, Hacia..., p. 63.

250. En España y algunos países hispanoamericanos: junta general; en Alemania: generalversammlungen; en inglés: meeting. Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 158.

251. PRIMKER, citado por Antonio Brunetti, ob. cit., t. II, p. 359.

252. *Ibid.*, p. 361.

253. "... la manifestación de voluntad se exterioriza solamente - por medio del órgano administrativo, que es también representativo de la sociedad en lo externo". Brunetti, *ob. cit.*, t. II, p. 359. V. Messineo, *ob. cit.*, t. V, pp. 431 y 477.

254. BRANCA cita el siguiente ejemplo: "... (si) la decisión de - uno de ellos (de los socios) se comunica a cada uno de los otros y es acogida sucesivamente por ellos, no resultaría válida". *Instituciones*, pp. 542-543. Las decisiones de la asamblea son actos colegiados. Cfr. *ibid.*, p. 544.

255. Cfr. *ob. cit.*, t. V, p. 430.

256. *Loc. cit.*

257. Voz "asamblea de socios y accionistas", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. I, p. 203.

258. Cfr. Solá Cañizares, *Tratado de derecho comercial*, t. III, p. 385 *quien cita a Goldschmidt*.

259. *Ibid.*, p. 384.

260. *Ibid.*, p. 385.

261. Solá Cañizares, *TSADC*, t. III, pp. 157-158; él mismo, *Tratado de derecho comercial*, t. III, p. 385.

262. Brunetti, *ob. cit.*, t. II, p. 358.

263. Tullio Ascarelli, *ob. cit.*, pp. 158-159.

264. Solá Cañizares, *TSADC*, t. III, pp. 26-27.

265. Messineo, *ob. cit.*, t. V, p. 431.

266. Solá Cañizares, *TSADC*, t. III, pp. 158-159.

267. *Ibid.*, p. 192.

268. *D. mercantil*, pp. 382-383. Y Brunetti, *ob. cit.*, t. II, p. - 358: "La asamblea es órgano que manifiesta inmediatamente la voluntad, no derivándose su poder de otros órganos, mientras que el del órgano administrativo se deriva directamente de ella".

269. Messineo, *ob. cit.*, t. V, p. 477.

270. *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. I, p. 203.

271. *Id.*

272. Solá Cañizares, *TSADC*, t. III, p. 159.

273. *Id.* V. mismo autor, *Tratado de derecho comercial*, t. III, p. 386.

274. *Loc. cit.*

275. *Ibid.*, pp. 159-160.

276. Solá Cañizares, *Tratado de derecho comercial*, t. III, pp. - - 386-387.

277. Solá Cañizares, TSADC, t. III, pp. 159 y 192.
278. Cfr. Mantilla Molina, ob. cit., p. 393 y los arts. 179, 188, 189, y 197 LGSM.
279. Id.
280. Loc. cit.
281. Ibíd., p. 385.
282. V. Tullio Ascarelli, ob. cit., p. 299.
283. V. Barrera Graf, voz "asamblea de socios y accionistas", Diccionario Jurídico Mexicano, t. I, pp. 204-205.
284. Antonio Brunetti, ob. cit., t. II, p. 356.
285. V. Francesco Messineo, ob. cit., t. V, p. 463. Por su parte, el art. 54 LGSM, al comanditario le prohíbe hacer actos de administración en la sociedad; ello no le quita el carácter de socio.
286. Mantilla Molina, ob. cit., p. 403. Afirma que, hasta puede haber mandato sin representación (fundamento: art. 2560 CC). "Se ha dicho con razón que el mandato supone la existencia de dos contratantes, lo que no existe en la sociedad por acciones, en la cual el órgano de la gestión social surge unilateralmente en el instante en que se crea la persona jurídica". Solá, DCC, III, p. 400.
287. Solá Cañizares, TSADC, t. III, pp. 184-185.
288. Tullio Ascarelli, ob. cit., p. 163.
289. V. Messineo, ob. cit., t. V, pp. 466-467, v. también arts. 2328 y 2384 CC en relación con los arts. 320 y 643 CC italiano.
290. Id.
291. "En Francia quien tiene la gestión (dirección) efectiva de la sociedad se denomina DIRECTOR GENERAL, y se llaman directores los funcionarios técnicos o comerciales". Solá Cañizares, TSADC, t. III, pp. 183-184. Cfr. arts. 2393 y 2396 CC italiano: a los directores generales los nombra la asamblea (o el consejo de administración, pero a través de una delegación de ésta); a los directores técnicos, los designa la administración, y asumen ante él la posición de subordinados y están ligados a la sociedad por un contrato de trabajo. Antonio Brunetti, ob. cit., t. II, p. 447.
292. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, pp. 401-402.
293. Antonio Brunetti, ob. cit., t. II, pp. 503-504.
294. Id.
295. "Los derechos de la minoría --dice Mantilla-- son ilusorios, pues están supeditados a que se elijan tres o más comisarios, y ello, en la práctica, casi nunca sucede". Mantilla Molina, ob. cit., p. 414.
296. Antonio Brunetti, ob. cit., t. II, p. 505.

297. René David, citado por Mantilla Molina, El proyecto de código de comercio para la República Mexicana... t. IV, n° 15, p. - - 153. Reseña una compleja conferencia del jurista señalado y que aneja a su estudio.
298. Cfr. Mantilla Molina, La sociedad heterapénica, p. 696.
299. Esta finalidad típica es aquella en vista de la cual ese instituto ha surgido históricamente y ha sido regulado por el legislador. V. Tullio Ascarelli, ob. cit., p. 16.
300. Cfr. Barrera Graf, Las sociedades, p. 188.
301. V. Rojas Roldán, ob. cit., pp. 42-43.
302. Sociedades de Estado, citado por Barrera Graf, Las sociedades, p. 188.
303. Id. "Pailluseau, considera a la S.A.... como una técnica de la organización de la empresa". Loc. cit., nota 415.
304. Citado por Rojas Roldán, ob. cit., p. 79. Señores, ¿es posible tomar en serio esta oposición?, pregunto. Tal vez tratase de una fresca y festiva ocurrencia.
305. Id.
306. *Ibid.*, p. 80. Les llama: "sociedades que no son sociedades".
307. Barrera Graf, Las sociedades, p. 188. Más atemperado resulta el criterio del Maestro, criterio al cual me adhiero (no en señalarla como anómala, ya que me inclino a creer que se trata de una sociedad atípica), tomando el término "anómala" como un diagnóstico técnico, no como un opositor. Al menos, coincido con el Maestro que sí se trata de una sociedad anómala DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO POSITIVO (pero el que sea positivo, no garantiza su exactitud científica), y como tal, al fin sociedad. Sin embargo subyace aún mi duda sobre la precisión de los términos "atípica" y "anómala".
308. *Ibid.*, p. 187.
309. Broseta Pont, Las empresas públicas, p. 286.
310. Garrigues, Tratado, t. I, vol. 3, p. 1218. Apoyan a la sociedad con un solo socio: Brunetti (Lezioni sulle società commerciali), Cervantes Ahumada (La sociedad de responsabilidad limitada - en el derecho mercantil mexicano), F. Boter (Anónimas unipersonales). Todos ellos en Rojas Roldán, ob. cit., p. 83.
311. Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 108.
312. Tratado, t. I, p. 281, citado por Mantilla Molina, D. mercantil, p. 330.
313. Mantilla Molina, La sociedad heterapénica, p. 696.
314. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. III, p. 376. V. arts. 2272, 2362 y 2497 CC italiano.
315. Id.
316. *Ibid.*, p. 377, nota 33.

317. Cfr. Mantilla Molina, D. mercantil, p. 330.
318. Joaquín Garrigues, *Hacia...*, p. 166.
319. Id.
320. Cfr. Barrera Graf, *Las sociedades*, pp. 187, 193 y 197.
321. D. mercantil, p. 330.
322. Luigi Bragantini, L'anonima con un solo azionista, citado por Barrera Graf, *Las sociedades*, p. 187.
323. Cfr. Mantilla Molina, D. mercantil, p. 330.
324. Así, en términos referidos se expresa Ripert, ob. cit., t. - II, p. 51.
325. Antonio Brunetti, ob. cit., t. I, pp. 177-178.
326. V. ibíd., p. 172.
327. Agustín Vicente Gella, ob. cit., pp. 461-462.
328. Tullio Ascarelli, ob. cit., p. 404.
329. Id.
330. Solá Cañizares, TSADC, t. III, p. 108, y Francesco Messineo, ob. cit., t. V, p. 411.
331. Aun la interpretación de este artículo en relación con los - otros de la propia ley plantea dudas: ¿se aplicará esta responsabilidad solamente en casos de venta fraudulenta de acciones, o se hará extensivo a cualquier acto ilícito de la sociedad? El art. 2362 CC italiano dispone: "En caso de insolvencia (no necesariamente por causa ilícita) de la sociedad por las obligaciones sociales surgidas en el período en que las acciones resultan haber pertenecido a una sola persona (recordar que en Italia sí se - permite la anónima con dos socios), ésta responde ilimitadamente".
332. Mantilla Molina, *El proyecto*, pp. 158-161.
333. Id.
334. Id.
335. Id.
336. Mantilla Molina, *La sociedad heterapénica*, p. 693.
337. Mantilla Molina, *El proyecto*, p. 155. V. Barrera Graf, *Las - sociedades*, pp. 189-190.
338. Mantilla Molina, *El proyecto*, p. 156. El mismo sugiere el siguiente concepto: "ES EL NEGOCIO JURIDICO MEDIANTE EL CUAL UNA OÑAS PERSONAS DESTINAN DETERMINADOS BIENES O SERVICIOS A LA REALIZACION DE UN FIN LICITO". Loc. cit.
339. "Dentro del campo del Derecho mercantil, seguimos hablando - de carta de porte, aun cuando el documento no sea una misiva entregada como antaño, por el cargador al porteador... la letra de cambio puede válidamente existir sin que haya contrato de cambio,

con lo cual ha desaparecido el subterfugio... de la suposición de lugar". *Ibid.*, p. 157. Otras palabras no señalan su significado - original: maratón, hecatombe, pornografía, sufragio efectivo, - - etc. Por su parte, Antonio Polo indica que debemos evitar la servidumbre de la palabra, así como rechazamos el puro conceptualismo dogmático. V. Polo, *ob. cit.*, p. 318.

340. *Ibid.*, p. 158.

341. *Id.*

342. Cfr. Barrera Graf, *Las sociedades*, p. 193.

343. V. n°9 B y también Mantilla Molina, *El proyecto*, p. 161.

344. Joaquín Garrigues, *Tratado*, t. I, vol. 3, p. 1291. Interesante en verdad resulta la apreciación que de la S en NC hace Mantilla: "... una sociedad en nombre colectivo unimembre carece totalmente de sentido práctico: el único socio actuaría con responsabilidad personal ilimitada... de oligofrénicos no habremos de ocuparnos". *La sociedad heterapénica*, p. 689.

345. Aquí empezamos a ver perfilarse la teoría del negocio indirecto sustentada por Ascarelli. V. naturaleza de la sociedad con un solo socio.

346. Cervantes Ahumada, *ob. cit.*, p. 47.

347. Francesco Messineo, *ob. cit.*, t. V, pp. 409-410. La sociedad ejercita, según se desprende del art. 2247 CC italiano, una actividad económica y es empresario; el accionista conserva su propia identidad.

348. Antonio Brunetti, *ob. cit.*, t. II, p. 61. CERVANTES AHUMADA pretende que el Estado recurre a la sociedad por acciones para - "vestir instituciones que deberían ser organismos descentralizados del poder público". D. mercantil, p. 48. Aunque no hay que olvidar que el organismo descentralizado (en nuestra legislación) puede adoptar cualquier estructura, es decir, puede funcionar bajo cualquier tipo social (y hasta figuras atípicas, etc.).

349. Rojas Roldán, *ob. cit.*, pp. 29-30.

350. Separar distintos campos de actividades, encargándose de ellas una sociedad controladora; facilitar el comercio; ampliar las posibilidades de crédito, etc. V. Mantilla Molina, *La sociedad heterapénica*, p. 689, nota 3.

351. Cfr. Brunetti, *ob. cit.*, t. I, p. 173.

352. Solá Cañizares, *TSADC*, t. III, pp. 103-104.

353. Así: Garrigues, Uría, Messineo y Ferrara, citados por Rojas Roldán, *ob. cit.*, p. 80. También: Ascarelli, *ob. cit.*, p. 16 y Barrera Graf, *Las sociedades*, p. 188.

354. V. Rojas Roldán, *ob. cit.*, p. 80.

355. Tullio Ascarelli, *ob. cit.*, p. 16. En estas sociedades anónimas --continúa él mismo--, el instituto jurídico de la sociedad anónima es utilizado para fines que no son los típicos de la so-

ciudad, tanidos presentes por la ley. Id.

356. *Ibid.*, p. 402.

357. *Ibid.*, p. 16.

358. *Ibid.*, p. 17.

359. Id.

360. Id.

361. Antonio Brunetti, ob. cit., t. I, p. 172. BARRERA GRAF realiza una transcripción de MANTILLA MOLINA (La sociedad heterapénica, p. 692, nota 8) aludiendo a que la teoría del negocio indirecto no es aplicable en México porque nuestro derecho no es causalista, es decir, el art. 1794 CC, equivalente al 1325 italiana, no, no exige como requisito de los negocios jurídicos que exista una causa. De ello disiente el Maestro BARRERA "... no sólo porque nuestro CC, a pesar de su carácter antícausalista, sí acoge la causa o fin como un elemento del negocio jurídico --arts. - - 1795 III, 1831, 1832, 2225, etc., --sino, sobre todo, porque en el negocio o contrato de sociedad... la causa o el fin común es uno de los elementos de la definición legal (art. 2688 CC)". Las sociedades, p. 198, nota 452.

362. Las sociedades, pp. 200-201. Considera BARRERA que tampoco son válidas otras teorías: negocio de organización; técnica jurídica especial; institución. *Ibid.*, pp. 201-203.

363. Ob. cit., pp. 106 y 101.

364. *Ibid.*, pp. 89-90.

365. Citado por Rojas Roldán, ob. cit., p. 84.

366. *Ibid.*, p. 100.

367. "Aun en las unimembres --precisa BARRERA-- se debe insistir en que la sociedad es un negocio abierto, en cuanto que siempre existe la posibilidad del acceso de otros socios...". Las sociedades, p. 190.

368. Mantilla Molina, D. mercantil, p. 330. Sin embargo no dice con exactitud a qué estructura -tipo- se refiere, lo que deja abierta la puerta a muchas hipótesis, salvo, claro, aquellos tipos en los que el (los) socio responde ilimitada, solidaria y subsidiariamente con su propio patrimonio, por las obligaciones de la sociedad (v. note 344).

369. Mantilla Molina, La sociedad heterapénica, pp. 687-688.

370. Id.

371. Art. 10: "... su número no podrá ser inferior a tres".  
"Se exceptúan de lo establecido en el párrafo anterior las sociedades constituidas por organismos estatales, provinciales o municipales, en aplicación de disposiciones vigentes".

372. "La doctrina y la jurisprudencia italianas explana Mantilla- le han ocupado de la sociedad con un solo socio (accionis--

ta), única manifestación de heterapenia en un sistema jurídico - que no exige sino dos socios para constituir una anónima". La so ciedad heterapénica, pp. 687-688.

373. Mantilla Molina, El proyecto, p. 151.

374. Ascarelli, citado por Barrera Graf, Las sociedades, p. 187, nota 412.

375. Transcrito por Mantilla Molina, El proyecto, pp. 151-152.

**CAPITULO SEGUNDO (primera parte)**

**LA EMPRESA**

"Sabido es que cuando los juristas tomamos las palabras del mundo circundante pretendemos enseguida someterlas a norma y disciplina científicas, fijando su concepto, sus caracteres, su alcance. Mas con ello corremos el riesgo de que un exceso de teorización nos lleve a deformar conceptos vitales que en el mundo de los negocios están claros o al menos se ofrecen como menos expuestos a confusión".

ANTONIO POLO\*

## 1. GENERALIDADES.

Esta figura económica que constituye la empresa ha gozado de tanta importancia en el terreno jurídico que los tratadistas han intentado describir su naturaleza mediante teorías de muy diversa índole lo que, como es evidente, ha creado un clima de confusión, tanto en doctrina como en derecho legislado.

Este instituto de origen capitalista ha invadido ya todas las economías llegando hasta aquellas en las que el Estado controla los medios de producción sin perjuicio de, a su vez, haber sido adaptada para funcionar en cada

---

\* Empresa y sociedad, en el pensamiento de Joaquín Garrigues, p. 318.

uno de esos sistemas en forma similar.

Cualquier actividad económica de cierta envergadura, se realiza a través de empresas y con todos los elementos que éstas implican. Como cualquier actividad humana (o en la que interviene el hombre), la que se realiza a través de la empresa, no escapa a la regulación jurídica. No hay que perder de vista que la Economía generó la empresa, y que este fenómeno económico ha sido trasladado al Derecho; esto es, al tener consecuencias jurídicas. Como tal, ya pública o privada, la empresa "necesita de una estructura jurídica que la cubra" (1), ya que alrededor de ella habrá siempre derechos que ejercitar y obligaciones que cumplir. Aun no hay un concepto preciso de la empresa, y es de temer que nunca lo haya. Por otra parte, de advertir es que dicho concepto está en constante evolución (2), de ahí que el Derecho, a pesar de llevar muchos años "cortejándola", no ha logrado tomar plena posesión de ella ("conquistarla") (3).

Los autores insisten en que es tarea obligada de los juristas el crear la noción de la empresa, y de los legisladores, el hacer un derecho de la empresa (4).

BROSETA PONT afirma que la empresa es una realidad común a todas las ramas del Derecho, y que por tanto, no puede ser distinta para el derecho mercantil, el civil, el laboral, etc. Indica que debe existir un concepto unitario válido y aplicable para todas las disciplinas jurídicas (5). Por mi parte, no aspiro a tanta perfección jurídica, toda vez que, aun conceptos más estudiados y con mayor tiempo en el campo del Derecho (como lo es, por ejemplo, el de adulterio) no tienen esa pretendida univocidad. Basta comparar los diversos sentidos que la figura del adulterio tiene en el derecho penal y en el civil. Coincido con el Profesor Broseta en la conclusión a que llega, palabras más, palabras menos: para el ordenamiento positivo puede ser válido el concepto económico de empresa, el cual es posible que sea acogido como concepto jurídico (6). Sin embargo, no hay que perder de vista (recordar la diferencia entre "concepto" y "definición" -v. nota 111 cap. I-) que, cuando un determinado ordenamiento jurídico que goce de positividad y vigencia, por el simple hecho de incorporar en su articulado un concepto, ya económico, ya filosófico, etc. de equis instituto o fenómeno, se compondrá un concepto legal, jurídico (7).

Esta incertidumbre a que me he venido refiriendo ha provocado con-

fusión entre juristas y legisladores. Es así como la doctrina la confunde (a la empresa) con su titular (se han llegado a considerar sinónimos "empresa" y "sociedad") y hasta con sus propios elementos adyacentes (8). Asimismo, de los diversos ordenamientos legales que en nuestro derecho hacen referencia a ella, ninguno da un concepto jurídico de la misma (9). Digo lo anterior con la reserva del párrafo precedente, es decir, hay que entender como "concepto jurídico" una definición precisa que haga un determinado artículo (que no norma, porque ésta puede estar repartida en varios preceptos): "Para los efectos de la presente ley, por empresa debe entenderse..." —el art. 16 LFT no crea una definición, sino que incorpora a su articulado el concepto económico de empresa—.

BARRERA GRAF asegura que para estructurar a la empresa, en nuestro derecho tiene que hacerse a base de un estudio de diversas leyes, ya que ese fenómeno se ha introducido y ha sido reconocido en varios ordenamientos (10). En el derecho fiscal y en el derecho del trabajo, se nota más (que en el mercantil) la influencia de fenómenos y exigencias de índole económica, y por ser la empresa "la realidad más viva y palpitante de la economía contemporánea" (11), es como dichas ramas, a través de sus ordenamientos han intentado atrapar un concepto de empresa que las satisfaga (12).

La noción jurídica de empresa —señala SOLA— debe ser una noción amplia que integre tanto al elemento humano como a aquel elemento (impersonal) formado por los bienes y derechos que el elemento humano utiliza. Sin embargo, es preciso no elaborar una noción antropocéntrica, así como también evitar una estricta referencia hacia los bienes, o indicar que únicamente se trata de una actividad.

Dentro de la construcción de una definición jurídica de empresa, no hay que olvidar que ese fenómeno no es particular del derecho mercantil (rama comúnmente identificada con el ánimo de lucro; esto es, la actividad de la empresa no es necesariamente lucrativa). Es necesario hacer esta advertencia toda vez que fue Lorenzo MOSSA el primer latino que pretendió identificar el derecho mercantil con el derecho de la empresa (13). El derecho de la empresa puede extenderse, indistintamente, tanto al derecho público como al privado.

## 2. ELEMENTOS Y CARACTERISTICAS.

Para establecer los componentes y particularidades de la empresa, es preciso recurrir a un modelo ideal, ya que no en todas las empresas se dan todos los elementos. Así pues, esta empresa ideal está constituida por elementos objetivos y subjetivos (14).

A. Elementos objetivos. Son los bienes en sí mismos considerados: muebles, inmuebles, corpóreos e incorpóreos.

- a) Muebles: materia prima, mercancía, enseres, vehículos, dinero, etc.
- b) Inmuebles: factorías, bodegas, establecimientos, etc.
- c) Incorpóreos: estos están, en gran parte, determinados por los llamados elementos de la propiedad industrial, que a su vez abarca determinadas cosas incorpóreas de las que el Estado concede temporal o indefinidamente su monopolio: inventos, modificaciones o mejoras a invenciones, fusión de inventos, certificados de invención, modelos y dibujos industriales, marcas, nombre comercial, denominaciones de origen, etc.

Particular mención ha de hacerse sobre el AVIO. Este, al igual que la clientela no es elemento, sino cualidad (no es objeto de derecho); es la buena organización, conocimiento de gustos y hábitos del público; el crédito comercial (15).

B. Elementos subjetivos.

- a) El empresario: el art. 2082 del CC italiano dispone que es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con finalidad de producción o intercambio de bienes o servicios. La calidad de empresario puede recaer sobre: persona física, moral y sobre el aso-

ciente en el caso de la A.enP. Al decir de BARRERA, el empresario es el elemento esencial de la empresa. Al efecto establece una simbiosis: "así como no puede haber una empresa sin empresario, tampoco se concibe a éste sin aquélla" (16). Sin embargo, y a pesar de esta relevante importancia que tiene el empresario, no debe confundirse con el todo. "La sociedad (en el caso de que el empresario sea persona moral), cuando organiza la empresa, no es la empresa, sino solamente quien la funda y la dirige" (17).

b) Los auxiliares del empresario: el factor o gerente y todos los demás auxiliares del comerciante o, mejor dicho, del empresario, quienes pueden ser, bien, empleados o autónomos del empresario.

— Caracterización.— En nuestro derecho no existe diferencia entre las empresas comerciales y las que no lo son, por lo que las características son comunes a todas ellas.

A. Actividad. Destaca como elemento característico de la empresa, el estar animada por la idea de una organización, actividad que permite poner en movimiento los diversos factores de la producción y orientarlos hacia una mayor generación de beneficios (18). Esta organización, en palabras de MESSINEO, se da, "o por la existencia de la hacienda (establecimiento) que es un conjunto de medios, esto es, de bienes-capitales; o por el hecho de que se tenga una organización de trabajo ajeno (esto es, que existan, en servicio de la empresa —nótese que no dice "en servicio del empresario"—, colaboradores o auxiliares —del empresario— dependientes)" (19). La actividad desarrollada por el empresario para la producción y el intercambio de bienes y servicios para el mercado, es, evidentemente, una actividad económica (20), son actos en masa, repetidamente ejecutados por aquél dentro de la organización profesional de la empresa.

B. Riesgo. El empresario debe estar expuesto a las pérdidas a su nombre, así como también tiene la posibilidad de eventuales ganancias. "Donde no hay riesgo —dice MESSINEO—, no hay empresa, sino actividad de mera administración" (21).

C. Sede. El empresario para desarrollar su actividad requiere del --

concurso de un conjunto de bienes: necesita de un soporte físico y estable (22); "se presupone también una sede de la empresa" (23). Es oportuno mencionar que esta sede no es precisamente el establecimiento como elemento objetivo.

D. Lucro. La finalidad lucrativa que mediante la empresa persigue su titular, es para muchos un elemento característico de la empresa (24). A mi juicio, el elemento "lucro" solamente puede ser usado para caracterizar a las empresas capitalistas (todo lo epítetico que pueda ser empleado el término).

### 3. NOCIONES AFINES.

La empresa, como fenómeno económico que es, trae consigo otras figuras consubstanciales, figuras que los juristas pretenden atrapar bautizándolas. No es que reine gran anarquía que produzca confusión, sino que existe un gran número de jurisconsultos que, por diversas razones emplean términos que ellos, en lo particular, consideran convenientes para designar determinada figura. En donde aparece el desorden es cuando algún autor "plagia" un término para aplicarlo a otro.

De esta forma, aparecen en el vocabulario empresarial voces tales como negociación, hacienda, fondo de comercio, establecimiento, etc. El Profesor MANTILLA sostiene que el término más correcto para señalar jurídicamente a ese fenómeno económico denominado por otros "empresa", es el de "negociación mercantil" (25), ya que la palabra hacienda "... tiene en México\* un aire tan campirano que impide aplicarla a las actividades mercantiles o industriales..." (26). En contra de esta apreciación me remito al contenido del último párrafo del número 1 del presente capítulo. En este sentido la palabra mercantil nunca va a caracterizar al género. Queda el vocablo "negociación", cuyo contenido lingüístico implica la acción y el efecto de nego-

\* También en el Califato de Córdoba. Circa 1220-1250 d. C.

ciar, contenido que se aparta bastante de la esencia misma de la empresa. -- Sustenta MANTILLA MOLINA que la negociación "es una forma de manifestación externa de la empresa... la organización de los factores de la producción en que consiste la empresa" (27).

A. Hacienda. En opinión de BARRERA GRAF, la hacienda es el patrimonio de la empresa; o sea "la masa de bienes, derechos y relaciones que -- constituyen la hacienda" (28). El CC italiano es bastante preciso en la definición que de la hacienda elabora: "La hacienda es el conjunto de los bienes -- organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa" (art. 2555). -- Esa organización (es decir, no simplemente una masa de bienes, derechos y relaciones) y el destino para el ejercicio de una actividad económica, hace -- que en su conjunto esos bienes "representen más o una cosa más que la suma de ellos tomada aisladamente" (29). Es así como dicho conjunto de bienes destinados a un fin, adquiere unidad (v. naturaleza jurídica --n° 6-- (30).

B. Fondo de comercio. Esta expresión deriva del derecho francés, y -- fue creada --explica RIPERT-- "para señalar la idea de que la instalación y -- el conjunto de medios empleados por el comerciante son más importantes -- que el trabajo personal del hombre" (31). Es la respuesta que la doctrina -- francesa hace a la italiana. En verdad que fondo de comercio (fond de commerce) es el equivalente a la hacienda italiana (azienda), en tanto que la -- maison de commerce encuentra su identidad con la empresa (32).

C. Establecimiento. El establecimiento es la sede técnica de la empresa (33). Una empresa puede tener varios establecimientos o carecer de él. -- Un establecimiento principal puede tener sucursales, y aunque la sucursal no tiene personalidad propia, es competente el tribunal del lugar de la sucursal (34).

#### 4. EMPRESA Y SOCIEDAD.

En el principio del presente capítulo, de manifiesto ha quedado el -- gran revuelo que ha causado el fenómeno empresa. Aún no se consigue de-

terminar su real significado, su dimensión jurídica. De ahí que no resulte extraño el desconcierto que surge cuando, de una u otra manera, aparecen juntos los términos sociedad y empresa (35). Dentro de este maremagnum, la atención céntrase sobre la sociedad anónima, por ser ésta el mejor conducto para la actuación del capital. Dice MOSSA que es la sociedad anónima "el organismo económico y jurídico en que se pone de manifiesto la empresa" (36). Esta confusión existente entre empresa y sociedad anónima débese a que el capital ha utilizado este tipo social como un instrumento suyo; el capital ha puesto a disposición de la S.A. "los restantes factores de la producción —explica GARRIGUES—: a los bienes mediante el derecho de propiedad; a los hombres mediante el contrato de trabajo" (37).

De esta instrumentación que de la sociedad por acciones hace el capital, no es raro concebir que el objeto genérico de la anónima sea, en primera instancia, la planificación estructural de una empresa. En palabras de POLO: "la diferencia de lo que ocurre con una persona física, la sociedad anónima nace a la vida del Derecho con un objeto predeterminado: nace precisamente para explotar una empresa..." (38). MOSSA lo explica así: "... la idea de la empresa de la s.a., que es la razón de su creación y de su existencia en interés de la comunidad, es una idea luminosa y una idea que domina generosamente la vida de la s.a." (39).

Esta postura resulta un tanto extremista y totalitaria. En efecto, la empresa no puede constituir ese objeto predeterminado o razón de existencia de la sociedad por acciones; y en la otra mano, no es menos ficticio que la empresa sólo puede existir cuando haya una sociedad anónima que sea su titular. Basten los siguientes ejemplos para sustentar lo afirmado: bien puede crearse una sociedad anónima cuyo objeto —bajo equis causa— sea el de ser precisa y solamente socia de otra sociedad —piramidizar un capital—. En este caso no será necesario contar con una empresa (y todos los elementos — que ella supone) para llevar a cabo su objeto social. Por otro lado, bien puede formarse una empresa con un empresario persona física (40).

Común es encontrar en diversos textos que la empresa adopta la forma de sociedad para actuar en la vida jurídica (41). Comprensivo es Antonio POLO al manifestar que, es más por razones de comodidad de expresión que con el propósito directo e inmediato de dar a la propia expresión un alcance netamente jurídico como suele decirse que la sociedad es la forma de la empresa (42). Sin embargo, debe establecerse que de ninguna manera es lo

pueda representar) la sociedad por acciones una forma jurídica de la empresa. Así como una persona física no puede ser empresa, sino empresario, -- así tampoco la sociedad anónima (43).

De esta afirmación (que la anónima no es una empresa ni su forma - jurídica) resulta que la sociedad es titular de la empresa. Dicha titularidad - le otorga a aquélla el carácter de empresario. El empresario es el sujeto de - derecho capaz de asumir derechos y obligaciones, que si bien nacen y se for - malizan en nombre de la sociedad, se proyectan generalmente sobre la em - presa. "Todos los contratos celebrados en nombre de la sociedad sólo en sentido metafórico son 'CONTRATOS DE LA EMPRESA'..." (44).

La empresa no constituye una persona jurídica; esto es, no tiene una personalidad jurídica propia. Sin embargo, no es menos cierto que existe -- alguna independencia de la empresa hacia el empresario; es decir, la empre - sa subsiste independientemente del empresario, y no porque tenga persona - lidad jurídica propia, ni que tampoco se trate de una institución: la empresa comienza siendo una pura actividad organizada del empresario sobre cosas - tangibles; esas cosas se transforman en virtud de esa actividad en algo nue - vo, en una entidad que se separa del empresario, no como hacienda solamen - te, sino como empresa; esto es, incluyendo los elementos subjetivos de és - ta. Muy sutil es esta pequeña dicotomía y es por ello que como reguero de -- pólvora puede levantar polémica. GARRIGUES --en mi concepto el más auto - rizado exponente de la doctrina española--, por una parte expone que el - caso de la creación de reservas o de la autofinanciación --retroalimentación ('feedback') como se diría ahora-- de las empresas "nos está demostrando -- que hay un interés de la empresa que se sobrepone al interés particular del empresario... frente a esta disociación... el Derecho quiere someter inme - diatamente a su dominio a (ambos)... " (45). BARRERA, por otra parte argu - menta que la empresa en sí (Unternehmen an sich) "no hace desaparecer la dualidad empresario-empresa; hará, cuando más, que sobre los intereses de aquél prevalezcan los de ésta, que se consideren trascendentes y de mayor - valor y entidad" (46). PAILLUSEAU indica que esa conjugación de los diver - sos factores productivos ha tenido como consecuencia "el desplazamiento - - del polo de la organización jurídica realizada por el Derecho de sociedades. - La empresa ha substituido progresivamente a la agrupación de personas co - mo objeto de esta organización" (47).

La empresa, señores, es una cosa que vive independientemente del -

empresario (48). Empero, para el público, sociedad y empresa son términos sinónimos, "... no parece que haya aparecido todavía en el Derecho donde la concepción de la sociedad propietario o de la sociedad empresario se presente bien anclada" (49).

— El empresario.— BARRERA GRAF concibe al empresario como "la persona física o jurídica o el grupo de personas (v. gr., asociaciones sin personalidad) que organizan los distintos factores económicos que pueden requerirse en una negociación, con la finalidad de producir o intercambiar bienes o servicios para el mercado" (50). Interesante en realidad resulta la concepción social que sobre el empresario tiene PEREZ LEÑERO, quien enfatiza que la jefatura de la empresa —en los regímenes de rectoría económica por parte del Estado— no es individual e inamovible: por esta función —la gestión empresarial— "se es responsable ante el Estado por su contenido eminentemente político" (51).

En otro orden de ideas, evidente resulta que, el empresario, como titular de la empresa, es el elemento fundamental de la empresa, toda vez que es él quien anima la actividad organizada. Para que se dé la figura del empresario, por tanto, es necesario que converjan los siguientes factores:

- + una actividad organizada
- + su ejercicio profesional
- + en nombre propio
- + una finalidad particular
- + una sede
- + un riesgo (y sus consecuencias: pérdidas o ganancias).

Así notamos que la calidad de empresario coincide con quien ejercita por sí o a través de representante, un título de dominio sobre la empresa, — explotándola y disponiendo de ella como cualquier otro objeto de su propiedad (52).

El antiguo binomio propietario-empresa ya no opera necesariamente en la actualidad. En efecto, anteriormente nadie hubiera sabido oponer o separar el interés de la empresa de la del propietario; la identificación era tal que ambos se refundían en una sola idea: el empresario dueño de la empresa y la empresa objeto de propiedad del empresario. Más tarde, cuando el propietario de los bienes no los explota por sí mismo, sino que recurre a un ne-

gocio jurídico para transmitirle la disponibilidad (condicionada) de esos bienes a otra persona que tenga interés en explotarlos, es que se produce entonces una separación entre propiedad y titularidad (53). Esto último ha llevado al terreno de las discusiones si el titular es el propietario de la empresa. La doctrina clásica considera al titular como propietario (54). Por su parte, la tendencia moderna se inclina a separar propiedad, empresario y empresa: "si se utiliza el vocablo 'propiedad' ha de ser metafóricamente" (55). Más complejo se vuelve el problema (para los clásicos, desde luego) con la aparición de la propiedad de segundo grado (cuando la propiedad o disponibilidad de los bienes afectos al ejercicio de la empresa se cobijan bajo la titularidad de una sociedad), misma que introduce, a través de las acciones, un tercer elemento en la relación: "al lado de la propiedad directa de los bienes, atribuida a la sociedad anónima (que es el caso general de empresario de grandes empresas), aparecen los accionistas... a quienes se les reconocen determinados derechos para intervenir en la gestión de la sociedad..." (56). Se sustituye el goce y disfrute de los bienes por el percibo de una renta o dividendo.

En la noción moderna de empresa, la noción de propietario se reemplaza por la de empresario, quien es el titular de aquélla, es decir, quienes tienen un poder de disponibilidad sobre la empresa.

## 5. CONCEPTO.

Elaborar un concepto jurídico de un fenómeno económico no es una tarea fácil, máxime si existen ya varios vicios que han deformado su realidad; esto es, se habla de empresa a discreción del exponente en turno, alterando la original concepción que de ella tenían (y tienen) los comerciantes, quienes cuando se refieren a la empresa, se entienden perfectamente entre ellos, sin sujetarse o someterse a los "corsés ortopédicos" que, en constante afán de deformar y adaptar a sus propias concepciones, los juristas, y tal vez inconcientemente, fabrican alrededor de la empresa (57). En efecto, hasta ahora ha resultado vacuo el esfuerzo de los juristas para lograr un concepto jurídico que sea distinto al económico de empresa (58). BROSETA Indi-

ca que sí es posible encontrar un concepto jurídico unitario de empresa (no obstante derive, necesariamente, del económico), ya que, quienes niegan esa factibilidad "confunden el concepto con la naturaleza jurídica" (59). BARRERA coincide con esto al afirmar que, el concepto de empresa es económico y que los elementos utilizados en su construcción "no han sido asimilados completamente por el derecho" (60). De esta manera, y para ser acordes con la realidad social que el fenómeno empresa implica (61), conviene analizar los datos económicos y aprovecharlos en una síntesis lógico-jurídica -- que nos ayude a evitar caer en dogmatismos estériles. Ahora bien, aun el concepto económico admite una gran variedad de matices concretos, "en razón, unas veces, a la procedencia de los dos factores productivos que se combinan; otras al destino que se da a los bienes o servicios producidos (el cambio o el mercado, la satisfacción de las necesidades de los consumidores, -- etc.); a la finalidad última perseguida (obtención o no de un lucro o beneficio de modo necesario)" (62).

Del análisis realizado de una serie de conceptos ofrecidos por varios autorizados tratadistas y iusperitos, resulta que cada uno de ellos propone -- datos y elementos de la más diversa naturaleza (63); sin embargo existe una sistemática coincidencia en lo referente a dos pilares: organización y finalidad. A éstos, le siguen bastante cerca los términos: producción, bienes, actividad, económico (a).

En consecuencia, considero que empresa es EL CONJUNTO ORGANIZADO E INTEGRAL DE ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS BAJO COHESIÓN JURÍDICA, ORIENTADOS HACIA UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA PARA LA PRODUCCIÓN, CIRCULACIÓN O CONSUMO DE SATISFACTORES EN UN MERCADO\* DETERMINADO.

Esta concepción rompe definitivamente con aquella que personifica a la empresa, vicio muy arraigado en nuestra legislación. Por lo demás, al introducir el término "jurídico", no lo hago con el propósito de darle un matiz estrictamente legal, sino para poner de relieve que, a pesar de que el Derecho no da un concepto de empresa, al menos sí la protege como una unidad integral ("un" --unidad-- "todo" --integral--). La orientación hacia una acti

---

\* Mercado no como centro de especulación, sino de demanda.

vidad económica, se la da y la realiza uno de sus propios elementos subjetivos: el empresario. Inserto el vocablo consumo, reconociendo en esta forma que el consumir también significa una actividad económica, y que, una sociedad cooperativa de consumo bien puede ser titular de una empresa, empresa la más de las veces necesaria para que aquella cooperativa pueda realizar organizadamente sus funciones.

## 6. NATURALEZA.

A lo largo del presente capítulo ha quedado manifiesto el gran desorden existente alrededor del fenómeno empresa. Es en este sentido que no es difícil adivinar el vasto número de teorías que sobre ella se han formulado. Obviamente no es mi papel elaborar una más que se perdería en ese inmenso océano teórico; sin embargo, y para efectos de este trabajo, no me quedaré en la llana exposición de las teorías que sobre la naturaleza jurídica de la empresa se han ensayado.

### A. PERSONIFICACION.

La empresa es una persona jurídica distinta del comerciante, ya que, partiendo del principio de que la empresa es una realidad, ésta tendrá necesariamente que adoptar "la forma de persona jurídica colectiva... para cumplir sus obligaciones y exigir, por otra parte sus derechos..." (64). Como -- tal, la empresa tiene un nombre, un patrimonio, un domicilio y una nacionalidad (en otras palabras, los atributos de la personalidad). "Subsiste, aun cuando cambien sus titulares" (65).

Otro argumento existe para sostener sutilmente la personificación de la empresa, y es la que expone SOLA CAÑIZARES quien intenta refutar a -- GARRIGUES. Dice el primero: si aceptamos que una persona física no puede ser empresa sino empresario, debe entenderse que la persona física titular de una empresa podría (entra al terreno de las hipótesis extracondicionadas)

adoptar una forma jurídica. "Si se introduce en las legislaciones la empresa individual de responsabilidad limitada, tendremos entonces que la persona física habrá adoptado una forma jurídica especial, que no será una sociedad, pero que corresponderá a lo que es la sociedad en las empresas colectivas" (66). AZTIRIA opina que, mediante la adecuada reglamentación legal, puede obtenerse la limitación de la responsabilidad del comerciante sin necesidad de atribuir a la empresa individual la personalidad jurídica (67).

MANTILLA MOLINA señala uno de los reparos que se le hacen a la personificación: "Puede pactarse, al transmitir una negociación (empresa) que el adquirente se haga cargo de su activo y de su pasivo, y si cumple los requisitos de una cesión de créditos, podrá hacerlos efectivos el nuevo titular (yo lo subrayo, ya que el "nuevo titular" es el adquirente, nunca lo adquirido, es decir, la propia empresa); pero el enajenante no se exonera sin el consentimiento de todos y cada uno de los acreedores (es el caso del art. 2053, en relación con los arts. 2051, 2052 y 2054 CC), de la responsabilidad adquirida respecto de ellos; el comerciante responde de sus deudas con todos sus bienes..." (68).

Por su parte VALERY asegura que en la empresa existen dos grupos: uno de personas (el titular y sus auxiliares y otro de bienes y obligaciones. El primero goza de personalidad jurídica y el segundo constituye la empresa stricto sensu (69).

En los países de common law, en caso de que sean varios los que explotan una empresa, pueden hacerlo sin formar una sociedad; quedando el trust como algo independiente a ellos, mas sin personalidad jurídica propia (70).

## B. PATRIMONIO.

Cuenta POLO que en las construcciones jurídicas que de la empresa se hacen, se contempla no el fenómeno empresa en su verdadera dimensión, sino que se particularizan hacia su aspecto puramente patrimonial (71). De esta manera, se considera que es la empresa un patrimonio autónomo y separado dentro del patrimonio de una persona (el comerciante, quien tiene también un patrimonio civil). Este -Zweckvermögen (bienes con un

propósito)— patrimonio se afecta a una determinada actividad (según WIELAND: "aportación de capital y trabajo para la obtención de una ganancia ilimitada") (72) bajo una administración interna propia y una especial representación ante terceros (73). MANTILLA MOLINA objeta esta concepción al señalar que las deudas del comerciante, civiles o mercantiles pueden hacerse efectivas, indistintamente, sobre los bienes que forman la negociación o sobre los que le son extraños (74). Precisa GARRIGUES que una cosa es la empresa y otra el "patrimonio de la empresa" (esto último se reduce a pura cuestión terminológica, es decir, obviamente Garrigues no pretende que la empresa tenga un patrimonio, por lo que, para ser más correctos, debe decir empresa y sus elementos objetivos): "Porque una cosa es la empresa y otra los edificios en los que la empresa se asienta, las máquinas que funcionan en la empresa... todas estas cosas pueden desaparecer en un incendio y sin embargo la empresa subsiste, y viceversa..." (75).

### C. DERECHO.

Durante mucho tiempo la empresa ha estado alejada de una noción jurídica; al ser ignorada por el derecho civil (que sólo conocía al propietario y no al empresario), la empresa ha estado escondida en el derecho de propiedad, y las actividades de la empresa se han realizado según la índole, a base del derecho de los contratos (76). CARRARA dice que la empresa se manifiesta en función de los derechos adquiridos por el empresario en relación con los factores de la producción (77). BRUGELLES la considera como un derecho real semejante al de usufructo, ya que es también un desmembramiento de la propiedad (78).

### D. UNIVERSALIDAD DE HECHO.

BARRERA GRAF no coincide con CARRARA (v. nota 77) ya que afirma que es la sociedad la que implica un negocio jurídico, en tanto que la empresa es un hecho, "una situación económica" (79). Ahora bien, al mismo tiempo se argumenta que la empresa es una universalidad. La universalidad - -

puede ser de diversa índole: de hecho, de derecho y mixta (80). CERVANTES AHUMADA reitera que, toda vez que se trata de una universalidad de hecho, la empresa carece de personalidad (81). En la empresa —al decir de MANTILLA— no sólo se coordinan los distintos elementos en una unidad económica y funcional; no solamente se le considera como objeto unitario de negocios jurídicos, sino que la misma ley reconoce su existencia propia, y la protege contra la disgregación de sus componentes (arts. 556, 528 IV, 1772 CC; - - - 544 VII, 555 CPC y 2041 LQSP) (82). Así, por ejemplo, la empresa NO se transmite como un todo, sino que cada uno de sus elementos se transmitirán individualmente, respetándose necesariamente su ley de circulación. En caso de compra-venta, bastará la estipulación de un UNICO contrato, sin que deban estipularse tantos negocios cuantos elementos individuales; sin embargo, para la entrega de cada uno de ellos, se debe respetar su propia ley de tráfico (83).

ASCARELLI, FERRARA, GARRIGUES; etc. niegan esta naturaleza para la empresa, ya que la consideran como un acervo integrado por elementos heterogéneos, y sin nexo jurídico alguno; cada uno de los cuales está sometido a su propio régimen jurídico (84).

#### E. ORGANIZACION.

La empresa es, ante todo —MOSSA—, organización, y el fin que ha de alcanzarse es la armonía de la organización con la libertad, lo que pasa para la sociedad anónima es la articulación de un derecho en el interior y en el exterior (85). Aun vista como organización, su naturaleza presenta varios ángulos: organización de los factores de la producción (86); organización de la actividad económica (87); organismo que comprende trabajo y cosas materiales (88), etc.

#### F. ACTIVIDAD.

Atendiendo a su función en el proceso económico o a la actividad pro

ductora del empresario, la empresa es, concebida dinámicamente, una actividad (89). La sociedad es el empresario, la empresa es el modo en que se desarrolla la actividad del empresario. ASCARELLI considera que la empresa ES la actividad del empresario (90). Más mesurada resulta la concepción que de la empresa tiene BROSETA PONT. En efecto, este autor precisa que ésta es un instrumento imprescindible para la realización de actividades mercantiles e industriales (91). Por otra parte, también se dice que es la empresa un conjunto de bienes patrimoniales al servicio de la actividad empresarial (92). GARRIGUES ve a la empresa como actividad, pero comprendiendo la hacienda: "la empresa en marcha es, en suma, un conjunto dinámico de elementos heterogéneos... pero esta organización no es sujeto de derecho ni universalidad de hecho ni de derecho, ni goza de individualidad jurídica. -- Los elementos de la empresa aparecen unidos por el vínculo ideal del destino económico único" (93).

El Código de comercio la califica como acto (art. 75), en tanto que ESCARRA la considera como una repetición de actos económicos que reposan sobre una organización preestablecida (94).

Otras teorías hablan de que la empresa no existe, "pero se ejercita" (95); de que la empresa es el género del cual la hacienda es una especie (96); de que existe total identidad entre empresa y hacienda (97); de que la empresa es la especie del género hacienda (98), en fin, de que la empresa es una institución (99).

A mi juicio, la empresa representa un conjunto que unifica diversos elementos cuantificables patrimonialmente. La organización no es en sí la empresa, mas sí un dato (no elemento) fundamental. Dicha organización no solamente recae sobre el titular de la empresa (empresario), sino sobre una serie de factores jurídicos (ley), sociales (usos), económicos ( coyunturas), etc. que inciden en la empresa dándoles cohesión a los diversos elementos, bajo una orientación económica (ya comercial, industrial, de servicios públicos, agrícola, etc.).

La empresa no solamente representa (o es instrumento de) actividad, sino también destino y organización.

## 7. CLASES.

A. Desde el punto de vista de su titular, la empresa puede ser:

1. Individual. Este caso es privativo del empresario persona física. - Será empresa individual a pesar de tener un impresionante número de elementos objetivos y un gran aparato administrativo - (auxiliares del empresario) si la titularidad recae sobre una persona física con su correspondiente responsabilidad personal.

2. Colectiva.

a) Aquella en la que su titular es una o más sociedades (personas morales). En este caso se incluye la sociedad con un solo socio a pesar de la supuesta contradicción en que se pueda incurrir, ya que toda sociedad está integrada por órganos distintos de la persona (en sentido técnico) que es el accionista y que responden ante la sociedad y no ante el socio.

b) Su titular es más de una persona física. En efecto, una empresa puede ser gestionada y "pertener" (sin que este término implique necesariamente el de propiedad) a varias personas que no fundan una sociedad. Es el caso de la comunidad de empresa: los titulares lo son por cuota, sin que exista un ente autónomo ni un patrimonio del mismo (100).

B. Por los elementos (objetivos —bienes— o subjetivos) que la integran:

1. Privada. Todos sus elementos son de naturaleza eminentemente privada, con exclusión de cualquier dato público. Ello no obsta para que la actividad a que se destine la empresa pueda ser la prestación de un servicio público.

2. Pública. El empresario es una sociedad nacional (pública o mixta). El hecho que una sociedad de economía mixta gestione una empresa, no significa que ésta sea mixta, ya que dicha sociedad está bajo el régimen de las sociedades nacionales, característica que le da la impronta de pública a la empresa. Ello me lleva a -- considerar la inexistencia de una presunta "empresa mixta" o de "economía mixta", ya que en ambas clases (empresa privada y empresa pública) se agota la posibilidad de una tercera clase - de empresa atendiendo a sus elementos.

C. Por su dimensión (101):

1. Grandes.
2. Medianas,
3. Pequeñas.

D. Por el objeto de su titular:

1. Producción de bienes o servicios.
2. Intermediación en el tráfico de dichos satisfactores.
3. Consumo.

E. Por su género de actividades (102):

1. Agrícolas.
2. Comerciales.
3. Industriales.

## + NOTAS.

1. Acosta Romero, La banca múltiple, p. 73.
2. Acosta Romero, Teoría general del derecho administrativo (TGDA).., p. 203.
3. Joaquín Garrigues, Hacia un nuevo derecho mercantil, p. 273.
4. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. II, p. 39. - Antonio POLO hace el siguiente comentario sobre un Proyecto de Código de la Empresa: "Aun cuando por ser demasiado evidente la existencia de ese movimiento que acaso con error se titula de 're forma de la empresa'... interesa, dejar constancia de que el mismo ha llegado a tomar estado oficial... (y) fuera designada una Comisión interministerial que 'prepare (decía la iniciativa de junio de 1968) el Proyecto de Código de la empresa, que incluya, debidamente modernizadas, las actuales leyes de Sociedades mercantiles'...". Antonio Polo, Empresa y sociedad, p. 312, nota 2.
5. Manuel Broseta, Manual, pp. 87-88.
6. Id.
7. Así, por ejemplo, consideremos el concepto médico de lesión. Si el Código penal lo incorpora, sin quitarle ni aumentarle palabras, habrá una identificación entre el concepto médico y el legal (que no jurídico) de lesión. Ahora bien, si por el contrario, existe un concepto médico de muerte (en el terreno de las suposiciones) y este no satisface al Derecho, se podrá adecuar la terminología al marco jurídico, existiendo, por tanto, coincidencia de fenómenos, mas no de conceptos.
8. V. Solá Cañizares, ob. cit., t. II, p. 33 y Acosta Romero, - TGDA, p. 204.
9. Acosta Romero, TGDA, pp. 205-206.
10. Barrera Graf, Tratado de derecho mercantil, t. I, p. 153. Indica el Maestro BARRERA que "... la empresa se ha colado en algunas instituciones civiles... (arts. 1177, 556, 3011, 528 IV y 1708 CC)...". Ibid., pp. 157 y ss.; 555 CPC; 576 II, 587, 598, 600 y 602 a 604, 75 CCo. "... no se deriva el concepto... sino meramente la referencia a un tipo especial de empresa..."; 309, 315 a 329 CCo.: carácter unitario. Art. 1º LICOA se refiere a las empresas.

11. Loc. cit.

12. La LISR (art. 125 XII) llegó a definir a la empresa como - - "conjunto de bienes organizados con fines de lucro, que requiere para producir ingresos, materia prima, maquinaria, elemento humano y gastos de operación, o alguno de estos factores". V. Barrera Graf, Tratado, t. I, p. 154. La vigente LISR ya no define a la empresa.

13. Cfr. Cervantes Ahumada, Derecho mercantil, pp. 446-447 y Barrera Graf, ob. cit., t. I, p. 173.

14. Existe también la denominación de "elementos incorporales y corporales". Mantilla Molina, Derecho mercantil, pp. 100-101. Explica MANTILLA que "... la negociación mercantil subsiste mientras subsista la combinación de cosas y derechos que la forman, y con independencia de la persona que la construyó". *Ibíd.*, pp. 97-98.

15. "... una vez que la empresa queda organizada, su fortuna queda ligada a la posibilidad de colocación de sus productos, o - - sea, al número y a la calidad de sus clientes que los adquieren. La clientela es pues un instrumento para la consecución de utilidades operativas... pero una vez que existe, contribuye a la obtención de utilidades, lo que equivale a decir, deviene también un elemento, o mejor dicho, un factor de la capacidad productiva que se designa como dirección...". G. Branca, Instituciones de derecho privado, pp. 510-511.

16. Tratado, t. I, p. 191.

17. Barrera Graf, Las sociedades en el derecho mexicano, p. 295.

18. V. Antonio Polo, ob. cit., p. 321.

19. Francesco Messineo, Manual de derecho civil y comercial, t. II, pp. 199-200.

20. La actividad del empresario debe ser económica, es decir, -- destinada a la creación de riqueza. Tradicionalmente no se considera actividad económica la de quien ejerce una profesión intelectual: un médico, un abogado, etc., no son empresarios cualquiera que sea la organización del consultorio o del bufete. Cfr. G. Branca, ob. cit., p. 504.

21. Loc. cit.

22. V. Polo, ob. cit., p. 327.

23. V. Francesco Messineo, ob. cit., t. II, p. 200. Lo afirmado por el Profesor italiano se sustenta y deduce de los arts. 1368, 1510 y 2196 CC italiano.

24. ACOSTA ROMERO admite esta característica para las empresas que no sean públicas. Acosta, La banca múltiple, pp. 65-66. MESSINEO (ob. cit., t. II, pp. 200-201) apunta que, aunque la ley no haga referencia al propósito de lucro, éste debe considerarse esencial al concepto de empresario, "puesto que constituye la compensación del riesgo profesional, que él encuentra". Por su parte, BROSETA PONT y SOLA CAÑIZARES explican que existe un gran número de empresas que no son caracterizadas por la finalidad lu

crativa -p. ej. cooperativas que organicen empresas-. Brose ta, Manual, p. 87. El segundo de ellos, al estudiar la comparación de empresa con los actos de comercio, precisa que "en la empresa se trata de actos económicos que pueden no ser comerciales" Solá Cañizares, ob. cit., t. II, p. 29.

25. Mantilla Molina, ob. cit., p. 98.

26. Id.

27. *Ibid.*, p. 99.

28. Barrera Graf, Tratado, t. I, p. 177. No estoy de acuerdo en que la hacienda sea "el patrimonio de la empresa". El patrimonio es uno de los atributos de la personalidad; la empresa nunca tendrá personalidad, por lo tanto, no puede tener patrimonio.

29. V. G. Branca, ob. cit., p. 511. Continúa el Profesor italo: "Tal organización, considerada en su capacidad de producción de utilidades, que sin ella no se obtendrían, se llama DIRECCION --v. nota 15--; una dirección mejor o peor da a la hacienda un mayor o menor valor". Id.

30. POLO indica que el conjunto de bienes que sirve al empresario para desarrollar su actividad no pertenece a la empresa sino a la hacienda. Antonio Polo, ob. cit., p. 329.

31. G. Ripert, Tratado de derecho comercial, t. I, p. 321.

32. "El fondo de comercio es el aspecto jurídico de la empresa considerada en cuanto ella da derecho a una clientela determinada...". Id. En tanto que la expresión casa de comercio designa la propia empresa y en general la que es explotada por un individuo y no una sociedad". Id.

33. Antonio Polo, ob. cit., p. 327.

34. V. Ripert, ob. cit., t. I, p. 247.

35. Así se habla de sociedad propietaria de la empresa; sociedad empresario o titular jurídico de aquella; sociedad como forma jurídica de la empresa; empresa objeto o fin de la actividad de la sociedad; sociedad medio o mecanismo para la captación de capitales; sociedad técnica de gobierno y organización de la empresa. V. Antonio Polo, ob. cit., p. 331.

36. Lorenzo MOSSA, Esencia de la sociedad anónima, p. 213. Señala el autor en cita que del seno de la sociedad anónima ha nacido la empresa, la gran empresa. Id.

37. Citado por Antonio Polo, ob. cit., p. 344. Continúa el Maestro: "Consecuencia de ello ha sido la creación no de un derecho unitario de la empresa, sino de DOS derechos diversos y antagónicos: el del capital, representado por la sociedad anónima, y el del trabajo, instrumentado por el contrato de este nombre". Id.

38. *Ibid.*, p. 352.

39. Lorenzo Mossa, ob. cit., p. 212. "... la organización de la empresa es condición y fin de la s. a. -asegura MOSSA-. Por ello

cuando la empresa económica existe, esto basta para que exista - la s.a.". Loc. cit. Antonio POLO hace la advertencia en el sentido de que, cuando habla de la empresa como objeto o fin de la sociedad (muy limitativo sería el giro de una sociedad que tuviera como finalidad una empresa) se refiere a la sociedad como persona. Asimismo aclara que una cosa es ser empresa y otra tener por objeto la explotación de una empresa. "La empresa, en suma, podrá ser el objeto social de la anónima. Pero esta sociedad será empresario, nunca empresa" (GARRIGUES). Loc. cit.

40. No comparto el argumento con el cual BARRERA GRAF distingue sociedad y empresa. Dice el Maestro: "No obstante, debemos distinguir ambas figuras, porque si bien es cierto que suelen coincidir, también lo es que no siempre es así; ya sea porque haya - sociedades sin empresa (p. e. sociedades sin fin lucrativo) o lo contrario, empresas no societarias (empresario persona física). Las sociedades, pp. 292-293. El hecho de que una sociedad no tenga un fin lucrativo, a mi juicio no basta para negar que pueda constituirse como empresario.

41. Así, Solá Cañizares, ob. cit., t. II, p. 39: "... el titular de la empresa puede ser una sola persona física o varias personas, en cuyo caso generalmente adoptan para la empresa la forma jurídica de una sociedad".

42. Ob. cit., p. 351. El mismo transcribe una sentencia de GARRIGUES: "Afirmar que la sociedad anónima es la forma jurídica de la empresa moderna es incurrir en una imprecisión de concepto en la cual yo mismo creo haber incurrido alguna vez". Id.

43. Ibíd., p. 333.

44. Ibíd., p. 349. Esos contratos que celebra el empresario, son por y para la empresa.

45. Joaquín Garrigues, ob. cit., p. 274.

46. Barrera Graf, Las sociedades, p. 295.

47. Citado por Antonio Polo, ob. cit., p. 362.

48. La muerte o incapacidad superveniente del titular original, o la enajenación de la empresa acarrearán que el nuevo empresario le sustituya en los contratos; su propuesta contractual a su - - aceptación conservan su eficacia aun cuando muera o se torne incapaz (art. 1330 CC italiano); en contra de la regla, el mandato relativo a una empresa no se extingue por la muerte o incapacidad superveniente del empresario (art. 1772 CC italo). V. G. - - Branca, Instituciones, p. 505.

49. PAILLUSEAU, citado por Antonio Polo, ob. cit., p. 362.

50. Tratado, t. I, p. 196. Añade el Maestro que ese concepto es similar al propuesto por el art. 2082 del CC italiano.

51. "Los jurados de empresa y la autonomía del empresario", citado por Solá Cañizares, ob. cit., t. II, p. 44.

52. Polo, ob. cit., p. 344.

53. "El empresario va a desprenderse del propietario, limitándose a adquirir la disponibilidad de los bienes necesarios para - aquel ejercicio". Antonio Polo, ob. cit., p. 347.
54. V. Solá Cañizares, ob. cit., t. II, p. 44.
55. Id. Los que admiten que la titularidad equivale a propiedad, lo hacen porque consideran que la propiedad tiene una función social, y en este sentido la titularidad sería una propiedad en función de la protección del trabajo (Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht). Loc. cit.
56. *Ibid.*, p. 348.
57. V. Polo, ob. cit., p. 318.
58. *Ibid.*, p. 319. "La ausencia de un verdadero concepto jurídico de la empresa -explica el propio POLO-, distinto del económico, ha sido afirmada por un gran sector de la doctrina española, si bien matizándola desde los diversos ángulos en que cada autor se sitúa en orden a la conceptualización del Derecho mercantil. Así, GARRIGUES (Curso) dice: no hay un concepto jurídico de empresa -distinto del concepto económico-'. OLIVENCHA declara: 'La búsqueda de un concepto jurídico de la empresa diferente del concepto económico nos parece una tarea absolutamente infructuosa'... LANGLÉ escribe: 'Muy por el contrario, el concepto de empresa es económico... No se sabe aún ¡oh, dolor!, lo que la empresa es o ha de ser para el derecho... Por consiguiente, se pretende partir de un concepto que, siendo económicamente conocido, es jurídicamente ignorado' (El inquietante problema de la homogeneidad y utilidad interna del Derecho mercantil, RDM)."Id., nota 25.
59. Loc. cit.
60. Tratado, t. I, p. 174.
61. Esta es "una floreciente realidad ante el derecho vivo del tráfico (desfasado respecto del Derecho codificado)". Broseta Pont, Manual, p. 87.
62. Polo, ob. cit., p. 322. En lo personal, disiento de la opinión de ESCARRA, quien asegura que la noción de empresa se liga fundamentalmente a la noción de profesión comercial. Citado por Cervantes Ahumada, ob. cit., p. 448.
63. V. Acosta Romero, ob. cit., p. 65; Barrera Graf, Tratado, t. I, p. 174; Broseta Pont, Manual, p. 87; Cervantes Ahumada, ob. cit., p. 448; Mantilla Molina, ob. cit., p. 97; Polo, ob. cit., pp. 320 y 330; Solá Cañizares, ob. cit., t. II, pp. 7, 8, 28, 29 y 39. Ferrara, Garrigues, Truchy y Uría, en Cervantes Ahumada, loc. cit.
64. Acosta Romero, La banca múltiple, p. 73.
65. V. Mantilla Molona, ob. cit., pp. 118-119. El comerciante no es más que el primero de sus empleados (HASSENPFUG, GELPPECKE, MOMMSEN, ENDEMANN). Id.
66. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. II, p. 35.

En la forma que se expone esta teoría, podría aseverarse que lo que se propone es limitar la responsabilidad del empresario persona física, conservando éste su individualidad ante la empresa (es decir ¡una especie de sociedad unipersonal disfrazada de persona física!); sin embargo, más atrás se alcanza a leer: "Se ha defendido la utilidad de atribuir la personalidad a la empresa - (¡que no empresario!) individual..." *Ibíd.*, p. 16.

67. "Responsabilidad limitada individual". Id. RIPERT se opone a ello argumentando que el propietario de una empresa no puede limitar su responsabilidad al activo empeñado por él en la empresa (expone el caso de la fortuna de mar, pero indica que ésta es diferente a la de tierra): la limitación de responsabilidad no es posible sino por la creación de una persona moral (y estoy de acuerdo con ello, ya que el responsable será el comerciante como persona jurídica, la nueva persona, y no la persona física). G. Ripert, *ob. cit.*, t. I, pp. 246-247.

68. Mantilla, *ob. cit.*, pp. 118-119.

69. V. *ibíd.*, p. 121. En tanto que HAMEL y LACARDE distinguen la empresa del fondo de comercio. Señalan que la empresa es una reunión de personas cuya actividad se agrupa con vistas a una finalidad económica limitada; el fondo de comercio es la reunión de los elementos objetivos corporales e incorporales por los cuales se ejerce la actividad de la empresa (citados por Solá Cañizares, *ob. cit.*, t. II, p. 14). V. teoría de la actividad.

70. Solá Cañizares, *ob. cit.*, t. II, p. 95.

71. *Ob. cit.*, p. 324. Así: Lambert, Faivre, Brinz, Bekker, Rotondi, Payar, Wieland, etc.

72. V. Broseta, *ob. cit.*, p. 51.

73. Solá Cañizares, *ob. cit.*, t. II, p. 17.

74. *Ob. cit.*, p. 120.

75. Citado por Polo, *ob. cit.*, p. 324, nota 44.

76. Solá Cañizares, *ob. cit.*, t. II, p. 7.

77. V. Mantilla Molina, *ob. cit.*, p. 122. También habla de la empresa como un negocio jurídico: el negocio hacendal, que CARRARÁ describe como un acuerdo entre empresario, trabajadores y capitales, con el fin de conseguir mediante la combinación de sus prestaciones, los resultados productivos que son la razón de ser de la combinación.

78. *Id.*

79. Las sociedades, p. 293.

80. La universalidad es un conjunto de derechos o de cosas que no pierden su individualidad, pero que representan una unidad ideal y pueden ser objeto de un tratamiento jurídico unitario.

+ De hecho.- Representa un conjunto exclusivamente de Bienes muebles. Resulta de una situación de hecho

- provocada por la voluntad humana.
- + De derecho.- Conjunto de bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporeales, cosas y relaciones jurídicas cuya unidad ideal es una creación de la voluntad del titular de tales bienes y derechos. Resulta de la creación de la ley. Solá Cañizares, -- ob. cit., t. II, p. 18.
81. D. mercantil, p. 451.
82. Mantilla Molina, ob. cit., p. 123. La doctrina y la jurisprudencia se plantean el tema de la naturaleza jurídica de la empresa por TRES CAUSAS:
1. Porque la empresa como organización productiva posee un valor económico superior al que resulta de la suma del valor de los simples elementos que la integran.
  2. Porque la empresa, estando compuesta de diversos elementos, externamente aparece como algo unitario.
  3. Y fundamentalmente, para resolver los múltiples problemas jurídicos que plantea la circulación o transmisión de la empresa. Broseta Pont, Manual, p. 88.
83. Broseta Pont, loc. cit.
84. V. Mantilla Molina, ob. cit., p. 122.
85. Lorenzo Mossa, ob. cit., p. 213. "Por ello asume la empresa la función predominante en la vida de la sociedad. La sociedad tiene necesidad de la empresa, pero no puede ser dominada por ella y es ésta la que se pone a su servicio, la que realiza una actividad fecunda para la comunidad, para los intereses colectivos y para los individuales". Id.
86. V. Barrera Graf, Tratado, t. I, p. 5.
87. Valeri, citado por Solá Cañizares, ob. cit., t. II, p. 13.
88. V. id. "El dato fundamental de la empresa está, pues, constituido por la organización del empresario (esta afirmación es una nime en la doctrina... Ascarelli, Ferri, Angeloni, Bigiavi, Sallandra, Ravá, Eichler, Ripert -nota 2-)... sin embargo, de dicha actividad se ha dicho que 'no tiene trascendencia alguna en el campo del derecho' (Garrigues)". Barrera Graf, Tratado, t. I, p. 175.
89. Estáticamente considerada, supone una organización; esto es, cuando se designa como tal la organización externa y real con la cual se realiza la función y sobre la cual actúa el empresario. Antonio Polo, ob. cit., p. 325.
90. Cfr. Francesco Messineo, ob. cit., t. II, pp. 221-222 y Solá Cañizares, ob. cit., t. II, p. 11.
91. Manual, p. 86.
92. V. Cervantes Ahumada, ob. cit., p. 447.
93. Citado por Solá Cañizares ("Pero Garrigues no establece una separación entre empresa y hacienda"), ob. cit., t. II, p. 12.

94. V. Cervantes Ahumada, ob. cit., p. 449 y Solá Cañizares, - -  
ibíd., pp. 12-13.

95. Lo que existe es el empresario como sujeto y la hacienda como objeto. Antonio Polo, ob. cit., p. 326.

96. V. Solá Cañizares, ob. cit., t. II, pp. 14-15.

97. Id.

98. Id.

99. Id.

100. Ibíd., p. 95.

101. Esta distinción no es solamente en base de una noción económica, ya que produce generalmente efectos jurídicos (p. ej. fiscales). V. Solá Cañizares, ob. cit., t. II, p. 78 y Antonio Brunetti, Tratado del derecho de las sociedades, t. II, p. 37.

102. "Cada una de estas especie -afirma SOLA- de empresas podrá clasificarse a su vez en otras subespecies: p. ej. las comerciales pueden ser de transportes, y éstas clasificarse según se trate de transportes por tierra, mar o aire, o pueden ser de seguros y clasificarse según la clase de seguro de que se trate, o de Banca, etc." . Ob. cit., t. II, p. 78. En lo personal no admito la distinción entre "empresa comercial" y "empresa civil" - - (cfr. íd.), y no porque todas las empresas sean comerciales, sino porque no hay empresas civiles.

**CAPITULO SEGUNDO (segunda parte)**

**DERECHO PUBLICO**

Publicum ius est quod ad statum rei romanæ spectat, privatum quod ad singularum utilitatem pertinent; sunt enim quaedam publicæ utilia, quaedam privatim.

ULPIANO\*

## 1. PRECISIONES Y TEORIAS.

La expresión "Derecho público" sugiere un desmembramiento del Derecho en público y privado. Necesariamente nos hace pensar en que, aparte de él, existen una o más ramas que se forman por normas de diverso contenido, significado y consecuencias de toda índole. Estemos o no de acuerdo con dicha división, no nos podemos sustraer de la seductora encrucijada científica que plantea un eventual estudio del Derecho en función de sujetos particulares y el Estado y demás entes públicos; de las relaciones entre ellos; de las clases de intereses (colectivos e individuales) que el Derecho tutela, etc.

Interesante en verdad resulta tratar de descifrar el criptograma creado por la distinción del Derecho en público y privado (pueden, y no niego, existir otras clases, pero la verdad es que la clásica distinción implica sólo ambas ramas), y el por qué de ella; insisto, se acepte o no.

BRANCA anticipa que el ordenamiento jurídico es:

a) Ante todo, organización, porque al viejo adagio ubi societas ubi - -

\* Digesto I, 1, párrafo 2; Instituta I, 1, párrafo 4.

ius debe darse el más amplio significado: "donde hay una colectividad ahí hay derecho", o lo que es lo mismo: cuando hay una comunidad organizada, hay evidentemente un ordenamiento jurídico, y la norma establece relaciones:

- b) entre el Estado soberano y los individuos, o viceversa, y
- c) entre individuos e individuos.

En los dos primeros dos casos —continúa diciendo— se trata de Derecho público; "en aquéllas el Estado interviene como organización, esto es, — en cuanto tiene potestad de imperio y es soberano, con sus peculiares exigencias y las de sus órganos y de los entes (públicos) que lo componen" (1). Por su parte, NAVA NEGRETE asegura que la división ("binomio") entre Derecho público y privado, se debe a un expediente para regular jurídicamente — las funciones del Estado y la actividad de los particulares (2). Sin embargo, afirma NAVA, la rigidez de ese binomio ha tenido más valor dogmático que — práctico, pedagógico que científico (3). Por otra parte, la creciente intervención (rectoría) del Estado en la economía (4) ha suscitado una problemática — confusión en el estudio y apreciación de ambas ramas (llamémosle "principales") del Derecho, iniciándose la gestación de un Derecho económico del Estado; crisol del Derecho público y privado; "El Derecho Público no tiene el histórico monopolio de la actividad del Estado ni el Privado la de los particulares. Ambos sujetos, Estado y particular pueden ser objeto de las normas — jurídicas calificadas de públicas y privadas, aunque sea en medida diferente" (5).

Desafortunadamente no existe una "receta" que nos indique el camino a seguir para hacer una diáfana separación de ambas clases de normas; así como también es desafortunada la carencia de un criterio sólido que justifique el por qué de dicha división, es decir, cuál es el objeto de ésta. Se puede pensar en el derecho penal: un delito puede ser del orden federal o del — fuero común, pero esta diferencia es en función de la competencia y no necesariamente de derecho público y/o privado. Cediendo un poco, admitamos que sí es perfectamente posible distinguir, en base a cualquiera de las muchas teorías que al efecto se han elaborado —cualquiera de ellas, para el caso es lo mismo—, una norma jurídica (que no un artículo de equis ordenamiento ya que una norma jurídica puede estar conformada por más de un artículo) pública de una privada. Bien, ¿y ahora qué? ¿Se puede argumentar

que toda norma de derecho público es necesariamente de orden público? En ese caso una norma de derecho privado que sea de orden público podría ser entonces de derecho público en función de ese criterio (argumento).

El problema no es tan sencillo como a simple vista puede parecer. En efecto, RECASENS señala que la distinción se trata "más bien de una diferencia histórica entre normas inspiradas predominantemente por intereses públicos, de un lado; y normas protectoras de intereses privados. Sin embargo, aun cuando en términos generales esta distinción es correcta, ella no cubre ni con exactitud ni con plena generalidad todas las normas jurídicas..." (6).

El propio Maestro GARCIA MAYNEZ, al abordar el estudio de las normas de Derecho público y privado incurre en —desde luego involuntarias— confusas contradicciones: "La determinación de la índole, privada o pública, de un precepto... no sólo posee interés teórico, sino enorme importancia práctica, primordialmente política" (8).

No puedo concebir que solamente por capricho del legislador de una determinada norma adquiriera el carácter de pública (9). En efecto, al elaborar una ley, aquél puede a su arbitrio señalar que ésta (o algún elemento — que la misma contenga) es de Derecho público. Por otra parte, y para mí la más importante, qué consecuencias conlleva el que a una institución jurídica se le aplique la etiqueta de Derecho público. Veamos la "importancia práctica" que para GARCIA MAYNEZ tiene la distinción: "El artículo 6 (sic) del Código Civil... dice que 'la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los DERECHOS PRIVADOS que no afecten directamente el (sic) INTERES PUBLICO...'. El artículo 8º... dispone: 'Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario'" (10). Luego entonces, la importancia de la distinción, en el presente ejemplo es en función de:

- + irrenunciabilidad de derechos públicos, en contraposición a los derechos privados que NO afecten directamente al interés público.
- + nulidad de los actos ejecutados contra las normas (por extensión) de Derecho público (salvo cuando la propia ley —obvia-

mente de la misma jerarquía de validez material— prevenga - expresamente lo contrario).

Del párrafo precedente resulta que, una de las características de las normas de Derecho público es que salvaguardan el interés u orden público - (11). Ahora bien, esto tiene sus bemoles sobre todo cuando aparecen conceptos harto similares mas no idénticos: por ejemplo, el interés social. Asimismo, la expresión "orden público" sugiere otras expresiones no menos embarazosas: licitud, ilicitud, nulidad, inexistencia, moral, derechos de tercero, derechos de la sociedad, delito, paz social, vida privada, etc.

El Derecho público siempre se impone a la voluntad de los particulares (y del propio Estado que, como sujeto de derecho también la tiene), y no precisamente porque sus normas son irrenunciables, sino porque los sujetos deben someterse a su imperio. Los juristas han encontrado un modus -- muy socorrido para eludir los riesgos que el problema plantea; así, por ejemplo, dispone el art. 5º LFT: "Las disposiciones de esta Ley son de orden público, por lo que no producirá efecto legal... la estipulación que establezca...". En este supuesto, no nos encontramos ante una ley prohibitiva, sino en el caso de una posible ejecución de actos contra el interés público, no contra la Ley en sí, sino de las normas de orden público que la misma contiene. De la lectura "no producirá efecto legal", necesariamente se infiere que se trata de una inexistencia ¡y no de un supuesto de nulidad como lo establece el art. 8º CC! El Derecho del trabajo es un derecho esencialmente público (si es que para efectos de exposición se me permite referirme solamente a la división tradicional), en ese sentido no tiene por qué hacer hincapié en esa esterilidad fáctico-legal; sus normas se imponen sin necesidad de advertencia alguna: no se justifica esa perisológica redacción.

En este orden de ideas encuentro muy tenue la diferencia entre Derecho público y Derecho social. Desde luego no me precipito a aceptar la teoría del "interés en juego" (v. infra) para obtener la clave de distinción. Me inclino a pensar en la finalidad que persigue cada rama del Derecho. De esta manera observo que el destinatario del Derecho público no es solamente el Estado (en cuanto estructura, intereses, organización, etc.) sino (y no incuro en una tautología) precisamente el público, el pueblo en general, como masa popular. Este público no tiene la opción de individualizar en su provecho patrimonial las normas de contenido público; es decir, la teoría del nego

cio jurídico es inaplicable al Derecho público cuando se pretenda practicar - por los particulares. La autonomía negocial es inexistente en esta rama del Derecho.

Las normas de Derecho público siempre serán salvaguardadas de oficio por la autoridad competente.

Para poder caracterizar al Derecho público, no basta hacerlo con conceptos aislados ya que las normas del Derecho privado pueden participar también de alguno de ellos. De esta manera, y a mi juicio, son características - de las normas de Derecho público:

- + Son irrenunciables. La "renuncia" que se haga de ellas trae como consecuencia el no producir efecto legal alguno (toman do por analogía los alcances de los arts. 6<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> CC. Reza este último: "La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno..."); es decir, hace inexistente el acto original.
- + La ejecución de actos en contra de su tenor (aquí es necesario aludir al interés público como un elemento imprescindible —mas no privativo— del Derecho público) son nulas.
- + Su cumplimiento siempre debe ser vigilado de oficio por parte de la autoridad competente (p. ej. la autoridad municipal velará que sean liquidados los derechos de pavimentación).
- + Son normas impositivas y taxativas (a los particulares y a los propios entes públicos, el Estado inclusive).
- + Su destinatario es el pueblo o un grupo social, en función de un mejoramiento específico de orden multitudinario (desarrollo económico, social; paz pública, organización política, progreso nacional, etc.); esto es, que directa o indirectamente afecte a la ciudadanía (¡y hasta a los que no lo son!).
- + Tienen alto contenido de formalidad en cuanto a los procedimientos para su aplicación. Es decir, merecen un poco de -- "mayor respeto" dada su finalidad pública.

Su importancia, por tanto (parafraseando a GARCIA MAYNEZ), no so

lamente es de utilidad práctica, sino también teórica y parece ser que ésta - prevalece sobre aquella.

Por otra parte, nos encontramos ante el cada vez más creciente fenómeno de la publicización del Derecho privado. NAVA NEGRETE lo explica - así: la aparición de este fenómeno ha dado lugar a la expresión "régimen ex orbitante de derecho común". "Se trata de normas jurídicas que no son en pureza normas jurídicas civiles sino que por adoptar o poseer una fisonomía especial las hace salir de la órbita propia del derecho civil (alude en su ejemplo al civil, no a todo el Derecho privado), en otras palabras, son normas -- que en principio reconocen su fuente en el derecho civil pero que los he-- chos las han cambiado en normas de derecho público administrativo" (12).

## A. TEORIAS.

### 1. Admiten la distinción.

a) Del interés en juego. - Es la que deriva del Digesto, y mediante la - cual, cuando se protege el interés del Estado se dice que son normas de Derecho público; las que tienden a garantizar el interés de los particulares pertenecen al privado (13).

KELSEN no admite esta teoría, ya que, según él, desde que una norma protege un interés individual, esa misma protección constituye un interés colectivo; todo precepto tiene por finalidad la protección de ambos intereses (14). No coincide con el Jefe de la Escuela de Viena, primero, porque él es positivista y yo no; segundo, porque la finalidad intrínseca de una norma no es proteger el interés, sino crear las condiciones necesarias para un vía ble y justo progreso humano, y aún más global en tratándose de principios - (no intereses) públicos.

b) De la naturaleza de la relación. - Esta teoría alude a las relaciones de supra y subordinación. En aquellas relaciones en las que el Estado actúe con soberanía e imperio sobre un particular, es decir, que éste se encuentre subordinado, se estará ante una relación jurídica de Derecho público; -- en cambio, si las partes en la relación se encuentran en pie de igualdad (de

coordinación), ésta se rige por el Derecho privado (15). Se objeta a esta teoría que, hay casos en los que dos órganos de Derecho público actúan también en relaciones de coordinación (16).

c) Del contenido de la norma. - El Derecho público regula la estructura (jerarquía de los órganos y funciones) del Estado, así como las relaciones en las que el Estado participa como tal; el Derecho privado organiza y regula aquella parte de la sociedad que el Estado no ha incorporado a su institucionalidad (17). DE LA CUEVA refuta esta teoría en base a que en la actualidad "ya no es el Estado el único que realiza funciones públicas..." (18).

d) Doctrina patrimonial. - El Derecho público no trata cuestiones patrimoniales, mismas que están al cuidado del Derecho privado.

Las objeciones a esta teoría son evidentes: el Derecho privado trata varias instituciones no patrimoniales (como el derecho de familia; claro que no faltará quien diga que dicho derecho es en función de relaciones patrimoniales); en tanto que el Derecho público cuenta con sub-ramas eminentemente patrimoniales (hacienda, p. ej.) (19).

Las expuestas son las teorías más importantes que tratan de explicar la diferencia entre una y otra de las ramas tradicionales del Derecho. Asimismo, es tradicional concluir que ninguna de ellas satisfacen las inquietudes de la generalidad. Sin embargo, el Maestro VILLORO TORANZO hace unas especificaciones harto interesantes alrededor de este enmarañado tópico (20):

#### - Especificaciones. -

1. "El derecho público abarca todas las normas que se refieren a la constitución, organización, funcionamiento, facultades y deberes de todos los órganos estatales y las relaciones de éstos con los particulares".

2. Serán públicas todas aquellas relaciones en que intervenga como sujeto activo o pasivo "el Estado, y en su calidad de Estado".

3. "El derecho público está regido por la justicia de subordinación y por la justicia institucional. La justicia de subordinación es aquella especial justicia que tiene como fin inmediato el bien de la comunidad y, como límite, la dignidad de los individuos... la justicia institucional tiene por fin re

gular los derechos y deberes de las diversas instituciones estatales entre sí y con vistas a que sirvan al bien común y al bien individual de todos los miembros de la sociedad".

4. Serán públicas todas las actuaciones jurídicas que se realicen a nombre del Estado y en ejercicio de la soberanía.

5. "Puesto que en el derecho público está presente el Estado en cuanto Estado, es claro que su presencia imprime a su actuación una imperiosidad que se manifiesta en dos formas: en la posibilidad de usar la fuerza (coactividad) para imponer su solución; y en la ausencia de consulta de la otra parte, cuando ésta es una persona particular".

2. Niegan la distinción.

LEGAZ LACAMBRA (Filosofía del Derecho) afirma, en contra de RADBRUCH, que la diferencia entre una y otra de las ramas tradicionales del Derecho, no radica en ningún criterio categórico-jurídico apriorístico; esto es "el Derecho público, es derecho ni más ni menos que el Derecho privado..." (21). ACOSTA ROMERO asegura que hay quien sostiene que la división no tiene razón de ser, toda vez que el Derecho es unitario (22).

ROSMINI y RAVA señalan que todo el Derecho es privado "porque el sujeto de todo el Derecho es siempre el hombre y por causa de él se ha establecido en razón de hacer posible la coexistencia humana..." (23).

La doctrina positivista sólo reconoce como Derecho al derecho objetivo; el derecho positivo o el derecho estatal es el único que existe (24). De tal manera, KELSEN se inclina a creer que la diferencia de los campos público y privado, ha sido establecida de una manera enteramente convencional (25).

DUGUIT apuesta a que el único objeto que persigue la división, es la de justificar la omnipotencia del Estado: "el Estado no es sino un proceso de diferenciación entre gobernantes y gobernados" (26).

No es ajeno a mi conocimiento el hecho de que existen autores (como Antonio CICU, por ejemplo) que no sólo admiten la división del Derecho en público y privado, sino que añaden más categorías; así nos encontramos ante el Derecho social, el Derecho económico, el Derecho familiar, etc. Así co

mo también se habla de clases intermedias y de una tendencia hacia la publicización de sub-ramas antes consideradas eminentemente de Derecho privado. Estoy de acuerdo con todo aquello que signifique progreso y evolución, - no con una concentración estática de dogmatismos reaccionarios que frenan la marcha del Derecho hacia una más definida concepción del mismo. Obviamente, las teorías y doctrinas vanguardistas deben sustentarse valientemente y con argumentos lógicos y sólidos, es decir, no cambiar por cambiar, sino porque determinada situación o instituto exija, clame, por ese cambio.

En el caso, por demás frecuente, de que alguna ley en su texto indique que regula instituciones de Derecho público, lo hace -considero yo- - en función de un atavismo formal (si no es que solemne), sin que por ello - incurra el legislador necesariamente en una vacua tautología. Este, al hacer dicha indicación lo hace con el ánimo directo e inmediato de darle relevancia formal al instituto en cuestión, no así cuando se refiere a que, por - el hecho de ser de "orden público" determinada norma, ésta se convierta en irrenunciable. En este supuesto, se asemeja el legislador al celeberrimo Alcalde de Lagos. Por lo que, de ninguna manera queda al arbitrio del legislador el etiquetar un ordenamiento o institución como de Derecho público. - - Aquéllos lo serán en cuanto satisfagan los requisitos esenciales (que no fundamentales) para poder considerarse de Derecho público. Es labor de los juristas el determinar tales extremos.

## B. PUBLICIDAD DEL DERECHO MERCANTIL.

Este rubro requiere de un tratamiento más cuidadoso del que le concedo en este trabajo. Para mí es solamente una estación de paso hacia la terminal que intitula el presente (¡y pretensioso!) opúsculo. Es así como aludó solamente a algunas consideraciones introductorias hacia un problema al - cual le doy la categoría de iceberg (solamente presenta a la luz una pequeña porción de su gran dimensión).

La publicización del derecho mercantil tiene como causa fundamental la intervención estatal en materia administrativa-económica. En efecto, el - Estado súplice a los particulares en actividades económicas antes reservadas a éstos. Se argumenta que lo hace en función del interés nacional (27). En --

otras ocasiones, el Estado no desplaza a los particulares, sino que coadyuva con ellos en ramas donde el capital privado es insuficiente. Esta intervención, como veremos (v. infra, cap. III) la realiza el Estado en muy diversas formas, pero siempre partiendo de actividades antes regladas por normas de Derecho privado; es así como se da una "conversión de normas de derecho - privado en preceptos de orden público y, en ocasiones, de derecho público - (corresponde a este fenómeno de publicidad... el paso de la economía liberal a una economía planificada)" (28). Hay que hacer mención al, por demás común error en el que se incurre cuando se cree que todas las normas relativas a la Administración Pública pertenecen estrictamente al derecho administrativo. Esto es, una de las formas mediante las cuales el Estado interviene (directa o indirectamente) en actividades económicas "antes reservadas a los particulares", es a través de la creación de entes paraestatales, y éstos no siempre se someten (toda vez que forman parte de la Administración Pública pudiera pensarse lo contrario) al derecho administrativo únicamente, sino que "un gran número de estos entes se revisten de las formalidades y - de los conceptos clásicos del derecho mercantil y del derecho civil..." (29). - Es evidente que esta ingerencia del Estado y sus fines públicos, hace que muchas normas públicas se mezclen, fundan, en la materia mercantil especialmente. BARRERA GRAF considera (y me adhiero a él) que "ciertos principios tradicionales del derecho comercial (autonomía de la voluntad, libertad de comercio, libertad de competencia...)" se van reduciendo paulatinamente y de forma constante en algunos casos y tienden a desaparecer en otros, "ante - los postulados de la solidaridad social y del bien común que deben prevalecer" (30).

#### + El derecho bancario.

ACOSTA ROMERO insiste, por su parte, que el derecho mercantil pertenece al Derecho privado, "si es que puede existir ese adjetivo -advierte - escépticamente el Maestro-, ya que en nuestra opinión, todo Derecho es público" (31). Más específicamente, el derecho bancario es un claro ejemplo de una posible participación de ambas ramas. Tradicionalmente se ha considerado al bancario como especie del derecho mercantil, empero, también manifiesto es el caudal de normas de Derecho público que se relacionan con la actividad bancaria (y me refiero a la situación que prevalecía antes de septiembre de 1982, fecha en que se nacionalizó la Banca): disposiciones sobre con-

cesión, organización e inversión de reservas, publicidad de balances, etc. - (32). Ahora bien, la publicidad del derecho bancario en México, es ahora un hecho por demás evidente, y por otra parte, a pesar de ser una actividad exclusiva del Estado desde que se nacionalizó, también continúan aplicándose a ella normas de Derecho privado, sobre todo aquellas relativas a los contratos y operaciones de crédito.

Vigente resulta la apreciación de RODRIGUEZ RODRIGUEZ quien, - - junto con BIASE, dice que, en materia bancaria, las normas públicas inter - vienen para regular los modos y los actos de creación y de funcionamiento - de las instituciones bancarias, así como sus relaciones con las autoridades, ya fiscales, administrativas, penales, etc.; en tanto que las normas priva - das regulan las relaciones patrimoniales de las instituciones entre sí o con sus clientes (33). Esta mixtura de normas públicas con privadas - dice el pro - pio RODRIGUEZ - "no es típica del derecho bancario, sino de todo el derecho mercantil de nuestros días; por eso he hablado de la publicación del dere - cho mercantil como un signo distintivo del mismo" (34). En efecto, también en materia de sociedades, de fianzas, de seguros, de quiebras, etc., es sis - temático el entrecruzamiento de normas públicas y privadas, sin embargo, - cada norma es perfectamente distinguible, de tal manera que se puede esta - blecer un conjunto definido de normas estructurales relativas a las institu - ciones bancarias y otro de normas (estrictamente privadas) relativas a las - - operaciones de crédito como negocios jurídicos (35).

## 2. EL SERVICIO PUBLICO.

Entre más compleja sea una determinada sociedad, más necesidades - se irá creando, y éstas deben ser satisfechas organizadamente. La colectivi - dad precisa de condiciones cómodas no sólo para su supervivencia, sino pa - ra hacer más llevadera su existencia. El hombre se reúnen con el hombre - con la finalidad de facilitar su devenir. Es así como en principio, se dedica - ba colectivamente a la caza, toda vez que así corría menores riesgos; más - - tarde, y siempre contando con el auxilio de otros, empieza a llevar a cabo - - construcciones y trabajos necesarios para el riego de sus cultivos, para la -

edificación de sus habitaciones, etc. Conforme se va ampliando el número y clase de necesidades de una civilización, ésta empieza a padecer deficiencias en su satisfacción. Así es como se organiza políticamente para dejar en manos del Estado funciones esenciales para mantener orden y cohesión; por otra parte, los particulares se encargan de desempeñar actividades que ahora son consideradas como públicas. El Estado conservaba su obligación de vigilar, y después empezó a intervenir en las actividades en las que los particulares (por varios motivos) ya no se daban abasto. El Estado asumió así la responsabilidad de ciertos servicios "a los que se llamó servicios públicos -- por el doble carácter de ser necesidades colectivas y estar atendidas por el estado" (36). Sin embargo, no es sino hasta fines del siglo pasado cuando se advierte la necesidad de ubicar jurídicamente dichos servicios; de esta manera, y careciendo de fundamentos teóricos que les dieran consistencia se elaboraron normas para su regulación (37). En base a esa participación del Estado en la satisfacción de necesidades colectivas, es como DUGUIT caracteriza a aquél NO como una potencia soberana que manda, sino como una cooperación de servicios públicos, organizada y controlada por los gobernantes (38). En efecto, la Administración Pública es en este caso una conformadora del orden social, y no sólo su defensora (39).

Ahora bien, preciso es destacar que NO siempre la Administración es quien satisface todas las necesidades colectivas o de interés general. Aún existen actividades de suma importancia al cuidado de los particulares (con la obvia supervisión del Estado) en los países llamados "occidentales" o de economía "liberal". Entre estas actividades se pueden mencionar la alimentación, servicios médicos, educación, etc. En la otra mano, encontramos servicios públicos (o necesidades colectivas --no siempre todas las necesidades de interés general, como se ve adelante, son satisfechas mediante la prestación de servicios públicos--) cuya ejecución está vedada (por muchas razones) a los particulares: comunicaciones (telegráficas y postales), servicios crediticios, etc.

Y dentro de una tercera categoría, encontramos muchísimas actividades de interés social que se llevan a cabo con la participación conjunta del Estado y los particulares (40). La Administración Pública intervendrá en los tres casos ya regulando o ya interviniendo directa o indirectamente en su ejecución (41).

## A. SISTEMAS DE PRESTACION.

En los sistemas económicos occidentales, no es fácil descubrir un indicador efectivo que nos diga cuándo debe actuar el Estado en la economía y cuándo debe dejarse la iniciativa a los particulares. En un principio el Estado se limitaba a vigilar la gestión de la iniciativa privada; solamente mantenía el orden y la seguridad, ya interior, ya exterior. En el otro extremo, la tendencia socialista, en oposición al Estado liberal, socializa todos los medios productivos y satisfactores de necesidades colectivas. Evidente resulta el absolutismo de ambos sistemas, por lo que se buscó una solución intermedia, conciliatoria: "Si los servicios públicos que funcionan son eficientes y responden a una plena satisfacción de necesidades colectivas, el estado debe continuar paulatinamente convirtiendo en servicios públicos los que satisfagan las grandes necesidades de un país. Pero por si el contrario, los servicios públicos son deficientes y mal organizados, el estado debe entregarlos a los particulares..." (42).

Dice, por otra parte VILLEGAS BASAVILBASO, que son sistemas de prestación de los servicios públicos "los MODOS según los cuales el Estado (lato sensu) satisface las necesidades colectivas por el procedimiento de derecho público, esto es, el régimen de la organización para la efectiva prestación del servicio" (43). Esta definición omite hablar de los particulares, quienes también ejecutan servicios públicos para satisfacer esas necesidades colectivas (44). El primer autor citado señala que dos momentos históricos de la evolución económica son los que ha habido: el de la economía liberal y el de la economía social; esta realidad "lleva a la siguiente

clasificación empírica de los sistemas de prestación" (45):

1. Sistema de servicios en la economía liberal. - La escuela liberal consideró que era el individuo el principio y el fin de toda la actividad humana, haciendo a un lado las nociones que implicaran colectivismo. En este orden de ideas, toda idea de servicio público resultaría extraña; ella excluye el principio del laisser faire, dominante en la época. Es así como se -

da plena libertad a la iniciativa privada para que ésta lleve a cabo todas las actividades económicas, limitándose el Estado a una función de vigilancia (46).

2. Sistema de la locación. - La Administración Pública contrata con un empresario particular la satisfacción de una necesidad colectiva; el empresario lo cumple y aquélla le hace el pago del precio convenido. En esta relación jurídica que establece la locación de servicios, los particulares (usuarios) tienen el carácter de terceros, siendo solamente partes en lo que toca a la relación entre éstos y la Administración, que es a quien paga el servicio (47).
3. Sistema de la concesión. - El Estado delega un poder jurídico al empresario particular (concesionario) para que éste lleve a cabo la realización del servicio público concedido (48).
4. Sistema de la "estatización". - En este, la prestación de los servicios públicos es por parte directa de la Administración Pública; cuando se extiende a los servicios públicos concedidos, es designada "estatización", o "socialización" o "nacionalización", o "municipalización" (v. infra, n° 4). Estas nociones conllevan en común una misma idea: la absorción - por el Estado (lato sensu) de determinadas actividades económico-privadas (49).
5. Sistema de la economía mixta. - Este sistema implica un tercer género de los dos últimos citados: se lleva a cabo la fusión de dos escuelas antitéticas. El servicio público es explotado por una sociedad nacional (ya de economía mixta, ya pública).

Nuestra economía participa en mayor o menor grado de los cinco sistemas expuestos, inclinándose un poco más hacia el último de ellos, sobre todo a la fecha, en que va marcándose una mayor competencia por parte de los órganos públicos dadas las nuevas técnicas de organización y de transferencia de tecnología.

## B. NATURALEZA.

Existen dos grandes grupos de teorías que pretenden caracterizar al servicio público: las objetivas y las subjetivas (50). El primer grupo, a su vez se desglosa tradicionalmente en tres tendencias:

1. La que considera como servicio público toda la actividad del Estado (en el presente caso, debe entenderse por Estado el ente público compuesto por los tres Poderes), cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes. Es esta la teoría sustentada por DUGUIT, quien afirma que, el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social; es por ello que, dada tal trascendencia tiene, que no puede ser realizado completa y satisfactoriamente sino por la intervención de la fuerza (no por la fuerza) de los gobernantes (51).

2. Es toda la actividad de la Administración Pública. Es un reflejo de la anterior, pero en este caso se restringe el concepto de Estado hacia el ámbito administrativo, es decir, al Poder Ejecutivo.

3. Es una parte de la actividad de la Administración Pública. Dentro de esta teoría existen dos criterios:

a) Orgánica. Se atiende a los órganos que integran la administración: son las instituciones de interés general colocadas bajo la dirección de aquélla y destinadas a satisfacer necesidades colectivas. Los servicios públicos SON —dice este criterio— los órganos estructurales del Estado; así, por ejemplo se dice que un hospital es un servicio público (52).

b) Funcional. Este se basa en la actividad que desarrolla la Administración, independientemente de los órganos a través de los cuales la ejerce. Hoy día, la práctica se orienta a este criterio, porque, como se ha insinuado, existen supuestos en los que los particulares prestan servicios públicos amparados en el sistema de la concesión (53).

La teoría SUBJETIVISTA es la sustentada por JEZE, quien, al contes-

tar la pregunta que él mismo formula, en el sentido de que, para saber si -- en un caso determinado existe realmente un servicio público, qué circunstancias deben tomarse en cuenta, indica: "A nuestro entender procede averiguar únicamente la intención de los gobernantes en lo concerniente a la actividad administrativa de que se trate. Son única y exclusivamente servicios públicos aquellas necesidades de interés general que los gobernantes en cierto país y en una época determinada han resuelto satisfacer por el procedimiento del servicio público. Sólo importa considerar la intención de los gobernantes" (54). Aun esta respuesta plantea otra interrogante: ¿cómo se reconocerá que la voluntad de los gobernantes ha sido la de satisfacer a una necesidad de interés general por el procedimiento del servicio público? El propio JEZE contesta: "Imposible dar un criterio único, pues en esto juega un conjunto de circunstancias, cada una de las cuales no es bastante para que se revele con exactitud la voluntad de organizar un servicio público" -- (55).

Asegura SERRA que la creación de un servicio público es obra del legislador: "La creación de un servicio público se verifica por la ley" (56). En mi concepto, el servicio público puede tener vida latente dentro del propio ordenamiento sin que así se manifieste (la Banca era un servicio público en forma tácita); esto es, ello no implica necesariamente una laguna en la ley, sino una determinación tácita que al jurista le toca objetivarla, sacarla de su escondite mediante las teorías que considere adecuadas, siempre y cuando exista lógica en su argumentación.

### C. NOCIONES AFINES.

La actividad económica y jurídica que se da en una sociedad determinada, no solamente es a base de servicios públicos, existen otras funciones íntimamente ligadas con aquéllos que, sin embargo, y a pesar de estar dirigidos a la colectividad no constituyen servicios públicos. Estas actividades -- bien pueden ser llevadas a cabo (igual que los servicios públicos) por particulares o por la Administración.

En doctrina se ha hecho necesaria la distinción de esas actividades económicas y jurídicas que tienen como objetivo a la colectividad. Es así co-

mo se ha estructurado un esquema que las clasifica en cuatro grandes grupos(57):

- + Las funciones públicas.
- + Actividades que son servicios públicos y servicios sociales.
- + Actividades que son de interés público.
- + Actividades económicas simples (58).

1. Las funciones públicas. - Enseña SERRA que para que el Estado satisfaga sus principales fines recurre a realizar funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales. Explica que las funciones del Estado son los medios para realizar esos fines (59). Dichas funciones están tan íntimamente ligadas a la naturaleza del Estado, que solamente él puede ejecutar, sin poder ceder su realización a entes distintos (en sentido estricto) a él. Las funciones públicas son desarrolladas estrictamente en el campo de la actividad jurídica\* a través de prestaciones:

- + uti universi (defensa exterior)
- + uti singuli (autorizaciones -acto jurídico-), según los casos (61). Es importante llamar la atención en el sentido de que las funciones públicas se ejecutan con imperio (62).

En relación con el servicio público, éste se caracteriza frente a la función pública porque aquél consiste, sustancialmente -dice DIEZ-, en una actividad técnica, prestadora y asistencial (63), en tanto que la función pública es lo abstracto y general; las funciones del Estado son esenciales para la defensa de su soberanía, para asegurar la paz interior, promover el bienestar general. La función es un concepto institucional, mientras que el servicio público actualiza y materializa (es lo concreto y particular) la función (64). Las actividades legislativas y jurisdiccionales se llevan a cabo siempre mediante el ejercicio de la función pública; la actividad administrativa comprende, además de la función pública, el de los servicios públicos (65).

2. Los servicios sociales. - Los servicios públicos se caracterizan, en relación con los sociales, en el sentido de ser económicos y para su prestación se requiere de la concesión por parte del Estado en el supuesto que

\* "... la actividad jurídica supone régimen autoritario, sea cual sea el sector en que se desarrolle" (60).

sean desarrollados por particulares.

Los servicios sociales están dirigidos hacia la cultura, la salud pública, así como para el desenvolvimiento de la previsión social. Al efecto, deben organizarse servicios de enseñanza, asistencia médica, bienestar económico, protección de sectores débiles, etc. Estos servicios sociales no persiguen fines lucrativos, y son totalmente deficitarios (66).

Los servicios sociales, en cuanto sean prestados por particulares (la actividad del Estado, en esta clase de servicio, no excluye a la iniciativa privada), éstos actuarán ejerciendo en derecho propio y dentro de los límites que señalan las leyes. Los servicios sociales no pueden ser prestados bajo el sistema de la concesión, ya que este procedimiento se utiliza solamente para los servicios públicos de carácter económico (67), y se dice económico en oposición al carácter asistencial de los servicios sociales.

3. Los servicios públicos impropios (actividades de interés público). - Son servicios públicos "propios" aquellos que presta el Estado directamente o por concesionarios, en tanto que los "impropios" no los presta ni los concede el Estado: solamente los reglamenta. Coinciden ambos en su destino de satisfacción de necesidades colectivas. Es la doctrina francesa quien elaboró la teoría del servicio público virtual en base a las siguientes características:

- a) la necesidad de una autorización que se prestará para el ejercicio de actividades en bienes del dominio público;
- b) que la actividad que se preste sea de interés general, y
- c) la existencia de un régimen especial consistente fundamentalmente en la necesidad de realizar determinadas prestaciones y de someter a tarifación la actividad que se desarrolla (68).

La principal objeción que se le hace a esta teoría, consiste en la posibilidad que tendría la Administración de erigir en servicio público cualquier actividad privada e imponerle reglamentación en perjuicio del empresario (69).

Los particulares ejercen un derecho individual sujeto a reglamentación. Señala GARCIA TREVIJANO que dentro de las actividades de interés público (SAYAGUES LASO las denomina "actividades individuales de interés público") (70), las hay cuya actuación "precisa tener como base legitimadora

una autorización de la Administración pública..." (71).

Tres elementos caracterizan esta actividad: reglamentación, tarifa- -  
ción y autorización para su ejercicio por parte de la Administración. En este  
orden de ideas encontramos que, son, por ejemplo, actividades de interés pú-  
blico (o servicios públicos impropios) el servicio de taxis y el servicio de far-  
macia (72).

4. Actividades económicas simples. - Son actividades en los que los -  
particulares tienen libre el camino para llevarlas a cabo; en ellas el Estado -  
solamente puede intervenir subsidiariamente. Ahora bien, a pesar de ser - -  
una actividad típicamente privada, no obsta para que el Estado también las --  
realice a través de órganos públicos, ya que no puede encargarse directamen  
te por estar estas actividades en una esfera distinta a la de su estructura y -  
de sus propios fines.

GARCIA · TREVIJANO advierte que en estos cuatro tipos de actividades  
la Administración Pública 'puede adoptar la posición de empresario organi-  
zador de tales actividades... Cuando la Administración explota directamente  
(hago notar que no siempre podrá hacerlo de esta forma) una actividad de las  
incluidas en los grupos anteriormente expuestos, no se somete en realidad  
a la regulación total como los particulares. Dependerá de la forma de organi-  
zar la actividad" (73).

#### D. CARACTERES.

Son muchas las cualidades que pueden caracterizar a un servicio pú-  
blico determinado, por lo que en este apartado se toma una noción genérica  
del servicio público.

En todo servicio público existirá la idea de ORDEN PUBLICO, expre- -  
sión que a su vez implica dos ideas: la de jerarquía, clase, pública; y la de -  
paz social en función de un libre y seguro desenvolvimiento de los grupos -  
humanos (74). Asimismo, el servicio en estudio conlleva la noción de la UTI-  
LIDAD PUBLICA, entendida ésta como la noción que 'atiende a los arreglos  
sociales que son a la vez por la comodidad de los individuos y para el mante-  
nimiento del orden, en el sentido que la paz social está interesada en que es

tas comodidades sean igualmente puestas a disposición de todos los individuos" (75).

El fin sine qua non del servicio público es, indefectiblemente, LA SATISFACCIÓN DE UNA NECESIDAD COLECTIVA (de interés general). Para ello (y aquí surge otra cualidad) debe existir un conjunto de conocimientos y aptitudes metódicamente organizados; esto es, debe prestarse mediante una TÉCNICA adecuada y eficiente.

Controvertido resulta el régimen legal bajo el cual debe prestarse el servicio público. Dice DIEZ: "La idea del régimen exorbitante de derecho privado no es inherente a la definición de servicio público, ya que existen ciertos servicios públicos prestados por las empresas del Estado, donde NO se aplica exclusivamente el derecho público sino que rigen parcialmente el derecho público y el derecho privado" (76). Por su parte, afirma SERRA ROJAS que "este servicio debe estar dotado de medios exorbitantes (sic) del derecho común y gobernarse por reglas de DERECHO PUBLICO, entre otras las del poder de policía del estado" (77). Sin querer pecar de un cómodo eclecticismo, en mi concepto, el Derecho público estará siempre presente durante las gestiones para su establecimiento, independientemente del régimen a que está sujeta la persona que los prestará. Ya durante su prestación, hay que atender a la naturaleza de la relación que se genera para estar en condiciones de distinguir entre uno y otro régimen. Sin embargo, no está de más el señalamiento que el legislador haga en el sentido de tratarse de una institución de Derecho público si así aquél lo considera (y no solamente por apreciación caprichosa o arbitraria).

Por otro lado, doctrinariamente se han fijado cuatro principios fundamentales que animan los servicios públicos:

1. Continuidad. - La prestación no puede (ni debe) interrumpirse o suspenderse (78).

2. Regularidad. - Un servicio es continuo cuando no se suspende o interrumpe; será regular cuando se preste correctamente y de acuerdo con su reglamentación.

3. Igualdad. - El servicio debe prestarse en igualdad de condiciones, pero ello no impide que se establezcan diversas categorías de usuarios manteniéndose en estricta igualdad a todos los que están en la misma situación.

Este principio, en cuanto concierne a los usuarios, se aplica tanto a las cargas del servicio como a sus beneficios: la tasa o precio del servicio debe ser igual para todos los usuarios que se encuentren en igualdad de circunstancias.

4. Generalidad. - El servicio es para todos y no solamente para determinadas personas.

Concluye DIEZ: "El servicio público debe prestarse en la medida en que subsistan las necesidades del interés general a satisfacer" (79).

Finalmente cabe señalar que el servicio público, generalmente se ordena en tres direcciones:

- a) prestaciones materiales (suministro de agua, luz, gas; distribución de mercancías y prestación de servicios de transporte, etc.);
- b) prestaciones financieras (crédito, seguros, fianzas...), y
- c) prestaciones culturales (enseñanza, educación física, etc.) (80).

#### E. CONCEPTO.

Ya decía ALESSI que la noción de servicio público es de las que más polémica levanta, por lo que habrá tantas nociones como autores se ocupen de él (81). Yo no escapo a la sentencia del Maestro. Sin embargo, he de señalar que, a pesar de haber muchos conceptos de servicio público, éstos serán diferentes sólo en forma, ya que en esencia coinciden todos. Es cuestión de estilo y de construcción: los habrá más agradados, otros más defectuosos, pero todos ellos convendrán en lo importante.

No me adhiero a la teoría orgánica, sino a la funcional toda vez que guardo respeto por el contenido lingüístico que observa el término "servicio": acción y efecto de servir. Una cosa es lo que es y otra quién o cómo lleva a cabo eso que es. Ahora bien, el hecho que el servicio implique actividad, ello no quiere decir que éste se agote en un solo acto, ya que es de "tracto sucesivo", es decir, continuo.

El servicio público siempre debe gozar de una técnica apropiada para su prestación; nada de improvisaciones dada su elevada finalidad y destino: la colectividad. El servicio público, en oposición a otras nociones afines a él (servicio social, función pública...), siempre será de contenido económico.

El servicio público es, en fin, un medio, un instrumento del que se sirve el Estado para atender uno de sus fines. En este orden de ideas, su prestación supone necesariamente una empresa (pública o privada —en este caso, sujeto el empresario a concesión—).

Con fundamento en las anteriores consideraciones y tomando en cuenta los principios que lo animan, el servicio público es el CONJUNTO DE ACTOS TECNICO-ECONOMICOS DESTINADOS A SATISFACER EN FORMA CONTINUA, REGULAR Y EN IGUALDAD DE CONDICIONES UNA NECESIDAD PUBLICA COLECTIVA (82).

Hay quien asegura que la noción de servicio público evita el lucro (83). Desde luego que su finalidad no es lucrativa, ya que tiene como antecedente el estar dirigido a la satisfacción de una necesidad de interés general; empero, bien puede ser prestado por una sociedad cuyo fin social (que no ob jeto) sea lucrativo. De hecho, así se da en muchos casos prácticos (la Banca, por ejemplo) y aun en los llamados servicios sociales (la educación privada llega al absurdo —y no por ello prohibido— de ser prestada, en algunas circunstancias mediante empresas cuyo titular es una S.R.L.!).

### 3. LA BANCA COMO SERVICIO PUBLICO.

Actualmente, y en México, la controversia sobre si la Banca constituye o no un servicio público, se ha visto resuelta expresamente por la Ley (Constitución y LRSPBC). Sin embargo abordaré este punto aún haciendo referencia a la citada polémica, ya que así se cimentará mejor este trabajo en el sentido de ver a la Banca como un servicio desde el punto de vista doctrinal evitando remitirme a los textos de derecho positivo.

De lo expuesto en el párrafo precedente, resalta la dicotomía existente en teoría sobre la actividad bancaria: la mayor parte (84) nos inclinamos a verla como un servicio público, en tanto que una reducida cantidad de escribidores le niegan tal calidad (85).

Desde 1955 —nos recuerda ACOSTA— surgió la inquietud de ver la Banca como un servicio público de distribución y de regulación del crédito (86). Ello se justifica toda vez que los servicios bancarios a partir de este siglo han intensificado su campo de acción. Son un elemento esencial en el desarrollo económico de la sociedad y de los países. La interdependencia de las diversas actividades actuales, hallan en la Banca una enzima importante en su metabolismo.

El crédito es ya un requisito indispensable en la marcha del comercio, de la industria, etc. Se han ido creando cada vez métodos y técnicas más sofisticados para la correcta prestación de los servicios bancarios. Las ideas modernas han fomentado un clima de confianza entre el público ahorrador, quienes depositan su capital en los bancos, éstos a su vez lo transmiten a los sectores económicos que requieren de capitales para financiar su actividad. Este constante circular de bienes pecuniarios no solamente interesa a un determinado grupo social, sino que se extiende a toda la colectividad, es decir, satisface una necesidad de interés general, y tal vez, de las más urgentes en la vida moderna.

La Banca ha alcanzado tal importancia que la prestación de ese servicio ha ido sufriendo una serie de regulaciones y de restricciones al grado de que en muchos países ha llegado a considerarse como actividad exclusiva del Estado. Precisa ACOSTA ROMERO que esas restricciones son resultado del ejercicio de una facultad que posibilita al Estado para intervenir en la vida económica, "satisfaciendo necesidades colectivas, en forma directa, o indirecta a través de las concesiones" (87).

La Banca requiere de medios materiales no comunes, así como de un personal altamente calificado para llevarla a cabo. En este sentido, a nadie es oculto que este servicio contiene una actividad técnica en constante dinámica y progreso.

Por otra parte se dice que el régimen aplicable a la Banca es de Derecho público (88). Este punto ya ha quedado esclarecido (v. n° 1 b) en el sentido de que, atendiendo a su cimentación (actos de generación, organización,

etc. de la actividad bancaria), el régimen es, evidentemente de Derecho público, en tanto que su funcionamiento en relación con los negocios entre -- los "bancos" y los usuarios, es regido por las normas del Derecho común -- (89).

El hecho que la Banca constituye un servicio público, sugiere la contemplación de los principios (nº 2 D) que animan al servicio público aplicado en este caso particular.

1. Continuidad. Las instituciones de crédito deben prestar este servicio dentro de los horarios señalados. No pueden suspender la actividad sino solamente en los días que al efecto, y con previsión señale la CNByS. Ya veremos que solamente en dos ocasiones (en la historia contemporánea de la Banca mexicana) se ha suspendido el servicio, y ha sido mediante Decreto - presidencial (v. cap. V 2 A).

2. Regularidad. La antigua LICOA es del orden federal, y en ella se recogen los principios esenciales para la adecuada prestación del servicio; - asimismo, la actividad bancaria cuenta con una sofisticadísima reglamentación, al grado que su consulta se torna poco menos que imposible.

3. Igualdad. Este principio ha levantado mucha polémica por parte de los grupos minoritarios autollamados "de izquierda" (de escalada pseudomarxista, a quien no conocen sino por pasquines) en el sentido de que la Banca nacionalizada discrimina sectores económicos débiles al no otorgarles créditos baratos. El servicio público de la Banca sí cumple con el principio de - igualdad. Ahora bien, en un momento determinado, y ¿por qué no?, la Banca puede escalar las alturas estatales y convertirse en una función pública o, en otro extremo, en un servicio social (que como he advertido, siempre - se caracteriza por ser deficitario). En este caso, las demandas que haga el - pueblo en el sentido de que se les conceda crédito asequible, serán legítimas, lo que no es posible, es mezclar conceptos técnicos con discursos de política tercermundista (léase líderes ignaros).

4. Generalidad. El público tiene abiertas las puertas al servicio (aunque esta apertura sea, prácticamente sólo para las operaciones pasivas o para los "servicios bancarios" --neutras-- (90). SERRA ROJAS declara que "el crédito público es ya imperiosamente un servicio público y como tal deben - ser orga.izados, bajo un régimen estrictamente financiero. Estas institucio

nes no deben ser instituciones de asistencia, sino organismos económicos al servicio del desarrollo general del país" (91).

#### 4. NACIONALIZACION.

La nacionalización tiene como principal causa la de eliminar la intervención de los particulares en la explotación de bienes o servicios que tienen o que han llegado a adquirir una alta importancia o injerencia en el interés ya no sólo público, sino estatal. Más aún cuando la iniciativa privada hace caso omiso del interés general para procurarse mejores beneficios que satisfagan su interés particular. Es entonces cuando el Estado debe intervenir para evitar (o —al menos tratar— solucionar) problemas que interesen a la Nación (92).

La acción y efecto de nacionalizar es, intuitivamente, fácil de comprender, pero bastante difícil de explicar. En efecto, la nacionalización trae consigo una serie de elementos y consecuencias jurídicas nada concretas. Esto se complica aún más cuando aparecen conceptos sutilmente diferenciables de la nacionalización, como son: confiscación, expropiación, estatización, etc., así como nación, gobierno, estado, etc. SPAGNUOLO VIGORITA dice que la nacionalización, en su sentido concreto y jurídico, "consiste en la reserva de un sector, de una actividad o de una cierta clase de bienes que se concede al Estado, o a los sujetos a él íntimamente unidos, con la consiguiente exclusión de iure de cualquier sujeto privado" (93). En este concepto, la palabra Estado puede sugerir que se trata más bien de una estatización que de nacionalización. Sin embargo, como se puede apreciar más adelante, ambos conceptos son distintos y no precisamente en función de la voz Estado o Nación.

El problema que aquí se plantea, consiste en saber qué es lo que se nacionaliza. SERRA ROJAS, al hacer una exposición de este tema, señala que es en Francia donde, a partir de 1936, hizo su aparición el régimen de nacionalizaciones. En principio, dice, fueron nacionalizadas "diversas in-

industrias mineras e industriales" (94); más tarde, en 1945 se nacionalizó la Banca de Francia, así como los grandes bancos de depósito (95). La vigente Constitución francesa (4oct1958), en su artículo 34, previene que la ley fijará las reglas concernientes a... las nacionalizaciones de empresas (96).

Por otra parte, se dice que el Estado recurrió a las nacionalizaciones de las industrias de fabricaciones de guerra y de construcción de aviones -- por causas de defensa nacional. Más tarde, los motivos económicos hacen su aparición en el régimen de las nacionalizaciones (97), y así ya no se habla solamente de "industrias", sino de bienes, empresas, etc.

A fe mía que se trata de un monopolio de derecho que el Estado ejerce sobre una determinada ACTIVIDAD económica. Esta actividad, en un principio, no es necesariamente un servicio público, sin embargo, cuando es reservada para el Estado, se concede generalmente de iure esa característica. Hemos visto que VIGORITA menciona no sólo una actividad, sino que la nacionalización puede ser también --según él-- "de una cierta clase de bienes". El hecho de que los bienes pasen a poder del Estado, no es sino una consecuencia incidental que acompaña a la nacionalización de equis actividad. En efecto, NO se nacionalizan los bienes (ya en forma individual, ya como hacienda, ya acciones de una sociedad empresaria, etc.) sino la exclusividad en el ejercicio o prestación de la actividad a la que están afectos dichos bienes.

La práctica ha venido a introducir confusión en lo que a esta institución de Derecho público se refiere, ya que es común que toda nacionalización (reitero, en la práctica) implica el paso de bienes a poder del Estado (lato sensu), todo es en función de la vía operativa de nacionalización. Dado -- que todas las actividades económicas en manos de particulares que merecen ser nacionalizadas están ejercidas por grandes empresas, hoy día, toda nacionalización conlleva la expropiación de los bienes destinados a esa actividad, por lo tanto no es de extrañarnos que muchos autores asimilen ambas instituciones. Ahora bien, es común que se conserve la forma comercial de la empresa que ejerce la actividad nacionalizada. Digo comercial, porque necesariamente es una sociedad mercantil la que actúa como empresaria, y digo forma no porque esa sociedad sea la forma de la empresa, sino porque se trata de una actividad económica del orden comercial (y dentro de esta expresión incluyo también el orden industrial, agrícola, etc.). Siguiendo a NOVOA, encontramos que existen varios caminos para que el Estado (lato sen--

su) asuma la gestión de la actividad nacionalizada (y digo gestión porque sería absurdo nacionalizar un sector para no explotarlo, ya en beneficio de la colectividad, ya de la Nación) (98):

+ El objeto directo de la nacionalización (según una tendencia) es una o varias empresas privadas, cada una de ellas considerada como una - - unidad económica total (Chile: la nacionalización del cobre).

+ Otro sistema se refiere a la adquisición de todas las acciones de la sociedad empresaria, o bien las cuotas pertenecientes a cada uno de sus socios - en caso de que no se trate de una sociedad por acciones, caso que, - entre paréntesis, se nos antoja inusitado- (Francia: nacionalización de) - - transporte aéreo).

+ Una forma más es aquella relativa a la adquisición únicamente - de los bienes que forman el activo de la sociedad empresaria, haciendo caso omiso de otros elementos, así como no hacerse cargo de sus obligaciones, - cargas que deberá cumplir la sociedad afectada.

Salta a la vista que, cualquiera que sea el sistema para llevar a la - - práctica la nacionalización, se requerirá de un ente que ejerza y gestione la actividad nacionalizada. La empresa destinada a su ejercicio sufrirá cambios ya en cuanto a su propia estructura, ya en cuanto a su titular. Así, por - - ejemplo, en el segundo sistema citado, la sociedad queda sin socios, pero -- puede subsistir, ahora que para ello se requerirán adaptaciones especiales - para que el mecanismo jurídico pueda funcionar (99).

#### A. NACIONALIZACION Y EXPROPIACION.

He puntualizado que, hoy día, la gran mayoría de las nacionalizaciones de actividades económicas (bien puede ser la explotación de bienes nacionales o la prestación de un servicio público o *idea affn*) lleva consigo la expropiación de los bienes afectos a esa actividad. SPAGNUOLO VIGORITA es preciso al afirmar que, mediante la expresión "nacionalización", se alude - al paso y a la atribución de actividades (he de hacer notar que el autor en cita también habla de "bienes" y de "propiedad", sin embargo, esto lo hace en una forma global; esto es, en la generalidad de los casos sí que esos bienes

—privados o 'potencialmente privados'— pasan a la 'propiedad colectiva' - - (100), a la gestión pública. En un sentido estricto, la nacionalización es el acto (o conjunto de actos) mediante el cual se pone a disposición exclusiva - de la Nación un determinado sector económico.

El hecho de que la propiedad privada de empresas de cierta importancia sea transformada en propiedad colectiva y bajo el dominio del Estado, no es sino el medio práctico por el cual se lleva a cabo (ejecuta) la nacionalización (101).

La reserva que de la actividad (o del sector) se hace es un elemento - estelar, mas no el único. En efecto, con la reserva no se indica la situación o posición en que quedan los administrados desde que la nacionalización se acuerda. SPAGNUOLO indica que "estos problemas se resuelven generalmente a través de la expropiación inmediata, que está íntimamente ligada con el acto de reserva. Se demuestra así que la expropiación es el INSTRUMENTO - más eficaz para realizar el paso rápido\* de los bienes de los particulares al - poder público..." (102). Explica este autor que los bienes que pasan a poder del Estado no es respecto de una obra a realizar, sino porque están dirigidos a la directa e inmediata satisfacción del interés público a que deben estar - - afectos (103). Así, en el momento en que coinciden la expropiación y la medida de reserva, se está ante "una auténtica nacionalización de un sector - económico" (104), pero no porque la primera sea un elemento indispensable de la nacionalización (o del proceso nacionalizador), sino porque en la práctica no se concibe una sin la otra (105). Definitivamente se trata de figuras jurídicas diferentes. Apunta SERRA que, la traslación de propiedad en los casos de nacionalización, es obra directa de la ley, "pero es más amplia en - la expropiación y de carácter general, en tanto que en la nacionalización, - obedece a reglas especiales" (106). En este sentido cabe recordar las palabras de don Teodosio LARES: "Señores. La expropiación (sic) por causa de utilidad

---

\* Se puede proceder (para eliminar el poder económico privado) a través de otras vías como la conversión de las acciones de una sociedad en obligaciones, la unión o concentración coactiva de empresas, el cambio solamente de la gestión, o bien (deseable sólo en parte) a través de la expropiación diferida (Spagnuolo, Las empresas, cit, p. 1432).

pública, es el derecho que la sociedad tiene para obligar á un propietario á - que enagene su propiedad por un motivo de utilidad pública" (107).

## B. ESTATIZACION .

Las expresiones "estatización" y "nacionalización" indican la injerencia del Estado en determinada área económica; sin embargo no deben confundirse, sobre todo desde el punto de vista doctrinal. DIEZ recuerda que en - Francia, para no incurrir en esa confusión, y para que la organización de - las Empresas del Estado fuera nacional y no estatal, se constituyeron Consejos de Administración sobre la base de una representación tripartita (el Estado como representante del interés general; el personal de la empresa, y la - representación de los usuarios o consumidores). En esa forma, explica, la - nacionalización era efectivamente eso; las empresas pasaron a pertenecer a la Nación en sí, más que al Estado (108). Esta idea la comparte GARCIA-TREVIANO al señalar que "estatizar significa controlar directamente las empresas públicas a través del aparato estatal y consiguientemente con influencia absoluta de la ideología política que le guía. Nacionalizar es controlar las empresas directamente la nación" (109).

Las concepciones expuestas buscan la distinción de ambas instituciones en base a la gestión (por no decir titularidad) de las empresas destinadas al ejercicio de la actividad de que se trate. Por su parte VILLEGAS BASAVILBASO lo hace en función de los términos "Estado" y "Nación"; indicando - que el vocablo "estatización" tiene una acepción jurídica propia, "derivada - del concepto de Estado... la de nacionalización, derivada a su vez, del concepto de nación; la nación no tiene personalidad jurídica sino en el Estado, por el Estado y para el Estado... es preferible (concluye) el uso del término - 'estatización' y no el de nacionalización, por cuanto la nación no es persona" (110). La municipalización, según el propio autor argentino, es una especie de estatización (111), sólo que dentro del ámbito jurisdiccional del Municipio (112). La socialización (Vergesellschaftung) es el grado máximo de la intervención del Estado en la economía: todos los medios de producción pasan a poder del Estado (113).

En lo personal, y (no precisamente con esa intención) para contribuir un poco más al cromatismo doctrinal, pienso que en el caso de la

- + NACIONALIZACION, lo que pasa a favor del Estado (como "representante" de la Nación), es la exclusividad del ejercicio de -- una actividad económica concesionada a un particular (ya explotación de bienes nacionales, ya la prestación de servicios públicos y similares), y siempre será para ese efecto; no así la
- + EXPROPIACION, misma que se encarga de aprehender a favor - de la Nación, bienes de propiedad privada (obviamente no puede ser de bienes del dominio de la Nación, p. ej. el subsuelo en el caso del petróleo), y sin que necesariamente estén afectos a una actividad económica. La
- + ESTATIZACION, a mi juicio se identifica con la nacionalización con la salvedad de que, el Estado para prestar el servicio público o la explotación de bienes antes en manos de particulares, adquiere la gestión de las empresas por vías diversas a la expropiación. Ergo: la nacionalización, en cuanto se trate de distinguirse de la estatización, SI debe hablarse de la forma de adquisición de los bienes para el ejercicio de la actividad estatizada o nacionalizada (así deberá aludirse a expropiación, requisa, compra-venta, etc., sin perder de vista que, cuando sea expropiación, se estará ante una nacionalización, pero sólo para distinguirse de la estatización); en cuanto a distinguir nacionalización y expropiación, será en función de la actividad económica de interés público, y no de la traslación de bienes (114).

## NOTAS.

- 1 G. Branca, Instituciones de derecho privado, p. 3.
2. Alfonso Nava Negrete, Empresa pública y sociedad anónima de - Estado, pp. 161-162.
3. Id.
4. "Cultivando en horizontes económicos, el Estado se convierte en empresario, en accionista, adquiere otras inversiones. Realiza operaciones de comercio, invierte sus fondos en ramas industriales, produce y distribuye bienes, asume el papel de banquero y asegurador, construye, arrienda, etc.". Id.
5. Id.
6. V. Recaséns Siches, Introducción al estudio del Derecho, 5a. ed., p. 179. El mismo ejemplifica tal insuficiencia: "... dentro del campo de las normas reputadas típicamente de Derecho privado, como son las civiles, algunas de ellas, cual por ejemplo las protectoras de los hijos, tienen un carácter público, que es - - salvaguardado de oficio, por la intervención del Ministerio Público". Id.
7. García Máynez, Introducción al estudio del Derecho, 12a. ed., p. 81.
8. *Ibíd.*, p. 135.
9. Cfr. *ibíd.*, p. 132 y de la Madrid Hurtado, Elementos de derecho constitucional, p. 7.
10. Introducción, p. 81.
11. En tanto que las de Derecho privado no necesariamente tienen esa finalidad.
12. *Ob. cit.*, pp. 163-164. "Esto se pone de manifiesto en los - contratos administrativos que están sujetos a normas o a principios distintos a los que rigen los contratos civiles, aun cuando adoptan aquellos principios que son comunes a todo contrato". Id.
13. V. de la Madrid, *ob. cit.*, p. 7 y Galindo Garfias, Derecho - civil, p. 70.
14. Citado por de la Madrid, *ob. cit.*, pp. 7-8.
15. V. Galindo Garfias, *ob. cit.*, pp. 70 y 76.

16. De la Madrid, ob. cit., p. 9.
17. Id., y Galindo Garfias, ob. cit., p.70
18. Citado por de la Madrid, loc. cit. Sin embargo hay que destacar que el Maestro DE LA CUEVA confunde el servicio público con la función pública, esta última exclusiva -indelegable- del Estado.
19. De la Madrid, ob. cit., p. 8.
20. VILLORO TORANZO, Miguel. Especificaciones del Derecho público. UNAM, México, 1975 (pp. 434-435), transcritas por Acosta Romero, La banca múltiple, p. 123.
21. Sin embargo, añade LEGAZ que su distinción (o sea que sí la admite) radica en una diferente estructura de la norma, en el modo de regular la condición a cuyo cumplimiento se vincula la aplicación de las consecuencias jurídicas. Citado por Galindo Garfias, ob. cit., p. 70, nota 5.
22. Teoría general del derecho administrativo (TCDA), p. 11.
23. V. Galindo Garfias, ob. cit., p. 73.
24. Ibid., p. 71.
25. Id.
26. V. de la Madrid, ob. cit., p. 10. "Gobernantes y gobernados -insiste el fundador de la escuela realista- gozan de personalidad jurídica de igual índole; por lo que deben ambas regirse por reglas de derecho de idéntica categoría". Id.
27. V. Barrera Graf, Tratado de derecho mercantil, t. I, p. 20.
28. Id.
29. Faya Viesca, Administración Pública Federal, p. 558.
30. Tratado, t. I, p. 21.
31. Miguel Acosta Romero, Derecho bancario, p. 23.
32. V. Joaquín Rodríguez, Derecho bancario, p. 3.
33. Id.
34. Ibid., p. 4.
35. Cfr, id.
36. V. Andrés Serra Rojas, Derecho administrativo, p. 184.
37. Id.
38. Citado por Manuel M. Díez, Derecho administrativo, t. III, p. 184.
39. "La Sanidad, por ejemplo, da lugar a prestaciones de esta índole desprovistas de potestad en sí mismas...". García-Treviño, Tratado de derecho administrativo, t. II, vol. 1, p. 22. No pierdo de vista la implícita necesidad identificativa entre Administración Pública y Estado. No la niego en tratándose de servicios

públicos, ya que los otros dos Poderes (medios de ejercicio de la soberanía, elemento del Estado) no satisfacen servicios públicos, sino que realizan funciones públicas.

40. V. Gastón Jéze, Los principios generales del derecho administrativo, p. 283.

41. "El primer aspecto (la regulación) -dice GARCIA-TREVIJANO- no nos interesa de momento, puesto que integra toda la teoría de los actos jurídicos de la Administración. El segundo se examinará al hablar de las formas de organización de la Administración Pública". Tratado, t. II, vol. 1, p.44.

42. V. Serra Rojas, ob. cit., pp. 192-193.

43. Benjamín Villegas Basavilbaso, Derecho administrativo, t.III, p. 91.

44. Cfr. Acosta Romero, TGDA, p. 376.

45. Villegas, ob. cit., p. 92. ACOSTA ROMERO (loc. cit.) propone cuatro sistemas:

- + Estado liberal, deja a la iniciativa privada el establecimiento y la explotación de los servicios públicos.
- + Concesión de los mismos particulares.
- + Economía mixta o empresas de participación estatal.
- + Intervención absoluta del Estado en los servicios públicos.

46. Villegas, ob. cit., t. III, p. 93.

47. *Ibid.*, p. 97. El mismo autor hace la advertencia que en este sistema no existe ninguna delegatio del poder público. "El sistema en examen -añade- es anacrónico. Esta forma de explotación in directa, explicable en la época feudal y fuente de abusos y explotaciones para el público, está en desuso y desacreditada". *Id.*

48. Concesión -explica CAPITANT- de servicios públicos, es el "procedimiento consistente en confiar durante determinado plazo la gestión de un servicio público a una persona privada que se torna así colaboradora de la Administración, a cuyo control queda sujeta, y que es pagada mediante una subvención o, por lo común, la percepción de tasas o cánones de los usuarios del servicio". Henri Capitant, Vocabulario Jurídico, voz concesión, p. 136.

49. Villegas, ob. cit., t. III, p. 106.

50. Serra Rojas, ob. cit., p. 190.

51. V. *id.* y Díez, ob. cit., t. III, p. 184.

52. Díez, *ibid.*, p. 185.

53. *Id.*

54. Gastón Jéze, ob. cit., pp. 289-290.

55. *Ibid.*, p. 191.

56. V. Serra, ob. cit., p. 186.

57. García-Trevijano Fos, Concepción unitaria del sector público, pp. 70 y ss.

58. El propio GARCIA TREVIJANO indica que debe haber distinción - entre funciones y servicios; entre servicio público, servicios y actividades de interés público y actividad puramente privada. De be, asimismo, haber una limitación de los servicios públicos al campo clásico (Beneficencia, Sanidad y Enseñanza -éstos, más - - bien, pertenecen al campo del servicio social. Cfr. n°2-) y al - económico, en el que tienen su enclave y desarrollo más genui- - ño. JOSÉ A. García-Trevijano, Tratado de derecho administrativo, t. II, vol. 1, p. 20.

59. Citado por Fernández Ruiz, El Estado empresario, p. 213.

60. V. García-Trevijano, t. II, vol. 1, p.22.

61. *Ibid.*, p. 21.

62. *Loc. cit.*

63. M. M. Díez, *ob. cit.*, t. III, p. 187.

64. *Id.*

65. *Ibid.*, p. 188.

66. *Ibid.*, p. 190.

67. *Ibid.*, p. 191. Las relaciones a que dan lugar los servicios sociales entre prestador y usuario, están regidas por el Derecho privado. *Loc. cit.*

68. *Ibid.*, p. 192.

69. *Loc. cit.*

70. Citado por Díez, *ibid.*, p. 193.

71. V. García-Trevijano, Concepción, pp. 71-72.

72. Así M. Díez, *ob. cit.*, t. III, p. 192. Por su parte GARCIA-TREVIJANO señala que existen ordenamientos seccionales, es decir, "aquellos ordenamientos concretos que someten a una fuerte intervención a las personas que se encuentran incluidas dentro de ellos (la actividad bancaria o de seguros, los servicios de taxis...". Concepción, p. 71. El mismo autor escribe: "Además de prestador de servicios públicos, en su carácter de empresario, el Estado ha tomado a su cargo la realización de actividades de interés público, las cuales podríamos agrupar en tres grandes rubros:

- + las bancarias y las financieras;
- + las de productor de determinados bienes y servicios de interés público (servicios públicos virtuales o impropios -al igual que los propios, éstos prestados directa o indirectamente por el Estado, satisfacen las necesidades colectivas... sin que sea el Estado quien lo preste o lo conceda, pues sólo lo reglamenta: farmacia, carnicería, lechería, panadería-),
- + las de distribuidor de artículos de primera necesi--

- dad y regulador del mercado (también como servicio público impropio)". Citado por Fernández Ruiz, ob. cit., pp. 221-216.
73. Concepción, p. 73.
74. BIELSA, citado por Serra Rojas, ob. cit., p. 189.
75. Id.
76. M. M. Díez, ob. cit., t. III, p. 196.
77. A. Serra, ob. cit., p. 187.
78. DIEZ (ob. cit., p. 206) señala que, toda vez que han sido establecidos -los servicios públicos- en beneficio de toda la colectividad, su Huelga debe regularse de tal forma que los usuarios no sufran perjuicios.
79. M. Díez, ob. cit., t. III, pp. 206-209.
80. Cfr. Serra Rojas, ob. cit., p. 188. Las culturales serán satisfechas mediante los servicios sociales, mismos que, forzosamente podría yo admitir como especie del género servicio público.
81. V. M. Díez, ob. cit., t. III, p. 183.
82. Cfr. Acosta Romero, La banca múltiple, p. 91; él mismo, TD, p. 375: propone el concepto formado de los siguientes elementos: actividad técnica, satisfacción de necesidades colectivas, prestaciones individualizadas, régimen de Derecho público, prestados por el Estado o por los particulares bajo concesión. M. Díez, ob. cit., t. III, pp. 185 y 187; García-Trevijano, Tratado, t. II, vol. 1, p. 25. El indica que "ni toda la actividad de la Administración es servicio público ni todo servicio público está en un determinado momento en manos de ésta". V. también ibíd., p. 30. Serra Rojas, ob. cit., pp. 185 y 186. LAUBADERE señala que "en el lenguaje corriente se emplea la expresión servicio público para designar al organismo que atiende esta actividad (v. n° 2 B 3 a)...". Id.
83. Es HAURIUO quien asegura que el servicio debe ser prestado por una organización pública no lucrativa. Citado por Serra, ob. cit., p. 187.
84. FERNANDEZ RUIZ (ob. cit., pp. 221-222) sostiene -infundadamente- lo contrario. Asegura -colocándose a la sombra de García-Trevijano- que "la gran mayoría se inclina por encuadrarla en el campo de las actividades de interés público". Loc. cit., ahí también cita al autor español, Tratado, t. II, vol. 1, p. 42. A favor: Ferrí, De Nigro, Vignocchi, Martín Mateo, Martín Retortillo, Tamames, Serra Rojas, Hugo González, Silva Herzog, etc. - Cfr. Acosta Romero, La banca múltiple, pp. 94-95.
85. Entre ellos, desde luego, el referido Fernández Ruiz.
86. Acosta Romero, La banca múltiple. p. 92.
87. D. bancario, p. 85. Asegura el propio autor que "es muy dudo

so es insostenible que una actividad que requiere de tan alta calificación técnica, conocimientos y honorabilidad, pueda ejercitarse sin más requisitos que una simple autorización". Loc. cit. Importante es hacer la distinción entre el sentido y alcances de las expresiones "autorización" y "concesión". AUTORIZACION.- Permiso otorgado por la Administración por el cual los particulares pueden cumplir ciertos actos que por su naturaleza importan una ocupación más o menos durable del dominio público, o comprometen algún interés público (así, p. ej., una sociedad anónima que quiere otorgar fianzas a título oneroso, requiere autorización de la Administración -art. 1º LFIF-). V. Capitán, ob. cit., voz "autorización", p. 71. La concesión siempre será para la prestación de un servicio.

88. Cfr. Acosta Romero, La banca, p. 99.

89. Las relaciones laborales estarán sujetas al régimen que señale la ley que cree a la institución bancaria.

90. Cfr. Acosta, La banca, pp. 100-101.

91. Ob. cit., p. 188.

92. "En Inglaterra... la exigencia de una nacionalización de los bancos ha partido principalmente de aquellos socialistas que ven en un sistema de nacionalización bancaria un instrumento indispensable para realizar un programa coordinado de desarrollo industrial y para extender la propiedad pública y el control de la industria productiva". Cole, G. D. H., La nacionalización bancaria, p. 311.

93. Vincenzo Spagnuolo, Las empresas nacionalizadas, cit., t. II, p. 1430. Explica SPAGNUOLO que mediante la nacionalización se constituye un MONOPOLIO DE DERECHO en oposición al de hecho, mismo que también podría conseguir el Estado en base a una mayoría pública en sociedades o mediante la actividad competitiva de empresa pública. Id.

94. Andrés Serra, ob. cit., p. 643.

95. Id.

96. Serra Rojas explica que la anterior Constitución, en el artículo correlativo, era más amplia: "Todo bien, toda empresa cuya explotación tiene o adquiere los caracteres de un servicio público, debe convertirse en propiedad de la colectividad". Ob. cit., pp. 643-644.

97. V. Georges Ripert, Tratado elemental de derecho comercial, t. II, p. 604.

98. V. Eduardo Novoa Monreal, Las empresas públicas y el Estado, pp. 50-51.

99. Ripert, ob. cit., t. II, p. 604. Estas adaptaciones, menciona RIPERT, "no son siempre las mismas y el derecho comercial se complica curiosamente con estos nuevos organismos de características bastante diversas". Id. Por su parte, FERRI hace las siguientes -

consideraciones: "L'intimo collegamento che sussiste nel nostro codice tra società e impresa per cui la società non è se non una forma di esercizio collettivo dell'impresa... è rotto nella legge di nazionalizzazione, la quale intende che l'impresa sia trasferita all'ENEL e per contro la società permanga".

"E questo non soltanto nell'ipotesi in cui alla stessa società faccia capo una pluralità di imprese, delle quali una soltanto sia una impresa elettrica, sì che la società possa continuare sia pure con un oggetto più limitato... sì che, divenuta impositiva la realizzazione dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società sarebbe la conseguenza necessaria delle situazioni che, per effetto della nazionalizzazione, viene a determinarsi". V. G. Ferri, Società e impresa nelle leggi di nazionalizzazione, p. 282.

100. Ob. cit., p. 1429. En el mismo lugar, explica el propio SPAGNUOLO que dicha expresión "hace referencia, por otro lado, desde el punto de vista gramatical, a un cierto aspecto teleológico del fenómeno mismo, en virtud del cual se pone a disposición inmediata de la 'Nación', o de la totalidad de los que la componen, suprimiendo los intereses de los particulares o de grupos, determinados sectores económicos". Id.

101. Novoa Monreal no hace notar que la nacionalización lleva, generalmente, implícita la expropiación de los bienes mediante los cuales se explota la actividad nacionalizada; más bien asimila ambas instituciones fundiéndolas en una sola. Cfr. Novoa, ob. cit., pp. 47-48.

102. V. Spagnuolo Vigorita, Las empresas, cit., pp. 1430-1431.

103. Señala SPAGNUOLO que la expropiación dentro del proceso nacionalizador obedece al interés que tiene el Estado en la inmediata adjudicación de los bienes en función de la importancia y urgencia que crea la satisfacción del interés colectivo (o del estatal). Cfr. Spagnuolo, ob. cit., pp. 1432-1433.

104. Ibid., p. 1431.

105. Así piensan DUEZ et CEBEYRE (con leves errores técnicos, ya que escriben: "La operación de la nacionalización implica en su base una traslación de la propiedad en provecho del Estado; la empresa nacionalizada pasa al dominio del Estado". Citados por Serra Rojas, ob. cit., p. 644. El primero de dichos errores, a mi juicio, es el uso de la voz "implicar"; el segundo consiste en afirmar que existe una traslación de propiedad a favor del Estado; en efecto, la propiedad puede ser, desde un principio, del Estado (p. e. el caso del subsuelo, mismo que según nuestra Constitución, pertenece a la Nación). Un tercer error es en lo relativo a la pretendida nacionalización de empresas. Toda empresa, como conjunto de elementos objetivos y subjetivos no puede ser nacionalizada, ya que es una unidad, y la nacionalización es sobre un sector heterogéneo de actos (actividad) económicos determinados), quienes aseguran que, "en TEORIA PURA, la nacionalización no conduce necesariamente a esta traslación de propiedad... pero DE HECHO todas las nacionalizaciones efectuadas después de la Libera--

ción, están acompañadas (ahora sí) de una traslación de propiedad a provecho del Estado. Y de este modo, a lo menos de hecho, la nacionalización aparece al lado de la expropiación y de la requisición como un modo de adquisición del dominio". Id.

106. Serra Rojas, ob. cit., p. 644. Indica el Maestro que por expropiación por causa de utilidad pública, debe entenderse la acción de la Administración Pública por la cual adquiere de manera forzosa y mediante indemnización, los bienes de un particular necesarios para el funcionamiento de los servicios públicos y demás actividades del Estado, siempre que existan razones de utilidad pública. Ibid., p. 621.

107. Teodosio Lares, Lecciones de derecho administrativo, UNAM - (edición facsimilar de la Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852), México, 1978, p. 261. Asegura que son requisitos indispensables para verificarse la expropiación: a) utilidad pública que la motive; b) declaración formal de que existe esta utilidad; c) designación especial de las propiedades que se necesitan; d) expresa decisión de expropiación, y e) indemnización previa (el vigente artículo 27 de nuestra Constitución se limita a decir: "mediante indemnización"). Ibid., p. 262.

108. V. Manuel M. Díez, ob. cit., t. II, p. 20.

109. García-Trevijano, Concepción, p. 76.

110. Villegas Basavilbaso, ob. cit., t. III, p. 107.

111. Para este autor, la estatización es un procedimiento mediante el cual una empresa concesionaria de un servicio público o una empresa industrial, se convierte en empresa del Estado. Ibid., p. 106.

112. Loc. cit.

113. Id.

114. V. Novoa Monreal, ob. cit., p. 47.

**CAPITULO TERCERO**  
**LA EMPRESA PUBLICA**

"Pocos temas son tan sugestivos y tan relativamente nuevos como el de la participación del Estado y de los entes de Derecho público en las sociedades mercantiles, el de la nacionalización de la sociedad anónima y, finalmente, el de la creación unilateral por el Estado o por los entes públicos de sociedades de estructura capitalista y especialmente de sociedades anónimas. El tema es, sin duda, de los más sugestivos para los cultivadores del Derecho administrativo... mas el tema no interesa exclusivamente a éstos, porque el Estado y los entes de Derecho público al crear ciertas empresas llamadas públicas en sentido lato, han recurrido a una institución jurídico-privada... a la sociedad anónima".

Manuel Broseta Pont\*

## 1. INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.

### A. INTRODUCCION.

---

\* Las empresas públicas en forma de sociedad anónima, en Revista de Derecho Mercantil, vol. XLI, n°100, abril-junio, 1966, Madrid, pp. 267-268.

Dentro de un mundo en el que prevalece un acendrado maniqueísmo político, económico y social, durante el presente siglo se ha acentuado más la diferencia entre los dos sistemas económicos más extremistas hoy día: el capitalismo y el socialismo. Es en este último sistema en donde el Estado tiene bajo su control los medios de producción, y por su parte, en el primer sistema parece imponerse el libre mercado, en donde el Estado participa como simple observador. Ahora bien, el clásico liberalismo económico ha demostrado su talón de Aquiles ante las diversas crisis episódicas que a lo largo de este siglo se han ido presentando. Junto con STAMMATI, me aventuro a afirmar que, en función de las experiencias obtenidas a causa de la crisis de 1929 (o ligadas a ella), la intervención pública ha dado lugar a una acción sistemática, abandonando las antiguas soluciones aisladas (1). En nuestro país, es a partir de 1925 cuando el Estado empieza a crear entidades para estas tales para intervenir en la economía. Esta creación fue totalmente "asistémica y coyuntural", y es por ello que estuvieron orientadas hacia diversos objetivos. Se dice coyuntural, porque el Estado comenzó a intervenir en ese sentido respondiendo a las demandas de atender las necesidades que surgían en el campo económico y social dentro del ámbito nacional post-revolucionario (2).

Esta actuación del Estado y de los entes públicos ha provocado una evolución de la economía moderna en base a que han ido realizando una actividad privada en muchos sectores que tradicionalmente estaban reservados al dominio de la iniciativa privada. La experiencia ha demostrado que para una más eficaz explotación de los servicios públicos por parte del Estado (antes en manos de los particulares), es mediante la creación de entes públicos formando un organismo con personalidad moral y jurídicamente distinto al de su "creador" (3).

La intervención del Estado en los sectores económicos antes reservados a los particulares obedece, según SOLA CAÑIZARES a un triple fenómeno moderno:

- + el régimen de economía dirigida;
- + la descentralización de las funciones estatales ante el aumen

to de sus cometidos, y  
+ la influencia creciente de las ideas socialistas o socializantes  
(4).

Es así como en la actualidad vemos que la empresa pública se ha difundido hoy día de una manera extraordinaria. Sin embargo, no es difícil encontrar objeciones a este sistema de intervención estatal. Así, se dice que la empresa pública ("salvo excepciones"), "actúa peor y rinde menos que la empresa privada. Y es una grave amenaza para la empresa privada porque puede hacerle una injusta concurrencia" (5).

## B. FUNDAMENTOS.

El Estado se justifica no en función de sus buenas intenciones (propone MEILLAN), sino "por el resultado de la responsabilidad colectiva que ejerce" (6). El Estado debe cumplir con los fines que lo justifican y convalidan, a través de un racional aprovechamiento de todos los recursos disponibles, para lograr una continua y permanente justicia social: "en este concepto —afirma FAYA— se justifica plenamente la actividad empresarial del Estado" (7). Toda vez que en nuestro país impera un régimen de economía mixta con sagrado en nuestra Constitución, es jurídicamente factible la coexistencia del sector público con el privado y social. En este orden de ideas, lo único que es importante precisar, son los límites de esa coexistencia, así como la justificación de la actividad empresarial de los entes públicos (8). La realidad muestra que además de esa imprecisión, existen muchas figuras e instituciones jurídicas incapaces de resolver las nuevas y constantes situaciones que el asistemático proceso de intervención estatal ha provocado (9).

La Revolución vino a transformar el concepto de propiedad, así como también, además de preservar la libertad económica, le confirió al Estado responsabilidades de rectoría y gestión económica, todo sometido a criterios rectores del interés de la Nación (10). De tal manera, estas facultades del Estado quedaron plasmadas en el espíritu y letra de nuestra Constitución de 1917, misma que a juicio del Maestro DE LA MADRID, "rompió los moldes clásicos de las constituciones y entretejió en su articulado preceptos relativos a un nuevo sistema económico y social" (11). Esta Constitución abre to-

do un horizonte en la economía al otorgarle al Estado (o poder público) un carácter de rector del desarrollo. En efecto, señala DE LA MADRID que "la transición de la Constitución de 1857 a la Constitución de 1917 rebasa el simple devenir formal para constituir el tránsito, en materia social y económica del siglo XIX —el del Estado abstencionista— al siglo XX..." (12). La propiedad privada queda condicionada y limitada en atención al interés público; en este sentido, es como la Constitución de 1917 establece un régimen de propiedad pública sobre determinados recursos y bienes, así como el control estatal en ciertas actividades y servicios (13). Es unánime la apreciación que la doctrina hace en relación a la fundamentación constitucional en que se basa el Estado para su actual actividad empresarial. Los artículos 25, 26 y 28 reformados al paso de nuevas circunstancias y necesidades, "componen la base social de la Constitución Política, que por este conducto resulta ser, en alguna medida, también una constitución económica y social" (14). Estos artículos tienen suma relevancia en la intervención económica por parte del Estado, toda vez que, además de otorgar la facultad estatal para imponer modalidades a la propiedad privada (art. 27), concede al Estado derechos y obligaciones "específicos, e incluso monopolísticos, en zonas consideradas de importancia estratégica" (15). El constituyente, conciente de la necesidad de una correcta fundamentación a nivel altamente legislativo, reformó en 1981 (D.O. 21 IV 81) el texto del artículo 90 constitucional, reconociendo la administración pública paraestatal al lado de la centralizada, en la que se congregan propiamente las funciones de gobierno (16).

Sobre la fundamentación constitucional para la creación por parte del poder público de empresas paraestatales, en México existen autores que le niegan competencia a los Poderes Legislativo y Ejecutivo —y por lo tanto la inconstitucionalidad de las leyes o decretos que generan este tipo de entes—. DE LA MADRID argumenta que, si bien no formalmente, "por reformas posteriores se justificó, en forma implícita, la existencia de organismos descentralizados" (17).

### C. FORMAS DE INTERVENCIÓN.

La sociedad por acciones es la figura jurídica más versátil que existe

en el mundo del comercio y de la industria. Ya he mencionado su polivalencia, así como las múltiples ventajas que ofrece como organismo ad-hoc para el manejo de grandes empresas. El Estado no es ajeno a este conocimiento y, toda vez que la economía requiere para su desarrollo de ágiles políticas de administración, el poder público no ha dudado en recurrir al establecimiento de sociedades por acciones como empresarias individuales que se encarguen de la gestión de las actividades mediante las cuales el Estado justifica sus fines. Así pues, la intervención por parte del Estado en el sector económico - antes reservado para los particulares, ha sido a lo largo de la historia en diversas formas. Indica GARCIA RAMIREZ que el Estado ha procedido --en términos generales-- por una doble vía:

- + mediante crecientes atribuciones en el sector central, y
- + la creación de un vasto universo paraestatal (18).

En lo personal, y avalado en gran parte por BROSETA PONT (19), considero que el Estado interviene de la siguiente manera:

- + Normativa
- + Activa
  - Indirecta
  - Directa.

El intervencionismo normativo, en tratándose de sociedades por acciones privadas (que persiguen intereses egoístas y particulares de sus accionistas), se explica como aquel mediante el cual, dichas sociedades "se someten a un status jurídico-público especial e imperativo que se justifica por la importancia económica general o social de la actividad económica que tales sociedades explotan" (20). La intervención activa indirecta refleja la participación del Estado como productor, en las que explota por medio de ciertos entes (en los que estando presentes los intereses privados de sus miembros, éstos poseen "un contenido y una intensidad diversa a la que tradicionalmente corresponde a los accionistas de una sociedad anónima") (21) verdaderas actividades mercantiles o industriales.

La intervención activa directa, según VILLAR PALASI, se traduce en diversas formas de gestión:

- + I. Producción a través de entes administrativos autónomos (v. infra, nomenclatura) bajo un régimen de Derecho pú-

blico.

- a) con potestad de imperio erga omnes: establecimiento público intervencionista;
  - b) con imperio interno pero no erga omnes: empresa pública.
- + II. Producción a través de entes sin personalidad diferenciada: empresa propia.
  - + III. Producción a través de sociedades privadas con carácter administrativo y bajo régimen erga omnes de Derecho común.
    - Accionariado de Estado en sus dos formas:
      - a) accionariado fiscal
      - b) accionariado de control o gestor.
  - + IV. Producción colaboradora de empresas privadas (22).

Esta intervención directa ha ido evolucionando, de tal manera que en un principio encontramos que el Estado echaba mano de las sociedades mercantiles (en el sentido más tradicional que pueda dársele a dichas sociedades), asociándose con el capital privado para llevar a cabo la gestión de servicios o la realización de obras. Es así como el Estado fue incrementando su intervención en el campo económico mediante entidades incorporadas a su administración, pero revestidas de "formas jurídicas" de Derecho privado (23), de la misma manera, las actividades comerciales del Estado se han desarrollado extraordinariamente con motivo de las nacionalizaciones que se han realizado en muchos países (24). Sin embargo, y dado el apremio con que el Estado debe satisfacer las crecientes demandas y desarrollar sus nuevas funciones, ha debido recurrir a figuras jurídicas improvisadas: "en el campo del derecho administrativo han proliferado entidades jurídicas nuevas... relativamente autónomas... verdaderos satélites que aparecen alrededor del Estado central" (25). GARRIGUES aprecia que el Estado no sólo ha penetrado en las empresas concesionarias de servicios u obras públicos, "sino en todas las sociedades por acciones, y no ya para proteger los derechos privados de los accionistas... sino para incorporar la sociedad por acciones al organismo total de la economía pública" (26).

Esa premura con la que el Estado ha debido constituir entes encargados de la gestión pública de actividades económicas, ha dado lugar en la prác

tica a fórmulas numerosas y variadas: "La aportación del Estado puede ser - mayoritaria o minoritaria, puede ser de dinero o de bienes, e incluso puede representar una ventaja, como una concesión, un monopolio, una liberación de impuestos, etc. Las leyes o decretos que crean las sociedades de economía mixta contienen excepciones al régimen jurídico de las sociedades en el país respectivo" (27).

Obviamente no podían faltar en este tipo de intervención estatal (directa) los absurdos comentarios de aquellos que ven el "fantasma del socialismo": "el funcionamiento de las estatales genera graves pérdidas, resultado lógico de su deformación política, burocrática..." (28). Por otra parte, -- hay quien propone que, en aras de una real democracia, debería dejársele participar al sector privado "no ya solamente en la elección de sus funcionarios, sino en la intervención" en las gestiones económicas, sociales y culturales de los entes públicos" (29).

#### D. INTERVENCION MEDIANTE EMPRESA PUBLICA (lato sensu).

Cuando el Estado considera que determinadas actividades mercantiles o industriales son de interés general, las llevará a cabo por sí o por entes - relacionados con él; de esta manera prestará los servicios públicos para suplir la insuficiencia de la iniciativa privada; para sustraer de ésta ciertas actividades económicas (30), etc. Ahora bien, cuando esa necesidad de interés general se satisface por el procedimiento del servicio público, surge la cuestión de encontrar con qué recursos va a ser éste atendido y cuál es el patrimonio de la Administración al cual se adscribe dicho servicio (31). Para salvar estas interrogantes, surge la facultad que el Estado tiene para crear - otros entes públicos con sus propios patrimonios que no se confunden con -

---

\* "Comisión para la protección del comercio exterior en México (Decreto - D.O. 31dic1956); no faltan representaciones del sector privado en los órganos públicos, como los Comités de Importación, o la Comisión Nacional de Criterio / rancelario (Acuerdo D.O. 5ene1961)... " (autor en cita).

el patrimonio total del Estado (32). El primer instrumento estatal para llevar a cabo actividades económicas fue mediante la intervención indirecta (la concesión); explica NAVA NEGRETE (Alfonso) que ante "la imposibilidad frecuente de armonizar el interés económico del concesionario y el interés público del servicio, se buscó una fórmula que conciliara mejor esos intereses y se halló concretamente en las llamadas Sociedades de Economía Mixta" (33).

Importante es no permitir que el déficit que origina la explotación de un determinado servicio público, grave un patrimonio administrativo general (Estado, Municipio, etc.), sino que aquel caiga sobre un patrimonio especial, así como también el superávit irá a aumentar positivamente ese patrimonio (34). La gestión de este patrimonio recaerá en agentes públicos, y para un correcto manejo de los recursos, se creará un ente con personalidad jurídica propia. He de subrayar que no se le va a dotar de personalidad a ese patrimonio ("afectarlo a un fin), sino que éste será consecuencia lógica de la persona, y en este caso, si hablo del patrimonio en primera persona, es porque doy por supuesto la existencia de esa persona jurídica que se va a encargar de su gestión. Ahora bien, los agentes públicos adscritos a dicha gestión gozarán de la natural competencia para aplicar a los gastos del servicio los recursos asignados. Gozan también de ciertos poderes jurídicos como la posibilidad para comparecer en juicio, para adoptar medidas de conservación, etc. "Tal es la característica esencial del establecimiento público" (35).

Por otra parte, también nos percatamos de que existe una tendencia visible a la "estatización" de las empresas privadas para el ejercicio por parte del Estado de funciones económicas (36). Ahora bien, es evidente que las empresas públicas (lato sensu), dada su estructuración técnica y patrimonial —en palabras de FAYA—, se convierten en los instrumentos del Estado para prestar servicios públicos de contenido especializado; aunque gozan de autonomía, están sujetos a control por parte de la Administración central (37). La intervención directa del Estado en la economía antes privada, ha hecho surgir nuevas figuras jurídicas. Ellas son, entre otras, los organismos descentralizados y las sociedades nacionales; cada una de esas figuras con subdivisiones que se analizan más adelante.

## E. MOTIVOS DE LA EMPRESA PUBLICA .

En el apartado que precede, de manifiesto ha quedado que, la mejor y más viable figura jurídica que el Estado requiere para poder intervenir en actividades económicas del orden comercial o industrial, es mediante la creación de "empresas públicas" en sentido lato (38). Dicha creación obedece a una multiplicidad de objetivos y, por ende, de motivos que alimentan ese proceso de acentuación progresiva del intervencionismo público en las actividades económicas (39). En este orden de ideas, encontramos que las principales causas de creación de órganos paraestatales débese a Imperativos de diversos órdenes: financieros, constitucionales, de seguridad, etc. (40). FERNANDEZ RUIZ enumera las siguientes causas:

- + el contribuir a evitar la explotación económica de las personas;
- + fomentar la creación de empleos;
- + participar en el desarrollo industrial;
- + prestar servicios que por su magnitud, riesgo y bajo rendimiento, los particulares no se interesan o no pueden proporcionar;
- + etc. (41).

Dentro del mismo contexto, pero a nivel más global, se puede decir que el intervencionismo estatal se dirige, en los países desarrollados capitalistas, a "atenuar los efectos negativos del ciclo económico... los subdesarrollados, a acelerar el proceso de desenvolvimiento, aumentando la capacidad productiva y mejorando la distribución del producto" (42).

Históricamente, las causas o motivos han obedecido a situaciones coyunturales o circunstanciales; empero, también hay que mencionar la existencia de cierta programación proyectada hacia la corrección de desajustes del sistema (es decir, no solamente de casos aislados) económico; prevención de desviaciones en algunos sectores; contribución a una más equitativa distribución del ingreso, asegurar la oferta de insumos básicos, etc. (43).

En todos los casos, y siempre y cuando la intervención del Estado sea moderada y justificada, se perseguirá que el desarrollo económico se apoye -

en un sistema de libre empresa mediante la contribución de la iniciativa privada; esto es, dicha participación de los particulares no obsta para que el Estado pueda cumplir y asegurar sus fines por medio del establecimiento de empresas públicas, ya que es evidente que la sola intervención de la economía privada sería insuficiente para satisfacer las inmensas demandas colectivas y para que el Estado pudiera cumplir sus metas de justicia social (44).

Los argumentos a favor de la intervención del Estado a través de empresas comerciales e industriales "se discuten con denuedo, y en el caso de México, se dice que pretende atender demandas contrarias y aun contradictorias" (45). Los impopulares fascistas (46) señalan que es falso el argumento mediante el cual se pretende que el Estado llegue a subsidiar a los particulares, ya que "el verdadero beneficiado con los subsidios no es el que lo paga ni el que adquiere el bien, sino quien lo maneja" (47). Comenta (no sin mucha falta de razón, pero considero que no en la forma correcta) que es la sociedad quien vive subsidiándolos y no lo contrario (48) (pero al final, afirmo que ese subsidio redundaría en beneficio de la sociedad, ya que es mejor -- que esos fondos se queden y reciclen en México que yendo a parar a bancos suizos, o en su defecto, a impulsar el armamentismo imperialista). Otro punto de debate, lo constituye la afirmación de que, a través de las empresas públicas se busca un complemento a la economía privada. En el lado opuesto, se argumenta que en la práctica lo que existe es una hostilidad competitiva por parte de los órganos gubernamentales "resultando ya más que obvio que cuando un gobierno se dedica a producir películas o automóviles... no está introduciéndose en campos que no pueda o no quiera... abordar la libre empresa" (49). SOLA CAÑIZARES afirma que la proliferación de empresas estatales obedece a un interés que tienen los gobernantes para así nombrar nuevos funcionarios y conceder ventajas a sus electores (en México no es necesario recurrir a esos procedimientos franquistas, ya que el pueblo vota por quien le parece oportuno, ya que vive inmerso en un sistema democrático -- donde no hace falta comprar el voto); de la misma manera, el Estado teme en carecer los servicios que explota (no es que tema, sino que comprende que el pueblo no cuenta con suficientes recursos) o las mercancías que vende, con el natural entusiasmo del público en general que no ve con malos ojos la creación de órganos paraestatales (50) (debo recordar que quien ello escribe, lamentablemente sufría la censura del siniestro dictador español Francisco Franco B. y demás correligionarios de escalada fascista).

Concluye la reacción: "Si las estatales están cuajadas de tantos inconvenientes ¿por qué siguen resultando atractivas para la sociedad?" Sin aparente previo razonamiento él mismo contesta: "Entre las múltiples razones... una que es de innegable importancia: el manejo de los términos". "Dirigentes políticos y socialistas han venido manipulando astutamente el término nacionalización para sustituir el de estatización, las razones son obvias: la carga emocional que generan estas denominaciones" (51). Mi réplica: en la minoría de los casos, en México, se ha usado el término nacionalización.

Aparte de toda discusión, la realidad nos muestra que existen tres principales formas o circunstancias en las que el Estado toma (siempre a través de personas distintas de él, pero sin independencia absoluta) la gestión de empresas:

1. Actividades económicas en las que los particulares aún no han tomado parte dada la novedad de aquellas (p. ej. la explotación de uranio); en tal caso es evidente que el Estado asumirá la función sin ningún problema por parte de la iniciativa privada (52).

2. Actividades que están explotando en exclusividad los particulares, y que por determinadas razones aceptan que en el futuro lo haga el Estado. De esta forma, el Estado adquirirá por vías ordinarias aquellas empresas ya establecidas; es en este caso cuando "puede hablarse con toda propiedad de una ESTATIZACION" (53).

3. Actividades desarrolladas por particulares y éstos se resisten a ceder su explotación al Estado; es cuando aparece la nacionalización. Cabe mencionar que lo que se nacionaliza es la actividad (servicio o explotación) y, si el Estado lo considera conveniente, hará pasar a su poder los bienes afectos a esa explotación por medio de una expropiación por causa de utilidad pública.

## F. FINES DE LA EMPRESA PUBLICA .

Debo aclarar que ninguna empresa puede tener finalidades, en todo caso, las tendrá la persona que asuma el carácter de empresario; sin embar-

go, y para efectos de exposición, hablo de "empresa" pública para así designar a todo el universo de entes paraestatales (incluidos los organismos descentralizados "cualquiera que sea la forma que adopten", y las sociedades -- nacionales, ya públicas, ya mixtas).

La administración pública en México, tiene señaladas determinadas - políticas a seguir, para el efecto, la misma se ha dividido en sectores, de - tal manera que, a su vez, las "empresas" públicas deben ajustar sus fines a las grandes políticas de la dependencia que coordina el sector al que pertenecen (54). Evidentemente, las empresas públicas se dirigen hacia la realización de actividades de interés general (no en todos los casos, pero sí en su gran mayoría) "fines que en el vértice de la pirámide estatal convergen con los grandes fines del Estado" (55). Asimismo, los fines a perseguir son de -- una especialidad determinada (56).

En general se puede decir que teleológicamente, los entes paraestatales están dirigidos a:

1. Operar servicios públicos. Ya sea por motivos sociales, económicos, etc., el hecho es que ese servicio se organizará en cualquiera de las - tres formas expuestas en el apartado precedente (monopolización, participación mixta, estatización o nacionalización) (57).

2. Promover el desarrollo económico del país. Para este fin, se actuará sobre todo en áreas estratégicas, mediante una adecuada programación e inducción de recursos hacia sectores prioritarios.

3. Regular el mercado. Esto es, no someterse a las leyes del mercado, que rigen entre los particulares, sino someterlas a su imperio; estas empresas pueden llegar a hacer bajar los precios, etc.

4. Aprovechar recursos. Es el caso de aquellas empresas que actúan con fines innovativos político-sociales, como son esencialmente el empleo - de los recursos disponibles localmente.

5. Procurar recursos. Garantizar una equilibrada disposición de bienes y servicios en las diversas regiones y para elevar las condiciones económicas de las áreas en depresión.

6. Evitar la instauración de monopolios privados. Impidiendo a los -- particulares el ejercicio de una influencia económica importante o que ob-

tengan beneficios excesivos a base de monopolios de hecho.

### G. EFFECTOS DEL INTERVENCIONISMO ESTATAL .

El liberalismo económico está en franca decadencia, y ya no puede -- afrontar con éxito el conjunto de objetivos económicos y sociales que la vida moderna postula. Además de que la experiencia ha demostrado que es satisfactoria --en términos generales-- la intervención del Estado en la economía a través de empresas; asimismo, el mantenimiento de las estructuras del derecho común, ha contribuido a que el público continúe teniendo en ellas la misma confianza que anteriormente. De todos es sabido que la intervención por medio de empresas públicas "favoreció la reconstrucción del país entre - 1920 y 1930, al concluir la lucha armada ("Banco de México", S.A., Comisión Nacional de Caminos, Comisión Nacional de Irrigación, "Banco Nacional de Crédito Agrícola", S.A.)" (58).

Las empresas estatales han contribuido a la generación de riqueza, a un más alto nivel de vida de sus trabajadores; han fomentado la creación de empleos. Por otra parte, se dice que el establecimiento de tales empresas -- "significa un freno grave a las inversiones particulares" (59), así como una competencia desleal de la empresa privada (60). Pero la realidad, vista sin -- frívolos apasionamientos, demuestra que no existe dicha hostilidad y que, -- en el supuesto (sin concederlo) que la haya, el público ha respondido a los -- ganchos que manipulan las empresas privadas valiéndose de los medios masivos de comunicación (también en sus manos). La participación del Estado -- en la economía antes reservada a la iniciativa privada, en un ambiente de -- economía mixta, no tiene por qué llevar al tan temido (por la reacción) "totalitarismo", toda vez que nuestra Constitución concede el goce irrestricto de la libertad comercial e industrial, haciendo una exacta limitación en tratándose de áreas estratégicas que deben estar en manos del Gobierno, al fin y -- al cabo, verdadero representante de la Nación.

## 2. ANTECEDENTES.

"Comprender el significado y desarrollo de la empresa pública —con-  
certeras palabras habla DE LA MADRID—, hace necesario referirnos a sus -  
orígenes, ya que su surgimiento ha sido paralelo al del México contemporá-  
neo, al del México moderno" (61).

Se afirma que ya desde Egipto había intervención directa del Estado en  
actividades no exclusivas de él: explotación de minas de cobre o de yacimien-  
tos de hulla (62). Por su parte, SOLA CAÑIZARES y ACOSTA ROMERO, ase-  
guran que el origen de la empresa pública (sociedad de economía mixta para  
el primero) se ha querido encontrar en las Compañías de las Indias Orienta-  
les y otras posteriores formadas en el siglo XVII (63). Explica ACOSTA que -  
en estas empresas, gran parte del capital estaba suscrito por el Estado (64).

Otros antecedentes más modernos: el Banco Nacional argentino, - -  
creado por ley de 1826 (asociación Estado-particulares), y en Bélgica la "So-  
ciété Nationale des chemins de fer vicinaux" (1884); los particulares suscri-  
bían 1% del capital (65). Ya más ostensiblemente la participación del Estado -  
con los particulares se difunde a principios del presente siglo y fines del pa-  
sado. Este recurso parece iniciarse en Alemania (aunque hay serias dudas,  
ya que en Estrasburgo, durante el año de 1895 se constituyó la Sociedad de -  
Electricidad de Estrasburgo) (66) con la municipalización del suministro de -  
gas en la ciudad de Königsberg, creando la "Städtische Gasbetriebsgesell- -  
schaft" (67).

Es oportuno mencionar que el Estado, para la gestión de estas empre-  
sas ha recurrido al empleo (durante el siglo pasado) de la sociedad por accio-  
nes; este frecuente uso para empresas destinadas a la explotación de servi-  
cios públicos "determina ya una modificación esencial de su naturaleza" -  
(68). Estas sociedades nacionales se han difundido extraordinariamente a - -  
partir de la Segunda Guerra. En efecto, dentro de la Administración van - -

surgiendo nuevas experiencias de estructuras: a principios de siglo, las llamadas "haciendas autónomas"; después (tomando a Italia como parámetro) - los entes públicos actuantes en determinados sectores en el campo económico, hasta llegar a la figura de la sociedad anónima bajo control público (69).

#### A. ANTECEDENTES FACTICOS (México).

A lo largo de la historia, se van mostrando múltiples ejemplos de intervencionismo estatal en función de los objetivos socio-políticos que tiene el Estado fijados. CARRILLO CASTRO afirma que, dentro del virreinato, se crearon organismos precursores de la empresa pública; específicamente, señala el caso del estanco (70), que era objeto de explotación exclusiva del Estado. Más tarde, y como ejemplos también de empresa pública, aparecieron la Casa de la Moneda (1762) y la Fábrica Real de Pólvora (1780) (71). Con Santa Anna, fue desarrollándose en forma más amplia y precisa la intervención estatal en actividades económicas. Una de las principales causas de este intervencionismo post-independiente, radicaba en los esfuerzos que hacía el país para afirmar su soberanía (72). Así, en 1830 se fundó el Banco de Avío para fomentar la industria textil, misma que (al igual que otras industrias) estuvo restringida durante la Colonia (73).

Durante las primeras décadas de este siglo, y aun dominando la ideología liberal (económica, no la política, aunque coincidieran), surgieron empresas estatales "aprovechando las fisuras que las crisis habían creado... se introdujeron como cuñas que teóricamente pretendían fortalecer el mercado" (74).

Es evidente que la intervención del Estado ha ocurrido paulatinamente salvo, como en nuestro país, en aquellos donde una "decisión revolucionaria introdujo un viraje total al rumbo de la economía" (75). Antes de la Revolución mexicana, el Estado participaba únicamente a través de las dependencias centrales del gobierno (76); poco después de la Constitución de 1917, se creó, como dependencia directa de la Presidencia de la República, el de Establecimientos Fabriles; sus instalaciones pasaron a ser propiedad de la cooperativa que constituyeron los trabajadores que en ella prestaban sus servi

cios y que subsiste a la fecha (77). Como principal empresa estatal post-revolucionaria, estaba la compañía de Ferrocarriles Nacionales de México, creada durante 1908 (78).

Formalmente, la actividad industrial y comercial del Estado mexicano se inició en la década de los veintes: el Banco Central fue creado, así como otras instituciones: la Comisión Nacional de Caminos, la Comisión Nacional de Irrigación, etc. (79). Y, por otra parte, en una forma más significativa, la década de los treinta señala el inicio de un intervencionismo directo y sistemático (entre otras "empresas": Banobras, CFE, Nafinsa, Pemex, etc.) (80).

Hacia 1920, existían en México dos empresas estatales, en 1970, 86 - (39 empresas y 47 organismos descentralizados); en 1977 un total de 818 (todo el sector paraestatal); hoy día el número rebasa las 1000 empresas públicas (en sentido lato) (81).

## B. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Dice GARRIGUES que la primera legislación que marca el primer paso de penetración del Estado en las sociedades por acciones, lo es la ley austriaca de 5 de agosto de 1919; el objeto general de esta ley, son las empresas de economía pública o común (82). En México, el 18 de marzo de 1938 se nacionalizó la industria petrolera, y el 8 de junio del mismo año, mediante Decreto se creó el organismo público descentralizado Petróleos Mexicanos. - - Constitucionalmente, se reservó al Estado la explotación de gases e hidrocarburos mediante reformas al artículo 27 durante 1960 (83).

CARRILLO CASTRO distingue dos períodos en los procedimientos y - - mecanismos de vigilancia y control de las empresas públicas (84):

+ 1947-1976: Modelo centralizado. - Se atribuye primero a una Secretaría de Estado, luego a dos y finalmente a tres.

- Dió lugar a "diversos y complicados mecanismos de coordinación entre ellas (las Secretarías), los cuales no siempre lograron resolver los problemas..." (85).

- + 1977- : Modelo descentralizado o sectorial. - La vigilancia y el control "son ejercidos con un criterio integral en tres distintos niveles de operación:
- el global,
  - el sectorial y
  - el institucional" (86).

En 1947 se creó la primera "Ley para el control por parte del gobierno federal, de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal (30 diciembre); de entre sus disposiciones, destaca la distinción de organismos descentralizados y empresas de participación estatal (no empresa pública, según CHUAYFFET) (87). El 27 de enero de 1948, para que la Secretaría de Hacienda pudiera cumplir con las facultades que le otorgaba aquella Ley, se expidió el Decreto que creó la Comisión Nacional de Inversiones (D. O. 31ene48). Los organismos y empresas que habían sido creados (70 en total), quedaron sujetos a la tutela de esa Comisión (88). Hacia 1959, por medio de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado (23dic58), se encomienda a la Secretaría del Patrimonio Nacional, la vigilancia y el control de los entes que no fuesen: instituciones nacionales de crédito (inc), organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y fianzas, las cuales permanecían bajo la tutela de la Secretaría de Hacienda. Es así como en 1959 se creó el Comité Coordinador de las Instituciones Nacionales de Crédito (con miembros de las propias inc) para la elaboración de estudios y normas, así como el fomento de medidas técnicas tendientes a regular las instituciones de crédito (89).

En 1962, y con fin de "ejercer una mayor vigilancia y control sobre los organismos y empresas, fue expedido un Acuerdo Presidencial (D.O. ... 11ago62) que disponía que las empresas públicas organizadas como sociedades anónimas, deberían reunir sus consejos de administración cuando menos una vez al mes, a fin de supervisar adecuadamente el grado de cumplimiento de los programas gubernamentales" (90).

Durante 1965, se hizo necesario actualizar la Ley para el control (de 1947); así, en diciembre de ese año se expidió una nueva, misma que exceptuó expresamente del control a las instituciones crediticias arriba citadas (91). En 1970 aparece la tercera Ley para el control, y sólo exceptuaba de la

fiscalización a las instituciones nacionales de crédito, a las instituciones -- nacionales de seguros y fianzas y a las instituciones docentes y culturales. Este modelo centralizado operó hasta 1976, 'ya que, a partir de 1977... las -- nuevas disposiciones (LOAPF, LPCGP y LGDP) establecieron las bases del -- nuevo modelo descentralizado... el nuevo modelo sectorial, a diferencia del anterior, prevé que la función de programación, coordinación, control y vigilancia de las empresas públicas se realice con un criterio integral, en tres instancias o niveles de operación: el global, el sectorial y el institucional" - (92).

### C. LA UNION SOVIETICA .

La legislación rusa anterior a la Revolución se inspiraba en el sistema de la concesión; este mismo sistema se mantenía en el Código civil de -- 1923. En 1927 se define claramente la intervención del Estado en las sociedades anónimas. Un Decreto de agosto de 1927 da una noción estricta de las -- "sociedades anónimas estatales" y de las "sociedades anónimas mixtas" (93). Las sociedades estatales están sometidas a un doble régimen: de una parte se les considera como empresas del Estado con base comercial, y, en este aspecto, están bajo la tutela del Gobierno\*. De otra parte, en cuanto a su forma, la ley de 1927 las considera especialmente como sociedades anónimas, debiendo obedecer todas las disposiciones que rigen en la materia (94).

SOLA CAÑIZARES afirma que en la Unión Soviética no existen las -- empresas privadas. "Las empresas soviéticas son, pues, establecimientos públicos" (95).

---

\* Las sociedades mixtas se consideran como personas morales de Derecho -- privado y están sometidas al derecho común de las sociedades por acciones. Este régimen es, naturalmente, de constante intervención del Estado.

### 3. DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA.

En los términos de Título Primero de la LOAPF y del artículo 90 de la Constitución, las bases de organización de la Administración Pública Federal, se encuentran en dos grandes ramas:

- la centralizada y
- la paraestatal.

En este orden de ideas, la descentralización (o sector o rama paraestatal) es una forma de organización administrativa de la Administración Pública, consistente en un universo de entes con personalidad jurídica y patrimonio propios, que gozan de AUTONOMIA ORGANICA pero sujetos (hasta cierto punto) a criterios orientadores por parte del sector central (96). DIEZ reconoce en la descentralización, un justo medio entre el centralismo y las aspiraciones de la autonomía; por este procedimiento se distribuye competencia entre personas jurídicas distintas del Estado pero que forman parte del mismo - - (97). Dentro de la doctrina argentina e italiana, y a propósito de la descentralización, se habla de AUTARQUIA (98) y es por esta vía que existe una administración directa (v. infra, n°1 C) de los intereses del Estado y no que los entes autárquicos impliquen una administración indirecta del Estado - - (99).

#### A. CENTRALIZACION Y DESCONCENTRACION.

Dentro del Poder Ejecutivo de la Unión (o Administración Pública Federal) y en el ejercicio de sus atribuciones, así como para el despacho de los negocios del orden administrativo que se le encomiendan, la LOAPF establece que habrá las siguientes dependencias de la Administración Pública centralizada: a) Secretarías de Estado y b) Departamentos Administrativos (art. -

2°) (100). La centralización administrativa consiste, en términos generales, en otorgar la totalidad de las atribuciones a los órganos centrales que tienen el conjunto de poderes de decisión para todo el territorio del Estado (101).

La desconcentración se realiza dentro de la centralización, distinguiéndose de ésta porque se atribuye a los órganos inferiores (nótese que existe JERARQUIA) competencia propia para decidir, aun cuando están siempre sometidos a los órganos centrales que continúan ejerciendo sobre ellos su poder jerárquico. Es de hacer notar que los órganos desconcentrados carecen de personalidad jurídica y patrimonio propios (102).

La centralización como única forma de organización administrativa, conlleva los siguientes graves inconvenientes:

- + conduce al centralismo burocrático, contrario a una dinámica administrativa;
- + impide a los habitantes una mayor esfera de acción;
- + fomenta obstáculos y la burocracia extiende un pedante formalismo procesal,
- + existe el peligro de la injerencia o intromisión política (103).

RUIZ MASSIEU afirma que pueden existir empresas públicas dentro de la centralización y señala como ejemplo el caso de Servicios a la Navegación en el Espacio Aéreo Mexicano (SENEAM) mismo organismo que presta el servicio público antes concesionado a RAMSA (ente de la iniciativa privada) (104).

## B. FORMAS DE DESCENTRALIZACION .

Formalmente, en nuestro país existen dos formas de descentralización administrativa:

- a) institucional (o por servicio), y
- b) territorial (o por región).

La doctrina introduce una tercera forma:

- c) la descentralización por colaboración.

La descentralización institucional obedece a razones de orden financiero y técnico para descongestionar la administración general y asegurar un mejor rendimiento de los servicios mediante una gestión más ágil; por otra parte, los órganos burocráticos centrales no están suficientemente preparados para asumir servicios en gestión directa (105). Esta forma reposa sobre una base técnica (106) toda vez que su actividad denota especialización; en tanto que la descentralización territorial supone una base geográfica y "conduce a la creación de personas jurídicas cuya competencia se determina con base a un territorio" (107).

La descentralización por colaboración surge "cuando la administración se descarga de alguna de sus labores, transfiriendo, en ciertos casos, facultades de decisión, en otros de ejecución y en los demás de preparación, a organizaciones privadas que no forman parte de la administración" (108), de esta manera se permite a dichas organizaciones participar en el ejercicio de la función administrativa.

#### 4. NOCION DE EMPRESA PUBLICA.

De una manera magistral, LESSONA admite que fuera de toda duda, la empresa pública ("siempre usando el sustantivo en sentido empírico") se refleja en cualquier organización o institución del Estado o de otros entes públicos: lo es cualquier persona jurídica dirigida a la satisfacción de un interés público (109). Por su parte, NAVA NEGRETE ve en la empresa pública únicamente una de las formas de gestión económica del Estado (110). FAYA enseña que existe una corriente doctrinal que afirma que la empresa pública es algo extrajurídico y en base a ello formula un concepto diciendo que es una "organización que desarrolla determinadas actividades en el campo de la economía, ya sea mediante la producción o el cambio de bienes o servicios" (111).

En el estudio de la empresa pública (en sentido rústico, silvestre o lego), la estructura jurídica que el Estado convenga —¡hasta una nueva!— pã

ra darle gestor, es irrelevante, así como también lo es el carácter del estatus normativo y de control que se le aplique (112).

#### A. DENOMINACIONES.

La falta de una sistematización legal ha provocado un caos en la nomenclatura del universo paraestatal (constituído por "empresas públicas"); - los cuerpos jurídicos toman instituciones, conceptos, términos, normas, - etc. de las más variadas fuentes, fomentando una carencia de unidad formal de este instituto de raíces económicas pero de efectos jurídicos. Esta interminable serie de denominaciones, ha desorientado y entorpecido la regulación de empresas estatales (113). De esta manera encontramos, entre otros, los siguientes términos utilizados en los diversos ordenamientos aplicables a la empresa pública en México: organismos descentralizados, corporaciones públicas, empresas administradas en forma directa o descentralizada por el gobierno federal, organismos públicos, entidades públicas, empresas de participación estatal, organismos de servicio social; instituto, institución, junta, patronato, compañía, sociedad, empresa, fondo, comisión, fideicomiso, etc. (114).

#### B. ELEMENTOS CARACTERISTICOS.

a) Tienen un origen legal. Generalmente por ley o decreto, aunque, en términos de Derecho público, pueden nacer a la vida paraestatal mediante un acto administrativo: un acuerdo. Esto es, en el caso de una sociedad privada que explota determinada actividad y que por equis causa pasa total o parcialmente a poder del Estado o de otra entidad pública; a pesar de su previa existencia, para convertirse en "empresa pública" requiere de un acto de autoridad (no necesariamente de soberanía) que así lo formalice.

b) Patrimonio propio. Toda "empresa pública" llámese organismo público descentralizado, empresa de participación estatal, institución o sociedad nacional de crédito, instituto autónomo público (¿Infonavit?), etc., tie-

ne su propio patrimonio desligado de los recursos del Estado (115). Ahora - bien, generalmente existe un aporte patrimonial del Estado, y los bienes propiedad del instituto paraestatal son públicos con todas las consecuencias que tal característica trae consigo (116).

© Personalidad jurídica. Esta personalidad es distinta a la del Estado. En este punto abriré un pequeño paréntesis para aludir a la importancia de la personalidad jurídica presente en los institutos paraestatales. FERRARA introdujo tres principales criterios para clasificar las personas jurídicas de esta manera: 1. Según su estructura: corporaciones e instituciones; 2. - Según su capacidad jurídica: públicas y privadas, y 3. Según su nacionalidad: nacionales y extranjeras (117). Nuestro Código civil (art. 25 III) les otorga personalidad jurídica a todas las "corporaciones de carácter público reconocidas por la ley". BARRERA GRAF comenta que el catálogo de personas morales incluido en el art. 25, "no contiene a todas las personas morales que nuestro derecho reconoce expresamente (p. e. las fundaciones, art. 4º Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el D.F.), ni que las que enumera siempre son, en realidad, personas morales. Ni están pues, todas las que son, ni son todas las que están" (118).

Esta personalidad jurídica les permite realizar sus fines a base de - una correcta técnica administrativa. DEMICHEL dice que la personalidad pública es una noción 'política': "los organismos públicos determinan el ámbito de intervención del Estado" (119). Véase en MOSSA la relevancia de la personalidad jurídica de los entes públicos: "La prima condizione per la esistenza di una impresa nazionalizzata, sia creazione ex novo o derivazione da - - - - - altra, è quella della personalità giuridica. La personalità giuridica è l'attributo delle società per azioni od a responsabilità limitata. Ma la personalità - - - - - diventa l'attributo di ogni impresa economica, particolarmente di imprese - - - - - grandi come quelle destinate ad un servizio pubblico ed imponente. NON È - - - - - PIU' NECESSARIO DI RIVESTIRE LA IMPRESA CON IL MANTELLO DELLA SOCIETÀ, DELLA SOCIETÀ CAPITALISTICA" (120).

d) Objetivo económico. Sus actividades deben estar relacionadas con los fines de interés general del Estado; es decir, ejercer una actividad comercial o industrial (producir bienes o servicios) para satisfacer necesidades colectivas (121) (v. art. 2º II Ley control).

En función de sus actividades, las entidades paraestatales estarán bajo la coordinación de las Secretarías de Estado o Deptos. Administrativos -- (art. 50 LOAPF). Asimismo, estos entes enmarcan su actividad bajo el principio de legalidad. Sus relaciones y situaciones jurídicas están sujetas a lo que determinen expresamente las leyes (122).

Como consecuencia de esta actividad --observa DIEZ--, la "empresa pública", obtiene una utilidad, pero el fin que persigue no es necesariamente lucrativo; el ideal es establecer un equilibrio entre los ingresos y los gastos en beneficio de los consumidores o usuarios; "la devolución del lucro se realiza con fines de utilidad general" (123).

Ⓔ Autonomía operativa. El ente paraestatal responde por sí y ante sí de la gestión de la propia empresa: debe tener autonomía frente al Estado -- (124).

Ⓕ Estar sujeta a la vigilancia y control por parte del Estado.

Estas características deben entenderse como globales, ya que cada caso en particular suministrará elementos diferentes que vengán a adherirse a las descritas.

### C. CONCEPTO.

Existe imprecisión sobre un consenso general que señale los parámetros para formular un concepto (aunque no agudo) de la "empresa pública". En el punto correlativo de la empresa en general (supra, cap. II, n° 5) quedó establecido el vano intento hecho por los tratadistas para lograr un concepto jurídico de empresa. En el caso que me ocupo, tal dificultad es aún mayor si aceptamos que pueden existir dos vías para considerar la voz "empresa pública"; esto es, por una parte (empíricus sensu) verla como ente (persona, institución, organismo, etc.) público paraestatal (salvo el caso citado -- por RUIZ MASS IEU: "SENEAM" --v. retro n° 3 A-- quien afirma que puede haber "empresas públicas" dentro de la administración centralizada --caso -- que veo con ciertas reservas--), y por otra, como empresa en sí (no la Unternehmen an sich), con la particularidad de ser pública.

Esta falta de unidad de criterio doctrinal (ya que "no existe propiamente una definición constitucional ni legal de la empresa pública") (125) obedece a la novedad que aún no digiere la dogmática del derecho administrativo - clásico en el sentido de la intervención y rectoría económica del Estado en actividades antes reservadas a los particulares (126).

1. Concepto amplio. - De lo expuesto en párrafos anteriores y de la propia designación del presente capítulo, se desprende que, a pesar del -- barbarismo jurídico que supone, la empresa pública es todo aquel organismo sin importar la estructura o tipo que adopte el ente público, perteneciente al sector paraestatal (administración descentralizada), que goza de autonomía operativa para la consecución de objetivos económicos destinados a satisfacer una necesidad pública colectiva y que están sujetos a control y supervisión por parte de la Administración Central.

Este concepto, puede adolecer del hecho de no ser pura y estrictamente jurídico, pero reconoce una realidad administrativa y además engloba diversos elementos que la tradición doctrinal propone (127).

2. Concepto restringido (o sentido correcto). - Asegura CHU--AYFFET que el de empresa pública es un concepto económico; su género próximo --dice-- se refiere a la organización de los factores de la producción -- (v. cap. 11, --retro-- el concepto que de empresa construyo; ése es su género próximo), en tanto que su diferencia específica "la configuran la presencia del Estado en dicha organización y el interés público que reviste la actividad generada por la empresa" (128). El carácter público de estas empresas, no deriva del régimen jurídico a que se someten, pues algunas son regladas por normas de derecho común y otras por normas de derecho público, o ambas clases de normas a la vez; tal carácter es resultado de la propiedad pública de los bienes afectos a la explotación de actividades de interés público, así como de la naturaleza que le insufla su titular: persona pública "instrumento" del Estado (129).

Gran parte de los administrativistas coinciden en señalar que sólo -- pueden considerarse empresas públicas aquellas empresas sometidas a un régimen jurídico-público (130), aunque, formalmente se apliquen normas -- del fuero común.

## 5. CLASES DE EMPRESA PUBLICA .

"La administración pública paraestatal, constituye uno de los instrumentos básicos del Estado como rector del desarrollo" (131), y es de esta manera como la gestión empresarial del Estado abarca los más variados campos del sector comercial e industrial en base a entidades creadas ad-hoc para llevar a cabo esas funciones. BARQUIN renuncia a hacer una relación de la amplísima gama de actividades a que hago referencia, pero no sería una exageración decir que "se extiende a una variedad tal que desafía la imaginación más exuberante" (132). Es por ello que no es muy factible aplicar a las nuevas estructuras y nuevos tipos de actividad que en función de ese factor de desarrollo van apareciendo, un ordenamiento sistemático y eficiente que, para un distinto tipo de administración existía en el pasado (133). Sin embargo, sí es posible tratar de establecer los grupos en los que pueden recogerse las actividades económicas de los entes públicos, así como también en qué casos atribuir la naturaleza de empresa pública en particular a las diversas formas de ejercicio de dichas actividades (134).

LESSONA agrupa así las GESTIONES ECONOMICAS PUBLICAS:

- Ⓐ Gestiones que entran directamente en la organización estatal, como administraciones autónomas o como administraciones estatales con personalidad jurídica;
- Ⓑ Intervención del Estado o de otros entes públicos en empresas privadas, mediante el llamado accionariado de Estado, que confiere al mismo, una parte, mayoritaria o minoritaria, del capital social;
- Ⓒ Creación de entes apropiados para gestionar la participación del Estado en empresas privadas o creación de entes que directamente gestionen empresas económicas (135).

## A. ESQUEMA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA PARAESTATAL .

El Sector Público está integrado por una serie compleja de componentes; siendo el Estado (como persona jurídica) el principal de ellos; a su lado se encuentran las demás organizaciones a que he venido haciendo referencia y de cuya totalidad deriva la Administración Pública Federal. Muy importante es destacar que la administración pública en sentido formal, comprende todos los sujetos titulares de potestad pública (136); así como tampoco puede ser equiparada al Poder Ejecutivo.

La LOAPF en su artículo 1º establece que la Administración Pública Paraestatal se compone por 1 los organismos descentralizados, 2 las empresas de participación estatal (el art. 46 de la propia Ley incluye dentro de estas "empresas" a las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las sociedades nacionales de crédito y las instituciones nacionales de seguros y fianzas) totalitaria, mayoritaria o minoritaria, y 3 los fideicomisos establecidos por la administración pública centralizada (siempre será fideicomitente único la Secretaría de Programación y Presupuesto en tratándose de la centralizada —art. 49—), así como por los entes paraestatales.

Es de hacer notar la falta de técnica legislativa en la que incurre el legislador: en los arts. 1º y 3º separa las empresas de participación estatal y los entes públicos financieros; en el art. 46 incluye éstos en aquéllos, apareciendo como novedad la sociedad nacional de crédito asimilada a la empresa de participación estatal, siendo que en el art. 1º, tácitamente se incluye como institución nacional de crédito.

Considero que UNA CORRECTA Y TECNICA DIVISION DE LOS ENTES\* QUE COMPONEN LA ADMINISTRACION PUBLICA PARAESTATAL es aquella que distinga:

- ① Organismos descentralizados (v. infra nº sig.).
- ② Sociedades nacionales (v. cap. IV).

\* "Empresa pública" lato sensu. Señala BARQUIN que "... me propongo - -

Desde ahora les niego el carácter de "entes" (o de "empresa pública" en sentido lato —v. retro n° 4 B—) a los fideicomisos públicos; en última instancia serán empresa pública en su sentido más estricto (137).

Estos entes podrán ser agrupados por el Presidente de la República -- (art. 50 LOAPF y arts. ss.) en sectores definidos teniendo como vértice una Secretaría de Estado o Departamento Administrativo, cuyo titular es el coordinador del sector correspondiente.

## B. NOMENCLATURA .

Ha quedado establecida la existencia del caos que en la nomenclatura ha provocado la proliferación de legislaciones relativas a la "empresa pública" (retro 4 A). Así, en este punto trataré de agrupar las diversas denominaciones dentro de un sistema coherente.

En primer lugar, sostengo que no puede existir el concepto "empresa centralizada" (138), toda vez que el Estado cumplirá con sus funciones (que no servicios) a través de sus dependencias jerarquizadas (no autárquicas --v. nota 124—) en las que hace notar todas sus atribuciones y poderes de --decisión; el Estado no es empresario (aunque sí puede ser propietario de empresas, y por ese hecho, éstas serán públicas) así como tampoco organizará sus diversas dependencias en forma de empresa (no hay que perder de vista la ACTIVIDAD desarrollada por el empresario como uno de los elementos característicos de la empresa —v. supra cap. II, 2 -caracterización-, y nota -20— ya que, unánime es considerar la empresa como un centro de imputa--

---

usar indistintamente el término 'Empresa Pública', en su sentido más lato, como sinónimo de entes paraestatales, de tal manera que incluya los diversos tipos de entidades públicas que NO PERTENECEN A LA ADMON. CENTRAL'. Manuel Barquín Álvarez, Las empresas públicas, en ANUARIO JURIDICO, -vol. VII, UNAM, p. 13.

ción de actividades (no funciones) económicas (en el sentido más comercial e industrial que pueda dársele al término "económico") (cfr. función pública y servicio público, cap. 11, 2 C 1, y notas 62, 63, 64 y 65). Dentro de esta ficticia "empresa centralizada", FERNANDEZ RUIZ alude al Departamento Administrativo dándole aquél carácter (139).

El ESTABLECIMIENTO PUBLICO (según HAURIOU, Précis de droit administratif) es un miembro del Estado y participa en mayor o menor grado -- del poder público: forma parte de la organización general de la Administración (yo le añado: pública paraestatal; esto es, como sinónimo de "empresa pública", que al fin y al cabo, en la práctica lo es). El ESTABLECIMIENTO DE UTILIDAD PUBLICA es un establecimiento privado (establecimiento como institución, no como elemento de la empresa) no incorporado a la administración (v. servicios públicos por colaboración) (140).

En fin, SERRA ROJAS relaciona lo que él considera las principales -- personas jurídicas de derecho público:

- + el Estado;
- + las entidades federativas;
- + las instituciones (v. cap. 1 4 nota 113, no como persona, sino como permanencia) centralizadas (DDF);
- + los municipios;
- + las instituciones descentralizadas;
- + las personas privadas de interés público (no confundir esta -- expresión con la de "establecimiento de utilidad pública". A mi juicio, se refiere a las sociedades nacionales), reguladas en principio por la legislación común, y con -- una legislación administrativa adicional y a veces circunstancial, que sin interferir en sus actividades, declara su actuación de interés público,
- + las demás instituciones que el Estado crea para realizar otros propósitos (141).

La doctrina utiliza diferentes términos para identificar instituciones que en otros países tienen las mismas características. Cada autor emplea -- las de su agrado impidiendo de esta manera la uniformidad, aunque, sin embargo coinciden en la especie. Dentro de los que nosotros entendemos por

organismo descentralizado, aparecen como sinónimos: "ente público" o "Comisión" (142), "organismo autónomo", "servicio administrativo", "etc."; - por sociedad nacional: "empresas nacionales", "sociedades de participación estatal", "sociedades de Estado", etc.

En resumen, dos son las denominaciones que en México deben adoptarse para la "empresa pública":

a) Organismo descentralizado, y

b) sociedades nacionales. Ya en lo particular no hay nada que impida emplear los términos que se consideren adecuados para individualizar a un organismo descentralizado o a una sociedad nacional (v. n.º 4 A).

### C. TIPOS Y ESTRUCTURAS JURIDICAS DE LA "EMPRESA PUBLICA".

En el precedente inciso he hecho hincapié de que el Estado no es ni puede ser empresario, es por ello que para la gestión de las empresas públicas (stricto sensu) ha menester de los mecanismos apropiados, de tal manera que el Estado "delega" sus derechos empresariales en personas jurídicas creadas ad-hoc (por el propio Estado, ya como promotor, ya como fundador o creador) para tal efecto (143). De ahí que lo correcto sería titular este apartado como "tipos adoptados por el empresario público", empero, conservo la expresión "empresa pública" por lo descriptivo de la misma y porque, en determinado tipo o estructura (modelo, figura, etc.) será identificado con una de las clases de la "empresa pública"; esto es, la sociedad de economía mixta es una especie de la categoría sociedad nacional, a su vez, clase de "empresa pública" (la SNC es un tipo -nuevo- de sociedad mercantil, y al mismo tiempo una sub-clase -porque pertenece a la categoría de sociedad nacional, a su vez clase de "empresa pública"- de "empresa pública").

GARCIA-TREVIJANO sostiene que, conveniente es puntualizar la distinción que existe entre la forma de organizarse el servicio y la naturaleza de la relación que se entabla. La redacción "formas jurídicas de la Administración Pública", puede suponer confusión, ya que puede referirse a:

- + formas de organización, como a
- + formas de actuación (144).

Sustenta BROSETA PONT que un criterio óptimo desde el punto de vista jurídico para clasificar las distintas clases de estructura que puede adoptar el empresario público, es aquel que lo hace según LA NATURALEZA DEL ENTE O DE LA PERSONA JURIDICA TITULAR DE TAL EMPRESA (145); en ese sentido, las empresas públicas pueden explotarse:

1. por gestión de un ente público de naturaleza jurídica político-territorial (Provincia o Municipio);
2. por gestión de un ente público expresamente constituido para el ejercicio de la empresa (RENFE);
3. por gestión de una sociedad mercantil, en la cual tienen participación total o parcial del Estado u otro ente de derecho público (146).

Nuestro derecho positivo no señala tipos o estructuras determinadas que deben adoptar los empresarios públicos (v. cap. IV "sistematización normativa" y cap. VI 4 B pfo. 2) por lo que en la práctica se recurre a una diversidad exuberante de formas jurídicas dentro de la Administración Pública Paraestatal (147).

Ultimamente, a partir de la década de los cuarentas, apareció el llamado accionariado de Estado. MOSSA lo describe así: "Dalle forma singolari, specificamente costruite di impresa miste, si pasa a forme generali di impresa miste. Allora la denominazione si muta e si arriva subitamente all'azionariato di Stato. Così è arrivato, all'azionariato di Stato il regime sovietico, quale una forma generale ma intermedia tra la impresa ad economia mista e l'impresa pubblica propria" (148). En este punto, conviene MOSSA que, para la organización de la empresa pública o nacionalizada, debe crearse una "tipica forma sociale come quella della società per azioni" (149); asimismo, no debe confundirse el fondo social que implica aquella empresa con la forma tradicional de la sociedad por acciones o de responsabilidad limitada (150).

De lo expuesto en el anterior párrafo se advierte en los empresarios públicos la influencia de los tipos sociales de naturaleza mercantil, no solamente como estructura, sino aportando instituciones propias de las sociedades comerciales como lo son, principalmente, los órganos de la s.a. (151), y la misma sociedad anónima en su totalidad con ligeras (!) variantes públicas. Este tipo social es eficaz tanto para la sociedad de Estado o pública ("so-

ciudad anónima pública unipersonal" —de origen o superveniente— como le llama BROSETA PONT) (152), como para la sociedad de economía mixta.

#### D. PROBLEMAS A LOS QUE DA LUGAR LA ELECCION DE LA S. A. COMO TIPO PARA LA "EMPRESA PUBLICA".

Bajo reserva de ampliar el presente inciso en el punto relativo a la naturaleza de la sociedad nacional (cap. IV 5), anticipo junto a BROSETA PONT, el planteamiento de dos problemas fundamentales (153):

1° El régimen positivo de la persona jurídica creada. - Ese régimen jurídico parece formalmente resuelto (en España) en la Ley de Régimen Local (LRL), en la Ley de Entidades estatales autónomas (LEEA) y en las disposiciones específicas del Instituto Nacional de Industria (INI): las sociedades anónimas nacionales se rigen tanto por el derecho mercantil, civil y del trabajo, salvo lo establecido en disposiciones administrativas generales (LRL y LEEA) y en las especiales que les son aplicables (154).

2° El de la verdadera naturaleza del ente creado. - Este está condicionado por el primero, y la solución depende de la de aquél: hasta qué punto puede decirse que las personas jurídicas creadas son verdaderamente sociedades anónimas, si la sumisión a su régimen jurídico es prácticamente nula: ¿De qué sirve afirmar formalmente que nos encontramos ante una sociedad anónima, si desde un punto de vista sustancial son tantas las derogaciones que de ella casi nada subsiste? (155).

En México el problema no alcanza, en términos generales, mucha importancia ya que, si no formalmente, en la práctica se busca sujetar las sociedades nacionales a un régimen común salvo las disposiciones específicas que establecen lo contrario. En relación a la verdadera naturaleza, debe analizarse cada caso en particular, y AUN DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO UN DETERMINADO TIPO DE EMPRESA PUBLICA PUEDE SER ANALIZADO MEDIANTE UNA DOBLE OPTICA: DE DERECHO PUBLICO (ADMINISTRATIVO) Y DE DERECHO COMUN (generalmente el mercantil). Obviamente, habrá creaciones del derecho público que choquen con los dogmatismos tradicionales —del mercantil (o civil, y hasta laboral o notarial) y uno, al tratar de estudiar

determinado instituto de origen publicista pretenda (las más de las veces) infructuosamente someterlo a un molde privatista, con el consiguiente rechazo (causado por la frustración) de ese instituto, señalándolo como herejía o vacilada jurídica que, "como broma, está bien".

Así como el Poder Público toma instituciones del derecho privado para "disfrazar" los organismos por él creados, saludable es que el derecho común acoja en su seno las variaciones que considere eficaces para el desarrollo y dinámica de sus propias creaciones.

#### E. CREACION DE LAS "EMPRESAS PUBLICAS".

A lo largo del presente capítulo he insistido en la falta de una sistematización para el surgimiento de entidades y centros de actividades públicas lo suficientemente habilitadas para una correcta intervención estatal en materia comercial e industrial. Algunas empresas públicas han sido creadas directamente por el Estado, otras, a través de legislaciones, algunas más por vías de hecho. Unas veces dotándoles de una especial estructura, otras mediante conversiones superficiales, etc. Este variado proceder ha respondido a diversas causas coyunturales y contingencias de toda índole (156).

Existe un debate doctrinal sobre si la verdadera fuente generadora (formal) de la empresa pública debe ser la Ley o cualquier otro acto de autoridad por parte del Estado. DIEZ anticipa que para que exista la descentralización administrativa, ha menester previo que el legislador "reconozca la existencia autónoma de ciertos intereses de carácter general, pero de una generalidad menos amplia que aquella que el Estado tiene a su cuidado" (157). La verdad es que la "empresa pública" PUEDE PRESENTARSE:

1. Por creación (fundación, constitución, por parte del Estado, del legislador, etc. —ese es otro problema—).
2. Por adquisición (cualquiera de sus formas: expropiación, —estatización, nacionalización—); en este caso se podrá optar por realizar cambios estructurales, superficiales, o mantener el tipo y características con las que venía operando la ahora "empresa pública". (158).

Puede surgir el caso de que se adquiera una determinada empresa - (inclusive su titular) y se cree un nuevo ente público que se haga cargo de su gestión.

Hemos de ver que en México surgen a la vida jurídica en diferente -- forma, el organismo descentralizado y la sociedad nacional (aunque puedan coincidir alguna vez en su manera de creación y en su tipo organizativo; y -- aún más, en el supuesto de la sociedad pública, establecer diferencias sustanciales entre ésta y el organismo descentralizado con tipo de s. a., es tarea no apta para sustentantes a nivel de licenciatura). La Ley para el control establece en su art. 2º dos medios para la creación de organismos descentralizados:

- a mediante leyes expedidas por el Congreso de la Unión.
- b por el Ejecutivo Federal en ejercicio de sus facultades administrativas (art. 89 Const.).

SERRA ROJAS opina (a pesar de la letra de la Ley citada) que sólo una ley puede crear un organismo descentralizado... el propio artículo 25 II del Código Civil, reconoce... 'las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la LEY' "(159). Argumenta DIEZ (quien opina lo mismo) que "la actividad administrativa se realiza subordinada al orden jurídico establecido; ningún órgano administrativo puede ejercer otras atribuciones sino aquellas que le ha conferido el legislador" (160) (v. también retro, n° 1 B in fine). VILORIA dice que el Estado no crea por vía legal una persona jurídica, sino que acude a una forma jurídica preexistente y procede a realizar el acto fundacional necesario para dar vida jurídica ('dentro del derecho común') a -- una persona que se ocupará de realizar determinados fines (161). CARRILLO CASTRO y RUIZ MASSIEU admiten que la formación de los organismos descentralizados recae sobre los órganos legislativo y ejecutivo "SIN INTERMEDIACION DE ACTOS EXTERNOS AL DERECHO ADMINISTRATIVO" (162). En lo personal interpreto restringidamente el espíritu del citado art. 2º en el sentido de que, indistintamente, un organismo descentralizado (sea el que fuere, así como de cualquier tipo que adopte) puede ser constituido por el Congreso de la Unión (Ley) o por el Ejecutivo Federal (Decreto).

En tratándose de sociedades nacionales (100% del Estado --u otro (s) -- ente público-- así como mixtas --ya participación mayoritaria o minoritaria --

del Estado—) la forma de creación se amplía tanto como las propias facultades de los titulares de la Administración Pública (centralizada y paraestatal); esto es, tanto del Presidente de la República como los Consejeros de alguna sociedad nacional pueden proceder a la constitución o adquisición, etc. de otra sociedad nacional, siempre y cuando (obviamente) esté dentro de sus facultades (legales en el primer caso y estatutarias en el segundo). Así, RUIZ MASSIEU considera que estos entes no son creados directamente por un acto de autoridad, sino que "es necesario observar el procedimiento y los requisitos de la legislación aplicable" (163). Señala que "en el acto estatal se autoriza... al Ejecutivo Federal o a un funcionario administrativo a llevar a cabo los actos para constituir la empresa" (164). Aquellos que sostienen que aun las empresas paraestatales deben crearse siempre por medio de una ley, argumentan que la Constitución no autoriza al Ejecutivo Federal para crearlas. "En efecto, la Constitución no faculta al Ejecutivo, pero tampoco se lo prohíbe" (165). En lo que respecta a los ESTATUTOS de estas sociedades, ellos derivan de un acto de imperio unilateral del ente público y no de una expresión de acuerdo de los fundadores (166). RIPERT y MOSSA afirman la existencia de un fenómeno de TRASPOSICION Y NO APLICACION DEL DERECHO DE LAS SOCIEDADES (Tratado elemental del derecho de sociedades) (167).

Muy acertada la solución española para crear entes paraestatales: "En España, el Estado no ha creado en el gran número de los casos, las empresas públicas directamente, sino que creó un organismo intermedio denominado Instituto Nacional de Industria (INI), que actúa como instrumento de creación de empresas públicas y que por definición 'es una entidad de Derecho Público, dotado de capacidad económica y personalidad jurídica tan amplia como en Derecho sea necesario' (art. 1º Ley de 1941)" (168).

— Técnicas de adquisición (la nacionalización).—

La nacionalización sugiere la adquisición por parte del Estado de empresas ya creadas; sin embargo no hay que olvidar que lo que se nacionaliza es la actividad a que está (n) afectada determinada empresa (v. supra II, 4 A y B, sobre todo las vías que NOVOA señala para que el Estado —lato sensu— asuma la gestión de la actividad nacionalizada). Cuando el Estado considera oportuno nacionalizar una actividad y pretende seguir explotándola, general

mente recurre a una de las siguientes técnicas (y de ella aparecerá una "empresa pública" o ente paraestatal):

1. Expropiación de las acciones (muy usual es que los particulares adopten el tipo de sociedad anónima para llevar a cabo sus fines), manteniendo intacta la estructura social, en cuanto a su fachada exterior (169).
2. Expropiando la hacienda de la empresa, así como el activo de la sociedad, mediante indemnización a ésta (170).

En ambos casos aparece lo que RIPERT denomina régie nationale: se conserva la estructura de sociedad comercial y el Estado crea un organismo nuevo a base de la fusión de "empresas privadas nacionalizadas" o bien ha conservado las antiguas "empresas" con su individualidad: "el mecanismo jurídico de las sociedades se ha modificado para adaptarse a la nueva situación creada por la desaparición de los accionistas, pero en las relaciones con la clientela nada se ha modificado" (171). Comenta SOLA CAÑIZARES -- que las nacionalizaciones han constituido una fórmula que es una consecuencia de las ideas políticas, económicas y sociales de la actualidad (172).

La "empresa" nacionalizada de hecho ha sido sometida a un régimen jurídico que el legislador ha querido aproximar al derecho privado, por lo -- que aún no significa formalmente una categoría jurídica específica (173). -- "En México (apunta NAVA NEGRETE), después de 'nacionalizarse' la Compañía Mexicana de Luz y Fuerza Motriz, S.A., la 'empresa' ha seguido bajo el régimen jurídico propio de su estructura de Sociedad Anónima, aunque de sociedad ya no tenga nada" (174).

## 6. EL ORGANISMO DESCENTRALIZADO.

Esta institución de derecho público conceptuada en la LOAPF y en la Ley para el control es el más patente ejemplo de persona pública descentralizada de 'a Administración Pública en estricto sentido; esto es, no admite la

participación económica de la iniciativa privada en su patrimonio de ninguna manera. Hablar de organismo descentralizado ante legos, es identificarlo con una "empresa" 100% del Estado. Ya en su vida práctica, puede ser tan autónomo y eficaz como cualquier otra persona; el hecho de que pueda adoptar cualquier estructura legal (aun tipos sociales), pasa desapercibido para la mayoría de los estudiantes, quienes creen que "organismo descentralizado" es una clase de agrupación administrativa específica y típica; esto es, -- una estructura grupal "diferente" de la sociedad en general. La realidad es que el organismo descentralizado es una clase de empresa pública (lato sensu) con fines específicos y estructura patrimonial sui generis\*. Ahora -- -- bien, los organismos descentralizados como personas jurídicas, de hecho -- (ex post facto) EVADEN LOS TIPOS SOCIETARIOS para organizarse internamente de las más variadas formas, por ejemplo la tripartita (Gobierno, sector social -- obreros, campesinos... -- e iniciativa privada) pero con alta injerencia estatal; y la exclusivamente estatal (eso sí, con un vasto número de consejeros de los más versátiles sectores) a base de representantes de las diversas dependencias del Ejecutivo.

Los organismos descentralizados (en mayor proporción que las sociedades nacionales) se encargan de llevar a cabo altos cometidos estatales, que por su propia naturaleza requieren de procedimientos técnicos sólo o más fácilmente al alcance de funcionarios con una preparación especial (175), así como de un mayor sentido publicístico. Su actividad -- observa MARQUET -- GUERRERO -- "es muy importante para el país, pues constituyen una fuente de ingresos segura y abundante, como sujetos de derecho tributario; son -- una fuente de trabajo para numerosas personas de diversas especialidades, y prestan además un servicio público a costos y precios razonables para el pueblo" (176).

En un principio el organismo descentralizado se ocupaba exclusiva-

---

\* Con ello no quiero evadir la naturaleza de su patrimonio, sino resaltar -- que éste se forma en el organismo descentralizado en una forma particular y prevista por la ley.

mente de servicios administrativos, al ir evolucionando la intervención económica del Estado, sus actividades recayeron también en los servicios comerciales e industriales (v. nota 113). Asimismo, ya en la legislación actual, -- su actividad puede seguir siendo no solamente en relación con servicios públicos administrativos, sino también de índole económica; en este supuesto, la propia ley limita este campo a la explotación de bienes o recursos nacionales (art. 2º11 Ley control). EN FUNCION DEL SERVICIO distingo al organismo descentralizado de la sociedad nacional (otro criterio, y tal vez el más claro es aquel en donde, bajo cualquier circunstancia, la sociedad nacional -- adopta un tipo social --ya preexistente, ya de nueva creación --lato sensu--; en tanto que el organismo descentralizado puede adoptar --o ser precursor-- cualquier estructura autónoma\* institucional); esto es, la esfera de actividades de la sociedad nacional es amplísima, mientras que la del organismo, -- inexorablemente se sujeta a los dispuesto por el art. 2º11 Ley control.

En términos generales, el organismo descentralizado es una persona jurídica paraestatal capaz de administrarse a sí misma y dirigida a cumplir -- fines públicos específicos (177) en base de un nivel de técnica especializada, es decir, son sujetos descentralizados de la Administración Pública (pero -- que pertenecen a ella, insertos en ella, inscriptos) a quienes la ley (emanada del Congreso o Decreto del Ejecutivo) les confía un objeto o fin determinado y circunscrito a una orientación puramente pública, dotándoseles de una autonomía tanto orgánica como económica (178).

El derecho comparado y la doctrina nos ofrecen diversas denominaciones (cada una en su Nación) del organismo descentralizado: instituto autónomo empresarial (Venezuela), instituciones públicas autónomas o cuerpos de administración autónomos (Alemania), entidades autárquicas, o ente autárquico (Argentina), establecimiento público (Francia -- existe también el establecimiento público en Argentina, pero como apunto arriba (v. prestación de

---

\* Autónoma, en este sentido como sinónimo de autárquico, y en ciertos casos, también como autonormativo.

un servicio público), éste es una variante del ente autárquico u organismo descentralizado—), enti pubblici-economici (Italia), etc.

#### A. CARACTERES\*.

a. Por su origen. Son instituciones creadas por ley del Congreso - de la Unión o Decreto del Ejecutivo Federal en ejercicio de sus facultades administrativas. VILORIA insiste en que no es posible que encuentren su origen en un decreto del Ejecutivo (179).

b. Tienen personalidad jurídica propia, surgida ope legis: con la - Ley o Decreto de creación se perfecciona el otorgamiento de la personalidad - jurídica "sin que sea necesario otro acto posterior complementario" (180) (v. notas 163, 164 y 165).

c. Patrimonio propio. Ello implica autonomía financiera. Este patrimonio es independiente de la Hacienda Pública (stricto sensu), aunque no - deja de ser público toda vez que DEBE CONSTITUIRSE ("total o, parcialmen - te" —este "parcialmente" no debe interpretarse como una eventual participa - ción de la iniciativa privada; sino a que puede constituirse con la participa - ción de varias entidades públicas— limitado a fondos o bienes federales o de otros organismos descentralizados):

1. Con fondos o bienes:
  - federales o
  - de otros organismos descentralizados.
2. Asignaciones.
3. Subsidios.
4. Concesiones.
5. Derechos que:
  - aporte u
  - otorgue } el Gobierno Federal.
6. Con el rendimiento de un impuesto específico.

---

\* V. también los genéricos, retro, III 4 B.

d. Pueden adoptar cualquier tipo o estructura legal (evidentemente esa "cualquier estructura" será siempre legal en función de su origen). El organismo descentralizado no está sujeto a ninguna "forma" en particular. La Ley o Decreto que lo crea, precisa su organización tanto administrativa, - ejecutoria como también decisoria; estos tres conceptos los toma simétrica- mente de la sociedad por acciones (v. cap. 19 A); esto es, tiene una organi- cidad similar en función de su "ley" de origen. Generalmente sus órganos - son calculados para responder a las "sugerencias" de la Administración cen- tral, mediante unainjerencia definitiva por parte del Estado. Quede claro que el organismo descentralizado NO ES EN SI NI POR SI UNA "FORMA" ORGANI- CA O UNA ESTRUCTURA TIPICA, pero puede coincidir con la de otros, sin - por ello perder aquella organicidad singular y propia (única).

El organismo descentralizado puede constituirse como sociedad por ac- ciones; en este caso, es evidente que el Estado es el único socio (que no pro- pietario ni empresario), y en esa calidad de accionista único, puede manejar al organismo de una manera más dinámica.

Es oportuno comentar que esta característica (de versatilidad estruc- tural) es solamente formal, que en la práctica no reviste el mayor interés, - así como tampoco será en función de su estructura como se estudie su natu- raleza.

e. Por su objeto o fin. Su actividad reviste siempre caracteres de in- terés general y no de un sector determinado; sus funciones son públicas y - sin ánimo lucrativo (181).

En base a esta característica es como el organismo descentralizado - - (ente autárquico) se distingue de una figura bastante propiñcua a él dentro de la doctrina franco-argentina; el ESTABLECIMIENTO PUBLICO. En efecto, afirma DIEZ que éstos pueden diferenciarse entre sí; "... tanto unos como otros tienen personalidad jurídica de derecho público, autonomía financiera y desarrollan fines públicos... es característica de los establecimientos pú- blicos la de estar afectados a la prestación de un servicio público, mientras que puede ocurrir que UN ENTE AUTARQUICO INSTITUCIONAL (organismo - descentralizado) NO ESTE AFECTADO A LA PRESTACION DE UN SERVICIO PU- BLICO" (182). De esta manera es como JEZE caracteriza al establecimiento - - público:

- hay un servicio público;
- hay un patrimonio propio afecto a los gastos de ese servicio - (183).

La fracción II del art. 2º Ley control establece que el objeto o fines - del organismo descentralizado deben ser:

- + la prestación de un servicio público o social, o
- + la explotación de bienes o recursos naturales (es en este pun - to que se admite que los organismos descentralizados - - realicen no sólo actividades administrativas o de ser - - vicio público, sino también industriales o comerciales, - pero siempre limitadas a la explotación de los bienes men - cionados) (184), o
- + la investigación científica o tecnológica, o
- + la obtención y aplicación de recursos para asistencia o segu - ridad social.

Para este efecto, siempre contará con una alta especialización técni - ca.

f. Por su régimen. Eminentemente es de derecho público, aunque admite, sobre todo en su estructura y en cuanto a sus relaciones de coordi - nación con los particulares, la aplicación del derecho común. Ahora bien, - cada organismo descentralizado tiene su régimen particular (185). Normal - mente, ese régimen particular viene dado en su respectiva ley de creación - (casuismo jurídico) (186).

En caso de litigio, su jurisdicción es la siguiente:

- + iure imperii (en los casos que estén dotados de ejercicio de -- cierto poder de imperium, es decir, que obren en virtud de una delegatio estatal); contencioso-administrativo;
- + iure gestionis: tribunales ordinarios (187).

## + NOTAS.

1. Cfr. Gaetano Stamatí, La empresa pública en el marco de la acción económica de Estado, en la EMPRESA PUBLICA, t. I, p. 44.
2. V. Alejandro Carrillo Castro, La regulación jurídico administrativa de la empresa pública en México, en ANUARIO JURIDICO, n° VIII, p. 75.
3. Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial comparado, t. - - III, pp. 507-508.
4. *Ibíd.*, t. II, p. 79. En los posteriores incisos del presente punto, se explican más detalladamente las causas (v. B, D, E y F).
5. *Id.* Obviamente (en la mayoría de los casos) se trata de emisarios del pasado, de minorías oligárquicas, quienes, con aviesos fines sini. ros e imperialistas, detractan los esfuerzos que con tan notables méritos el Estado, consciente de su alta finalidad social, realiza en aras de un mejor nivel económico de su población y, consecuentemente de una tan anhelada paz y justicia social. Citaré, y solamente por obligación científica (ya que en lo personal me causa una justificadísima REPULSION' algunas consideraciones que sobre el particular realiza uno de los epígonos del "economista" alemán (lo desterraron de Alemania) E. von Mises: - "... las soluciones a las supuestas fallas del mercado propuestas por los keynesianos que tienen como finalidad salvar al sistema -en este caso particular la intervención del Estado como empresario-, gozan del apoyo franco o disfrazado de algunos pensadores socialistas que luchan por destruirlo". V. Edgard Mason, México, crisis y supercrisis, p. 100. Continúa el reaccionario fascista: "Así resulta que una misma medida es aplicada por algunos que aseguran defender y preservar la libre empresa (keynesianos) y por otros que buscan exterminarla (marxistas)". *Id.*; "... Keynes no buscaba acabar con el sistema sino curarlo... como resultado del veredicto dado por el médico inglés no tardó en presentarse el intervencionismo estatal directo como uno de los medicamentos...". *Ibíd.*, p. 99. "Entre los marxistas las contradicciones se multiplican, hay quienes afirman que el Estado burgués es un instrumento de dominación que tiene como finalidad robustecer y preservar al capitalismo (coinciden con los keynesianos en el sentido de - que las empresas estatales creadas por dicho Estado (burgués) con

tribuyen a vigorizar al capitalismo); y dicen que éstas están para servir a los explotadores a la vez que piden, exigen y luchan para que se multipliquen las empresas del Estado. ¿Es que acaso los socialistas quieren fortalecer al mal llamado capitalismo?".

"Generalmente, los partidos marxistas de occidente no basan sus campañas políticas en la exigencia pública de implantar un sistema de golpe sino en pequeñas batallas tendientes a exigir que se estaticen la industria siderúrgica, alimenticia, farmacéutica... ¿Pretenden acabar con el sistema de mercado haciéndolo cada vez más fuerte?". *Ibíd.*, p. 100.

6. Citado por Jacinto Faya, *Administración Pública Federal*, p. 544.

7. *Id.*

8. *Ibíd.*, p. 545. El marco ideológico de economía mixta, "deberá fundamentarse en un sistema jurídico sólido que precise los principios institucionales que inspiran la actividad empresarial del Estado". *Loc. cit.*

9. Cfr. Fernández Ruiz, *El Estado empresario*, p. 231.

10. V. Plan Global de Desarrollo 1980-1982, citado por Carrillo - Castro, *Las empresas públicas en México*, p. 10.

12. Miguel de la Madrid, *Elementos de derecho constitucional*, p. 545.

11. Miguel de la Madrid, *Algunas consideraciones sobre la regulación de la empresa pública en México*, en ANUARIO JURIDICO, n°VIII p. 417.

13. Alejandro Carrillo, *Las empresas públicas en México*, p. 10.

14. V. Sergio García Ramírez, *Panorama sobre la empresa pública en México*, en ANUARIO JURIDICO, n°VIII, pp. 259-260.

15. *Loc. cit.*

16. V. Carrillo Castro, *Las empresas*, p. 15 y de la Madrid, *Elementos*, p. 419.

17. Art. 123 XXXI b I: se alude a ellos. V. *Elementos*, pp. 418-419. En contra: Gutiérrez y González (*Aportaciones al conocimiento de la administración federal*), Serra Rojas (*Derecho administrativo*), Castellanos Coutiño (*El Estado y los organismos descentralizados*), citados por J. F. Ruiz Massieu, *Las formas jurídicas de la empresa pública en México*, en BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, año XII, n°34, pp. 92, 94-95.

18. "... -esto es, paralelamente al Estado mismo- por conducto de numerosas entidades... a las que encomienda las prestaciones de servicios y la producción de bienes, ora en forma exclusiva, ora dentro de un sistema mixto, que admite la concurrencia entre los sectores llamados público, privado y social". Sergio García R., -*ob. cit.*, p. 259.

19. Señala BROSETA que la intervención normativa se caracteriza - "por la conformación estatal del orden económico, función a la -

que ASCARELLI y HUBER... (proponen como) efecto inmediato... la - queiebra de la autonomía de la voluntad en el orden contractual y la reducción del principio de la libertad de competencia". Broseta Pont, Las empresas, p. 270. La intervención activa, consiste en la participación del Estado en la producción y distribución de bienes y servicios, "cuyo efecto directo es convertir al Estado o a entes públicos de él dependientes en empresarios mercantiles". Loc. cit.

20. Broseta Pont., Manual de derecho mercantil, pp. 312-313. Es el caso de las sociedades de fianzas, por ejemplo.

21. *Ibíd.*, pp. 322-323.

22. V. M.M. Díez, Derecho administrativo, t. II, p. 101, nota 93. SOLA CAÑIZARES expone que, la actuación del Estado se realiza de tres maneras:

- a. convirtiéndose el Estado en empresa;
- b. participando en la titularidad de una empresa conjuntamente con personas privadas,
- c. interviniendo en la tutela o fiscalización de determinadas empresas privadas. Ob. cit., t. II, p. 79.

Para NOVOA MONREAL, en este sentido existen dos clases de Estado:

1. Benefactor (Welfare State).- Hay una injerencia estatal mediante el estímulo a la estructura de la educación, protección de la salud pública y promoción de la seguridad social (se da en los países altamente industrializados).
2. Interventor.- Se destaca una intervención en las actividades económicas (de producción y de distribución de bienes o servicios) a través de fiscalización, programación, planeación, reglamentación o mediante gestión directa. V. Eduardo Novoa Monreal,

Las empresas públicas y el Estado, en BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, año XII, n°34, p. 46.

23. V. Faya Viesca, ob. cit., p. 562.

24. Así JULLIOT DE LA MORANDIERE y BYE, Les nationalisations en France et à l'étranger, en Felipe de Solá Cañizares, ob. cit., t. I, p. 231.

25. Novoa Monreal, ob. cit., p. 53.

26. Joaquín Garrigues, Hacia un nuevo derecho mercantil (Nuevos hechos...), p. 39.

27. Solá Cañizares, Comentarios al Tratado de Brunetti, t. II, p. 71. Más adelante aludo a esas particularidades y derogaciones (v. "naturaleza de la sociedad nacional").

28. Mason, ob. cit., p. 110.

29. Humberto Briseño Sierra, La empresa, p. 1843.

30. V. Broseta Pont, Manual, p. 323.

31. Gastón Jeze, Los principios generales del derecho administrativo, p. 294. Señala el mismo autor que "... los gastos que oca--

sionen los diversos servicios públicos adscritos a un mismo patrimonio general son satisfechos con los recursos generales de este patrimonio". Id.

32. Cfr. Serra Rojas, D. administrativo, p. 111.

33. Alfonso Nava Negrete, Empresa..., pp. 164-165. "El Estado -dice él mismo- no sólo vigilará y verificará la ejecución de la empresa, sino que él mismo la dirigirá y ejecutará". Id.

34. V. Jeze, ob. cit., p. 297.

35. Id.

36. "Poco a poco se ha comenzado a introducir en la administración pública una distinción entre la:

- + administración de autoridad (Hoheitsverwaltung) y
- + administración pública de asuntos económicos (Betriebsverwaltung)". Villegas Basavilbaso, Tratado, t.

III, p. 113.

37. Faya Viesca, ob. cit., pp. 561-562.

38. En puntos subsiguientes hago la definición de empresa pública en sentido estricto y en sentido amplio (v. noción genérica).

39. V. Gaetano Stammati, ob. cit., p. 43.

40. FAYA simplifica tales imperativos señalando que, son de orden económico cuando determinadas empresas sólo pueden ser sostenidas por el Estado dada la magnitud de sus inversiones; de orden constitucional en el caso en que el Estado debe encargarse de ciertas empresas (servicios) por mandato constitucional. Jacinto Faya, -ob. cit., p. 555.

41. V. Jorge Fernández Ruiz, ob. cit., p. 209.

42. V. Sergio García Ramírez, ob. cit., p. 259.

43. *Ibid.*, p. 261.

44. V. Briseño Sierra, ob. cit., vol. II, p. 1842 y Faya Viesca, ob. cit., p. 545. En fin, también se dice que el Estado justifica su "actividad empresarial" para asegurar un servicio público deficitario; para controlar industrias estratégicas, y a veces, simplemente por móviles políticos. Cfr. Solá Cañizares, Tratado de -derecho comercial comparado, t. II, p. 79.

45. Fernández Ruiz, ob. cit., p. 209.

46. E. Mason, ob. cit., p. 102.

47. *Ibid.*, p. 103.

48. *Ibid.*, p. 104.

49. *Ibid.*, p. 103.

50. Tratado de derecho comercial, t. II, p. 79.

51. V. E. Mason, ob. cit., pp. 114-115.

52. Así, Novoa Monreal, ob. cit., p. 47.

53. Id. Es decir, sin usar su poder público, sino mediante una libre convención celebrada con los propietarios.

54. V. Faya, ob. cit., p. 629 y la LOAPF, artículos relativos a las Secretarías de Estado.
55. *Ibíd.*, p. 563. Uno de ellos es precisamente satisfacer demandas sociales, colectivas.
56. No así los entes territoriales (p. ej. el Municipio), mismos que presentan fines con caracteres universales. *Ibíd.*, p. 561.
57. Cfr. Fernández Ruiz, ob. cit., p. 181; Stammati, ob. cit., p. 54; Georges Ripert, Tratado elemental de derecho comercial, t. I, pp. 196-197, y Acosta Romero, TGDA, p. 213.
58. García Ramírez, ob. cit., p. 261.
59. V. Mason, ob. cit., p. 109.
60. *Ibíd.*, p. 108.
61. Miguel de la Madrid, Algunas, pp. 417-418.
62. V. M.M. Díez, ob. cit., t. II, p. 120, nota 132 y Barquín Alvarez, Las empresas públicas, en ANUARIO JURIDICO, vol. VII, UNAM p. 15.
63. Felipe de Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial, t. - III, p. 510 y Miguel Acosta Romero, TGDA, p. 199.
64. *Loc. cit.*
65. Solá Cañizares, Tratado, t. III, pp. 510-511.
66. Cfr. Solá, *loc. cit.*, y Acosta, TGDA, p. 199.
67. Broseta Pont, Las empresas, p. 272.
68. "En este aspecto -enseña GAPRIGUES- la sociedad por acciones se ofrece ya en aquella época como un organismo de carácter mixto de Derecho privado (sociedad mercantil cualificada por el espíritu de lucro individual) y de Derecho público (persona jurídica in vestida de autoridad pública en cuanto es concesionaria de un servicio público)". Joaquín Garrigues, ob. cit., p. 38.
69. V. Vittorio Bachelet, Estructura y garantías de la actividad empresarial del Estado, en LA EMPRESA PUBLICA, t. I, Edición de - Evelio Verdera y Tuells, p. 69.
70. Carrillo Castro, Las empresas, p. 33.
71. *Ibíd.*, p. 34.
72. *Id.*
73. *Loc. cit.* De la misma manera, en 1837 creóse el Banco de Amortización de la Moneda de Cobre "para solucionar los diversos problemas que habían suscitado las emisiones privadas de ese metal". *Id.*
74. E. Mason, ob. cit., p. 99.
75. Carrillo Castro, ob. cit., p. 12. "Por ejemplo -acota CARRILLO-, esto aconteció en la URSS, en 1918... se resolvió: socialización de tierras; estatización de diversos recursos naturales... intervención obrera en las industrias y los transportes... estati

zación de los bancos...". Id., nota 19.

76. Faya Viesca, ob. cit., pp. 545-546.

77. Roberto L. Mantilla Molina, Sociedades de Estado, en ESTUDIOS DE DERECHO PUBLICO CONTEMPORANEO, homenaje a Gabino Fraja, pp. . 159-160.

78. Manuel Barquín, ob. cit., p. 16. "Sin embargo, no fue sino -- hasta el año de 1937 que se ordenó su expropiación (de la Cía. Ferrocarrilera) por causa de utilidad pública...". Id.

79. Faya, ob. cit., pp. 546-547.

80. V. Miguel de la Madrid, Algunas..., p. 419; Manuel Barquín, - ob. cit., p. 15; Jacinto Faya, ob. cit., p. 547, y E. Mason, ob. cit., pp. 115-116.

81. V. Mason, ob. cit., pp. 116-117.

82. J. Garrigues, ob. cit., p. 44.

83. V. Barquín, ob. cit., p. 16.

84. Alejandro Carrillo, La regulación, p. 76.

85. Id.

86. Loc. cit.

87. V. E. Chuayffet Chemor, Formas legales de control administrativo, en ANUARIO JURIDICO, n°VIII, p. 121.

88. Esa Comisión Nacional de Inversiones se transformó en 1949 en un Comité de Inversiones, y finalmente, en 1954, en una Comisión de Inversiones con las funciones de supervisar las inversiones de dependencias centralizadas y organismos descentralizados y empresas de participación estatal. *Ibid.*, p. 122.

89. Carrillo Castro, Las empresas, p. 59.

90. Carrillo Castro, La regulación, p. 85.

91. *Ibid.*, pp. 87-88. En opinión de CHUAYFFET, esta nueva ley no fue "sino una mera adaptación de la Ley de 1947 a la Ley de Secretarías de 1959". Ob. cit., p. 122.

92. *Ibid.*, p. 90

93. Anónimas estatales: sus estatutos prevén que TODAS las acciones DEBEN pertenecer EXCLUSIVAMENTE a las instituciones y empresas del Estado o Mixta: tres hipótesis.- a) 50% o más deben obligatoriamente pertenecer a aquellas instituciones; b) las empresas del Estado designarán cuando menos la mitad de los titulares de las funciones legislativas de la sociedad; c) tales establecimientos perciban al menos el 50% de los dividendos de la sociedad. Garrigues, ob. cit., p. 48.

94. Id.

95. Tratado de derecho comercial, t. II, p. 99. Señala este autor que "en el sector industrial, existe una figura denominada TRUST, pero en un sentido que nada tiene que ver con la institución in--

glesa del trust... el TRUST SOVIETICO es el equivalente de lo que en Francia se denomina établissement public, o en los países de common law, public corporation. La ley lo define como una empresa industrial perteneciente al Estado, que se organiza a base de una carta especial como unidad económica autónoma con personalidad jurídica (Decreto sobre los trusts, de 29 de junio de 1927)". Id. Existen también empresas públicas comerciales: Torgi: son trusts comerciales. Loc. cit.

96. V. Miguel de la Madrid, Elementos, p. 417 y M. M. Díez, ob. cit., t. II, p. 77. Para ROYO VILLANOVA, la descentralización es un régimen al que está sometida una entidad pública "que parcialmente administra asuntos públicos, con determinada autonomía y sin dejar de formar parte del estado, el cual no prescinde totalmente de su poder político regulador y de la tutela administrativa" (Elementos de derecho administrativo), citado por Serra Rojas, ob. cit., p. 377.

97. M. M. Díez, ob. cit., t. II, p. 78.

98. G. LANDI y G. POTENZA (Manuale di diritto amministrativo) definen la AUTARQUIA como "la capacidad reconocida a la persona jurídica pública para actuar en la realización de sus propios fines, mediante el ejercicio de una actividad administrativa que tiene la misma naturaleza y efectos que la actividad administrativa del Estado". Citados por M. M. Díez, ob. cit., t. II, p. 65.

99. Los entes autárquicos forman parte de la Administración (paraestatal o descentralizada) y administran directamente los intereses que les son propios. SOLAMENTE PUEDE HABLARSE DE ADMINISTRACION INDIRECTA DEL ESTADO en el caso de que se trata de concesionarios o permisionarios de servicios públicos... en intereses que no les son propios. Ibid., pp. 78-79.

100. El art. 1º de la misma Ley, señala que "La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República integran la administración pública centralizada".

101. M. M. Díez, ob. cit., t. II, pp. 63-64.

102. Id.

103. Ibid., p. 71.

104. Ruiz Massieu, ob. cit., p. 91. El propio autor considera que "es válida una tipología jurídica de la empresa pública mexicana consistente en empresas departamentales, organismos descentralizados por servicio (no incluimos a las entidades descentralizadas por colaboración porque no forman parte de la Administración Pública Federal ni a los organismos descentralizados por territorio, porque coincidimos con los autores que consideran que se refieren al Municipio) y empresas de economía mixta (inclusive los fideicomisos públicos)". Id.

105. V. de la Madrid, Elementos, pp. 417-418.

106. Díez, ob. cit., pp. 81-82.

107. Id., y Miguel de la Madrid, loc. cit.

108. Díez, ob. cit., p. 83.

109. V. Silvio Lessona, Líneas generales sobre la empresa pública, en LA EMPRESA PUBLICA, t. I, edición de E. Verdera, p. 186. Agrega LESSONA que "puesto que la administración es uno de los poderes del Estado, si la satisfacción del bien común es interés de la administración, será también interés del Estado, que por su articulación en 'poderes' y 'órganos' no pierde la unidad". *Ibid.*, pp. - 185-186.

110. En este sentido, es muy parca la opinión del Maestro, ya que la noción "empresa pública" sugiere un vasto surtido de instituciones no sólo económicas sino también jurídicas. En efecto, hasta el que estas líneas escribe (acérrimo enemigo de la personificación de la empresa -en general-) admite el barbarismo de hablar de la empresa pública como institutos paraestatales, siendo evidente que (como se ve en el concepto restringido) lo único que distingue la empresa pública de la empresa es que la primera usa la locución "pública". Sin embargo, el término en estudio evoca un sin fin de posibilidades metajurídicas y propiedad del vulgo. V. Nava Negrete, Empresas, p. 164.

111. Faya Viesca, ob. cit., p. 550.

112. Así opina Ruiz Massieu, ob. cit., p. 493.

113. Por ejemplo, no se diferencia (al momento de hacer la denominación del instituto en turno) la naturaleza del servicio público que prestará: administrativo o económico. Nos refiere NAVA NEGRETE que en este sentido, "el organismo descentralizado por servicio en su concepción originaria teórica y legislativa, se ocupaba exclusivamente de servicios de orden administrativo: defensa exterior e interior, educación, justicia, salubridad, etc.... En el momento en que el Estado se inicia en actividades económicas... se rompe con la noción material (dogmática) de servicio público que privaba (decir servicio público era decir organismo público)... aparece inevitablemente el novedoso concepto de servicio público económico o mejor conocido como servicio público industrial o comercial". Ob. cit., p. 173.

114. V. Ruiz Massieu, ob. cit., p. 89. En Francia es más común el uso específico de la voz "empresa pública" para referirse a los "establecimientos públicos" industriales o comerciales. Por otra parte, tanto la doctrina como la legislación francesas "han puesto en circulación otras fórmulas: empresa nacionalizada, SOCIEDADES DE ESTADO, oficinas, que han creado un clima de incertidumbre sobre su verdadera naturaleza jurídica y su régimen jurídico". Nava Negrete, ob. cit., p. 176.

115. Afirma FAYA que "el patrimonio de las entidades paraestatales NO es un patrimonio distinto al del Estado, sino que forma parte del patrimonio estatal". Ob. cit., p. 49.

116. V. M. Díez, ob. cit., t. II, p. 124.

117. V. Benjamín Villegas Basavilbaso, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1949, t. II, pp. 91 y 93.

118. Jorge Barrera Graf, *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, pp. 103-104. "Estas circunstancias -añade el Maestro- nos llevan a afirmar que el atributo de la personalidad sea un dato, un agregado jurídico, es decir, que la personalidad jurídica sea, meramente, un medio o instrumento creado por el Derecho para atribuir - - cierto carácter subjetivo al que da un contenido y alcance variables...". Id. Coincide en esto VILLEGAS BASAVILBASO al señalar que la doctrina no confunde la persona (en el sentido técnico-jurídico) con el individuo humano: "En suma, la persona NO es una realidad de hecho; es un producto del derecho". Ob. cit., t. II, p. 5. Tercia SERRA para precisar que dicho producto es una elaboración plausible de la técnica jurídica, toda vez que en el campo del derecho público ha significado un beneficio al reconocer personalidad jurídica al Estado y a otras entidades públicas. Ob. cit., p. 110. Para una sistemática exposición de las teorías modernas sobre la naturaleza de las personas jurídicas, v. íd.

119. *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés*, 1960, citado por Jean Marie Garrigou-Lagrange, *Asociación y poderes públicos*, - Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 478. "Los criterios de ben ser más políticos y económicos que estrictamente jurídicos". - Id.

120. Lorenzo Mossa, *I processi di nazionalizzazione e di gestione delle imprese nazionalizzate*, en NUOVA RIVISTA DI DIRITTO COMMERCIALE, vol. VII, fasc. 4-6, 1954, p. 75.

121. V. Enríque Viloria, *Las formas jurídicas de las empresas públicas*, en REVISTA DE DERECHO PUBLICO Caracas, 1983, n° 14, p. - 60; Ruiz Massieu, ob. cit., p. 493; Acosta Romero, ob. cit., pp. - 206-207; Díez, ob. cit., t. II, p. 121, nota 135 y Serra Rojas, - ob. cit., p. 111.

122. Faya V, ob. cit., pp. 562-563.

123. M. Díez, ob. cit., t. II, pp. 121-122.

124. Viloria, ob. cit., p. 60 y Nava Negrete, ob. cit., p. 169. Es ta autonomía se traduce en la facultad de algunos entes públicos - para formar su propio ordenamiento jurídico: tienen capacidad de - AUTONORMACION. V. José Antonio García Trevijano Fos, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, vol. 1, p. 470. El término autarquía es más correcto para caracterizar a la "empresa pública" (ello no quiere decir que me retracte de la autonomía operativa); en términos generales, puede ser objeto de un doble significado: uno, en las ciencias económicas, y en este sentido es sinónimo de autosuficiencia o posibilidad de bastarse a sí mismo, y otro en el derecho administrativo, en el que significa AUTOADMINISTRACION, o sea la posibilidad de administrarse por sí mismo. *Ibid.*, p. 467; sin embargo, en nuestro derecho no es usual encontrar dicho término que con tal precisión designa una de las características de la "empresa pública".

125. V. E. Chuayffet, ob. cit., p. 120.

126. Así opina MEILAN, citado por Faya V., ob. cit., p. 549.

127. En este sentido, STAMMATI indica que "en su acepción más am--

plia, la empresa pública se puede definir como aquella empresa productora de bienes y servicios que el Estado gestiona o controla... con la finalidad principal de satisfacer necesidades de naturaleza individual en interés general de la colectividad". Ob. cit., p. 51. DIEZ define las empresas del Estado como "personas jurídicas públicas que prestan servicios públicos comerciales e industriales o realizan actividades de igual naturaleza con un objeto económico y generalmente tienen el monopolio de la actividad mercantil de que se trata". Ob. cit., t. II, p. 21. Lo anterior da pauta para confirmar el espíritu de la nueva ley bancaria que le niega a la SNC el carácter de organismo descentralizado que hubiera querido el Presidente en funciones durante el sexenio 1976-82; en efecto, el Banco de México sí se convirtió en organismo público descentralizado porque, sustancialmente, no presta un servicio público de carácter comercial (ni industrial). La SNC sí presta ese tipo de servicios, por lo que, al menos teóricamente, forma parte de la legión de las sociedades nacionales. RUIZ MASSIEU opina que "es la organización personalizada y autónoma de los factores de la producción o el patrimonio fiduciario dirigidos a producir o distribuir bienes o servicios en el mercado, en los que el Estado o algún ente estatal ha hecho un aporte patrimonial...". Ob. cit., p. 493. Un manual expedido por la ONU la considera como una "agencia de carácter principalmente industrial, comercial, o financiero, parcial o enteramente poseída y sustancialmente controlada por el gobierno central". V. Faya V., ob. cit., pp. 548-549. NICOLA BALOG asevera que se trata de una actividad económica institucionalizada por el Estado. Faya, loc. cit.

128. E. Chuayffet, ob. cit., p. 120. Cfr. Nava Negrete, ob. cit., p. 167: es el interés público lo que prevalece en la empresa estatal. Cfr. Solá Cañizares, Tratado, t. II, p. 97; Fernández Ruiz, ob. cit., p. 183 y Nava Negrete, ob. cit., p. 168.

129. Nava Negrete, ob. cit., p. 128.

130. Manuel Broseta, Las empresas, p. 271; cita a GARRIDO FALLA, GARCIA DE ENTERRIA, GARCIA TREVIJANO y VILLAR PALASI. Conviene el propio BROSETA que, una empresa será pública cuando: "a) el ente que la crea, constituye o nacionaliza -y bien, sólo el Estado puede hacerlo- es de derecho público; b) cuando está sometida íntegramente al control de un ente de esta naturaleza; c) y cuando se constituye, expropia o nacionaliza atendiendo a exigencias -a veces más teóricas que reales- de orden general o superior". *Ibid.*, pp. 271-272.

131. "Considerando" primero del Acuerdo sobre el funcionamiento de las entidades de la administración pública paraestatal y sus relaciones con el Ejecutivo Federal (D.O.19may1983).

132. Barquín Alvarez, ob. cit., p. 14. "Es dueño o socio mayoritario (el Estado, en palabras de MASON) de un buen número de inmobiliarias, alquiladoras de casas, agencias de compraventa de casas y terrenos... empresas textiles, madereras, ingenios... industria cinematográfica... cadena muy importante de hoteles de lujo... fabricación de bicicletas, bolsas de papel... cafeterías, un cementerio, cigarrillos, alcohol, refrescos, sombreros de palma, talleres

mecánicos, lavanderías, balnearios, club de golf y hasta una fábrica de mezcal". E. Mason, ob. cit., p. 117.

133. V. Bachelet, ob. cit., p. 152.

134. Muy interesante el punto de vista de Lessona, ob. cit., p. 185.

135. *Ibid.*, p. 184. Dentro de lo que GARCIA-TREVIJANO denomina FORMAS ORGANICAS Y ACTIVIDAD FUNCIONAL, él mismo distingue los siguientes supuestos: 1. Entes públicos que desarrollan funciones (v. *supra*, cap. II, 2 C 1): El Estado respecto de la Justicia o la Defensa; los Municipios respecto a su policía local o a su potestad tributaria. 2. Entes públicos que desarrollan servicios públicos NO económicos (funciones públicas de hospitales, escuelas, Beneficencia, etc.). 3. Entes públicos que desarrollan servicios públicos económicos (ferrocarriles). 4. Entes públicos que explotan actividades de interés público (v. *supra*, cap. II, nota 84; II, 2 C<sub>3-4</sub> y II, 3 comentarios sobre este tipo de actividades): bancos nacionalizados, Comisaría de Seguro Obligatorio de Viajeros. 5. Entes públicos que explotan actividades económicas simples o se limitan a su dominio privado: un Municipio explotando un teatro o un cine. "Como se ve, la naturaleza de la organización nada tiene que ver en sí misma con la naturaleza (carácter público o privado) de la actividad". García-Trevijano, ob. cit., t. II, vol. 1, p. 45.

136. V. Villegas Basavilbaso, ob. cit., t. II, p. 3.

137. En efecto, al fideicomiso público le falta la autonomía operativa propia de las "empresas públicas" en sentido lato. Constituirá una empresa pública (en sentido restringido) ya que la actividad generada por el fideicomiso reviste un interés público (así como también en función de sus bienes y de su régimen legal será empresa pública), y su titular lo será el órgano fiduciario en turno. Cabe destacar que las facultades decisorias recaen en un comité técnico (art. 8° Decreto del 27 de febrero de 1979, por el que se establecen las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal) formado por diversos funcionarios públicos.

138. FERNANDEZ RUIZ dice que es a través de la "empresa centralizada" como el Estado desarrollará "en forma directa" su actividad "empresarial". Al efecto señala como ejemplo el caso de los servicios públicos del correo y del telégrafo, mismos que actualmente atiende la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Ob. cit., pp. 185-187. SOLA CAÑIZARES distingue entre "empresa pública dependiente" y "empresa pública autónoma". DCC, t. II, p. 80.

139. "La denominación de DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO se aplica a dos tipos diferentes de órganos de la administración centralizada. El departamento administrativo de menor rango es aquel que está en cuadrado en una subdirección que a su vez depende (generalmente) de una dirección general de secretaría de Estado...". *Ibid.*, pp. 169-170. Continúa él mismo: por otra parte, "... administración de un servicio de carácter técnico que nada tuviera que ver con la política; es decir que el departamento administrativo constituye un

antecedente del organismo descentralizado en México (Depto. de - Marina, del Trabajo, de Turismo, etc. se convirtieron en Secretarías de Estado)". Loc. cit. "Conforme al art. 26 LOAPF, en la actualidad existe un solo Departamento que es el del D.F.". Id. RUIZ MASSIEU afirma que sí existe lo que él llama "empresa pública departamental", y así señala que "esta modalidad se encuentra en la orilla conceptual de la noción amplia de empresa pública - en la que el elemento personalidad jurídica es accesorio" (!). - Ob. cit., p. 494. Cfr. III 4 B c y 4 C 1 y nota 127. Esta falta de cuidado me da pie para confirmar el error en que generalmente incurren los administrativistas al confundir nociones tan sutiles.

140. Citado por Villegas Basavilbaso, ob. cit., t. II, p. 96.

141. Ob. cit., pp. 117-118.

142. V. Mantilla Molina, ob. cit., p. 161. Caracteriza a la "comisión" como "aquel en que se dota de un patrimonio propio, y se le atribuye personalidad jurídica diversa de la del Estado; su personal NO forma parte de la administración pública (centralizada, diría yo); está regida por un órgano colegiado -equivalente al Consejo de Administración de una S.A., en la cual se inspira del cual depende un Director".

143. ACOSTA ROMERO precisa que ESTRUCTURA (que debe adoptar la - empresa pública) es "la base jurídica en la que reposa la organización de la empresa pública". TGDA, p. 209.

144. Tratado, t. II, vol. 1, p. 44. Señala que las formas de organización son públicas o privadas, pero "no índice seguro respecto de la naturaleza de la actividad... el binomio ente público-co-actividad pública, NO SE DA EN SU PUREZA". Id.

145. Admite la clasificación propuesta por CASANOVA. V. Broseta Pont, Las empresas, pp. 270-271.

146. Id. La transcrita clasificación adolece del defecto de aceptar al Municipio como empresario publico; cuando mucho, dentro de un Municipio funcionará como gestor o titular de una empresa pública (stricto sensu) algún patronato formado al efecto. Las restantes opciones sí satisfacen la optimización aludida por el autor, salvo aquello en lo que menciona sobre la "constitución expresa de un ente público", ya que en determinados casos (y más aún en tratándose de participación exclusiva o totalitaria) habrá "sociedades mercantiles" "expresamente constituidas". El espíritu de dicha clasificación reproduce la que yo propongo de empresa pública (lato sensu).

147. V. Faya, ob. cit., p. 551. RUIZ MASSIEU presenta las siguientes "formas jurídicas de la empresa pública" y su número hacia febrero de 1979:

- + organismo descentralizado (128) (éste no es una "forma" de, sino una clase de "empresa pública")
- + S.A. (400)
- + S. Civil (2)
- + A.C. (16)

- + S.Cooperativa (2)
  - + S.R.L. (14)
  - + S.R.L. de interés público (3)
  - + Fideicomiso (163) (en este punto cabe advertir que - ese número debe referirse a empresas públicas - - (stricto sensu). V. Ruiz Massieu, ob. cit., p. 508.
148. Lorenzo Mossa, ob. cit., p. 71.
149. Id.
150. *Ibid.*, p. 76.
151. Cfr. Ruiz Massieu, *Formas*, pp. 101-102 y Juan José Gómez - Fontecha, Una llamada de atención sobre la privatización de las empresas nacionales, en ESTUDIOS JURIDICOS EN HOMENAJE A JOAQUIN GARRIGUES, t. II, p. 373.
152. *Las empresas*, p. 272.
153. *Ibid.*, p. 276.
154. Comenta BROSETA que "el Derecho mercantil y especialmente - la LSA se aplican supletoriamente (por disposición de la LRL, - LEEA, LINI...). Pero ¿se aplican íntegramente?" No, por dos causas:
- "1a. Porque las disposiciones especiales que regulan - estas sociedades establecen numerosas derogaciones expresas al régimen de las s.a....";
  - "2a. Porque... el hecho de ser un ente público accio--nista... o único socio, hace inaplicable (en algunos casos) el régimen jurídico de las sociedades - por acciones... desaparecen órganos y faltan requi--sitos esenciales...". Loc. cit.
155. *Ibid.*, p. 277.
156. V. Malagárriga, *Sobre...*, p. 6.
157. M. Díez, ob. cit., t. II, p. 77.
158. BROSETA señala los siguientes supuestos de aparición de la sociedad anónima pública unipersonal: a. por la creación unilate--ral de un ente de derecho público; b. por la nacionalización o - expropiación de una sociedad anónima privada. En ambos casos, - "la sociedad anónima posee un SOLO ACCIONISTA: ab initio o poste--riormente a su constitución". *Las empresas*, pp. 280-281.
159. Ob. cit., p. 448.
160. Ob. cit., t. II, p. 90. Ello me recuerda la sentencia poéti--ca de que no se puede mover una hoja sin perturbar una estrella. En este supuesto se llega a la perogrullada de insistir en que, una ley se crea por una ley, ya que el propio órgano legislativo está sometido a ese orden jurídico.
161. Vitoria, ob. cit., p. 62.
162. Carrillo Castro, *Las empresas*, pp. 16-17. Ruiz Massieu, ob. cit., p. 97. Ambos se refieren al organismo descentralizado de -

estricto derecho público ("que no adoptan una forma de derecho - privado").

163. Ob. cit., p. 98. Disiente de ello BROSETA PONT: "... la sociedad se constituye por la disposición normativa que autoriza - su creación, aun cuando después pretendan respetarse los requisitos constitutivos de toda sociedad anónima". Las empresas, pp. - 282-283.

164. Ruiz Massieu, ob. cit., p. 98. El mismo (y yo me adhiero) - enfatiza que el acto del Estado NO crea (cfr. nota anterior) a - la persona SINO QUE FACULTA al Presidente de la República o, según... a otro funcionario administrativo para que proceda a constituir la empresa...". Ibid., p. 97.

165. V. Faya Viesca, ob. cit., p. 557 y también n° 1 B. BIELSA caracteriza a los entes públicos paraestatales en función de su - origen: "... su personalidad emana directamente de la ley creadora". Citado por Villegas Basavilbaso, ob. cit., t. II, pp. 181-182.

166. Broseta Pont, Las empresas, p. 283.

167. Ripert, citado por Rojas Roldán, ob. cit., p. 81, y Mossa, I processi, p. 70. "E un fenomeno di sdoppiamento, e non già un miraggio giuridico". Id.

168. Garrido Falla, citado por Acosta Romero, TGDA, p. 207.

169. V. García-Revijsano, Concepción, p. 85.

170. Cfr. id. Es común ver que se expropia la empresa misma; esto es un error que deriva del mal manejo de los términos. Ahora bien, en este caso (y no como en el anterior en el que se indemniza a los socios) se indemniza a la sociedad, misma que se queda sin objeto social (al ser reservado éste a la exclusividad - del Estado), de tal forma que, o bien se disuelve y liquida por falta de objeto y los accionistas exigirán la indemnización, o - bien, se mantendrá como sociedad en cartera para administrar - esos fondos. NAVA NEGRETE apunta dos procedimientos para la adquisición de empresas privadas: a) adquiriendo todo su patrimonio o bienes, b) adquiriendo todas sus acciones si la explotación se lleva a cabo por una anónima. En el supuesto b) "... surge la SOCIEDAD ANONIMA DE ESTADO, que en Francia se denomina SOCIEDAD DE ESTADO o SOCIEDAD NACIONAL". Ob. cit., p. 179.

171. Georges Ripert, Tratado de derecho comercial, t. I, pp. - 199-200.

172. Solá Cañizares, Comentarios al Tratado de Brunetti, t. II, p. 72.

173. Así LAUBADERE (Tratado elemental de derecho administrativo) citado por Nava Negrete, ob. cit., p. 177.

174. Id.

175. V. Porfirio Marquet, La estructura constitucional del Estado mexicano, p. 370.

176. Id.

177. V. M. Díez, ob. cit., t. II, p. 65.
178. V. Villegas Basavilbaso, ob. cit., t. II, p. 182. BRENDA TORRES, en el artículo 2° de su "Iniciativa de Ley para el control de los organismos descentralizados y de las participaciones estatales en empresas privadas" (v. El FORO, n°37, abril-junio, 1962, México), intenta un concepto amplio de organismo descentralizado: "Art. 2°.. son organismos descentralizados las personas morales creadas por el Estado mediante leyes expedidas por el Congreso de la Unión o decretos emitidos por el Ejecutivo en uso de sus facultades administrativas, cualquiera que sea su forma externa, que gocen de personalidad jurídica y tengan patrimonio propio integrado totalmente o en parte con aportaciones o inversiones de recursos, bienes o fondos públicos federales" (ibíd., p. 82). El actual artículo 2° de la Ley para el control de 1970 reproduce más ampliamente sus características.
179. Cfr. Viloría, ob. cit., p. 60; v. asimismo cap. III 5 E.
180. Garrido y Socorro, v. Viloría, loc. cit.
181. V. M. Díez, ob. cit., t. II, pp. 93-94; Villegas Basavilbaso, ob. cit., p. 185, y Viloría, ob. cit., pp. 60-61.
182. M. Díez, ob. cit., p. 103.
183. Les principes généraux de droit administratif, citado por - Villegas Basavilbaso, ob. cit., t. II, pp. 96-97. MICHOUD observa que a menudo con el término establecimiento público, se designan todos los servicios públicos personalizados, pero es preferible (en su opinión) "reservarla para los servicios públicos especiales, dotados de una personalidad distinta que la que pertenece a los grupos territoriales" (La teoría de la personalidad moral); ibíd., t. II, p. 182, nota 27.
184. "Los fines que debe satisfacer la entidad autárquica -señala DIEZ- son, en concreto, los de la administración pública; no son fijos e inmutables. No pueden consistir en fines industriales y comerciales". M. Díez, ob. cit., t. II, p. 106. Salvo los casos como el señalado de la explotación de recursos nacionales (en el supuesto mexicano).
185. Ibíd., p. 93.
186. "Esta particularidad... encuentra su justificación en el hecho de que aún no se ha promulgado la ley que debe establecer - tanto el régimen especial a que deben estar sometidos...". Viloría, ob. cit., p. 61.
187. V. Villegas Basavilbaso, ob. cit., t. II, pp. 183-184, 185 y 187.

**CAPITULO CUARTO**  
**LAS SOCIEDADES NACIONALES**

"La sociedad por acciones que comenzó su vida bajo la tutela del Estado, organizándose a semejanza de éste, se acerca hoy nuevamente a la esfera del derecho público, apartándose del tipo mercantilista y capitalista puro con el que tuvo su máximo esplendor durante el siglo pasado".

J. GARRIGUES\*

## 1. ANTECEDENTES .

La sociedad en general nació de la necesidad de crear una figura que limitara la responsabilidad de las personas (o repartirse un riesgo), sobre todo de los comerciantes; es en este sentido como el Derecho la creó y la atribución de personalidad derivaba directamente del Estado (1).

En Roma las societas publicanorum (también societas vectigalium) gozaban de personalidad jurídica, las responsabilidades de los socios eran limitadas; su capital estaba formado por dos clases de participantes: los socios y los affines (no intervenían en la gestión pero participaban en los beneficios) (2); ambos podían transmitir sus derechos en la sociedad, ya que sus

---

\* (1933) V. Hacia un nuevo derecho mercantil (Nuevos hechos...), p. 56, Ed. Tecnos, Madrid, 1971.

aportaciones estaban representadas por partes cesibles (3). Estas sociedades se extendían en potentes organizaciones para ejecutar mejor sus funciones, mismas que consistían en tomar en arrendamiento los impuestos y encargarse de su percepción (recaudar), aprovisionar y suministrar a los pueblos y ejércitos, explotación de salinas, la construcción de obras públicas, etc. De esa actividad, es unánime el consenso doctrinal en considerarlas como públicas, es decir, cumplan con funciones de derecho público (4).

Durante la Edad Media (v. *infra*, La Banca, génesis) existieron las maone y los monti (5). En Inglaterra, lo que nosotros llamamos sociedades comerciales se desenvuelven a base de dos ideas "fundamentales y distintas: el contrato y la incorporación" (6); esta última era un derecho que el common law atribuía a la Corona. Por ella se creaban corporations, y esta noción es semejante a la de persona jurídica, "pues es la de una entidad que tiene capacidad jurídica propia y que subsiste independientemente de la desaparición de sus miembros" (7).

Sin encontrar nada digno que mencionar, llega el siglo XVII donde, como quedó apuntado (cap. I 1 nota 23) aparece el primer ejemplo decisivo, no sólo de la sociedad por acciones, sino de la sociedad nacional. Era Amsterdam el único puerto libre a todas las ideas; así es como la audacia de un sector mercantil fomenta el nacimiento de "nuevas formas de empresa, formadas exclusivamente por aportaciones en dinero" (8). Surgen de esta manera, la Compañía Holandesa de las Indias Orientales -1602-, la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales -1621-, la Compañía Sueca Meridional -1626-, principalmente (9). La creación de estas compañías debióse a una alianza entre la Monarquía (el Estado) y la incipiente burguesía; ésta estaba interesada en colonizar siempre y cuando le fueran concedidos determinados privilegios; el Estado veía, por su parte, en estas compañías un instrumento adecuado para aumentar su poder tanto político como económico (10).

Las compañías colonizadoras nacían en virtud de una concesión especial del Estado (acto singular del Estado -octroi-); esto es, mediante una Carta Real se creaban, lo cual les daba un matiz definitivamente de derecho público (11). Esa Carta es la que les acuerda la incorporación, "pues se requiere de un acto de la autoridad pública para crear una persona moral que haga el comercio en su propio nombre" (12). En ellas la influencia política -

era decisiva, ya que el Estado se reservaba una constante intervención y tutela; existía una absoluta dependencia hacia el Estado, así como desigualdad de derechos dentro de la sociedad, con la preponderancia de los grandes accionistas y la carencia o exigüidad de los derechos de los pequeños accionistas (13). Existía limitación de responsabilidad para todos los socios, así como un patrimonio social distinto al de ellos, representando su capital a través de acciones suscritas por el Estado y por los socios, mismas que, entre ellos eran fácil y libremente transmisibles (ASCARELLI observa que "dichas compañías presentan desde su origen la incorporación a títulos de crédito de los que eran anteriormente simples cuotas de condominio naval") (14). La administración generalmente era depositada en un órgano especializado y no en los socios (15).

Hay que destacar la importancia de estas compañías como verdaderos antecedentes de las sociedades nacionales, no ya de las sociedades anónimas "privadas". En efecto, en ellas existen rasgos típicos que las distinguen de estas últimas: gozan de privilegios; se constituyen excepcionalmente; se crean mediante concesión del Estado, y se caracterizan por la desigualdad de los derechos reconocidos a sus miembros (16). En realidad no eran sociedades en el sentido tradicional, sino ORGANISMOS DE DERECHO PUBLICO con los siguientes caracteres esenciales:

- a. Dependencia del Estado (ello las configuraba como entes de derecho público);
- b. Organización administrativa oligárquica (Europa) y democrática (Inglaterra);
- c. División del capital en partes libremente transmisibles (acciones), y
- d. Responsabilidad limitada de sus miembros a la aportación realizada (17).

También en Francia y España fue seguido el ejemplo holandés, en donde igualmente existía una acusada impronta publicística (18).

Ninguna ley general reguló a las sociedades por acciones y se regulaban en CADA CASO PARTICULAR por la "carta" otorgada por el Estado (19), - algo similar a lo que ocurre hoy día con las sociedades nacionales, en las que son introducidas tantas variaciones con respecto a la anónima tradicio-

nal, que se hace necesaria esa reglamentación especial. Lo que sí es verdad es que la regulación de la sociedad anónima aún está en plena evolución de manera que ella va dejando de ser un contrato entre particulares: es un organismo que afecta al interés público; "su organización democrática ha fracasado en la práctica" (20).

Desde la segunda década del presente siglo ha habido reformas importantes en numerosos países en relación con la anónima, y con diversas tendencias, pero todas ellas coinciden en el deseo de los legisladores de reglamentarla con mayor rigor y minuciosidad: organizar la vigilancia, aumentar la publicidad, proteger al público suscriptor, evitar las nulidades y admitir la sociedad con un solo socio (21). La anónima deja de ser un instrumento exclusivo de la iniciativa privada, según VEDEL lo entiende: "el Estado no sólo expropia al capital sus empresas, sino también sus métodos" (22); en efecto, el derecho público va penetrando en lo que era el derecho privado de las sociedades anónimas. El Estado y otros entes públicos participan con los particulares en las sociedades por acciones, difundándose así las llamadas sociedades de economía mixta, mismas que en los últimos tiempos tienden a emplearse menos, pues el Estado crea sociedades sin intervención privada, o bien expropia las ya existentes, conservando la fórmula jurídica de sociedades por acciones, con el Estado como único accionista (23).

## 2. RAZONES TECNICAS.

Al analizar las formas de descentralización (cap. III 3 B) hice hincapié en el sentido de que se recurría a las instituciones paraestatales para descongestionar las actividades del Estado y para que éste intervenga adecuadamente en la gestión de operaciones económicas. Es así como se ha recurrido a las instituciones de derecho privado para generar personas públicas (24) y las sociedades anónimas con participación por parte del Estado (u otras personas públicas) "han ido aumentando paulatinamente, sin interrupción, INICIANDOSE ASI LA VUELTA DE LA SOCIEDAD ANONIMA A LA ESFERA DEL DERECHO PUBLICO, que hace exactamente 37 años predijera el Profesor Ga-

rrigues" (25); en todo caso, ésta tiene como característica el ser un instrumento utilizado por el Estado para conseguir sus fines (26).

En este punto he hecho una recopilación de las principales causas -- por las que el Estado recurre a esa instrumentación de personas públicas -- mediante el parámetro racional de instituciones de derecho privado:

#### A. POR SU GESTION .

Se afirma que el Estado controlará y ejercitará actividades económicas de una forma más ágil y eficaz que mediante su aparato burocrático. Sus relaciones con terceros son más adecuadas que con las demás formas clásicas de explotación de servicios públicos (27). Ante este motivo, se argumenta en contrario que se ha creído infundadamente que la "adopción de formas de éstas (s.a.) podría dotar a aquéllas (empresas públicas) de la vitalidad que les falta... estos intentos... han fracasado... porque se ha partido del preconcepto falso de suponer que la estructura puede condicionar al fondo o, lo que es lo mismo, que la forma puede insuflar espíritu" (28). También se objeta esa razón afirmando que una empresa (que reemplaza a una privada), - al depender del Estado, ya no tiene la elasticidad necesaria ni los administradores competentes de las empresas estrictamente privadas (29). MALAGARRI GA insiste en que solamente se justifica (la conversión a s.a.) como recurso circunstancial en procesos determinados (p. ej. la nacionalización) (30).

De lo expuesto en el punto relativo al organismo descentralizado (supra, cap. III 6) se infiere la necesidad de la sociedad nacional (adopte el tipo societario que adopte, o, ¿por qué no?, que invente al efecto el Estado) para ocuparse de actividades no autorizadas ex lege al primero, mismo que sí puede adoptar cualquier estructura institucional autónoma.

#### B. COLABORACION DEL CAPITAL PRIVADO .

La adopción de la figura de la sociedad por acciones por parte del Estado para adjudicar ese tipo a las sociedades nacionales, no obedece solamente

a aspectos formales: "Ha representado la plataforma sobre la cual la intervención ha encontrado la posibilidad de una amplia colaboración con el capital - privado..." (31). Las acciones y las obligaciones, representan la colaboración de la iniciativa privada con el sector público.

### C. EL ESTADO PUEDA REALIZAR ACTIVIDADES EMPRESARIALES.

Hay ocasiones en las que el Estado debe recurrir a formas jurídicas - adecuadas para la realización de tareas de índole económica; esto es, para ex - plotar actividades mercantiles (no es que todas las actividades económicas - sean necesariamente comerciales) frente a terceros, el Estado se somete a - las reglas del derecho privado, utilizando las instituciones jurídicas de esta naturaleza, porque (es verdad) en las actividades industriales o mercantiles no se le ha permitido al Estado crear sus propias instituciones (32).

### D. APROVECHAR EL PRESTIGIO DE LA S.A.

FAYA opina que el Estado, al adoptar para las sociedades nacionales - la estructura de la s. a. , lo hace aprovechando el prestigio internacional de ésta (33). En tratándose de nacionalizaciones representa una ventaja, ya que el público no percibe la diferencia entre la antigua empresa privada y la nueva empresa pública (stricto sensu). En otras palabras: "Es la misma relativa perfección de la sociedad anónima la que ha hecho cada vez más frecuente - en estos últimos años el que se recurra a la forma de la sociedad anónima - por parte del Estado..." (34).

### E. SOCIALIZACION DE LA ECONOMIA .

En los casos en los que existe una intensa participación del Estado o - de otros entes públicos en sociedades anónimas o bien en su constitución, -

se dice que la sociedad por acciones, económicamente constituye un instrumento técnico de la socialización de la economía (ASCARELLI) (35). En efecto, en estos casos se intuye al menos dicha socialización en virtud de la - - constante atomización y difusión del capital entre grandes masas de pequeños accionistas. Sin embargo, la realidad muestra que en lugar de sanearse las empresas nacionales, se entregan a minorías oligárquicas para su explotación (36): "la sociedad anónima con mayoría de capital público, empresa nacional o sociedad anónima nacionalizada, que por estos nombres se la identifica, parece haber llegado a un punto de inflexión"; a su privatización (37).

## F. OTRAS.

En términos generales, son muy variadas las causas por las que el Estado opta por la figura societaria como gestora o empresaria de actividades o de empresas públicas. Entre otras se señalan: prescindir del derecho público para utilizar métodos privados; someterse a normas del trabajo propias para entes privados, es decir, los funcionarios y empleados puedan seleccionarse entre personas más capacitadas y obtener de ellas su colaboración, - - así como sustraerlos de responsabilidades propias de funcionarios públicos; acogerse a la responsabilidad limitada, diversificando y limitando el riesgo; - porque no existe en el derecho administrativo en la que puedan incluirse todas las manifestaciones de la empresa pública; etc. (38).

Como epílogo, resta decir que, cualquiera que sean sus ventajas o inconvenientes, argumentos a favor o en contra, su éxito depende de las circunstancias no siempre coyunturales o contingentes a las que se enfrenta el Estado en el momento de su creación o adopción.

## 3. PERSONAS PUBLICAS Y PRIVADAS.

Ya en el capítulo específico (II, 1) admito la existencia de la división (principalísima) del Derecho en dos ramas (asimismo tampoco niego la posi-

ble realidad de otras ramas —social, familiar...—); es en este orden de ideas como, y por consiguiente, debe aceptarse la existencia de sujetos de derecho privado y de derecho público, así como establecer los lineamientos esenciales para distinguir ambos (39), sin olvidar que tal diferencia no puede ser absoluta y que está en inmediata relación con el ordenamiento positivo (40). Son muchos los criterios y opiniones que la doctrina ha lanzado al efecto toda vez que el ensanchamiento de la esfera de lo público ha ido más allá de los límites del aparato estatal (stricto sensu) (p. ej. "en las empresas nacionalizadas se ven claramente —en opinión de NAVA NEGRETE— aquellos fenómenos de la publicización de la actividad privada y la privatización de la actividad estatal") (41), así como de las actividades desarrolladas en el ámbito de grupos y ordenamientos seccionales privados, a los que no es ajena una disciplina publicista de organización y de impulso (42).

A continuación expongo los principales criterios para distinguir e identificar a los sujetos públicos y privados:

#### A. POR SU ORIGEN.

Las personas de derecho público generalmente nacen por ley (o bien, de un acto administrativo, regulado éste por una ley que faculta su creación). Siempre que la iniciativa de creación parta del Estado, ab initio\* se estará en presencia de un sujeto de derecho público (43).

#### B. POR SU FIN.

Se dice que los organismos paraestatales se crean para la satisfacción de un interés público, es decir, intereses que son coincidentes con los del Estado (44). Dice STAMMATI que para las personas privadas, "el fin está —constituido por el beneficio..."; para la pública, "la satisfacción de un interés de la colectividad y toda su conducta está enderezada a satisfacerlo en el

---

\* Puede darse el caso de que una persona nacida por iniciativa del Estado, sea cedida al control de la iniciativa privada: por su origen fue pública, pero ya no lo es.

mejor modo" (45). DE LA MADRID argumenta que la empresa privada representa para sus poseedores un fin en sí misma, en tanto que la empresa pública es un medio utilizado por el Estado para alcanzar un fin social determinado (46). Para ROSIN el criterio diferencial no es el del fin público del ente, sino la obligación de su cumplimiento (47).

### C. POR SU ACTIVIDAD.

JEZE enseñaba que eran condición para la existencia de un "establecimiento público", un servicio público y un patrimonio afectado a los gastos del mismo (48). Lo que es innegable es que la principal actividad a la que está afecta la empresa pública, es la de asegurar servicios públicos (e ideas afines); ahora bien, ello no obsta para que las privadas también lo hagan, o que personas públicas exploten actividades fuera del ámbito del derecho público (49). No por el hecho de ser personas públicas, sus actividades serán funciones públicas (esto es, la forma o estructura no condiciona la naturaleza de la actividad, y viceversa).

### D. POR LA INCIDENCIA PATRIMONIAL.

EINSENMANN (en La distinction des institutions publiques et des institutions privees en droit français —SPILIOTOPOULOS—) asegura que, en las personas privadas, la incidencia financiera de su actividad, afecta a un patrimonio libremente constituido por particulares en base de su propio patrimonio personal; las personas públicas gravan mediante su actividad un patrimonio esencialmente alimentado por "las deducciones autoritarias realizadas sobre los patrimonios de los particulares, o bien constituido por una masa de bienes o de fondos sustraídos, para formar un patrimonio distinto del patrimonio de una colectividad territorial" (50). En otras palabras, si el mantenimiento pecuniario de equis institución corresponde al Estado, será sujeto de derecho público; si pertenece a los particulares, será de derecho privado (51).

### E. POR SU ORGANIZACION.

La persona pública necesariamente estará encuadrada, de algún modo, dentro de la Administración Pública; ese "encuadramiento" se reserva y

reconoce por los siguientes datos (según FORTI): + la atribución al ente de la potestad de imperio; + su creación por el Estado, y + el control administrativo (52). Los órganos de dirección de un ente privado, no tienen la condición de autoridad o funcionario administrativo sino "simplemente la de 'mandatario' (el entrecomillado es mfo) de un grupo de particulares a los que están unidos por una vinculación de derecho privado" (53).

#### F. POR SU CONTROL.

Este criterio no es en función de quién lo ejerce, sino según la penetración e importancia en que se ejerza (de qué manera), ya que todas las personas jurídicas en mayor o menor medida están sujetas a un régimen de vigilancia exterior por parte del Estado. De todas maneras, y como simple indicio, se puede decir que las personas públicas están sujetas al control administrativo, en tanto que las privadas están exentas de esa tutela (54).

#### G. POR SUS PRIVILEGIOS.

Las personas públicas poseen imperium (esto es, están dotadas de ciertos privilegios de poder público —p. ej. el derecho de recabar tasas—), no sólo con respecto a sus miembros, sino también frente a terceros (las personas privadas siempre están en pie de igualdad en sus relaciones jurídicas). Este mismo criterio indica que toda persona jurídica que persiga un fin no lucrativo y a quien le sean conferidas prerrogativas del poder público, es una persona jurídica de derecho público (55).

#### H. POR SU CAPACIDAD.

En el derecho privado no hay personas jurídicas incapaces (salvo posibles excepciones, como en caso de quiebra), en tanto que, en el derecho público sí se da el caso de restricciones a esa capacidad de obrar de las personas sometidas a este régimen; "esta restricción para ejercitar su capacidad jurídica se debe al propósito del Estado de mantener una tutela integrativa de la Administración" (56).

Estos criterios vistos aisladamente, no representan una fórmula segura para diferenciar con precisión estas dos clases de personas; al efecto, -

se deberán reunir varios de los signos enumerados.

-Su régimen jurídico.- Debe evitarse que sean comprendidos dentro del régimen de derecho público aquellos entes que no revelen claramente indicios de publicidad, para así lograr una correcta individualización de los sujetos públicos (57); sin olvidar, empero, que a unos y otros se les aplicará, en grado diverso, normas de derecho público y de derecho privado. Es muy común observar que los entes públicos tienen cada uno una ley y su estatuto orgánico es aprobado por decreto o acuerdo (58). Esto indica (independientemente de reconocer de manera innegable el carácter público de los entes paraestatales) que su estatuto jurídico es variable, y la tendencia moderna es en el sentido de someter la empresa pública a las reglas del derecho común; pero su carácter público impide en muchos casos su aplicación. Por otra parte, el derecho común es indispensable a los entes paraestatales (más a las sociedades nacionales) toda vez que, en su gestión económica, se enfrentan a los mismos problemas y a las mismas instituciones que las personas jurídicas privadas (59).

#### 4. DIVISION .

El Estado, por sí mismo o por medio de otros entes públicos, puede recurrir a las figuras societarias para la gestión de actividades económicas, -- en dos formas distintas, mismas que dan lugar a dos grandes ramas de las sociedades nacionales:

- + la sociedad pública o de Estado.
- + la sociedad de economía mixta (60).

##### A. LA SOCIEDAD PUBLICA O SOCIEDAD DE ESTADO (61).

Observa MANTILLA MOLINA que cuando para la explotación de empre-

sas económicas (industriales o comerciales) por parte de entes paraestatales se llega a pensar en usar la estructura jurídica de la sociedad por acciones; "si las normas jurídicas que las rigen sólo permiten el acceso como socios - al propio Estado, o a entes de derecho público\*, estaremos en presencia de - lo que puede más propiamente llamarse... una SOCIEDAD DE ESTADO" (61). La sociedad de Estado no necesariamente es una sociedad con un solo socio (que sería el Estado), sino que en ella pueden participar ilimitadamente - - - (siempre que su ley particular así lo permita) otros entes públicos. En efecto, la característica esencial de estas sociedades es la participación (no sólo patrimonial, sino también administrativa, de gestión, de decisión, etc.) exclusiva y totalitaria del Estado o de entidades públicas (NO puede darse el caso de que una sociedad de economía mixta con participación estatal minoritaria sea el único titular de una sociedad de Estado), sin ninguna intervención por parte de los particulares (ya como iniciativa privada o como sector social - digamos sindicato, ejido, etc. -) (63). Acota BARRERA GRAF que la "LOAPE (sic) no alude a empresas en que el Estado - u. organismos, instituciones o sociedades del Estado - participen con el 100% del capital social (64). Si éstas no fueran distintas de los organismos descentralizados (Pemex, - - CFE, etc.), como se definen en el art. 45 (LOAPF), creemos que deben regirse por las disposiciones de las empresas de participación estatal mayoritaria" -- (65).

En Alemania, por ejemplo, existen dos formas distintas de sociedades públicas: köpenschaften des öffentlichen Rechts y Austalten des öffentliche rechts, sin que haya una ley general que reglamente tales sociedades (66).

---

\* De aquí se infiere que la SNC - vista como sujeto de derecho público - puede tener dos grados dentro de la sociedad de Estado (la participación exclusiva del Estado por una parte y por la otra, la de éste con otros entes de derecho público), y uno dentro de la sociedad de economía mixta (v. cap. VI n° 4 B).

## B. LA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA .

Es en Alemania donde surge la expresión "economía mixta" (67), siendo más tarde adoptada por la doctrina francesa. En particular, para la sociedad de esta categoría, se han propuesto diversos términos, todos ellos aludiendo a su esencia: semipública, pública mixta, económica mixta, público-privada, colectiva público-privada, sociedad mixta, etc. (68). Estas expresiones no han obtenido el éxito deseado, empero, todas ellas describen el fenómeno económico —no jurídico— consistente en que el capital privado y los fondos públicos se encuentran reunidos para contribuir a la explotación de una empresa (entendiendo empresa no sólo como el conjunto organizado e integral de elementos, sino también como finalidad) económica (69).

La sociedad de economía mixta ofrece una posibilidad para que confluyan, en una sola empresa, recursos del Estado (lato sensu) y de los particulares; esta coexistencia bien puede ser desde el momento fundacional o desde un momento posterior con el fin de emprender procedimientos de gestión de —generalmente— servicios públicos industriales o comerciales, o bien actividades económicas de interés colectivo.

RUIZ MASS IEU considera que solamente procede la creación de una sociedad de economía mixta cuando exista "el interés de que participen los inversionistas privados, de modo que si el capital de una empresa sólo se va a integrar con el aporte del Estado, es más conveniente que adopte exclusivamente la forma judicial de organismo descentralizado" (70). Difiero de esta opinión, en primer lugar porque, como se vió al analizar este ente paraestatal, el organismo descentralizado no constituye en sí ni por sí una estructura; en segundo lugar, he de apuntar que es saludable la existencia de ambas clases de entes paraestatales que constituyen los pilares de la "empresa pública" y que como tal, excluyen toda intervención de los particulares (el descentralizado y la sociedad pública) en función de las actividades que explotarán al ser creados. En este orden de ideas, es preciso distinguir ambas clases en función de la importancia estratégica y logística de sus objetivos ; principios; esto es, no concibo que una actividad que revista esa

formal importancia como la es la explotación de hidrocarburos, se lleve a cabo mediante una sociedad de Estado. De la misma manera se ha abordado la prestación de la Banca, por una parte, la Banca Central está en manos de un ente paraestatal bajo la naturaleza jurídica de organismo descentralizado (Banco de México) que por la misma importancia de sus funciones ha adquirido esta clase (que no forma) de organización: sus funciones son públicas y SIN ANIMO LUCRATIVO, en tanto que el servicio público de banca y crédito se confía a las sociedades que pueden ser de Estado o de economía mixta, es decir, aquí no importa mucho lo formal de su actividad, sino su eficiencia y rentabilidad (por definición, un organismo descentralizado sí puede ser rentable, mas no puede especular con los frutos que recoge o en el mercado, ya que, por otra parte, cuando explota actividades económicas, debe ser, necesariamente, en relación con bienes nacionales. El suprimir la figura de la sociedad de Estado, cargaría de facultades al organismo descentralizado, lo que agravaría aún más su ya precaria regulación limitada hacia objetivos determinados con específica restricción; y a pesar de ello no existe —técnicamente hablando— una correcta sistematización jurídica del organismo descentralizado; es más, ni de la sociedad de Estado).

Condición sine qua non para la existencia de una sociedad de economía mixta, no es solamente la participación pecuniaria conjunta de uno o más entes públicos con personas privadas, sino que se difunde hacia los siguientes elementos:

- + La participación (ya pecuniaria, ya de gestión —o de intervención—) de los entes públicos debe ser con el carácter de obligatoria y con prerrogativas especiales.
- + Nazca a la vida pública en virtud de un acto de imperium (71).

De esta manera no es raro observar que en la creación de una sociedad de economía mixta, el Estado busque el poder de dirección más que una participación en los beneficios: "incluso —observa RIPERT— se ha dado el caso de ciertas sociedades en las cuales el Estado se ha reservado puestos en el consejo de administración sin reclamar acciones" (72).

Nuestra legislación alude a "empresas de participación estatal" (LOAPF y Ley control), expresión no muy feliz dado que la propia ley, al referirse a estos entes (o al equiparar otros con éstos), indefectiblemente los rela-

ción con sociedades (salvo el caso del art. 47 LOAPF: "Se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria... (las asociaciones civiles en -- las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de las mencionadas en el inciso a)...") (del art. 46)). BRENA TORRES prefiere el término "participación estatal en empresa privada" (ob. cit. --v. su título--). MIGUEL DE LA MADRID define a estas "empresas de participación estatal" como aquel "tipo de empresas que combinan la acción del Estado con los intereses privados, sin asignarles el carácter de instituciones públicas\*" (73). Con-- cuerda en ello SOLA, en principio, cuando expone que la opinión más generalizada es en el sentido de no considerarlas empresas públicas, "aunque -- ello se discuta en doctrina, y en los textos legales de algunos países se les -- califica de empresas públicas" (74). DE LA MADRID afirma que "... 'son empresas privadas\*\* en las que el Estado tiene un interés económico preferente, que le permite intervenir en ellas o administrarlas en diversas formas" (75). Tampoco se puede decir que sean empresa privada (siempre en el sentido más rústico y lego, para fines de exposición) porque "en realidad, es una empresa en la cual la participación pública le imprime un carácter mixto entre lo público y lo privado, y que, por lo tanto, requiere una reglamentación especial distinta de las empresas puramente privadas" (76). Concluye SOLA: "... la empresa mixta es una empresa pública en su aspecto interno, y es -- una empresa privada en sus relaciones con los terceros" (77). ¡A esto nos -- conduce una impropia nomenclatura! En principio, la sociedad de economía mixta (por su género) es una sociedad TITULAR de una empresa (no es en sí una empresa, sino que EXPLOTA una empresa); por otra parte, NO EXISTE LA EMPRESA --como tal-- "MIXTA": la empresa, en función de sus ele--

---

\* Propiamente dichas, añadiría yo.

\*\* V. cap. II, 7. - "Clases de empresa" (stricto sensu). En función de sus elementos, las empresas pueden ser privadas o públicas. Son privadas cuando todos sus elementos son de índole exclusivamente privada, sin ningún dato público. Ahora bien, en la especie, y por la misma confusión de términos, he de señalar que una sociedad NUNCA puede ser empresa, ni viceversa (salvo el caso de "empresa pública" (l. s.)). NO ADMITO LA EXISTENCIA DE "EMPRESA PRIVADA" lato sensu.

mentos puede ser —únicamente— privada o pública (v. pie). Ahora bien, observada la sociedad (como titular) de economía mixta, desde el punto de vista iusadministrativo (donde sí se admite —por razón metódica— la expresión — "empresa pública" —lato sensu—), sí es una "empresa pública"; pero desde una perspectiva de derecho común (en cuya dimensión no existe la empresa personificada), es una sociedad, y ya, en su particularidad, puede ser una sociedad típica, especial, atípica, anómala, etc., según sea el caso; y en base a la participación conjunta del Estado (lato sensu) y los particulares, NO es una sociedad pública (como la de Estado) NI privada (capital y gestión exclusivamente de los particulares); ES MIXTA.

La participación estatal en estas sociedades puede ser de dos clases:

- |  |   |  |
|--|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>— mayoritaria</li> <li>— minoritaria</li> </ul> | } | <p>en ambos casos, a su vez, puede ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>+ directa (cuando es el propio Gobierno Federal),</li> <li>+ indirecta (a través de otros entes públicos).</li> </ul> |
|--|---|--|

1. MAYORITARIA. — Son sociedades de economía mixta con participación mayoritaria estatal cualquier sociedad que reúna alguna de las siguientes características:

a) Capital. Cualquier entidad pública (salvo las sociedades de economía mixta de participación estatal minoritaria o las asociaciones —y sociedades— civiles) realice una aportación integrativa del capital social SUPERIOR al 50% e INFERIOR al 100% de éste (78).

b) Acciones. Exista una serie especial que sólo sea suscribible por — el Gobierno Federal. Al decir "acciones", debe entenderse cualquier documento en el que se divida —fraccione— el capital social.

c) Organos. El Gobierno Federal nombre a la mayoría de los integrantes del órgano ejecutor; así como cuando tenga facultades para vetar los — acuerdos que llegue a tomar el órgano decisorio (deliberatorio), ya sea Asamblea, Junta General, Consejo Directivo, etc.

d). Sociedades o asociaciones civiles. La mayoría de los asociados — sean entidades públicas (salvo las excluidas en el inciso a)), o bien que éstas realicen las aportaciones económicas preponderantes.

2. MINORITARIA. - Cualquier entidad pública (salvo las de participación minoritaria y las civiles)\* aporte más del 25% pero menos del 50% del capital social.

El Estado —lato sensu— no participa en el capital y vida social en un pie de igualdad con los demás socios, sino con prerrogativas especiales, así como con soberanía que resienten los capitales privados (79).

## 5. NATURALEZA .

De hecho, la diferencia más patente que pueda encontrarse entre la sociedad de economía mixta y la sociedad pública estriba en que ésta admite la posibilidad de tener un solo socio, en tanto que en aquella se requiere —siempre, como mínimo (en cierto sentido heteropenia) la participación de dos socios: uno particular y el otro público. En este orden de ideas, ambas sociedades participan de las mismas características generales, por lo que se justifica su estudio conjunto, y para fines de exposición, lo abordaré en singular.

### A. ES SOCIEDAD.

El titular de toda empresa de participación estatal, totalitaria, mayoritaria o minoritaria es una "SOCIEDAD mercantil, ANONIMA, principalmente

---

\* El art. 48 LOAPF no habla de una eventual participación del Gobierno Federal o Depto. Admvo. Considero que sí es válida esa participación. La Ley para el control omite aludir a la participación minoritaria; para ella sólo existen los organismos descentralizados, las sociedades públicas —tácitamente— y las sociedades de economía mixta con participación pública mayoritaria.

te" (80). BARRERA GRAF, partidario del negocio complejo en tratándose de la sociedad, indica que hay muchos casos de "empresas de Estado que se constituyen como supuestas sociedades con la intervención única de un socio, y las cuales funcionan como sociedades anónimas, al amparo de su respectiva legislación" (81). En su etapa de constitución, se trata de patrimonios separados del Estado a manera de las fundaciones; en su vida y funcionamiento sí son sociedades (82). DIEZ distingue entre las "formas" de "Empresas del Estado" y la de "Sociedades de Estado"; ésta, "se trata de una sociedad anónima cuyo único accionista es el Estado" (83). En este orden de ideas, y en términos generales, están sujetas al régimen de las sociedades mercantiles, y por lo tanto, funcionan de acuerdo a la LGSM (84).

#### B. SOCIEDAD (ANOMALA, ESPECIAL, ANALOGA, FICTICIA).

La sociedad nacional introduce en ocasiones (sobre todo la de Estado) modificaciones a su prototipo que es la anónima (y aun a otros tipos que altera al adoptar); esto es, sus elementos básicos (de la anónima) sufren variaciones para adecuarse a la estructura de la sociedad nacional (v. infra, n° 6 —Derogaciones—). En estas condiciones, y según opinión de NAVA NEGRETTE, "la sociedad anónima del derecho mercantil es pura ficción en la llamada sociedad anónima de Estado..." (85). GARRIGUES destaca que a pesar de que en estas sociedades falten lo que él llama "los principios fundamentales de la sociedad anónima, siguen siendo sociedad anónima" (86). BROSETA concuerda en ello, en el sentido de darle tratamiento de sociedad (a la mixta o a la pública unipersonal), "aunque anómala o especial..." (87). HAMEL admite la posibilidad de la sociedad nacionalizada con un solo socio: "esta noción no choca con el sistema institucional... ¿por qué la ley no hará funcionar sociedades de una sola persona sobre todo cuando esta persona es el Estado?" (88); "la presencia de la entidad pública como accionista —aun cuando tenga la mayoría de las acciones— no altera el carácter de la sociedad en el sentido de 'publicizarla'" (89).

En el caso de la sociedad de Estado (90) y en Italia, la administración pública crea entidades con objeto de simplificar mecanismos administrativos

sin valerse de la forma se la sociedad comercial, 'pero creando, no obstante entidades con estructura análoga y con el fin de lucro, que es fin institucional de ellas\*' (91).

### C. SOLO FORMALMENTE ES SOCIEDAD.

Hay quien dice que se realiza un empleo inadecuado de la figura de la sociedad anónima, dando por resultado entidades que sólo en apariencia son anónimas, toda vez que, en gran parte, las disposiciones que regulan ese tipo de sociedades, no les son aplicables (92). Transcribo opiniones de autores respetables: "El derecho de sociedades no se aplica a estos entes" (HOUIN); - "existe una divergencia entre la apariencia externa y la naturaleza real del ente" (KATZAROV y SALANDRA); "la sociedad anónima sirve a la empresa de máscara, pero no de estructura" (LAGARDE); "el recurso a las sociedades capitalistas es meramente formal y que, por tanto, el sometimiento expreso al Derecho mercantil posee escaso valor" (RIPERT) (93). Por esto mismo BROËTA PONT piensa que queda "muy poco" de la sociedad anónima en la pública unipersonal; "el recurso público a la sociedad anónima —manifiesta— parece ser meramente formal, en virtud del cual se desnaturaliza esta institución privada" (94).

### D. ES SOCIEDAD "SUI GENERIS".

No podría faltar la naturaleza "sui generis", misma que aparece cuando un problema empieza a adquirir ciertas dimensiones, como es, precisamente el que me ocupa. La postura "eclectica" también vaga por el presente apartado.

\* No confundir fin de lucro (fin institucional de las entidades públicas —como actividad de la empresa, no el fin del (los) socio. — los socios persiguen — como fin el reparto egoísta de las utilidades—) con destino de las utilidades, como medio publicístico y no como fin.

En la actualidad, y en vista de la aparición de la sociedad nacional es estructurada (al menos en la mayoría de los casos) como sociedad anónima, de ben reconocerse DOS ESPECIES DE SOCIEDAD POR ACCIONES (95):

- + La tradicional. - Es la recogida y reglamentada en los códigos de comercio o en leyes de sociedades. Dentro de esta concepción, es inadmisibile considerarla como sociedad anónima, - es más, ni como sociedad. "En realidad se trata de una em- - presa exclusivamente del Estado, cuyo estudio no correspondería al derecho comercial, sino al derecho administrativo" - (96).
- + La modificada (institucional). - Adquiere este carácter por el - influjo publicístico. Las sociedades nacionales son fórmulas jurídicas modernas que se alejan de lo tradicional y, en la - práctica "se ha conseguido con ellas... buenos resultados y debe considerárselas como definitivamente integradas dentro del marco del derecho comercial" (97). Admitiendo, por tanto esta concepción, "no puede haber inconveniente en incluir lo que hoy se llama sociedad pública entre las variedades de la institución por acciones" (98).

En cuanto al funcionamiento, es el de una sociedad anónima, pero - los estatutos y demás elementos sufren frecuentes derogaciones al régimen de mayorías y a la desaparición de los accionistas, por estos motivos, esta -- teoría concluye de que sí se trata de una sociedad (99) sui generis, en la - - cual la intervención del Estado o de una corporación pública le confiere un carácter distinto al de otras sociedades (100).

#### E. NO ES SOCIEDAD.

Existen empresas económicas del Estado que no pueden subsumirse - en ninguno de los tipos sociales regidos por la legislación mercantil; a ellas es más propio denominarlas EMPRESAS PUBLICAS (101); son estructuras -- administrativas económicas que aprovechan el mecanismo de la anónima y -

que explotan los métodos de su régimen jurídico (102), pero "no existe en la legislación mexicana una forma de derecho público para este tipo de empresa pública" (103).

- Coda.— El encuadramiento de la sociedad nacional dentro de una categoría jurídica es muy incierto y varía en cada caso (104), éstas, son organismos dinámicos que están en plena evolución y nunca en una situación estática (105), y por otra parte, el ingenio de los que dirigen el mecanismo jurídico que constituye la anónima, logra atemperar su funcionamiento mediante nuevas invenciones (106), "la anónima de Estado es así una prueba nueva de esta capacidad de la anónima (v. cap. I 4 "estructura polivalente") de extenderse fuera de aquel ámbito que había sido previsto por el legislador" (107).

En síntesis, la sociedad nacional vista como una entidad burocrática, es una "empresa pública", y como tal, un ente paraestatal incrustado dentro de la Administración Pública. Genéricamente es una sociedad que, en la mayoría de los casos, pertenece a la categoría de las sociedades mercantiles (la sociedad de Estado siempre pertenecerá a esta categoría); y ya, particularmente depende del tipo que adopte, modifique o se cree al efecto (ello no obsta para que pueda darse el caso de una sociedad anómala y hasta atípica, aun que esto último es muy difícil dada la naturaleza del origen de las sociedades nacionales).

## 6. DEROGACIONES.

### A. ORGANICA.

En los entes paraestatales y, obviamente aún más en las sociedades nacionales, se recurre frecuente, aunque asistemáticamente, a los órganos

tradicionales de la sociedad por acciones; asimismo, "en muchas ocasiones nos damos cuenta de que el cumplimiento de estos moldes representa un mero formulismo que no trasciende en decisiones efectivas de interés público sino en una falta de operatividad de las facultades de mando, de gestión, de control y vigilancia de las diversas empresas" (108). Esta confusión se debe, en parte, a la capacidad que tienen los órganos descentralizados para funcionar, bien conforme al derecho público (esto es, dentro del campo de la "administración pública institucional"), o en los moldes del derecho privado (109). Es evidente que debieron de haberse creado e ideado, ya, institutos propios para la efectiva intervención por parte del Estado en actividades económicas; sin embargo esos institutos ad hoc no existen (110). Ahora bien, cuando una sociedad nacional adopta un tipo social (como es el caso de la anónima), generalmente mantiene la existencia de los órganos tradicionales; de la misma manera, suele cumplirse con los requisitos procedimentales, como la publicación de la convocatoria para asamblea, plazo para su celebración, etc. (111), aunque, y en virtud de la paraestatalidad en la que están inscritas, tienen una integración y una naturaleza de gestión diferentes (112). Por otro lado, hay quien condena que en muchas empresas públicas "no se observen las reglas y procedimientos para la vida colegial de las sociedades..." (113); también se aduce que se desnaturaliza y se deforma a las instituciones "jusprivadas" (114).

A continuación expongo las principales derogaciones o modificaciones dentro del seno del órgano asamblea:

- a. Se atribuye al Estado su constitución, así como en cuanto a los estatutos, su modificación no puede ser acordada libremente por la asamblea, sino que se requiere la aprobación de la autoridad que decidió la creación de la sociedad (115).
- b. No se entiende a la asamblea como un órgano deliberatorio, sino que "se pretende formalmente sustituirla atribuyéndole sus funciones a un ente o a una corporación, que sustancialmente no puede considerarse como verdadera junta" (116).
- c. A menudo, los representantes del Estado están dotados de un derecho de veto de los acuerdos de la asamblea o del órga-

no "deliberatorio" equivalente; derecho que "es incompatible con la propia esencia de la junta general" (117).

- d. Es facultad del Estado la designación (fuera de asamblea y por acto administrativo, o bien dentro de ella, pero con imperium) de los miembros de la administración; éstos no pueden ser revocados por la asamblea, sino por quien los nombró.
- e. El balance es aprobado por organismos que ejercen un control externo sobre las paraestatales (Contaduría Mayor de Hacienda, p. ej.).
- f. En tratándose de sociedades públicas y cuando el Estado es el único socio, "se hace inoperante toda la normativa relacionada con la asamblea de accionistas" (Nicolás RODRIGUEZ) (118).

En cuanto a la ADMINISTRACION: por regla general existe un consejo de administración o consejo directivo, determinado número de los miembros que lo constituyen, se reserva al Estado, "sea de modo directo, sea a través de la titularidad de acciones de una serie, generalmente marcada con la letra A..." (119). El nombramiento de éstos corresponde al Presidente de la República o a los titulares de las Secretarías de Estado o Departamentos Administrativos (art. 52 LOAPF). Sólo podrán ser removidos por quien los nombró. Los órganos estatales, sea cual fuere la organización de la sociedad, gozan siempre de una cierta preponderancia, por lo que, pienso, debería haber un régimen de cogestión, incorporando al efecto a los representantes de los usuarios y consumidores, gozando de las mismas facultades que los del Estado (en México reina poca experiencia en ese sentido; en algunos organismos descentralizados se ha optado por la cogestión tripartita —Pemex, CFE, Ferronales—, sin embargo, también en el sector de los trabajadores y de los usuarios existe el maldito fantasma de la corrupción; tan abominable como lo fue la Santa Inquisición, Hitler, Reagan y Stalin) (120).

Las "empresas públicas" deben gozar de una amplia DISCRECIONALIDAD en sus operaciones; es necesaria en ellas una gran flexibilidad que les asegure movilidad, agilidad y fluidez para una efectiva gestión de sus activi-

dades (121); la política de organización y dirección de estos entes debe ser -- ejercida por autoridades distintas del poder central (122). Debe evitarse a toda costa la aparición de la burocracia de Estado en estas sociedades: "... ma è fatale, allora, che sorga una burocrazia irresponsabile che può governare senza controlli e critiche interne (léase autocrítica sin presiones externas) l'impresa" (123). En algunos países, en opinión de MASON, se ha pensado reemplazar al político por un empresario al frente de dichas instituciones -- "... pero... se empieza a transformar en político" (124). El funcionario de una empresa pública debe adquirir noción de que es un empresario y no un político encargado de funciones públicas (125); por otro lado, debe existir -- una adecuada continuidad en la gestión de las empresas del Estado, sin importar las "fluctuaciones que pueda haber en la composición de la mayoría de los socios..." (126). Debe, imprescindiblemente y con carácter inmediato, crearse un mecanismo que impida ese constante y sexenal éxodo de funcionarios administradores de empresas públicas, así como implementarse -- una serie de requisitos de naturaleza TECNICA --no política-- para acceder a la gestión --ya como Director, Gerente, o en general administrador-- de estas sociedades; en ese orden de ideas, es conveniente la institución del Centro de Capacitación Especializada para la administración de empresas de un área determinada (no es lo mismo ser gerente de ventas de pipas que gerente de mantenimiento de plantas termonucleares).

## B. DE INTERESES.

Existe en las sociedades nacionales un conflicto de intereses entre -- los públicos y los privados; para resolver si es lícito que el Estado imponga -- en la sociedad el interés que representa sacrificando el privado de los demás accionistas, se han propuesto las siguientes teorías:

- + Institucionalista: el interés determinante es el de la empresa.
- + Negocial: pone el acento en los intereses individuales de los socios.
- + Ascarelli: al ser la sociedad una comunidad de fines, cada so

cio posee un fin propio que es común al de los demás.

- + Legal: el capital público debe ser mayoritario; hace prevalecer el interés público (Ley de entidades estatales autónomas, - España).
- + Ripert: "se intenta conciliar lo inconciliable" (127).

### C. BIENES.

El capital de toda sociedad se constituye por medio de las aportaciones que hacen los socios. Cuando el Estado u otro ente público adquiere el carácter de socio por comprometerse a realizar su aportación, ésta generalmente, es a base de bienes públicos. Es en este supuesto donde aparece una derogación al principio tradicional que impera en las sociedades y que se traduce - en el hecho de que las aportaciones de bienes, salvo pacto en contrario, se entenderán traslativas de dominio (art. 11 LGSM). Los bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles; de esta manera -- surge la cuestión acerca de si estos bienes están afectos a la garantía de sus acreedores; una respuesta afirmativa nos llevaría a pensar que, al aportarse a la sociedad, se ha producido la "desafectación" de estos bienes al dominio público (a su régimen) (128). La valoración de las aportaciones del Estado in natura se hace unilateralmente por él (129).

### D. ACCIONES.

Las acciones correspondientes al Estado, se declaran intransmisibles, esto es, no negociables, no cesibles (130), lo que constituye un contrasentido ya que es la negociabilidad el rasgo que caracteriza a la acción ("si la acción no es siempre negociable, es siempre cesible" -v. cap. I 8 B-). En este sentido, es criticable el hecho de hacer nugatoria la función circulatoria de las acciones (so pena de nulidad); sin embargo, no hay que perder de vista que las acciones que no son de serie especial, sí gozan de todas las ca-

racterísticas constitutivas de la acción desde los tres clásicos puntos de vista (cap. I 8 A); y aún más, las sociedades de economía mixta, en opinión de RUIZ MASSIEU, "tienen la posibilidad de 'democratizar' su capital\* difundiendo esos títulos-valor entre los trabajadores a su servicio o, en general, entre los pequeños ahorradores. Esta difusión accionaria solamente podría prosperar si se tratara de acciones PREFERENTES que aseguraran un rendimiento mínimo atractivo" (131).

Observa BROSETA que en la sociedad de Estado no se utiliza la acción como instrumento de financiación, ni como medio para medir la intensidad en el ejercicio de los derechos sociales (132).

Hay que recordar que estas derogaciones de ninguna manera desnaturalizan la sociedad por acciones en su concepto original, toda vez que no son cambios o modificaciones básicos o estructurales; puede haber sociedades por acciones ¡sin acciones! (cfr. cap. I 8 ab initio).

#### E. PLURALIDAD.

La sociedad de Estado puede constituirse con cualquier número de socios, y por ello, se argumenta que rompe con el principio de pluralidad de socios; sin embargo, me remito en todo lo expuesto en el cap. I 10, en el sentido de que ello no es obstáculo para la existencia de la sociedad.

#### 7. MERCANTILIDAD.

---

\* Excelente intervención de este administrativista, toda vez que es corriente escuchar "democratizar la asamblea", en realidad es el capital el que recibe esta característica.

Existen diferentes perspectivas para observar la posible mercantilidad de las sociedades nacionales y de las empresas que gestionan. Asimismo, para declarar la calidad de comerciante a determinada persona, se atiende a varios puntos de vista. Nuestro derecho positivo no precisa en su exacta dimensión cuándo una persona es comerciante, y por otro lado, la LGSM establece que son mercantiles las sociedades que adopten algún tipo de los que enumera, por lo que, en tratándose de personas colectivas (lo de colectivo en sentido tradicional) parecería que el problema está resuelto (criterio formalista, - que NO de forma), sin embargo, también puede decirse que una persona colectiva es comerciante aun cuando no adopte alguno de esos tipos (es el caso de una sociedad civil que tiene por actividad principal la realización sistemática de actos de intermediación en el tráfico comercial: deberá transformarse en uno de los tipos previstos por la LGSM so pena de caer en Irregularidad, y aún así —irregular— ¡será comerciante!) y será clasificada como mercantil atendiendo a su actividad.

En el capítulo relativo a la Empresa convengo que, por su género de actividad las empresas son (no agoto todas las posibilidades, mas sí las más importantes, bajo la condición de que cada una de estas clases admite varias subdivisiones\*): agrícolas; comerciales, e industriales. En ese sentido, es preciso distinguir entre:

- + empresa comercial y
- + empresario comerciante.

Para establecer si una empresa pública (stricto sensu) es comercial o no, es necesario acudir al caso concreto y aquí sí utilizar el criterio en fun

---

\* Así, por ejemplo, las comerciales pueden ser: de transportes, crediticias, financieras, alimenticias, etc.; las industriales: siderúrgicas, mineras, extractivas, constructivas, etc.

ción de su género de actividades, sin importar la naturaleza de su titular o de sus elementos (132).

El empresario puede ser comerciante en base a alguno de los siguientes criterios:

#### A. POR SU ACTIVIDAD.

"El ejercicio de la actividad comercial confiere al órgano la cualidad de empresario" (133). Cualquier ente paraestatal puede ejecutar actividad comercial; y en ese sentido, la circunstancia de que realicen actos de comercio, los somete "parcialmente a la legislación mercantil..." (134). Empero, la actividad comercial de los entes públicos es raramente igual a la de los otros sujetos jurídicos ya que cuando aquéllos crean explotaciones comerciales que serían consideradas como comerciales si las realizaran particulares, lo hacen teniendo en cuenta consideraciones diversas (135); de todas maneras, vista objetivamente, la actividad que realizan las "empresas públicas", al ser comercial, sujeta a éstas a las reglas del derecho mercantil, tanto legales como consuetudinarias.

En contra de las opiniones arriba expuestas, está la de RIPERT quien presupone que el acto de comercio "es esencialmente el acto realizado por -- un comerciante" (136); por lo tanto concluye que el Estado NO realiza actos de comercio, "por la simple razón de que no es comerciante" (137). Admito que el Estado (stricto sensu) no es, ni puede ser, comerciante; sin embargo sí lo son los entes creados para gestionar actividades económicas preponderantemente comerciales.

#### B. POR SU ESTRUCTURA.

Desde el momento en que un ente paraestatal adopta para su estructura jurídica un tipo mercantil, debe considerársele como comerciante (138). Así, cuando la "empresa pública" "asume la forma de una sociedad mercan-

til, negarle el carácter de comerciante es ir contra el texto expreso de la - - fracción II del artículo 3º del Código de Comercio" (139). BARRERA les niega el carácter de comerciantes a los organismos descentralizados (aunque sí - - son empresarios) así como a aquellas instituciones que aun cuando sean sociedades anónimas, estén "constituídas a virtud de leyes especiales, como es el caso del Banco de México, la mayor parte de las instituciones nacionales de crédito y otras corporaciones y entidades estatales, o de participación estatal (Dina, s. a.)..." (140); esto es, aquellas instituciones que no se constituyen con estricto arreglo a las leyes mercantiles (generalmente sociedades - - especiales). Sí admite que son comerciantes las sociedades nacionales "que tomen la forma de las mercantiles" (141); si se introduce una modificación al tipo previsto (así lo entiendo), ya no será comerciante.

### C. POR MINISTERIO DE LEY.

Las leyes que en un momento crean a las sociedades nacionales, bien pueden declararlas como mercantiles y someterlas a las reglas en uso de las demás sociedades; de la misma manera, y en tratándose de una actividad nacionalizada, la propia ley puede establecer que las sociedades expropiadas - - conserven su "estatuto de sociedades comerciales" (142), en ese sentido se - - sujetan a las normas de la LGSM y demás normas de derecho comercial "salvo la organización legal de la administración" (143). En opinión de RIPERT, lo que en este caso existe, en realidad, es una "transposición y no aplicación del derecho de sociedades" (144).

El problema que se presenta es, hasta cierto punto como el que se - - plantea en el apartado precedente (in fine) en el sentido de ver hasta qué - - punto se desnaturaliza (si es que ello pasa, que no estoy de acuerdo) la figura de la anónima (o de cualquier otro tipo -esto es, algún modelo previsto - en ... -) cuando la ley especial la acoge para darle estructura jurídica a la sociedad que crea. En cualquier caso, y si formalmente dicha ley (aunque - introduzca una miríada de modificaciones) le reconoce determinado TIPO - - (esto es, cualquier modelo jurídicamente reglamentado...) a la sociedad en cuestión, por ese hecho, se aplicará (transpositivamente o no) la legislación

mercantil conducente (aun en lo poco —supongamos sea s.a.— de anónima a la sociedad especial), y aunque esa ley especial prevea o no esa aplicación: por el motivo de ser "s.a." (así, entrecomillado, o "s.r.l.", "etc.") se somete al imperio de su matriz. El verdadero problema surge cuando se crea un nuevo tipo que no tiene un cuerpo (ordenamiento) jurídico que lo respalde. En este caso se hace necesaria la remisión EXPRESA a ordenamientos que regulen figuras análogas, sin perjuicio de ponerse a trabajar en uno ad hoc.

La sociedad nacional no choca con ningún principio jurídico, y debe admitirse que es una institución (cuando en la especie así lo sea) de derecho comercial cuando por alguna de las situaciones expuestas así se confirme.

## 8. EL LUCRO\*

La "empresa pública" se justifica en función del cumplimiento de las responsabilidades del Estado en su intervención en la economía; de esta manera existe una delegación de funciones hacia fines, esto es, los fines de los entes paraestatales coinciden con las funciones (actividades) encargadas al Estado, no como ente soberano, sino como órgano complejo y capaz de llevar a cabo empresas que no pueden los particulares. La finalidad de satisfacer un interés público aparece inflexiblemente dentro del fin de la sociedad nacional, y para prestarlo en una forma más eficaz, su fin social es, incidentalmente, lucrativo.

De un lado están los que argumentan que es desastrosa una gestión que no produzca utilidades: "... 'si el Estado... está dispuesto a proseguir -

---

\* Como fin social de las sociedades nacionales (cap. I 6 in fine).

la gestión aun cuando las sumas pagadas por los clientes no compensen el costo ¿dónde se encontrará el criterio para juzgar de la utilidad de los servicios prestados?... ¿y cómo se sabrá si el déficit podría reducirse sin disminuir el valor de los servicios?" (145).

Por otro lado, quienes consideran "un tanto secundaria la falta de ganancias" (146) en aras del cumplimiento de las altas funciones del Estado como promotor del bien común. GARRIGUES las denomina "sociedades con propósito de lucro debilitado o nulo" (147). ACOSTA ROMERO observa que las sociedades nacionales (en general toda "empresa pública") pierden la finalidad lucrativa "para abarcar una finalidad mucho más amplia... con independencia de la rentabilidad o utilidad pecuniaria..." (148). MESS INEO entiende -- que no existe incompatibilidad entre ambas finalidades, aunque reconoce que las utilidades constituyen un medio y no un fin (149). Es decir, el provecho obtenido se reinvierte en la misma negociación: "la reinversión es el destino normal de las ganancias, pero tampoco en dichas negociaciones se excluye el reparto de las utilidades..." (150). DE LA MADRID subraya que la rentabilidad no sólo es posible en la gestión de empresas públicas, sino "un imperativo que exige el desarrollo del país" (151); y yo me adhiero a tal concepción: las sociedades nacionales deben tener un fin lucrativo.

## 9. REGIMEN JURIDICO.

Cuando una sociedad nacional adopta algún tipo social queda sometida en lo esencial al régimen legislativo que regule dicho tipo. En la práctica, y en México, la gran mayoría de las sociedades nacionales (así como una -- vasta colección de organismos descentralizados) se han organizado bajo el tipo de sociedad anónima; ahora bien, esto no ha sido obstáculo para que se controlen y queden organizadas y coordinadas por instrumentos jurídicos de derecho público (153), es decir, aun cuando formalmente se rijan por normas de derecho privado, no escapan al principio de LEGALIDAD a que está sujeto todo ente público: las relaciones entre los órganos centrales y los paraestatales son esencialmente de contenido publicista (154). En este orden de --

ideas, las sociedades paraestatales QUEDAN SOMETIDAS:

- a) Al derecho privado en todo lo que se refiere a su actividad específica, comercial o industrial, así como a su vida social en cuanto sus preceptos especiales no impliquen derogaciones al régimen tradicional (en este caso, evidentemente se aplican reglas de contenido público como lo son las disposiciones emanadas de la ley especial);
- b) Al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la Administración o al servicio público que se hallare a su cargo (155).

ACOSTA ROMERO sugiere que estas sociedades no se rigen exclusivamente por normas de derecho mercantil, sino por, lo que pudiera llamarse "DERECHO MERCANTIL-ADMINISTRATIVO, o viceversa" (156), en tanto que NAVA NEGRETE no acepta ello y cree que "esas Leyes o normas jurídicas deben pertenecer exclusivamente al derecho administrativo o al derecho mercantil simple y llanamente..." (157). Por mi parte coincido con NAVA, añadiendo que el hecho de que deban pertenecer exclusivamente a alguna de ambas ramas, no es óbice para que una de éstas (principalmente la administrativa-pública) absorba instituciones de la otra, por lo que, ese movimiento al que se refiere ACOSTA (y que denomina "derecho mercantil-administrativo, o viceversa"), no es otro que el de la mercantilización del derecho administrativo (o viceversa), que NO la creación de un DERECHO dual; esto es, por "mercantilizarse", el derecho administrativo no pierde su carácter de público y menos su naturaleza intrínseca (la de ser administrativo), sino que se fortifica y nutre con más instituciones. Es por ello que, acertadamente DE LA MADRID propone que los instrumentos regidos básicamente por el derecho común y que son empleados en las sociedades nacionales, se reestructuren por una legislación de carácter público en la materia (158).

#### A. CONTROL.

El control de las "empresas públicas" en general en México es ejerci-

do por dos medios:

a) Administrativo. Es el realizado por el Poder Ejecutivo a través del coordinador del sector correspondiente (art. 50 LOAPF) teniendo injerencia prioritaria las Secretarías de Programación y Presupuesto; Energía, Minas e Industria Paraestatal, así como la de Hacienda y Crédito Público - - (arts. 5º, 6º, 7º y demás relativos de la Ley para el control) (v. cap. III 2 B).

b) Legislativo. Lo efectúa el Poder Legislativo "merced a la aprobación presupuestal y al examen de la Cuenta pública..." (159).

De lo expuesto se deduce que es el poder central quien conserva en todo momento la facultad de ejercer control completo y constante al vigilar - todas las actividades de los entes públicos adscritos; y por otra parte, se deduce también que el control adquiere un doble carácter: político y administrativo (contable) (160).

## B. REGULACION.

En este momento histórico, la regulación de los entes paraestatales - se encuentra en un caos legislativo en virtud de la falta de un régimen jurídico unitario. Los institutos que conforman la Administración descentralizada se rigen a través de una abundante diversidad de leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, circulares, etc., hecho que también implica, necesariamente, la aparición de lagunas y de criterios equívocos en cuanto a su propia naturaleza (161). El Maestro DE LA MADRID observa que la falta de una regulación detallada por parte del derecho constitucional provoca problemas graves de tres tipos:

- a) "No existen mecanismos de planeación en la Constitución vigente, que controlen a estos organismos..." (162).
- b) "... la falta de unidad de su actividad y la pérdida del control del gobierno sobre estos organismos, pues se escapan, en ocasiones, a las directrices del gobierno federal" (163).
- c) "... muchas veces su desarrollo funciona en un marco de - falta de coordinación dentro del propio sector estatal y pa-

raestatal..." (164).

Por su parte, MANTILLA MOLINA señala que dentro de su campo específico (de las sociedades nacionales) se da una paradoja: por un lado hay excesiva simplificación, y por el otro, una injustificable proliferación de variedad de regímenes jurídicos (165). Las sociedades nacionales nacen y son objeto de una ley especial, y en cada caso tienen un estatuto jurídico especial; no existe ninguna ley general sobre estas sociedades (166). Esta diversidad de leyes es debido a que el Estado ha recurrido a la adquisición o creación de entes paraestatales en una forma coyuntural y/o empírica, sin sujetarse a criterios integrales de una ley general. Esta proliferación, a su vez ha provocado la aparición de una extraordinaria heterogeneidad de estructuras jurídicas (167), conjugándose civiles, administrativas o mercantiles al amparo de un título que no es índice de nada. "El desconocimiento exacto de lo que hace, ha llevado al legislador mexicano a establecer organismos de naturaleza jurídica doble y contradictoria" (168). En efecto, el legislador adopta una u otra estructura (a veces ni eso) arbitrariamente y por necesidades pasajeras, por oportunismo, hábito o para disfrazar al Estado en comerciante; las fórmulas organizativas que se han adoptado es tan variada que, "lejos de existir una o dos fórmulas para su operación, existe un museo viviente" (169), que ofrece un cuadro extremadamente complejo y no es raro encontrar "empresas paraestatales creadas mediante la yuxtaposición de diversos tipos legales" (170).

En principio, es necesaria la construcción de una norma constitucional que establezca "la naturaleza, función y objetivos de la empresa pública en México" (171). En base a ella, crearse un marco que delimite su campo de actuación así como la ordenación racional de las distintas disposiciones que van a formar a los entes paraestatales. Para este fin, deben analizarse los resultados de su gestión, verificando y evaluando las acciones y así apreciar el cumplimiento, tanto cuantitativo como cualitativo de sus propósitos (172). Dicho análisis se hará mediante la disposición de sistemas adecuados de evaluación (mismos que determinarán los índices de medición de eficiencia y productividad) en tres niveles:

- + A nivel interno de la empresa;
- + A nivel de los coordinadores sectoriales;
- + A nivel de las facultades del Poder Legislativo (Contaduría Ma

yor de Hacienda) (173).

En el nivel sectorial es donde se encuentra el quid para resolver rationally el problema de abundancia legislativa, por lo que, mediante una sistematización integral de leyes especiales se puede formalizar "el sistema de tutela sectorial sobre la empresa pública en México" (174). Actualmente, la sectorización es sólo para efectos administrativos y para un control y vigilancia más depurados por parte del Estado, mas no para efectos técnico-jurídicos, por lo que es conveniente ampliar el contenido de la legislación (que NO ampliar la legislación) para no limitarla a establecer un control, "sino fijar las formas jurídicas que tales empresas puedan revestir..." (175); esto es:

- + fijar estructuras (reducir el número).
- + definir normas aplicables
  - de derecho común
  - de derecho público.
- + legislar con previsión (en función del análisis y evaluación a que se refiere DE LA MADRID y no de circunstancias contingentes) (176).

Muy seductora aparece la idea de crear una ley general que regule -- las sociedades nacionales, así como las formas y condiciones en que participarían los entes públicos en ellas (177), sin embargo, la doctrina dominante afirma la imposibilidad de estatuir un régimen unívoco para todas las sociedades nacionales (178). No obstante, considero que sí es posible formar un conjunto normativo SECTORIZADO que satisfaga la amplia gama de funciones, condiciones y finalidades que trae consigo la intervención del Estado en actividades económicas. De la misma forma es factible la formulación de un criterio básico de control y programación que oriente la reestructuración de los entes paraestatales (y en particular, de las sociedades nacionales). Debe pensarse en un cuadro de normas básicas que den un cierto grado de homogeneidad a los estatutos, tanto de las sociedades públicas como de las de economía mixta (179), a través de la eliminación de disparidades estructurales y de normas no justificadas (180); en consecuencia es importante estudiar cuáles son los tipos y subtipos que deban subsistir (181), y las circunstancias en que deba usarse cada uno de ellos (182). Estas estructuras, en cuanto es timen imprescindible la participación o concurso del capital privado, deben

solicitarlo no en calidad de accionista, sino de obligacionista (183).

### C. SISTEMATIZACION.

ARENA, en su "Contribución a la sistematización jurídica de los entes públicos que ejercen una actividad económica", señala, entre otros, los siguientes lineamientos:

- + La empresa es una sola realidad tanto para el economista como para el jurista.
  - "El Derecho no crea los fenómenos, sino que los disciplina" (184).
- + Las sociedades son un instrumento del ente público que por medio de ellas ejerce directamente la actividad económica (185).
- + Las actividades económicas en las que el Estado participa de una u otra manera, requieren de una empresa (y consiguientemente un empresario) afectada a ellas.
- + Los entes públicos se distinguen a tenor de su estructura y funciones:
  - instituciones.
  - sociedades comerciales públicas.
- + Las empresas públicas deben ser productivas (186).

Por su parte, FERNANDEZ RUIZ ensaya una aportación de "bases para la reestructuración del quehacer empresarial del Estado" (187).

#### 1. Bases legislativas.

- + Se defina legalmente el concepto de empresa pública - -  
-tanto en sentido lato como estricto-.
  - + Se establezcan tipos ("formas jurídicas") dentro de un esquema cerrado.
  - + Se determinen sus:
    - características
    - peculiaridades
    - elementos
- } de c/u de ellos.

- + Se precisen los requisitos y procedimientos para su - - constitución (así como su especial naturaleza y régimen jurídico).

## 2. Bases estructurales.

- a) Organismo descentralizado. - Persona pública con patrimonio propio, creado por ley y con relativa autonomía\*. Su función es prestar un servicio público específico, - por cuyo otorgamiento o suministro se cobre una contraprestación en dinero (p. ej. correo); ello lo hará autosuficiente (188).
- b) Ente autónomo. - Igual que el organismo descentralizado salvo en lo que respecta a la autonomía (la tendrá -- mayor, misma que se traducirá en la capacidad de auto normarse y auto-organizarse con sujeción a su propia ley orgánica y su reglamento) y al carácter deficitario - que supondrá su actividad (p. ej. enseñanza pública -- superior) (189).
- c) Sociedad pública unimembre. - Llevaría a cabo las funciones ahora encomendadas a las instituciones nacionales de crédito, seguros o fianzas y a las organizaciones auxiliares nacionales. Sería necesariamente creada -- por una ley y constituiría una 'abstracción jurídica a través de la cual el gobierno afectaría un capital para - 'patrimonializar'... a la nueva persona jurídica...' -- (190).
- d) Sociedad pública. - Esta sería una sociedad no de capitales, sino de personas (públicas, preferentemente de un mismo sector) que se coordinarían para prestar en común un servicio público o una actividad económica simple. Ambas sociedades (ésta y la unimembre), excluyen la participación de personas o capitales privados (191).
- e) Sociedad pública mixta. - Esta asociaría a una o más personas públicas con una o varias personas privadas. Po

---

\* En este caso, y en función del siguiente, es conveniente usar el término "autarquía".

dría tener una triple orientación:

- + Reunir al sector oficial con la inversión privada para prestar servicios públicos concesionados.
- + Asociar entes públicos y trabajadores (a su vez organizados en cooperativas) para cubrir servicios públicos o de utilidad pública (transporte urbano).
- + Realizar actividades económicas simples (192).

Por último, el mismo FERNANDEZ RUIZ opina que la intervención del Estado en las ahora llamadas empresas de participación pública minoritaria, debería permanecer en exclusiva dentro de los moldes del derecho privado (193).

## + NOTAS.

1. Cervantes Ahumada, Derecho mercantil, pp. 38-39.
2. Esto nos recuerda a los actuales obligacionistas, así como a los tenedores de CAP "B" en la SNC.
3. Mantilla Molina, Derecho mercantil, p. 323, y Solá Cañizares, Tratado de derecho comercial comparado, t. III, p. 4. GAYO (D. 43, 1) indicaba que vectigalium publicanorum sociis permissum est corpus habere, de donde se desprende que las sociedades de los publicanos podían organizarse a manera de colegios. "... la forma jurídica más adecuada -informa BRUNETTI- para la dirección y el funcionamiento de empresas de tal magnitud debía ser la unión estable de varios en un corpus. Esto era igualmente importante para el Estado, que tenía interés en conocer personalmente la sociedad para estar seguro del pago íntegro del precio del arrendamiento". Tratado del derecho de las sociedades, t. I, p. 4, nota 3. Sin embargo, y en opinión de BARRERA GRAF, el contrato de sociedad en Roma sólo constituía relaciones entre los socios sin efectos frente a terceros. Asimismo, duda que el derecho romano haya conocido la personalidad jurídica. Las sociedades en el derecho mexicano, p. 5. "Arangio Ruíz en contra, aunque sí la concede para la societas publicanorum. Francisco M. de Robertis, la admite en 'época tardía' del derecho romano". Loc. cit., nota 9.
4. V. Brunetti, ob. cit., t- II, p. 2. Señala CERVANTES AHUMADA que hubo también sociedades de argentarii para el ejercicio del comercio bancario "... la finalidad de tales sociedades era mercantil y su organización semejante a la comandita... ERAN ENTIDAD DES CONECTADAS DIRECTAMENTE CON EL SECTOR PUBLICO". Ob. cit., p. 37.
5. Las maone eran sociedades que obtenían del Estado la concesión relativa a una expedición colonial y el monopolio de artículos coloniales. Las monti eran agrupaciones de acreedores del Estado. Solá Cañizares, ob. cit., t. III, p. 317.
6. A base del contrato se forman sociedades similares a las compañías continentales. *Ibíd.*, t. III, p. 7.
7. *Id.*
8. "El dinero se va a convertir en empresario. Pero he aquí -y esto es curioso- que estas acciones se crean NO para objetivos mercantiles (los comerciantes no han inventado la s.a.), sino pa

ra objetivos de descubrimiento geográfico y de colonización, dirigidas por el Estado absoluto". Joaquín Garrigues, Hacia un nuevo derecho mercantil, p. 122. V. *ibíd.*, p. 24: "Se sustituye - (con las aportaciones dinerarias), en una palabra, la base personal propia de la empresa individual y de la compañía colectiva - por la base estrictamente capitalista, propia de la sociedad anónima".

9. Mantilla Molina, *ob. cit.*, p. 324.
10. Manuel Broseta Pont, Manual de derecho mercantil, p. 187.
11. Cfr., Barrera Graf, *ob. cit.*, p. 8; Cervantes Ahumada, *ob. cit.*, p. 83; Joaquín Garrigues, *ob. cit.*, p. 25; Georges Ripert, Tratado elemental de derecho comercial, t. II, p. 213, y Brunetti, *ob. cit.*, t. II, p. 14.
12. V. Ripert, *loc. cit.* "Solamente podía darle vida la voluntad del Estado". Brunetti, *loc. cit.*
13. J. Garrigues, *ob. cit.*, pp. 24-25.
14. Tullio Ascarelli, Sociedades y asociaciones comerciales, p. 251.
15. V. *id.*, Cervantes Ahumada, *ob. cit.*, p. 83 (cita a Miranda - Valverde, Sociedades por acciones), y Barrera Graf, *ob. cit.*, p. 8.
16. V. Broseta Pont, *ob. cit.*, pp. 187-188 y Joaquín Garrigues, *ob. cit.*, pp. 122-123.
17. Solá Cañizares, *ob. cit.*, t. III, pp. 7 y 318. Indica él mismo que "ni todos estos principios aparecieron simultáneamente en todas las compañías de los diversos países, ni todos ellos se mantuvieron, para pasar a ser principios de la S.A. contemporánea". *Id.*
18. Entre otras: la Real Compañía de Filipinas, la Compañía de Navieros de Málaga y la Compañía Marítima de Málaga. Francisco Bejarano, Historia del Consulado y de la Junta de Comercio de Málaga, Madrid, 1947, citado por Cervantes Ahumada, *ob. cit.*, p. 83.
19. Durante el siglo XVIII, las leyes generales que se promulgaron fueron para prohibirlas: Inglaterra, la Bubble Act de 1720; Francia, el Decreto de 1794. Solá Cañizares, *ob. cit.*, t. III, p. 8.
20. Así opina Solá Cañizares, *ob. cit.*, t. III, p. 12.
21. *Ibíd.*, p. 11.
22. Citado por Broseta Pont, *ob. cit.*, p. 189.
23. V. Solá, *ob. cit.*, t. III, pp. 11-12.
24. V. Fernández Ruiz, El Estado empresario, UNAM, p. 231.
25. Juan José Gómez Fontecha, Una llamada de atención sobre la privatización de las empresas nacionales, en ESTUDIOS JURIDICOS

EN HOMENAJE A JOAQUIN GARRIGUES, t. II, p. 373.

26. Gaetano Stamatì, La empresa pública en el marco de acción económica del Estado, en LA EMPRESA PUBLICA, t. I, p. 51. Acota GARCIA-TREVIJANO que la utilización de la "forma de Sociedad en vez de la de Fundación, depende de diversas causas. Ante todo su agilidad y su sometimiento al derecho privado mercantil, en orden a su situación y a su contabilidad". Concepción unitaria del sector público, en LA EMPRESA PUBLICA, t. I, cit., p. 81. Veamos que se entiende por FUNDACION: según SALEILLES "consiste en un patrimonio autónomo e independiente constituido para cumplir el fin estatutario, y que no funciona más que con el propósito de alcanzar ese fin, perteneciendo por lo tanto idealmente a una entidad ideal, representativa de la afectación dada a la propiedad...". Citado por Jean Marie Garrigou-Lagrange, Asociación y poderes públicos, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, p. 33. Muy importante es distinguir la CORPORACION de la FUNDACION PERSONALIZADA. La corporación es una organización de personas con un objetivo común (asociación.- fenómeno sociológico amparado por el Derecho). La fundación personalizada es para M. CANET "...el patrimonio... a quien se le reconoce personalidad", y ese patrimonio -precisa M. SAUVEL-, es su elemento inicial; los hombres no están más que para su servicio". - Garrigou, loc. cit. La FUNDACION es un patrimonio, y se origina por un acto unilateral; la CORPORACION es un acuerdo entre varias personas. Id.

27. V. Solá Cañizares, ob. cit., t. III, p. 536; Ascarelli, ob. cit., p. 408; Lorenzo Mossa, I processi di nazionalizzazione e di gestione delle imprese nazionalizzate, en NUOVA RIVISTA DI DIRITTO COMMERCIALE, vol. VII, fasc. 4-6, Pisa, 1954, p. 71. Asimismo: Enrique Vilorio, Las formas jurídicas de las empresas públicas, en REVISTA DE DERECHO PUBLICO, n°14, abril-junio, 1983, Caracas, p. 64; Barrera Graf, ob. cit., pp. 302-303 ("... las sociedades de capitales, a diferencia de las figuras de derecho público... tienen la posibilidad de crear sucursales, agencias filiales; así como de actuar como organismos de control -'holdings'- Loc. cit.); Acosta Romero, Teoría general del derecho administrativo, p. 202.

28. Juan Carlos Malagárriga, Sobre la inconveniencia de transformar en sociedades anónimas a las empresas del Estado, en LECTURAS JURIDICAS, n°28, julio, 1966, Chihuahua, pp. 6-7.

29. Solá Cañizares, ob. cit., t. III, p. 537.

30. Malagárriga, ob. cit., p. 11. Enfatiza este autor: "La intervención del Estado en las actividades económicas debe ajustarse a las formas jurídicas que resulten más aptas para cada circunstancia". Id.

31. Gaetano Stamatì, ob. cit., p. 52. MANTILLA MOLINA sugiere - que la estructura jurídica más adecuada, es la de la sociedad de responsabilidad limitada, para asociar al Estado Federal con las

entidades federativas, Municipios, sociedades nacionales (públicas y de economía mixta), etc. "Máxime -señala- que existe en nuestro derecho, aun cuando con escaso aprovechamiento práctico, el tipo o subtipo de la S.de R.L. de interés público". Societades de Estado, en ESTUDIOS DE DERECHO PUBLICO CONTEMPORANEO, homenaje a Gabino Fraga, Fondo de Cultura Económica-UNAM, p. 165.

32. Broseta Pont, Las empresas públicas en forma de sociedad anónima, en REVISTA DE DERECHO MERCANTIL, vol. XLI, n°100, abril-junio, 1966, Madrid, pp. 287-288. V. también Mantilla Molina, Las sociedades de Estado, p. 159.

33. "Esta privatización podría ser sólo una fachada ya que en la realidad el Estado actúa con facultades muy importantes". Jacinto Faya V., Administración pública federal, p. 552. V. también José Fco. Ruiz Massieu, Una aproximación al control jurisdiccional de las empresas públicas, en ANUARIO JURIDICO, vol. VIII, UNAM, 1981, p. 507.

34. Ascarelli, ob. cit., pp. 407-408.

35. Abelardo Rojas Roldán, La sociedad mercantil unipersonal, LEX, México, 1969, pp. 40-41.

36. V. Gómez Fontecha, ob. cit., t. II, p. 373.

37. Id.

38. V. Barrera Graf, ob. cit., pp. 302-303 (y nota 671); Acosta Romero, ob. cit., p. 202; Ruiz Massieu, ob. cit., p. 507; Vilorria, ob. cit., p. 64, y Broseta Pont, Las empresas, pp. 287-288.

39. Ferrara, citado por Villegas Basavilbaso, Derecho administrativo, t. II, p. 110. Me refiero en particular, dentro de los sujetos públicos, a las entidades paraestatales.

40. Id.

41. Alfonso Nava Negreta, Empresa pública y sociedad anónima de Estado, en REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MEXICO, t. XV, n°57, enero-marzo, 1965, UNAM, p. 177.

42. V. Giacomo Molle, En materia de empresas bancarias, en la EM PRESA PUBLICA, t. II, Ed. de Evelio Verderra, pp. 1651-1652.

43. V. Villegas Basavilbaso, ob. cit., t. II, pp. 99-101 (cita a ENNECCERUS y a BERTHELEMY) y M. Díez, Derecho administrativo, t. II, p. 96.

44. MAYER, citado por Villegas, ob. cit., t. II, p. 116 y Mossa, ob. cit., pp. 70-71. Señala Villegas (loc. cit.) que "no puede negarse la existencia de personas que persiguen un verdadero interés general o de utilidad general y, sin embargo, no pueden ser consideradas como personas públicas sino privadas".

45. Gaetano Stamatii, ob. cit., p. 51.

46. Miguel de la Madrid Hurtado, Algunas consideraciones sobre la regulación de la empresa pública en México, en ANUARIO JURIDI

CO, n°VIII, UNAM, 1981, pp. 420-421.

47. Citado por Villegas Basavilbaso, ob. cit., t. II, p. 117. Ahí mismo especifica: "no obstante... existen personas jurídicas privadas que están obligadas para con el Estado a cumplir el fin que persiguen, como ocurre con las sociedades concesionarias de servicios públicos".

48. Sin embargo, también reconocía que para saber si se está o no en presencia de un establecimiento público, había que atenerse a la voluntad del legislador. V. Villegas Basavilbaso, ob. cit., t. II, pp. 114-115.

49. *Ibid.*, p. 95 y Andrés Serra Rojas, Derecho administrativo, p. 109. DIEZ opina que aunque un establecimiento de interés público (v. servicio público por colaboración) esté afectado a la prestación de un servicio público, está formado por particulares y regido, en parte, por normas de derecho público, y, en parte, por normas de derecho privado. "La doctrina considera que se trata de personas jurídicas públicas no estatales". Manuel M. Díez, ob. cit., t. II, p. 103.

50. Citado por Garrigou, ob. cit., pp. 474-475.

51. M. Díez, ob. cit., t. II, p. 96.

52. Citado por Villegas, ob. cit., t. II, p. 118 ("El encuadramiento es una consecuencia, no la causa". *Id.*). Las personas públicas forman parte misma de la Administración. Díez, ob. cit., t. II, pp. 102-103, en tanto que las de iniciativa privada son extrañas a ella.

53. Díez, loc. cit. "Si el examen de conjunto de las normas de organización y funcionamiento no diera resultado, es necesario determinar a quién corresponde el PODER de dar la última palabra en materia de organización y funcionamiento". *Ibid.*, p. 97.

54. V. Villegas B., ob. cit., t. II, pp. 93 y 113, y Díez, ob. cit., t. II, p. 98.

55. V. Díez, *ibid.*, p. 97 y Villegas, cit., pp. 113-114. JELLINEK reconoce que "en la realidad de los ordenamientos jurídicos positivos se presentan además... otros tipos que sin tener la potestad de imperium... son personas públicas". *Id.*

56. Jacinto Faya, ob. cit., p. 563.

57. V. Andrea Arena, Contribución a la sistematización jurídica de los entes públicos que ejercen una actividad económica, en LA EMPRESA PUBLICA, Edición de Evelio Verdera, t. I, pp. 119-120.

58. Díez, ob. cit., t. II, p. 120. V. José Fco. Ruiz Massieu, Las formas jurídicas de la empresa pública en México, en BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, año XII, n°34, enero-abril, 1979, UNAM p. 90.

59. Cfr. Solá Cañizares, ob. cit., t. II, pp. 82-83 y Nava Negrete, ob. cit., p. 182.

60. Cfr. Manuel Broseta, Manual de derecho mercantil, pp. 323- - 325. Por su parte, RIPERT señala la posibilidad de otras divisiones atendiendo al grado de predominio del Estado:

+ Las sociedades que se hallan bajo el control del Estado.

+ Las sociedades de economía mixta, en las cuales el Estado u otras entidades públicas se asocian al capital privado.

+ Las sociedades nacionalizadas en las cuales sólo queda la forma jurídica habiendo sido suprimido el capital por el Estado. Ob. cit., t. II, p. 591.

Es evidente que esta última clase se subsume en la primera de ellas cuando es exclusiva la participación del Estado o de otros entes públicos.

61. BROSETA las denomina sociedad anónima pública unipersonal. Ob. cit., p. 323; MANTILLA, sociedad de Estado. Sociedades de Estado, p. 161; BRUNETTI, sociedad anónima pública. Ob. cit., t. II, p. 59; SOLA, sociedades públicas. Ob. cit., t. III, pp. 508, 531 y 534. ACOSTA ROMERO opina que las empresas que controla totalmente el Estado, "en las cuales los particulares prácticamente (lo subrayo porque, más adelante, el propio Don Miguel señala que cuando la participación es del 100%, 75% y 51%, también se está en presencia de las sociedades a que alude en el párrafo en transcripción) no intervienen y que, en nuestro concepto, deben llamarse sociedades mercantiles de Estado". Teoría general del derecho administrativo, p. 211 (212).

62. Roberto L. Mantilla Molina, Sociedades de Estado, p. 161.

63. Sin embargo, para BROSETA, la sociedad anónima pública unipersonal (no admite expresamente la existencia de una "sociedad anónima pública pluripersonal") aparece "cuando es unilateralmente constituida por un ente de Derecho Público, por la nacionalización o por la expropiación de una sociedad anónima privada. En estos casos la sociedad anónima posee un solo accionista (un ente público) ab initio, o en un momento posterior a su constitución". Broseta PONT., Manual, p. 323. ACOSTA ROMERO indica que en las sociedades anónimas con participación 100% pública "nunca participan los particulares como accionistas". Ob. cit., p. 211. "...sin embargo -continúa-, para cumplir con el requisito del número mínimo de socios que establece la LGSM, entrega a cuatro funcionarios o dependencias gubernamentales, una acción a cada uno...". Id.

64. V. art. 46 a) LOAPF, que equipara -tácitamente- la sociedad de Estado con la mixta.

65. Barrera Graf, ob. cit., p. 300.

66. V. Solá, ob. cit., t. III, p. 534.

67. Fue empleada por FREUND (Die Gemischt-Wirtschaftliche Unternehmung: eine neue Gesellschaftsform); v. Solá, ob. cit., t. III, p. 510. RIPERT concuerda al decir que los primeros defensores de la sociedad de economía mixta han sido alemanes, suecos y belgas. Sin embargo, afirma que apareció en Francia "como una transacción entre el liberalismo y el socialismo de Estado. G. Ripert, ob. cit., t. II, p. 597.

68. Solá, loc. cit.

69. Villegas B., ob. cit., t. II, p. 194. Ahí mismo ver la terminología en diversos países:

- + Francia.- accionariat des collectivités publics, o en treprises semi publics.
- + Italia.- società anonime miste o società di Stato e di enti pubbliche o imprese private in mano pubblica.
- + Alemania.-
  - gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, o
  - die Unternehmungen der öffentlichen Hand, o
  - gemischt privaten und öffentlichen Unternehmungen,
  - öffentlich-private Gemeinschaftsbetriebe.

70. Las formas jurídicas de la empresa pública en México, p. 99.

71. Existe debate doctrinal en base a dicha condición. Por una parte, MANTILLA MOLINA indica que existen 2 subtipos de sociedades de economía mixta: a) "aquellas en las cuales, por imperativo de su propia carta constitutiva -ley, decreto, acuerdo o estatutos sociales- se asocian el Estado y los particulares". Sociedades de Estado, p. 162, y b) "aquellas sociedades en que no está previsto estatutariamente que haya de tener carácter de socio el Estado, pero DE HECHO (el subrayado es mío) éste (lo) adquiere -por un negocio privado o por un acto de autoridad-...". Loc. cit. A mi juicio, sólo distingue la sociedad de economía mixta en

- + original y
- + superveniente,

ya que una sociedad de esta clase, no puede adquirir tal carácter ni de hecho ni por un negocio privado. En este sentido BROSETA -PONT y RIPERT: "... presupone la participación obligatoria del capital público al lado del capital privado (RIPERT)". Broseta, Las empresas, p. 277. "No son de economía mixta aquellas en las que el Estado participa en virtud de herencia, legado o donación... debe existir el IMPERIO Y REGULARSE EN VIRTUD DE UNA DISPOSICION NORMATIVA". Id. Así, tampoco lo son (o fueron) las sociedades cuyos accionistas eran las sociedades expropiadas y titulares de la banca privada y que en virtud de la nacionalización pasaron a poder del Estado; sí son aquellas sociedades que tienen especial significado para la actividad bancaria y crediticia y que directamente no fueron expropiadas. V. también Solá, ob. cit., t. III, p. 509.

72. G. Ripert, ob. cit., t. II, p. 601.

73. M. de la Madrid H., Elementos de derecho constitucional, p. 418. Supongo que al negarle el carácter de institución pública, lo hace aludiendo al sentido estricto de la palabra "público", toda vez que no sólo admite la participación privada, sino que lo exige para darle el carácter de mixta. La sociedad de economía mixta, es necesariamente un ente paraestatal, y como tal, está inmersa (pertenece) dentro de la Administración Pública.

74. "En Francia -comenta SOLA-, la doctrina y la legislación tienen a considerar como una empresa pública aquella en que partici-

pa el Estado o una colectividad pública". Ob. cit., t. II, p. 82.

75. Elementos, loc. cit.

76. Solá, ob. cit., loc. cit.

77. Id.

78. El inciso a) del art. 46 LOAPF alude a una "propiedad del 50% o más del capital social". Cabe hacer notar que el único propietario del capital social, es la misma sociedad y no sus socios. Por otra parte, la Ley para el control establece que sólo podrá hacer la aportación el gobierno federal (art. 3°). Al decir yo "entidad pública", obviamente me refiero a cualquier ente paraestatal (federal aunque parezca -sea- una perogrullada).

79. G. Ripert, ob. cit., t. II, p. 599.

80. Barrera Graf, Las sociedades, p. 300. Explica él mismo: "...sólo a estas sociedades (anónimas) aluden los tres incisos del -- art. 46 (LOAPF), cuando hablan de 'capital social', 'acciones de serie especial', 'consejo de administración', 'asamblea de accionistas'...". Ibid., p. 301.

81. Ibid., p. 56.

82. Id.

83. M. Díez, ob. cit., t. II, p. 129. Estas sociedades -observase rige por la ley de sociedades anónimas, aplicándose el derecho privado. "Naturalmente... la Asamblea General funcionará con ese único accionista". Loc. cit. Cfr. Tullio Ascarelli, ob. cit., p. 408.

84. V. Mantilla, Derecho mercantil, p. 93, y García-Trevijano, - Concepción, p. 95.

85. Ob. cit., p. 180.

86. Garrigues, Hacia, p. 54.

87. Las empresas, p. 280. A esta afirmación cabe hacerle el siguiente comentario: NO ES ANOMALA (en España, país del autor), ya que por sociedad anómala debe entenderse aquellas figuras NO reguladas en las leyes sobre sociedades (y en la especie, el art. 10° LSA española sí prevé a las sociedades -obviamente anónimas- constituidas por organismos estatales, provinciales o municipales), y por otra parte NO ES NECESARIAMENTE ESPECIAL, toda vez que no - siempre (aunque sí generalmente) introducen variaciones a los tipos preexistentes.

88. Citado por Solá, ob. cit., t. III, p. 532.

89. V. Francesco Messineo, Manual de derecho civil y comercial, - t. II, p. 231.

90. "Una forma más avanzada de economía mixta" (entidades públicas con personalidad propia -art. 2201 CC italiano-). Loc. cit.

91. Id. "Se actúa así una especie de combinación -explica- en virtud de la cual la entidad pública se sirve de un mecanismo técni-

co-jurídico privatístico, con fines publicísticos. SEGUN OTROS es una figura de la propia y verdadera sociedad comercial pública; - la cual... no difiere estructuralmente, de la sociedad por acciones". Ibid., p. 232.

92. Nicolás Rodríguez, citado por Viloría, ob. cit., p. 66.

93. Todos ellos en Broseta Pont, Las empresas, p. 285.

94. Ibid., p. 287. Cfr. nota 89. GARRIGUES observa que la figura legal de la sociedad anónima "no es sino una forma o vestidura - ('revestir': 1670 CC), que puede adaptarse a finalidades extracomerciales, sean civiles (hipótesis admitida por el art. 1670 CC) o de interés público". Ob. cit., pp. 52-53. VILORIA cree que el - objetivo de la s.a. es la acumulación de capital, mismo que no se compecede con la intervención del Estado. Ob. cit., p. 66.

95. J. Garrigues, ob. cit., p. 55.

96. Solá, ob. cit., t. III, p. 532.

97. Id.

98. Id.

99. "Sin dar al vocablo sociedad, la significación clásica del - contrato de sociedad tradicional...". Ibid., p. 533. Aunque, el - propio autor admite que "muchas relaciones que se denominan con-- tratos, no son en realidad contratos, del mismo modo puede denomi narse sociedad

(-"claro está que desde el punto de vista de la técnica jurídica se necesita muy - buena voluntad para considerar la sociedad pública como una sociedad (pero se - trata de uno de tantos abusos de terminología, frecuentes en el derecho contemporáneo)"-)

esta sociedad pública en la que no concurren los elementos característicos del contrato de sociedad tradicional (pero esto, a nuestro juicio, no tiene una verdadera importancia... la sociedad por acciones no es tampoco una verdadera sociedad"). Ibid., p. 538.

100. Ibid., p. 531, v. también Broseta, Manual, p. 325.

101. Mantilla, Sociedades de Estado, p. 159. "Conservo la expresión SOCIEDADES DE ESTADO deliberadamente, pese a su escaso empleo en la doctrina jurídica... vale señalar que una pretendida - sociedad que perteneciera íntegramente al Estado carecería de la tradicional pluralidad de socios, y sólo por indebida asimilación del concepto de empresa con el de sociedad, y con desprecio del - derecho vigente, podría llamársele sociedad de Estado". Loc. cit.

102. Nava Negrete, ob. cit., p. 181.

103. Ruiz Massieu, Formas, p. 97.

104. V. Mantilla, Derecho mercantil, p. 94.

105. M. Díez, ob. cit., t. II, p. 120.

106. G. Ripert, ob. cit., t. II, p. 229.
107. Ascarelli, ob. cit., p. 409. Al hablar de la responsabilidad de los administradores dentro de la sociedad de economía mixta, - RIPERT analiza que "estos administradores representan al Estado, y es, pues, éste el que debiera ser responsable por ellos, salvo los casos de culpa personal. ¿Pero si todos los miembros del consejo de administración son declarados solidariamente responsables cómo puede funcionar esta solidaridad?... Jurídicamente es insoluble. La incertidumbre de la solución señala EL CARACTER BASTARDO DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA". G. Ripert, ob. cit., t. II, pp. 602-603.
108. M. de la Madrid, Algunas, p. 426. "Desde la perspectiva del derecho público las asambleas de accionistas NO se encuentran normadas con la suficiente amplitud y alcance, observándose una ausencia de relación con los órganos de gobierno y de vigilancia en las empresas". Loc. cit.
109. Fernández Ruiz, ob. cit., pp. 54-55.
110. Novo-Monreal, Las empresas públicas y el Estado, p. 52.
111. Mantilla, Sociedades de Estado, p. 166.
112. Alejandro Carrillo, Las empresas públicas en México, p. 27.
113. V. Ruiz Massieu, Formas, pp. 98-99.
114. Id. Cfr. Joaquín Garrigues, Hacia un nuevo derecho mercantil, pp. 54-55. De él mismo, Reforma, contrarreforma y ultrarreforma..., pp. 190-191. En efecto, ya indicaba GARRIGUES que, "sin alcanzar la fisonomía de la corporación pública  
(la evolución de la sociedad por acciones -publicización- "no ha llegado todavía a un grado de madurez que permita la invención legislativa de una nueva figura de sociedad")\*  
la s.a. moderna destaca cada día más su carácter INSTITUCIONAL...". Hacia, loc. cit.
115. Broseta Pont, Las empresas, p. 278, y Manual, p. 325.
116. *Ibíd.*, Las empresas, pp. 283-284.
117. *Ibíd.*, p. 278. V. también Barrera, Las sociedades, p. 304; y Villegas B., ob. cit., t. II, pp. 200-201.
118. Consideraciones jurídicas sobre la organización de empresas del Estado, citado por Vilorio, ob. cit., p. 66.
119. Mantilla, Sociedades de Estado, p. 166.
120. V. *ibíd.*, p. 167; Ruiz Massieu, ob. cit., pp. 102-103; M.M.-

---

\* En nuestro derecho, y aunque muy tímidamente, se ha hecho el primer intento real -no olvido la s.de F.I. de interés público o la sociedad de solidaridad social- con la creación de la SNC. Aún queda mucho camino por recorrer.

Díez, ob. cit., t. II, pp. 124-125; García-Trevijano, ob. cit., - p. 76 y Solá Cañizares, ob. cit., t. III, pp. 533-534.

121. Novoa Monreal, ob. cit., p. 55.

122. V. Faya, ob. cit., p. 49. RUIZ MASSIEU observa que, "en algu nos casos la autonomía es tan reducida que a pesar de la nomenclatura se trata de verdaderos organismos desconcentrados...". For-- mas, p. 103. V. Lorenzo Mossa, ob. cit., p. 76.

123. Id. El mismo MOSSA distingue entre burocracia económica y bu rocracia de Estado ("vera burocrazia"). *Ibíd.*, p. 75.

124. Edgard Mason, México, crisis y supercrisis, p. 107. En reali dad no comprendo por qué no se mantiene a los cerebros de las so ciedades expropiadas, p. ej. Espinoza Yglesias al frente de "Bancomer". En otros casos (p. ej. Mario Ramón Beteta -banquero de vo cación-) se cambian empresarios de una determinada rama, hacia - otra que nada tiene que ver con aquella.

125. Ruiz Massieu, ob. cit. (Formas), p. 103.

126. V. Mantilla, Sociedades de Estado, p. 168. "Ninguna medida - legal existe en México al respecto, y es de rutina que al cambiar el Presidente de la República, cesen en sus funciones la gran ma yoría no sólo de los consejos de administración, sino los directo res generales y gerentes de las empresas estatales...". Id. "Las empresas del Estado -en palabras de MASON- al ser dirigidas por - la política son también políticos quienes las manejan... una y - otra vez son movidos los funcionarios como piezas de ajedrez de - una empresa a otra... ¿se puede esperar que maneje eficientemente una empresa de grandes dimensiones quien el día anterior estaba - al frente de una Secretaría de Estado?". E. Mason, ob. cit., p. - 106.

127. Broseta, Las empresas, p. 279.

128. Id. GARRIGUES, siguiendo a RIPERT, comenta que cuando la - - aportación es no dineraria, se trata, a veces, de un patrimonio - que no se puede enajenar. "En todo caso... no se aplicarán, por - ejemplo, las normas que nuestra ley de sociedades anónimas esta - blece para la revisión de estas aportaciones...". Hacia, p. 130. Por otra parte, señala VILLEGAS que estas sociedades "NO PUEDEN - SER DECLARADAS EN QUIEBRA, pero podrían ser disueltas 'en las cir cunstancias previstas por los artículos 369 a 371 del Código de - Comercio y de acuerdo con el régimen que expresamente se disponga para esa eventualidad'". Villegas B., ob. cit., t. II, pp. 200- - 201.

129. Broseta, Las empresas, p. 278.

130. Cfr. Ruiz Massieu, Formas, p. 98; Acosta Romero, ob. cit., - p. 216; Mantilla, Sociedades de Estado, p. 164 ("Albert CHERON, - De l'actionariat des collectivités publiques, París, 1928, n°60, - pugna porque las acciones de las sociedades estatales o mixtas sean al portador. Pero si de verdad circularan, la sociedad fácil mente perdería su carácter". Id., nota 8); Garrigues, Hacia, p. - 130; Broseta, Las empresas, p. 278.

131. "En varias instituciones nacionales de crédito se prevén acciones preferentes por lo que hace al reparto de dividendos". - - Ruiz Massieu, Formas, p. 103.
132. BARRERA apunta que "... todas las empresas en que exista la organización de distintos elementos económicos CON EL FIN de producir bienes o servicios para el mercado, deben ser consideradas como mercantiles, INDEPENDIENTEMENTE de que su titular sea un comerciante individual, una sociedad privada o un ente público, mixto o de exclusiva participación estatal que esté destinado a la realización de actividades comerciales". Jorge Barrera, Tratado de derecho mercantil, t. I, p. 181.
133. V. F. Messineo, ob. cit., t. II, p. 230.
134. V. Mantilla, Derecho mercantil, p. 94.
135. Estas diversas consideraciones bien pueden ser: obtener ingresos para la persona pública, organizar mejor un servicio, impedir el acceso a particulares en áreas estratégicas, etc. V. Solá, ob. cit., t. I, p. 231.
136. "Si se exceptúan algunos casos particulares en los cuales la calidad comercial del acto resulta de su naturaleza jurídica o de su forma". G. Ripert, ob. cit., t. I, p. 198.
137. Id. La construcción de su sofisma puede ser buena, pero no así su fondo. ¿Si un comerciante -formalmente declarado como tal- realiza un determinado acto, por ese hecho adquiere éste la calidad de comercial? No.
138. Art. 3º II CCo. "Se reputan en derecho comerciantes: ... las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles". - - Art. 4º LGSM: "Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1º de esta ley". Cfr. Mantilla, Derecho mercantil, p. 93.
139. *Ibid.*, p. 94. Ocurre lo mismo en Francia en donde las sociedades han sido declaradas comerciales "por su forma". V. Ripert, ob. cit., t. I, p. 195.
140. "No son comerciantes... las corporaciones públicas descentralizadas, como Ferronales, o instituciones públicas como Pemex, las cuales, no obstante, son titulares colectivos de negociaciones comerciales". J. Barrera, Tratado, t. I, p. 214. V. también - p. 215.
141. *Ibid.*, t. I, p. 208, nota 4. Ahí mismo, el propio Barrera escribe que "... la Nación, los Estados y los Municipios, al menos en México, no devienen empresarios ni organizan empresas comerciales... sino que constituyen corporaciones públicas y sociedades mercantiles, las cuales organizan negociaciones y las dirigen en concepto de titulares". *Ibid.*, p. 207.
142. G. Ripert, ob. cit., t. I, p. 607.
143. *Ibid.*, p. 608.
144. *Ibid.*, p. 607.
145. Von Mises, citado por Mason, ob. cit., p. 111. Cáusticamente

el reaccionario encuentra una "grave contradicción; el hecho de que en empresas que no persiguen como fin la ganancia se facilite el que la logren los que laboran en ellas". *Ibíd.*, p. 113.

146. V. Novoa Monreal, *ob. cit.*, p. 50.

147. "Parece como si la forma de la sociedad por acciones... hubiera reaccionado sobre el objeto mismo de la sociedad como empresa mercantil, que es el propósito de ganancia, posponiendo a éste a un segundo término o haciéndolo desaparecer por completo. Y es curioso observar en este fenómeno de reversión de la s.a. hacia su forma histórica originaria... (donde) faltaba también el propósito individual de lucro... por influencia de (los) principios jurídicos públicos...". J. Garrigues, *Hacia*, p. 42.

148. TGDA, p. 206. V. también G. Stamatii, *ob. cit.*, p. 53.

149. Messineo, *ob. cit.*, t. II, p. 230.

150. Barrera, *Tratado*, t. I, pp. 202-203.

151. De la Madrid, *Algunas*, p. 421.

152. Cfr. Garrigues, *Hacia*, pp. 55-56.

153. V. Faya, *ob. cit.*, p. 552.

154. *Ibíd.*, p. 562.

155. V. M. Díez, *ob. cit.*, t. II, p. 122. "Los empleados de las - empresas del Estado no son funcionarios públicos, salvo los que ocupan funciones de dirección, gobierno o conducción ejecutiva". *Id.*

156. "... la Sociedad Anónima de Estado no opera dentro de la estructura jurídica ortodoxa de la sociedad anónima, ni tampoco su administración es fiel reflejo de las técnicas privadas de administración...". Acosta Romero, *ob. cit.*, pp. 213-214.

157. Nava Negrete, *ob. cit.*, p. 164.

158. De la Madrid, *Algunas*, p. 426.

159. Carrillo Castro, *ob. cit.*, pp. 20-21.

160. *Id.*, v. también Faya, *ob. cit.*, p. 48 y pp. 627-628.

161. V. de la Madrid, *Algunas*, p. 425; Faya, *ob. cit.*, p. 544 y - Emilio Chuayffet, *Formas legales de la empresa en México*, p. 121.

162. De la Madrid, *Elementos*, pp. 419-420.

163. *Id.*

164. *Loc. cit.*

165. Excesiva simplificación: "... sistemáticamente se recurre a la sociedad anónima... cuando en realidad los efectos jurídicos - que se buscan no son los que corresponden a ese tipo social..."; injustificable proliferación: "... en ocasiones se observan diferencias entre las normas jurídicas que rigen a dos o más sociedades públicas que, sin inconveniente alguno, podrían regirse por - normas idénticas". Mantilla, *Sociedades de Estado*, p. 164.

166. Cfr. Solá, ob. cit., t. II, p. 83; *ibíd.*, t. III, p. 534 y, él mismo en *Comentarios al Tratado de Antonio Brunetti*, t. II, p. 71.
167. "BYE ha enumerado no menos de 30 tipos de sociedades, que han adoptado, en general, las formas de las instituciones comerciales del derecho privado (Maurice Byé, Les nationalisations en France et a l'Etrangere)". Villegas B., ob. cit., t. III, p. 14.
168. Nava Negrete, ob. cit., p. 165.
169. V. Viloría, ob. cit., p. 64.
170. Ruiz Massieu, ob. cit., pp. 95-96.
171. De la Madrid, Algunas, pp. 422-423.
172. *Ibíd.*, pp. 425-426.
173. *Ibíd.*, p. 426.
174. *Ibíd.*, p. 425. "A partir de 1977 la tendencia de la Administración Pública ha sido la de agrupar a las entidades paraestatales en sectores definidos bajo la jefatura administrativa de las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos. Esta relación entre entidades y dependencias se ha formalizado en la IOAPP...". Faya, ob. cit., p. 626.
175. Mantilla, Sociedades de Estado, p. 169.
176. *Id.*, e *ibíd.*, p. 163.
177. V. Acosta Romero, ob. cit., p. 203, y Solá, *Tratado de derecho comercial comparado*, t. II, p. 83.
178. Villegas B., ob. cit., t. III, pp. 114-115. Coinciden: Malagárriga, ob. cit., pp. 7-8 ("... entendemos inconveniente estar un régimen único en razón de la variedad de actividades desarrolladas por ellas... consiguientemente, lo único que corresponde de detriminar... es si estas empresas deben continuar sometidas a un régimen especial... o si, en cambio, esta reforma debe ser tal como para convertir a dichos entes en sociedad anónima..."); Solá (*Comentarios al Tratado de Brunetti*, t. II, p. 71): "En realidad es poco menos que imposible formular en un país, una reglamentación única del conjunto de sociedades de economía mixta, porque cada una de ellas debe constituirse conforme a condiciones particulares"; Faya V., ob. cit., p. 47: "... dadas las múltiples funciones y la gran variedad de fines, no es posible estructurar y regular el funcionamiento de todos los órganos de la Administración Pública de manera igual".
179. V. Mantilla, Sociedades de Estado, p. 169.
180. Bachelet, ob. cit., p. 148.
181. O bien, crear nuevas estructuras más acordes con las exigencias de la acción administrativa en los diversos sectores operativos o de actuación, "consiguiéndoles la dinamicidad, elasticidad e iniciativa que son indispensables". *Ibíd.*, p. 146. Este mecanismo debe evitar los equívocos a los que conduce el empleo de instituciones inadecuadas en el sentido de sembrar incertidumbre entre

la aplicabilidad del derecho privado y en particular del derecho mercantil. V. Broseta, Las empresas, p. 269.

182. Mantilla, Sociedades de Estado, p. 163.

183. Broseta, Las empresas, p. 280.

184. Arena, ob. cit., p. 129.

185. *Ibid.*, p. 133. Estoy de acuerdo, salvo en lo que respecta a "indirectamente"; pienso que es directamente. Cfr. cap. III 1 C.

186. V. *ibid.*, pp. 120-126.

187. Fernández Ruiz, El Estado empresario, pp. 232-241.

188. *Ibid.*, pp. 232-233. Tengo que destacar que ninguno de los entes que enumera este autor es un "tipo" -técnicamente hablando-, sino más bien un género o categoría (cfr. cap. III 6 ab initio y III 6 A a.); en dado caso cada categoría sería el rubro bajo el -cual se determinarían cada uno de los tipos en particular. Yo soy tengo mi división de la Administración Pública Descentralizada en organismos descentralizados y sociedades nacionales.

189. Id. cfr. nota 184 cap. III: este ente autónomo sería la argentina entidad autárquica, cuyos fines son fijos e inmutables: no pueden ser industriales o comerciales (la educación no lo es, p. ej.).

190. *Ibid.*, p. 234. Esa ley a la que alude debería someterse a - las directrices dadas por una previa ley general (de un sector de terminado); por otra parte, no creo que se trate de una "abstracción jurídica", sino de una realidad.

191. *Ibid.*, p. 236.

192. *Ibid.*, pp. 236-237.

193. *Ibid.*, p. 239.

**CAPITULO QUINTO**  
**LAS INSTITUCIONES DE CREDITO**

## I. ESBOZO HISTORICO.

"Las civilizaciones son mortales, lo sabemos perfectamente, pero no acaban de morir".

JEAN DUCHE\*

### A. ANTIGÜEDAD.

En un principio, una de las principales formas de comunicación que sirvió para mantener en contacto comunidades apartadas, "fue la prosaica - del comercio" (1). Por otra parte, ningún hombre que trabaje con sus propias manos, con materiales que él sólo posee y crea, con herramientas que él mismo ha fabricado, puede producir lo bastante para hacerse enormemente rico; "la historia de la riqueza es la historia de la invención de máquinas e instrumentos de crédito" (2). De esta manera encontramos en el devenir - de la humanidad ingentes acaparamientos de riqueza en función del crédito (3).

Como cualquier institución mercantil, los orígenes más remotos de -

---

\* "Y las civilizaciones que mueren sólo recibirán su verdad de la vida que ya han comenzado a engendrar". Historia de la humanidad, Ed. Guadarrama, Madrid, t. I, p. 731.

la Banca, remóntanse, en opinión de varios autores, hacia Babilonia (4). -- En la ciudad de Uruk, en Sumer existió un templo rojo que data de 3400 años a.C.; éste, constituye el más antiguo edificio bancario que se conoce. "Los sacerdotes de Uruk fueron, en efecto, banqueros" (5). El templo prestaba cereales a interés, puesto que todavía no existía la moneda. Hacia 2294 a.C. la banca empieza a desarrollarse en toda Babilonia; las dos operaciones principales eran la recepción en depósito y el préstamo por parte de los "dioses-banqueros" (o al menos, de sus representantes) (6). Los depósitos eran gratuitos. Por su parte, DURANT (James Durant, *The story of civilization*, t. I) afirma que en Babilonia no había bancos, si bien, "existían familias poderosas que se pasaban de generación en generación el arte y el negocio de prestar dinero..." (7). La economía babilónica fue una economía premonetaria; ello no obstó para que se desarrollaran el comercio de los metales: los lingotes de oro y plata circulaban (8). Las operaciones de los templos eran tan numerosas e importantes que HAMURABI consideró necesario fijar sus normas. El Código de Hamurabi reglamentó el préstamo cuyo interés variaba y el depósito de mercancías. Todos los contratos de préstamo debían ser visados por los funcionarios reales (9).

Los emperadores neo-babilónicos (626-539) dieron a Babilonia una sólida estructura administrativa y el comercio bancario (en el momento de darle seguridad a las rutas) sacó partido de la extensión del área; entonces se construyeron grandes bancos. En Ur, la Banca Eanasir; en Sippar, la Banca Egibi. "Estos bancos continuaban practicando las operaciones corrientes a lo largo de unos veinte siglos" (10).

- Los hititas. - Los hititas invadieron Babilonia; su imperio era sobre todo mercantil: "Se han conocido grandes firmas de los bancos de comercio que comanditaban caravanas o expediciones, prestaban con grandes riesgos, estas firmas se hallaban agrupadas en una especie de cámara de comercio y oficina de compensación; el Karum" (11). La principal función del Karum era fijar la tasa de interés. Los hititas no conocieron la moneda, sin embargo sustituyeron el sistema de cambio en especies por el pago en lingote de plata sobre los que estampillaban una marca de control (12).

- India. - En la India, contemporánea de Babilonia no existían bancos, por lo que los bienes se escondían en las casas, se enterraba o se depositaba

con algún amigo. GYES liberó a su país de la dinastía hitita; fue él quien inventó la moneda al sustituir los lingotes de plata (de peso y formas variables) por fragmentos de metal uniformes acuñados por medio de una señal que garantizase oficialmente su valor (14). El señor de la aldea solía ser el prestamista usurero (260 a. C.) (15).

— China.— 807 a. C. —circa—, "el Emperador Hsien Tsung ordenó que toda la moneda de cobre fuera depositada en el gobierno y emitió para sustituirla, certificados de adeudo que recibieron el nombre de 'moneda voladora' por parte del pueblo" (16). Asimismo se desarrolló el crédito: los mercaderes se hacían mutuos préstamos, "habiendo un antiguo proverbio chino: "los ladrones al mayoreo son el inicio de un banco" (17). El imperio de los HAN nacionalizó (100 a. C.) los monopolios privados, estableciendo los monopolios imperiales: Wu-ti no toleró el sistema de la libre acuñación de moneda, ya que algunos príncipes feudales se habían aprovechado de ello para inundar China con la suya (18). Wang Mang creó funcionarios encargados del monopolio del préstamo, siendo un 10% de impuesto sobre el beneficio del interés (36%) (19).

## B. GRECIA.

Los griegos crearon la moneda fraccionaria (el óbolo); al efecto usaban varillas pequeñas de hierro, y los reunían en un puñado o dracma (20). Por ser de metal (la dracma) no era fácilmente transportable, precisamente por ello surgieron los bancos "cuya historia nos permite calibrar la hipocresía de los atenienses y la infinidad de sus recursos" (21).

A fines del siglo V a. C., Atenas sólo conocía pequeños prestamistas y cambistas de dinero: los trapezitas y colubistas. En cada ciudad comercial griega, cada santuario acuñaba monedas; los cambistas se aseguraban de su valor y autenticidad, y proporcionaban la moneda de su ciudad a cambio de la extranjera y viceversa. Los colubistas equivalen a los cambistas actuales, -- en tanto que los trapezitas, a los banqueros (22), quienes efectuaban sus -- operaciones en una mesa (trapeza). Entre ellos se hicieron famosos y omni-

potentes Arquestrato y Anístenes, los Rotschild de Atenas (23). Los trapezistas realizaron operaciones de depósito y de cuenta corriente, pagos por cuenta de terceros y sobre todo préstamos (24).

A partir del siglo IV a. C., los Estados y ciudades griegas comenzaron a fundar bancos públicos ya que los privados ejercían mucha presión con -- sus altas tasas de interés (25), por lo que ya no se aceptó que el ejercicio de la banca continuase en manos de los particulares, depositándose esta actividad en las de los funcionarios por el Estado designados. Por otra parte, el -- propio Estado ejercía cierta vigilancia sobre las operaciones en los templos; a veces, como en Efeso y en Pérgamo, "los representantes del Estado formaban parte del Consejo de Administración de los templos..." (26). Los bancos públicos eran unas veces arrendados y otras administrados directamente por -- funcionarios, cuidando los fondos públicos y el monopolio del cambio ma-- nual; también les era confiado por cuenta del Tesoro el ingreso de los cargos y el pago de los gastos del Estado (27).

El empleo de la moneda fuése expandiendo a lo largo del Mediterrá -- neo, así estalló el "boom" comercial, garantizado por la supremacía naval, -- por la estabilidad de la moneda y por el sistema crediticio: los banqueros grie -- gos proporcionaban las dracmas para todas las transacciones, empero, era -- muy difícil reglamentar el sistema monetario y bancario. Mientras todos los demás Estados practicaban la mezquina astucia de la desvalorización, Atenas predicó una honradez que no estaba en las costumbres y en la moralidad de sus ciudadanos, "dando un valor estable a la propia dracma...y convirtiéndola, por tanto, en moneda de cambio internacional" (28).

— Egipto.— Los bancos griegos ejercieron gran influencia en Egipto, ya -- que a la conquista de Alejandro, Egipto helenizóse; y bajo el modelo de los -- bancos públicos de Grecia, se establecieron, en cada capital de provincia, -- un banco real (basilike trápeza) (29). Cuando llegó la dominación romana, -- los bancos reales se transformaron en bancos públicos (demósiai trapezai) -- sin modificar sus operaciones. Bajo esta penetración romana, se difundió -- después la banca privada (30).

### C. ROMA.

En su origen, la primitiva banca romana, se realizó por la orden - - ecuestre (ciudadanos enrolados en el ejército con propio corcel) quienes - - amén de formar parte del ejército, llevaban a cabo operaciones consistentes en obras públicas, aprovisionamiento de tropas en Oriente, préstamos al Estado, etc. "A la vieja aristocracia campesina se impuso entonces una aristocracia del dinero: la de los caballeros... como contratistas o recaudadores, - - tuvieron en su mano el financiamiento, la administración y la explotación - - de la res pública en todas sus formas" (31).

La banca llegó a Roma desde Grecia y fue manejada principalmente - - por griegos y sirios. En ese entonces se llevaban a cabo varias operaciones, entre las cuales destacaban el cambio de moneda y el préstamo con intere- - ses. Los banqueros romanos se denominaban nummulari, mensularii y ar- - gentarii, cuyas funciones eran prácticamente las mismas (32). Los argenta- - rii tenían autorización del Estado para realizar cambios manuales en sus - - tiendas (tabernæ), asimismo, retiraban de la circulación la moneda falsa - - que llegase a sus manos (33). Estos argentarios perfeccionaron la técnica de las operaciones crediticias; así, por ejemplo, crearon el procedimiento del - - foenus nauticum (mediante el cual el prestatario se obligaba a devolver el ca- - pital y los intereses a la vez) ya que la Ley de las XII Tablas prohibía el prés- - tamo con interés (34). El argentario estaba obligado a la exhibición de sus li- - bros y estaba vigilado por el prefecto de la ciudad (35); así pues, la función - - de los banqueros tenía un carácter público.

Los banqueros empezaron a agruparse en sociedad y fundaron estable- - cimientos llamados mensæ o tabernæ argentariæ, mismos "que eran consi- - derados como EMPRESAS PÚBLICAS" (36), en tanto que los negotiatores - - eran una especie de banqueros privados. En este sentido es difícil establecer a quién se debe el desarrollo de Roma y de su propio Imperio dada la inter- - vención de la iniciativa privada; el Estado usaba el tesoro como banco, pres- - tando a los particulares dinero a un alto interés, pero no era muy rico (37). Los mensæ (bancos públicos) reunían los impuestos y distribuían las mone-

das acuñadas. Las dirigía un funcionario llamado adjutor tabularii (electo de entre los libertos imperiales); todos estos bancos públicos estaban regulados desde Roma en una caja central (38).

El Estado romano era más liberal que socialista, carácter que se traducía en dejar a la iniciativa de sus generales el acuñar moneda en las provincias que gobernaban: el complejo sistema monetario que de ello se derivó "fue un buen bocado para los banqueros que basaron en él todas sus diabluras: libretas de ahorro, letras de cambio, cheques, pagarés, fundaron institutos a propósito con sucursales y corresponsales en todo el mundo, complejo sistema que hizo inevitables... las crisis, como sucede también hoy en día" (39).

#### D. EDAD MEDIA.

Durante la Edad Media resurgieron los nummulari bajo el nombre de campsores (cambiatori); esa época no era muy propicia para el tráfico y el empleo de capitales. Más adelante, Constantinopla y otras ciudades bizantinas cobran auge con el trabajo de los artesanos reunidos en corporaciones; el Estado las controla y las hace trabajar para él; fija los precios, regula el crédito, se constituye en banquero de negocios; es el mayor industrial (circa 900 a. C.) (40).

Hacia el año 1000, con las cruzadas y con el florecimiento del comercio se despertó la actividad de los bancherii, apareciendo las primeras organizaciones bancarias (41) y por otra parte, los bancos públicos eran administrados por los "colectarii"(42). En 1175 se descubrían filones de oro, plata y cobre en el Erz Gebirge; cuando el pueblito de Joachimsthal bate la moneda llamada joachimsthaler, los alemanes usan la abreviatura thaler, que en su día se convertirá en el inglés dollar (43). Por esas fechas ciudades como Gante, Brujas, Londres, París, atraen banqueros lombardos. Estos renovaron las tradiciones de los argentarios y de los negociadores; tuvieron agencias en Italia, Inglaterra, Francia (44).

Las Cruzadas influyeron para el restablecimiento del comercio de la banca. Los cruzados necesitaban de fondos para equiparse y armarse; la mo-

neda de oro vuelve a circular. Los TEMPLARIOS aparecen como grandes banqueros (45), y son ellos quienes financian las cruzadas; los templarios introdujeron la contabilidad por partida doble (46), y tenían como funciones el -- realizar operaciones de cambio de moneda, de depósito y préstamos; continúan sus actividades hasta que Felipe el Hermoso ordenó su quema (47). Sus dos casas principales se hallaban en Londres y París (llegaron a contar con nueve mil sucursales).

A principios del siglo XIII, la industria, así como el comercio, exigen grandes capitales; la astucia veneciana cae en la cuenta de que la gran finanza está hecha de pequeñas bolsas, así son emitidos los primeros bonos del Tesoro (1206 d. C.), en tanto que las otras ciudades no cuentan más que con mercaderes enriquecidos para constituir capital, mismos que aparecen en todos lados: en las orillas de los grandes centros comerciales, en las esclusas, en los puentes (Puente Valentré en Cahors, Puente de Londres, -- Puente de Aviñón). En 1252 aparece la primera moneda de oro en Europa des de Roma: el florín de Florencia, y en 1270 se dicta la primera ley veneciana sobre la banca: los banqueros quedaban obligados a caucionar ante los cónsules comerciales su actividad, así como se les prohibió la realización de negocios muy riesgosos (48).

Una vez desaparecidos los templarios, la Santa Sede, para asegurar el cambio y el transporte a Roma de las sumas que recogía, acudió a los banqueros privados, y Florencia ocupó el lugar de centro financiero; ahí la Banca Médicis conoció su apogeo, acreedora tanto de Papas como de Reyes (49).

La banca privada y la pública empleaban sus capitales en grandes empresas comerciales y en operaciones públicas; y de vez en cuando destinaban el crédito a la producción. Los particulares que necesitaban crédito, no lo encontraban por parte de estas instituciones, por lo que recurrían a los prestamistas sobre fianza y bajo condiciones usurarias. En ese entonces la Orden de los Franciscanos (fundada en el siglo XIII por San Francisco de -- Asís) (50) intervino para combatir a los judíos o lombardos mediante el establecimiento de los Montes Pietatis, "bancos de préstamo sobre fianza" (51).

- El banco de San Jorge y las maone. Corren los albores del siglo XV, las ciudades engrandecen y consecuentemente también sus necesidades: los impuestos municipales no dan abasto y tienen que recurrir a em-

préstitos. Ciertas ciudades asignaban a sus prestamistas, como garantía, las rentas de los impuestos municipales. Dichos prestamistas se agrupaban en una sociedad (mons) (la participación en éstas era un acto de patriotismo más que de especulación); ésta cobraba las rentas y entre sus miembros los "beneficios" repartía. Los montes se multiplicaron convirtiéndose en verdaderos bancos públicos (52). En 1407, al no poder la República Genovesa pagar los intereses de un empréstito a la "Casa de San Jorge", otorgó a ésta el derecho de cobrar algunos impuestos importantes; sus miembros constituyeron entonces la SOCIETA DELLE COMPERE E DEI BANCHI DI S. GIORGIO, fundado en 1407 y abolido después de la caída del Estado Libre de Génova en 1816 (53). La Casa, disfrutando de la confianza del público, recibió depósitos privados voluntarios y los hizo fructificar.

En esta clase de instituciones creése encontrar el primer antecedente de la sociedad por acciones. El Banco de San Jorge representó a Génova lo que la Compañía de Indias para Inglaterra; dependían de él Córcega, Caffa y la mayor parte de las tierras y colonias genovesas. Tuvo su origen en la consolidación de una deuda pública cuando el Estado, agobiado por sus débitos (compere), pensó en la conversión de esa deuda, fundiendo en uno los varios empréstitos (o compere). El capital de este monte o banco estaba dividido en porciones llamadas LUOGHI (54), partes libremente negociables con el derecho de participar en la administración, a favor de las personas que las poseyesen por propio derecho (55). No sólo el Banco, sino también las maone (56) venecianas presentaban ya muchas de las características de la sociedad anónima. GOLDSCHMIDT estima que sólo la maone genovesa de Chio y de Focea (llamada también Maona dei Giustiniani —1346-1566— era una sociedad por acciones colonial (57). De lo que no cabe duda es que las maone, los montes y las grandes instituciones bancarias tenían una estructura corporativa (58).

A la Casa de San Jorge hay que añadir la Taula di Cambi, fundada en Barcelona en 1401. "La Taula estaba habilitada para permitir descubiertos (déficits) ilimitados a la Municipalidad de Barcelona, bajo la condición de que las peticiones de crédito de la Municipalidad hubieran sido previamente aprobadas por el Consejo de Ciento. Los préstamos de la Taula quedaban garantizados por las cuotas adicionales a los impuestos comunales" (59).

## E. SIGLOS XV A XVIII.

Las ferias empiezan a decaer toda vez que el comercio es atraído por los grandes centros bursátiles, en donde las operaciones se realizan sobre el papel, no por intercambio de mercaderías. De esta manera, los centros de finanzas radican en Lyon y en Amberes, punto de intersección de las importaciones ibéricas y de las exportaciones europeas. La mayor de las veces, esas empresas financieras son dirigidas por familiares: hijos, primos, etc.; otras veces son sociedades en comandita (60).

La Iglesia conserva la tradición de condenar el préstamo a interés. En 1532 los comerciantes españoles de Amberes consultan sobre el particular a la Facultad de Teología de la U. de París; y ésta reitera la condenación, pero aquellos encuentran procedimientos para burlar la ley (61).

En 1519, Jacob Fugger llevó a Carlos V al imperio, siendo fiador para su candidatura; y también el Papa recurre a los banqueros, por ello puede decirse que la banca Fugger tenía en sus manos las dos mitades del mundo: al Papa y al Emperador (62). Los banqueros alemanes propician una gran evolución económica de su tiempo: apelan ahora al ahorro privado de todas las clases sociales; buscan los pequeños depósitos (63).

Hacia 1524 se estableció en Italia la obligación de prestar gabelas o rentas como garantías de los créditos bancarios contra el Estado; por ley de 1526 se concedió eficacia liberatoria a los documentos que amparaban los depósitos denominados "contado de banco" (64). Durante 1584 el gobierno italia no fundó un banco público, mismo que más tarde entregó a la gestión de los particulares previo concurso y caución (65). Este banco fue denominado "de la Plaza del Rialto", el que, en 1637 fue absorbido por el Banco Giro de Venecia (fundado en 1619). Este banco entregaba a los depositantes un recibo con modelo uniforme (sólo variaba la cantidad) y el cual llevaba consigo un juego de intereses. Este recibo podía ser pagado en las cajas a la vista y al portador (66).

"Cuando el comercio dejó de ser prerrogativa de los italianos —relata

GRECO—... (se) organizaron los primeros bancos extranjeros, comenzando con el Banco de Barcelona, que se remonta al siglo XVI... y el de Amsterdam en 1609' (67). De esta manera, Amsterdam ocupó durante los siglos - - XVII y XVIII el primer mercado monetario y financiero de Europa. El Banco estaba bajo la dirección de cuatro magistrados elegidos anualmente y sólo recibía en depósito especies metálicas, por lo que rápidamente se volvió el primer operador europeo de metales preciosos: vendía a las Casas de la Moneda neerlandesas y extranjeras las especies en su poder; además, la importancia de su clientela le daba otra función: de oficina de transferencias. Este banco desapareció en 1839, siendo reemplazado por el Banco Neerlandés (68).

- Banco de Inglaterra. -

En tanto, en Londres, los mercaderes depositaban sus haberes metálicos en la Torre. En 1640, Carlos I tomó prestadas 130 000 libras, comprometiéndose a devolver, sin embargo, sólo 90 000: esto atemorizó a los mercaderes quienes sin tener ya confianza en las autoridades, ocurrieron con los orfebres (goldsmiths). Estos hacía tiempo que se dedicaban a operaciones de cambio manual; los orfebres entregaban a los depositantes certificados, para, posteriormente fraccionarlos en partes por un valor igual (goldsmiths -- notes) (69). Todo iba bien hasta 1672, año en que Carlos II solicitó a los orfebres un empréstito por 1 300 000 libras; más tarde les anunció que no podía cumplirles. La ruina de los orfebres y la necesidad del gobierno de recabar financiamiento, llevó a Inglaterra a la necesidad de un banco nacional. En 1694 se llevó a cabo una suscripción pública con el propósito expreso de prestar dinero al gobierno a cambio del privilegio consistente en un monopolio de hecho para la emisión de billetes en Londres (70). Pronto se colocó el Banco de Inglaterra en una situación especial entre los demás bancos: los bancos privados del siglo XVIII descubrieron las ventajas de mantener una cuenta en él, puesto que sus billetes merecían mayor confianza; ello dió un impulso extraordinario a la banca europea y empiezan a surgir en todas las grandes capitales europeas guardando una estrecha relación con el Estado, disfrutando generalmente de una especie de monopolio (71). El Banco de Inglaterra es el primer banco de emisión moderno al ser el primero en emitir verdaderos billetes de banco. Por otra parte, y a pesar de haber sido (72) un establecimiento privado, a consecuencia de ciertos privilegios (la falsifica-

ción de sus billetes se consideraba traición; apelar a nuevas suscripciones para aumentar su capital; no tener competidores formados por más de seis personas), tuvo la importancia de una verdadera institución nacional.

En los Estados Unidos de América la historia de la banca se inicia después de su Independencia (1776). En un principio se consintió a cualquiera el emitir billetes bajo la condición de que depositara determinada cantidad; más tarde la concesión se limitó a sociedades constituidas con un determinado capital. En 1864 se dicta una ley que organiza el Federal Reserve System, en base a una red de Bancos garantizados —locales— con facultad de emisión. La Federal Reserve Act de 1913, ya coordinó la actividad de los bancos nacionales y los regionales, reagrupándolos en torno a la Federal Reserve Banks (73).

## F. SIGLO XIX.

A principios del siglo XIX la producción de metales preciosos no bastaba ante la demanda; Europa sufría de hambre monetaria, de ahí el papel preponderante de la Banca. En efecto, en esos momentos es cuando se consolida la moderna técnica bancaria; los bancos poseen instrumentos crediticios de una gran perfección; la letra de cambio, el billete de banco, el cheque... Sin embargo, los bancos de emisión contemporáneos son producto de una lenta evolución (74).

— FRANCIA. — La Convención ordenó el cierre de la mayor parte de los bancos dada su hostilidad hacia el dinero privado, empero, y bajo el Directorio, se multiplicaron los institutos de descuento y emisión de billetes. En 1800 se funda el Banco de Francia, mismo que Napoleón reorganiza por Ley de 22 de abril de 1806, gracias a la cual, el Banco pasa a ser un establecimiento privado. En 1848 sólo el Banco de Francia puede emitir billetes de banco para todo el territorio (75). Este Banco fue nacionalizado por la ley del 2 de diciembre de 1945.

En Londres, los Baring, Wilson y Rothschild lanzan empréstitos internacionales: el primero fue negociado por el gobierno francés con la casa Baring Bross en 1819 para el pago de indemnizaciones de guerra. Los Rots--

child suscitan émulos numerosos y tras 1830, el dinero reina también en los salones: "La banca —escribe STENDHAL— está al frente del Estado. La burguesía ha sustituido al barrio de Saint Germain, y la banca es la nobleza de la clase burguesa" (76).

Un Act de 1833 proclamó la libertad del comercio de banca en toda Inglaterra. Más tarde, en 1844, se reorganizaba el Banco de Inglaterra y se decidía que por encima de 14 millones de libras, todas las emisiones debían estar garantizadas por metal; al mismo tiempo se prohibía la creación de nuevos bancos de emisión y se imponía a los bancos comerciales reglas de publicidad (77).

Los bancos menores entran en acción crítica y son absorbidos por los bancos de mayor cuantía (78). "El movimiento de integración —1877-1907— llega a su extremo en los años posteriores a la primera guerra mundial, cuando la actividad bancaria se encuentra en un pequeño número de instituciones" (79). Así, casi todos los países europeos habían establecido durante el siglo XIX un banco de emisión con facultades y privilegios especiales: en Suecia, el Riskbank, nació de un banco privado fundado en 1656 y que pasó a ser del Estado en 1668; el Banco de Amsterdam se transformó en el Banco de los Países Bajos —1814—. Se constituyó con capital privado, pero el gobierno tenía la facultad de designar al Presidente y al Secretario del Consejo de Directores, siendo ellos (los directores) designados por los accionistas así como también lo era el Consejo de Administración. El Banco de Noruega —1817— fue creado por capital privado, el Rey nombraba a su Director y el Parlamento a los Consejeros; lo mismo ocurrió con el Banco Nacional de Dinamarca —1818—; el Banco Nacional de Bélgica —1850— y el Banco de España —1829, adquirió ese nombre en 1856 y en 1873 se le concedió el monopolio de emisión— (80).

Los síntomas de la Revolución Industrial aparecen en Francia hacia 1825: la máquina de vapor necesita capital para marchar; sin embargo el autoritarismo napoleónico y después la aristocracia de la Restauración les han puesto coto a las finanzas. "Tras la revolución de 1830, se pondrá a las fieras en libertad" (81). Un crack financiero tuvo por primera vez consecuencias universales: en 1857 el sistema comercial es perturbado por la primera de las grandes crisis cíclicas del capitalismo moderno. Procedió de los Estados Unidos —como todas las que han de seguirle—. Para financiar la indus-

tria del Este y el cultivo de las tierras del Oeste, se habían creado innumerables bancas con la obvia inflación del crédito. En ese año las cosechas europeas son excelentes y consecuentemente se reducen las importaciones. El trigo americano queda en los silos y tiene que pagar a Europa sus importaciones en dólares. Las bancas son abrumadas por la demanda y no pueden conceder los fondos solicitados, así como tampoco pueden reembolsar el dinero depositado; ello lleva una quiebra tras otra. Los Estados Unidos pierden en dos meses (septiembre y octubre de 1857) la tercera parte de su fortuna (82). La crisis afectó también a Inglaterra, y las quiebras de Londres repercutieron en Hamburgo; la reacción en cadena no se hace esperar y las quiebras entristecen a las ciudades comerciales alemanas, a Dinamarca, al norte de Italia, a Praga, a Viena, a Budapest y Varsovia. Sólo Francia (donde los banqueros conservaban la prudencia de la época de Luis Felipe, y donde los franceses no perdían el gusto por esconder el dinero en la media de lana) escapó al desastre (83).

#### G. BANCA CONTEMPORANEA.

Los intereses económicos y financieros obligaron a todos los pueblos a acomodarse unos con otros: los intereses germano-franceses estaban particularmente ligados: Francia necesitaba el carbón alemán y Alemania el hierro francés. El comercio italiano de banca estaba en manos de las pequeñas y grandes bancas alemanas (la principal: la Banca Commerciale, fundada en 1894 por Bleichroeder, banquero de Bismark) (84). En 1907, la crisis comercial norteamericana señaló el tendón de aquiles de un sistema en el cual no hay ninguna institución con la autoridad suficiente para dominar situaciones imprevistas; como consecuencia, en 1920 la Conferencia Internacional Financiera de Bruselas resuelve que es ineludible la creación de bancos únicos de emisión (85).

El jueves 24 de octubre de 1929, a las 10 de la mañana, 5000 hombres y mujeres asediaban el Stock Exchange luego de un ligero descenso de las cotizaciones durante los últimos días. Al mediodía había 12 suicidios... A mediados de noviembre el conjunto de los valores había bajado más del 50%; pasan dos meses y la producción también baja en un 50%: hay cuatro millo-

nes de parados y 60 mil casas de banca cierran sus puertas (86). Todo el mundo —salvo los soviéticos, aislados del capitalismo— fueron alcanzados -- por el crack de Wall Street. A partir de 1929 la Boden Kreditanstalt del grupo Rothschild de Viena, privada de los créditos americanos, cerró sus puertas.

En la postguerra de 1945, los nuevos problemas económicos hacen ne cesaria una planificación a nivel mundial en manos de una política financiera; para lograr armas efectivas a fin de controlar la economía, se recurre a la oficialización de los Bancos centrales o emisores; los bancos de emisión aparecen entonces como bancos centrales de reserva 'y es con este nuevo - nombre que hoy se les designa más corrientemente' (87). Estos bancos, paralelamente a su función monetaria y crediticia, han ido en ayuda de los - bancos comerciales y del Estado (88).

Después del armisticio, la Banca se reinstala poco a poco; las nuevas sucursales son reabiertas y un nuevo orden tiende a instituirse. A este - - efecto, los gobiernos aseguran poderes de control sobre el desorden financie ro y vuelve a la normalidad la actividad bancaria. "La réforme de 1936 lui - donne une mainmise complète sur la Banque de France" (89). La nacionalización de los principales bancos tuvieron como objetivo limitar su poder, so meterlos al Estado. El año de 1946 marca el principio de un nuevo período: - "La notion de crédit recouvre un contenu plus étendu et plus varié tandis - que des techniques nouvelles s'elabrent" (90).

El crédito ha facilitado la expansión del capitalismo moderno; ha favorecido la producción, la formación y el desarrollo de consorcios y ha centra lizado el capital en grandes sociedades anónimas. El crédito procura bienes aun cuando éstos no existan realmente y que sin aquél no habrían aparecido (91). En este sentido, es como la financiación del progreso corresponde a la Banca, ya que, según SCHUMPETER, "los ahorros creados libremente por la economía privada no sirven sino para el mantenimiento del aparato pro - ductivo existente" (92); sin embargo, MOULTON y SCHACHT asignan tal mi - sión exclusivamente a la Banca oficial (93). Esto lleva, necesariamente al - planteamiento de la cuestión: ¿Debe ser amenazada la estructura de los ban cos, efectuar nuevas nacionalizaciones, reformar aquéllos que ya lo están, etc. ?; ¿habría que fusionar los bancos nacionalizados en una o dos institu ciones a escala nacional? (94). DAUPHIN observa que el control de los ban cos (problema de técnica monetaria), no debe ser confundido con la naciona-

lización (problema jurídico y político): "El uno se refiere a la gestión, el otro a la propiedad. El primero tiene relación con los mecanismos económicos, mientras que el segundo apunta a una reforma de las estructuras" (95).

La naturaleza de la Banca, necesariamente debe coincidir con el sistema económico adoptado por un determinado país en un determinado momento histórico. No se puede pensar que en un sistema capitalista por excelencia como los es la economía liberal de los Estados Unidos de Norteamérica, la Banca en general sea controlada y gestionada directamente por el Estado; ahora bien, si la actividad bancaria empieza a ser y tener trascendencia no sólo económicamente, sino también con matices políticos relevantes (p. ej. la constante alza de tasas de interés por la Banca yanqui puede tener consecuencias económico-políticas que puedan repercutir en el propio Estado), la intervención gubernativa no sólo se antoja posible, sino imperativa, y de las proporciones de esa trascendencia, será el control (o hasta la nacionalización) por parte del Estado (la popular expresión adquiere festiva vigencia: "del tamaño del sapo, es la pedrada"). En nuestro país, la lujuria y el insaciable apetito de los banqueros privados, ganaron como pena la mayor: se les quitó su mina de oro; actitud por demás valiente de las autoridades mexicanas ("Ya no hay tabúes..."), así como acertada. Ahora el problema bancario en México (una vez solucionado el político) es, tanto estructural como funcional (de técnica jurídica y bancaria).

#### H. LA BANCA SOCIALISTA.

Muchos economistas occidentales tienden a hablar con acento peyorativo de los bancos socialistas al tener poco que ver con sus colegas capitalistas. Aquéllos son organismos estatales que se mueven al dictado de la Administración Pública, éstos, habituales del mundo de los negocios, se mueven con agilidad y sentido de la anticipación máximos (96). El Comunismo erradicó a los banqueros privados, quedando sólo el Estado y cuyo desarrollo económico, paradójicamente posible fue gracias a los créditos que la banca privada (principalmente la alemana) le otorgó (97).

Las bases del sistema bancario soviético fueron puestas por el Decreto del Comité central ejecutivo el 30 de enero de 1930 (en vigor en abril). El

Banco del Estado fue fundado en octubre de 1921 con capital exclusivo del Estado (98).

A grandes rasgos el esquema del sistema bancario socialista es el siguiente (99):

1. El Banco del Estado. - Es el núcleo central del sistema, absorbente, monopolizador, teniendo como funciones:
  - A. Responsable del sistema de pagos.
    - Creador, mantenedor y administrador del circuito de pagos en numerario.
    - Núcleo central del circuito de pagos sin numerario.
  - B. Director del sistema de financiación a la economía.
  - C. Supervisor de la ejecución del Plan. Esta función se realiza a través del llamado "control por el rublo" (100); cada establecimiento no puede tener cuenta más que con una oficina del Banco del Estado, la correspondiente a su demarcación.
  - D. Liquidador, administrador y supervisor de las relaciones financieras con el exterior.
  - E. Ejecutor de servicios específicos al Estado.
    - De caja y contabilidad.
    - Fiscales.
    - Financieros.
    - De custodia de valores y bienes del Estado.
2. Bancos Especializados. - Se concretan en tres instituciones constantes:
  - 2.A. Bancos de Inversión. -
    - Están estrechamente relacionados al Banco del Estado.
    - Conceden crédito a corto plazo para la construcción.
    - Tienen también funciones de control y supervisión.
    - Su casi exclusiva fuente de financiamiento es de dotaciones presupuestarias del Estado.
  - 2.B. Banco Agrícola. -
    - Vinculados con el Banco del Estado; son relaciones de banco a Banco central.

- Financiación a largo plazo a la agricultura sin descuidar a -- otros clientes ni de acortar el plazo de sus operaciones -- crediticias.
  - Funciones de control y supervisión.
  - Supervisan y dirigen a las cooperativas rurales de crédito - - (como financiador y banquero).
  - Aparte de los depósitos de las cooperativas, su principal fuente de recursos, son dotaciones presupuestarias.
2. C. Banco de Comercio Exterior. -
- Se originaron del desgajamiento del Departamento extranjero de los bancos del Estado.
  - Adoptan preferentemente el tipo de sociedad anónima.
  - Utilizan la red de oficinas del Banco del Estado.
  - Financian también al sector industrial y comercial del país - con créditos no necesariamente vinculados con las operaciones de importación o exportación.
  - Ejercen funciones de control y planificación.
3. Conjunto de instituciones de crédito y ahorro popular, compuesto por: cajas de ahorro, cooperativas de crédito y caja postal de -- ahorros.
- Dotan de servicios bancarios a la población privada (pagos de pensiones, prestaciones de seguridad social, ayuda familiar, etc.).
  - Su financiación procede de los depósitos mantenidos en estas -- instituciones, que, por lo demás, deben redepositar en - proporción más o menos importante en el Banco del Estado, otro banco especial, o, incluso, en el propio erario -- público.
4. Junto a estos tres tipos de instituciones clásicas constantes, se -- completa el sistema bancario socialista con otros establecimientos aislados, que escapan a una categorización sistemática y - - que constituyen restos de las antiguas estructuras bancarias - presocialistas o postbélicas.

En Alemania Democrática, a principios de 1968, el sistema bancario fue adaptado a nuevas ideas de organización orientadas hacia una mayor - -

atención sobre la eficacia y rentabilidad; esto es, se concedió mayor responsabilidad a las empresas bancarias y hubo un aflojamiento de la planificación estatal, "que desplaza parte de sus funciones hacia la planificación a nivel regional, local y empresarial" (101).

El Banco del Estado, en términos generales, está en dependencia directa del Ministerio de Hacienda, con su Director a nivel de Subsecretario. No obstante, este Banco constituye una "unidad operativa independiente con propia personalidad jurídica..." (102).

CHINA tiene un sistema bancario semejante al soviético (Banco Popular de China, Banco Popular de la Construcción, Banco Agrícola), sin embargo aún quedan vestigios de propiedad privada, dando lugar a los llamados bancos mixtos (joint state-private banks — MIYASHITA, Tadao, The currency and financial system of Mainland, China, Tokyo, 1966—), considerado por sus inventores como uno de los más felices hallazgos del comunismo chino en su calidad de etapa avanzada del capitalismo de Estado. Estos bancos mixtos consisten en el absoluto control estatal sobre las instituciones que llevan a cabo una actividad nacionalizada, pero con un pequeño remanente minoritario de propiedad privada (103).

## 2. LA BANCA EN MEXICO.

"La historia de los bancos de un país, es el índice de su evolución económica y social, y casi puede decirse, el exponente de su soberanía".

Antonio MANERO\*

### A. ETAPA PRELEGISLATIVA.

---

\* El Banco de México, F. Mayans, impresor, N. York, 1926, pp. 11-12.

Los primeros vestigios del crédito en nuestro país se remontan hacia la era azteca, en donde se efectuaban importantes operaciones y hasta acuñación de moneda; sin embargo, no existieron bancos ni instituciones crediticias similares (104).

Durante la Colonia, afirma RODRIGUEZ que, a pesar de que hubo -- quienes se dedicaban a realizar operaciones después consideradas como bancarias, no se puede hablar con propiedad de una posible existencia de instituciones bancarias; así como "tampoco existían en España, ni en la mayor parte de los países europeos" (105). "Antes de esa época, apenas se conocieron conatos o embriones de bancos que complicados en su origen y servicios con las fluctuaciones de los gobiernos, no llegaron a tener estabilidad (PALLARES, D. mercantil)" (105). GAMBOA hace evidente la existencia de bancos: "'Se puso reparo primeramente á las condiciones 4. 5. y 6. por el quebranto de la Real Hacienda en pagar a la Compañía un real más, que á los dueños de Bancos'. 'las quiebras de los Bancos de Don Manuel López de Landa...' (Fco. Javier Gamboa, Comentarios a las Ordenanzas de Minas, Madrid, 1761)" (107).

Efectivamente, en esa época existieron algunas organizaciones bancarias: el Banco de Avío de Minas (la Ordenanza de Minas de 1783 se ocupa del "Fondo y Banco de Avíos de Minas", estructurado como un verdadero banco refaccionario) y el Banco del Monte de Piedad (éste surgió como una fundación privada de Don Pedro Romero de Terreros --1774--; dedicábase a la concesión de préstamos prendarios, más tarde --1879-- empezó a operar como -- institución de emisión) (108).

#### — MEXICO INDEPENDIENTE.

Durante los inicios del siglo XIX hubo intentos para constituir instituciones bancarias; los más patentes se traducen en la fundación del Banco de Avío (1830, y que no debe confundirse con su similar de 1783) con fines -- de fomento a la industria nacional (disuelto en 1842) y del Banco de Amortización (1837) destinado a amortizar monedas y emitir cédulas (suprimido en 1841) (109). Por esas fechas predominaba la usura de los agiotistas particula

res; circulaban unos vales que sólo determinados grupos aceptaban, pero -- que de ningún modo (para nada) se asemejaban al billete de banco (110).

Una vez en vigor el Código de Comercio de 1854, a su amparo constituíase el primer banco con modernas características: el BANCO DE LONDRES, MEXICO y SUDAMERICA en el año de 1864, banco que originalmente en Londres se encontraba (111), y cuyo principal mérito radicó en introducir el -- cheque y el billete de banco (112). Necesitado el gobierno de financiamientos nuevos, otorgó concesión al Banco Franco-Egipcio con sede en París para el establecimiento del que se llamaría BANCO NACIONAL MEXICANO (1881); en noviembre del año de su fundación, recibió autorización del Congreso para ser emisor. En tanto, el capital español creó, en oposición al Nacional Mexicano, el BANCO MERCANTIL (octubre de 1881). En este orden de ideas, es fá -- cil percatarse de que el capital de esos bancos era casi exclusivamente extran -- jero (inglés, francés y español).

Hacia 1884, durante la Presidencia de Manuel González, el país vivió una crisis que afectó a la banca: los bancos privados empezaron a ser asedia -- dos por el público, razón por la cual, y seguros de que la competencia les re -- sultaba perjudicial, decidieron llevar a cabo la primera fusión bancaria en -- nuestro país: el Banco Nacional Mexicano y el Banco Mercantil se integra -- ron bajo un clima de simpatía por parte del Gobierno. Dicha fusión se consu -- mó el 6 de abril de 1884, siendo aprobada por el Congreso a fines del mes de mayo (113). El BANCO NACIONAL DE MEXICO (denominación que adoptó la -- nueva institución) obtuvo el privilegio de ser el último banco autorizado pa -- ra funcionar como emisor (los ya establecidos se sujetarían a una concesión federal); también tenía la exclusividad de operar fondos públicos. Por otra -- parte, sus billetes eran los únicos que en pago de impuestos o rentas de la -- Federación podían recibir las oficinas federales. Todo ello colocaba al de Lon -- dres y México en desventaja, por lo cual recurrió al Amparo en demanda de impugnar las reformas al Código en virtud que, además de ser retroactivas, se rompía el principio de igualdad jurídica. No concluyó el Juicio toda vez -- que José I. Limantour -- accionista del Banco de Londres -- aportó la solu -- ción, recordando que el Gobierno Federal había otorgado en 1883 una conce -- sión para establecer el Banco de Empleados; "el de Londres y México recibió en traspaso esa concesión no utilizada y el 23 de agosto de 1886 quedó consti -- tuida como sociedad mexicana para prestar el servicio de banca y crédito" --

(114).

En 1875 se dió autorización al ciudadano norteamericano Francis Mac Manus (con capital procedente de Filadelfia) para constituir en Chihuahua - el BANCO DE SANTA EULALIA. En 1882, el Gobierno de Chihuahua expidió - un decreto en el cual se reservaba el derecho de designar un interventor en ese banco cuando así lo creyera conveniente (115). Posteriormente en 1890 se crearon bancos en diversos estados: Banco Yucateco, Banco Mercantil de Yucatán; en Durango, en Nuevo León y en Zacatecas se fundaron al año siguiente.

#### — ETAPA REVOLUCIONARIA.

"Si la Revolución no hubiera estallado en 1910 sino en 1920, la organización bancaria del régimen porfirista hubiera llegado a la quiebra por sí sola" (TORRES GAYTAN) (116).

En 1911 funcionaban 24 bancos de emisión, así como 2 bancos hipotecarios: Banco de Crédito Territorial y Banco Internacional Hipotecario; así mismo existían 5 refaccionarios.

A partir de la toma de posesión del gobierno por parte de Madero, el Estado obtuvo empréstitos con casas de Nueva York y de Europa. El primer fenómeno que aparece al empezar la Revolución es el descenso de los depósitos en los bancos emisores (117); Huerta aceleró en 1913 la quiebra bancaria, -- su gobierno debió enfrentar la deuda externa y echó mano de todo el dinero que tuvo a su alcance; decretó un aumento a la contribución de los estados al presupuesto federal, aumentó los impuestos, etc. También ordenó a los bancos que incrementaran la emisión de billetes. La situación empeoró cuando Huerta autorizó a considerar como parte de las reservas en metálico los recibos que sus generales dejaban al apoderarse de los depósitos. El 18 de febrero de 1913 Carranza expidió una circular prohibiendo el curso de los billetes emitidos a partir de ese día por el Banco Nacional de México (118).

En octubre de 1913, Huerta decretó la convertibilidad de los billetes de banco y que se considerasen efectivos aquellos documentos suscritos por sus generales; esto provocó pánico entre los depositantes quienes empezaron a retirar sus fondos hasta que el gobierno huertista acordó una suspensión

de pagos bancaria (119) y declaró vacaciones bancarias hasta el 15 de enero de 1914. Un nuevo decreto (14 de enero de 1914) prorrogó esa moratoria hasta el 13 de marzo; estas disposiciones tuvieron tal gravedad que cuando Huerta abandonó el poder, los bancos de emisión estaban en la quiebra total. Mediante decreto de octubre de 1915 Carranza manifestó que los bancos "habían dejado de llenar las funciones que les asignaba la ley y que sus intereses redundaban en grave quebranto de la sociedad" (120), por lo que indicó que era preciso que el sistema bancario se reorganizase, por lo cual daba a los bancos un plazo de 60 días para que pusieran sus carteras y reservas de acuerdo con lo preceptuado por la Ley de 1897, o los declararían en quiebra o procedería a su liquidación. Esta disposición era una forma legal de liquidar a los bancos toda vez que era imposible cumplirla, por lo que la banca entera quedó incautada. Para hacer cumplir ese Decreto, el 26 de octubre de 1915 se creó la Comisión Reguladora e Inspector de Instituciones de Crédito (121). Obregón, a dos meses de iniciada su gestión, resolvió la devolución de los bancos. Por Decreto de 31 de enero de 1921 recobraron su personalidad jurídica y fueron entregados; naturalmente no todos pudieron seguir operando.

## B. LEGISLACION BANCARIA.

A propósito he querido abrir este apartado entre la etapa que he denominado "pre-legislativa" (ya que aludo a las incidencias bancarias sin poner especial énfasis en la legislación aplicable) y la etapa de las instituciones nacionales de crédito (cuyo inicio marca los prolegómenos para constituir el -- banco único de emisión) con la finalidad de proseguir en el estudio particular de nuestra banca de hoy una vez que se haya advertido la evolución del sistema bancario y sus consecuencias dentro de un gran intermedio de cambios y reformas legislativas.

Lo más antiguo en relación con disposiciones legales aplicables a la actividad bancaria, fueron las Leyes de la Novísima Recopilación (122), que se ocupan de los cambios y de los banqueros en una forma muy rudimentaria, pero que marca las bases legislativas en que se fundarán posteriores ordenamientos más sistemáticos (123). Más tarde rigieron en materia mercan-

til las Ordenanzas de Bilbao (ya el México independiente el 15 de noviembre de 1841 las adoptó expresamente), mismas que no aludieron a los bancos, -- sin embargo, el crédito podía practicarse libremente. El Código de 1854 tampoco hizo ninguna referencia en ese sentido (124).

A partir de 1884, la actividad legislativa en materia bancaria ha sido -- sumamente prolífica (125); esta actividad principia con la promulgación del -- Código de comercio de 1884 (20 de julio); en su título 13 del Libro Segundo re -- gula los bancos, siendo los principales preceptos sobre estas instituciones -- los que señalan las normas sobre su establecimiento (requerían autoriza -- ción del Gobierno y adoptar el tipo de sociedad anónima); sólo las personas -- autorizadas podían emitir documentos conteniendo promesas de pago; las -- emisiones debían estar respaldadas por un 33% de su monto, etc. (126).

El Código de comercio de 1889 (15 de septiembre) derogó al de 1884, y -- en su artículo 640 prevenía la expedición de una ley bancaria; en tanto, las -- instituciones de crédito regiríanse por contratos hechos con el Ejecutivo de -- la Unión y aprobados por el Congreso (127).

3 de junio de 1896: a gestiones de Limantour el Congreso de la Unión -- decretó la autorización al Ejecutivo para "expedir la ley general por la que -- han de regirse la concesión, el establecimiento y las operaciones de los ban -- cos de emisión en los Estados de la República y en los Territorios Federales" -- (art. 1º del Decreto que faculta al Ejecutivo Federal para expedir la Ley de -- Instituciones de Crédito) (128). A su tenor, los bancos sólo se constituirían -- por concesión y el Ejecutivo Federal quedaba facultado para designar un in -- terventor en ellos, "con las mismas facultades que las leyes otorgan a los co -- misarios de las sociedades anónimas" (art. 1º VIII).

19 de marzo de 1897: es publicada en el Diario Oficial la primera Ley -- General de Instituciones de Crédito (la Constitución de 1857 para ese enton -- ces ya facultaba al Congreso para legislar sobre esa materia --art. 73 X--). -- En ella intervinieron representantes de los banqueros: el Director del Banco -- Nacional de México, el Gerente del Banco de Londres y México y abogados -- (129). Distinguía tres tipos de bancos: de Emisión, Hipotecarios y los Refac -- cionarios. El art. 9º señalaba que las concesiones (130) podrían otorgarse a -- personas físicas o a sociedades anónimas (no habla de algún otro tipo social

o forma asociativa) pero solamente podían explotarse por estas últimas, "debidamente constituídas en la República" (art. 9º, v. también arts. 10 y 11). - Las bases constitutivas, así como los estatutos de las sociedades que operasen como instituciones de crédito debían ser sometidos a la aprobación de la Secretaría de Hacienda, para el efecto de que quedaran ajustados (tanto las sociedades como los bancos) a los preceptos del Código de comercio, a los especiales contenidos en la ley bancaria y a las demás disposiciones de carácter general en materia de bancos (art. 13). Una reforma en 1908, añadió que dicho sometimiento debía extenderse a toda modificación ulterior de las bases constitutivas y de los estatutos.

30 de octubre de 1915: Circular que crea la Comisión Reguladora e Inspectoradora de Instituciones de Crédito. Esta Comisión quedaba integrada por un Presidente (Secretario de Hacienda) y cuatro vocales (dos de ellos nombrados por la Secretaría y los restantes, los Jefes de los Departamentos Consultivo y de Crédito de la misma).

24 de diciembre de 1924: se publica (D.O.16ene1925) la segunda Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios. Esta Ley reconocía siete clases de bancos: Unico de Emisión, Hipotecarios, Refaccionarios, Agrícolas, Industriales, de Depósito y los de Fideicomiso (art. 6º). - La regulación estructural de las instituciones de crédito no sufrió variación alguna con respecto a la Ley de 1897.

24 de diciembre de 1924 (D.O.31dic1924): se expide el Decreto que crea la Comisión Nacional Bancaria, que suple en la vigilancia de las instituciones de crédito a la anterior de 1915. Sus miembros serían nombrados por el Ejecutivo, con la salvedad de que no fueran accionistas, socios, funcionarios o empleados de cualquiera de las diversas instituciones que estuvieran sujetas a la inspección o vigilancia de la Comisión.

31 de agosto de 1926: el Congreso expide la tercera Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (D.O.29nov1926). Incluye dentro de las instituciones de crédito (además de los siete regulados por la Ley de 1924) las Cajas de Ahorros, los Almacenes generales de Depósito y las Compañías de Fianzas. Desde el punto de vista estructural, se siguen los lineamientos de las leyes bancarias anteriores.

28 de junio de 1932: la cuarta Ley General de Instituciones de Crédito

es publicada el 29 de junio de 1932, misma que sería complementada 'por -- una Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dejando en la primera todas las prescripciones adjetivas que se refieren al régimen y al funciona-- miento de las instituciones y llevando a la última, las disposiciones legales sustantivas referentes a la organización jurídica de las operaciones de crédito' (Exposición de Motivos). Reconocía la propia Exposición de Motivos la exis-- tencia de actividades crediticias que "difícilmente pueden dejarse de un mo-- do completo en manos del interés y de la iniciativa privada. Respecto a ellos se requiere una especial intervención del Estado y un régimen legal, espe-- cial también... pero de manera que esa especialidad de organización y de -- funcionamiento, no rompa los cuadros generales del sistema de crédito y se ajuste en todo a una política económica uniforme' (ídem.). En esta Ley aparece la expresión INSTITUCION NACIONAL DE CREDITO; asimismo, su art. 1º se ñala que son instituciones de crédito, las nacionales y las sociedades mexi-- canas que tengan por objeto la intermediación en el crédito y a ellas reserva el uso de la palabra 'banco' (art. 7º). Expresamente establece que las socieda-- des que operen como instituciones de crédito sean anónimas (art. 13).

El art. 2º dispone que son instituciones nacionales de crédito, "las -- constituidas con intervención del Estado Federal, bien que éste suscriba la -- mayoría del capital, bien que, aun en caso de no hacerlo, el Estado se reser-- ve el derecho de nombrar la mayoría de los miembros del Consejo de Admi-- nistración o de la Junta Directiva o de aprobar o vetar las resoluciones que la asamblea o el Consejo tomen". El propio art. 2º indica que, tanto el Banco de México, como esta clase de instituciones nacionales (y las que formen -- parte de ellas) se regirán por sus leyes especiales, y en lo por ellas no pre-- visto, por las disposiciones de la LGIC. Es facultad exclusiva de la SHCP el -- tomar las medidas para su creación y funcionamiento; y de la misma mane-- ra, se reserva el uso de la palabra "nacional" a las instituciones de este ti-- po.

3 de mayo de 1941: la recién derogada (14feb1985) Ley General de Ins-- tituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares es decretada por el Congre-- so (D.O. 31may1941). En el ámbito estructural sigue los pasos de la anterior de 1932, salvo que ya no prohíbe el uso de la palabra "nacional", sino que lo reglamenta en el sentido de obligar a las instituciones que no teniendo ese -- carácter y que incluyan esa palabra, a expresar, tanto en su denominación

como en todos sus documentos, la indicación de que son instituciones privadas (art. 5°). En cuanto al régimen de las instituciones de crédito, eran aplicables la LGSM y determinadas reglas especiales contenidas en el art. 8°, entre las cuales destacaban: la duración de la sociedad que podría ser indefinida (fr. II); siempre debería haber más de cuatro administradores integrando un Consejo de Administración (V); la escritura constitutiva así como cualquier modificación de ella deberá ser aprobada por la SHCP, y podrán ser inscritas en el Registro de Comercio sin que precise mandamiento judicial (fr. XI). Es de destacar que esta Ley continúa vigente en lo que toca al Banco Obrero, S.A. y a las sucursales en México de bancos extranjeros que cuenten con concesión del Gobierno Federal" (art. Décimo transitorio LRSPBC vigente).

De 1952 a 1982 la banca creció desorbitadamente: entre 1940 y 1960, las 114 instituciones que había pasaron a ser 462 con 2346 sucursales; así los activos de la banca privada: de 846 millones de pesos a más de 28 mil millones (131). A partir de 1970 se empezaron a reconocer los grupos financieros (bancos que se integraban a otros con concesiones para ejercer distintas clases de operaciones bancarias) y en 1976 se autorizó el funcionamiento de la banca múltiple.

De esta manera, es pertinente la observación que MANERO hace sobre el desarrollo bancario mexicano: en un principio, dice, la lucha en la evolución de la banca en México se perfila como una lucha de intereses extranjeros, 'para transformarse, paulatinamente, en una lucha entre intereses extranjeros y los crecientes intereses mexicanos' (132).

### C. EL BANCO DE MEXICO.

MANERO propone tres períodos para la historia de los Bancos de Emisión en México:

- + 1864 a 1897. - Período de formación, casi anárquico, en que cada banco está regido por leyes o contratos especiales, -- con depósito de prerrogativas y términos diferentes.
- + 1897 a 1915. - Período de homogeneidad en el sistema banca--

rio, y en el cual todos los bancos quedan sujetos a una -- Ley general.

+ 1915 a 1925. - Período de la reforma. Liquidación del sistema de pluralidad de bancos; preparación hacia la unidad de -- emisión y fundación del Banco de México (133).

Dado el desorden que Huerta había provocado en materia bancaria, - Carranza afirmaba que cambiaría el sistema bancario mediante la abolición - de los bancos de emisión, actividad ésta que debía ser exclusiva del Gobierno (recordar que Don Venustiano captó el sentir popular). Así, en el art. 28 de la Constitución de 1917 se sugiere el monopolio del Estado para la emisión de billetes; con fundamento en ese artículo se elimina la pluralidad de emisores y se establece la necesidad de constituir un banco único, sin embargo, el go - bierno no tenía dinero para fundarlo (134), por lo que se autorizó al Ejecutivo para obtener un préstamo de 100 millones de pesos oro. El capital del ban - co sería de 200 millones de pesos oro, por lo que se crearía con aportaciones del Gobierno y del público. En este orden de ideas, el Ejecutivo estudió dete - nidamente sobre si procedía o no organizar al Banco como sociedad anónima con participación directa de los accionistas en su manejo, o bien, establecer lo en forma oficial, bajo gestión exclusiva del Estado (135).

En 1925 (25 de agosto) se expide la Ley Orgánica del Banco de México - considerándolo como banco único de emisión y bajo el tipo de sociedad anóni - ma con capital mixto. Las acciones se dividían en dos series, la "A" sólo sus - crita por el Estado (más del 51% del capital) y otra ("B") que podía suscribir - el público (136). Entre sus principales funciones se encontraban: emitir bi - lletes de banco, regular la circulación monetaria, los cambios sobre el exte - rior, tasas de interés, actuar como tesorero del Gobierno y centralizar las - reservas legales de los bancos.

En principio no pudo operar como verdadero banco central, sino co - mo comercial. Hacia 1931 se le da al Banco más estructura de banco central: ya no hace préstamos al público y se obliga a los bancos particulares a aso - ciarse a Banxico mediante la compra de sus acciones (137). En 1936 (28 de -- agosto) se expide una segunda Ley Orgánica, en ella, el Banco alcanza su -- madurez. Establecía a qué empresas debían prestar los bancos privados y em - pieza a "esterilizar" dinero: mediante el sistema de ordenar a los bancos que

depositaran sus recursos en él para evitar que circulara dinero en exceso. La tercera Ley Orgánica (expedida el 26 de abril de 1941 —D.O. 31jun41—) es la de mayor duración, y en ella se estructura al Banco como sociedad anónima con capital mixto; sin embargo, y mediante reformas publicadas en el Diario Oficial de 29 de noviembre de 1982, se transforma en "organismo descentralizado (138) de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se denominará Banco de México, que será el banco central y de emisión único, de la Nación". Su cuarta Ley Orgánica -- (D.O. 31dic1984) conserva esa estructura. Su administración recae en una Junta de Gobierno (siendo presidente de ella el Secretario de Hacienda) y en un Director General (designado por el Presidente de la República). Las relaciones del Banco de México con el Gobierno Federal se mantendrán a través de la Secretaría de Hacienda, en tanto que las relaciones laborales entre el Banco y sus trabajadores se regirán por el Apartado B del art. 123 constitucional. Por otra parte, se le concede al Secretario de Hacienda la facultad de vetar resoluciones de la Junta de Gobierno sólo en determinadas circunstancias.

### 3. INSTITUCIONES NACIONALES DE CREDITO (Banca NaL.) .

Los antecedentes de las INC podrían encontrarse en el Banco de Avño (creado por Decreto del Ejecutivo de 16 de octubre de 1830), del que era su -- presidente el Secretario de Relaciones Exteriores, y en el Banco Nacional de Amortización de la Moneda de Cobre (creado por Ley de 17 de enero de 1837), cuyo presidente de la Junta de Administración era designado por el Congreso (139). Sin embargo, hasta 1925 la banca mexicana fue privada (140); en -- efecto, puede considerarse que la primera institución NACIONAL de crédito -- fue el Banco de México, creado por Ley de 28 de agosto de 1925.

Como segunda pieza fundamental de la banca estatal, y en general -- del país, encontramos a la "Nacional Financiera", S.A. (Nafinsa), creada -- por Decreto de 30 de agosto de 1933 (modificado por su Ley orgánica de 1934;

a la fecha, dicha Ley fue abrogada por una similar de 30 de diciembre de 1940 —a su vez reformada en 1947— y ésta por la vigente de 30 de diciembre de 1974 —D.O. 2 ene 1975— y que a partir de los años cuarenta empezó a jugar un papel muy importante en la propulsión de actividades industriales. A diferencia del Banco de México (que su fuente de recursos se genera en el resto de los bancos y de su capacidad de crear medios de pago), la Nacional Financiera la obtiene en gran medida del exterior; en el mercado interno, su principal medio de financiamiento es la colocación de valores de renta fija de diversa naturaleza (títulos, bonos financieros, depósitos a la vista y a plazo, etc.) (141).

Muy importante es tener en cuenta que fue la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 la que introdujo la división de las instituciones en NACIONALES y PRIVADAS. "La ley de 1941 que rige actualmente la operación bancaria en nuestro país, dio especial énfasis a las instituciones nacionales de crédito, formadas con participación del gobierno federal, estableciendo las facultades de éste sobre aquéllas" (142). Más tarde, la primera Ley para el control (1947) incluye dentro de los entes paraestatales a las instituciones nacionales de crédito; las posteriores versiones de esta Ley las exceptuaron de su regulación (v. cap. III 3 B), en tanto que la LOAPF las considera en sus arts. 1º, 3 II y 46. De esta manera, las INC se expandieron notablemente y cubriendo las más diversas áreas. En este orden de ideas, AGUILAR incluye dentro del sistema bancario oficial (antes de la nacionalización bancaria), las siguientes instituciones:

- Banco de México
- Nafinsa
- Banobras
- Banrural
- Bancomext
- Finasa
- Banpesca
- Banco Internacional
- Banca Somex (143).

## A. FUNCION.

La actividad desarrollada por las instituciones nacionales de crédito es de suma importancia en el desarrollo de las más diversas áreas de la economía; así, encontramos que abarcan el financiamiento de industrias; regulan el mercado de valores; actúan como agente financiero del Estado; financian obras y servicios públicos; desarrollan el transporte; otorgan crédito para la producción de bienes agrícolas y manufacturados con propósitos de exportación y sustitución de importaciones, etc. (144). Realizan, evidentemente finalidades propias del Estado; esto es, su función de mediación y de creación de crédito es tan importante que así se explica el alto grado de intervención estatal en ellas y eventualmente, la nacionalización de la actividad bancaria (145).

Cuando en México existían las instituciones privadas, las nacionales funcionaban de acuerdo con dos criterios:

- + banca de segundo piso, y
- + compitiendo con la banca privada (146).

## B. ESTRUCTURA.

+++ Advertencia +++

La anterior LRSPBC —D.O. 31dic82— en su artículo tercero transitorio señalaba que las instituciones nacionales de crédito continuarían regíandose por las disposiciones conforme a las cuales venían operando; a su vez, el art. 2° de la propia Ley distinguía entre sociedades nacionales de crédito e instituciones nacionales de crédito como estructuras. Bajo la luz de esa ya derogada Ley hice las consideraciones que componen este apartado y los demás relativos. Las instituciones nacionales de crédito, y debido a un insoslayable barbarismo legislativo son convertidas en sociedades nacionales de crédito como institución de banca de desarrollo (v. cap. sig.). Sin embar

go, sé que no he de echar en saco roto las precisiones que en relación a las "desaparecidas" INC llegué a formular.

Las instituciones nacionales de crédito tienen por objeto la realización de actos mercantiles, para lo cual su estructura organizativa se adapta a la de las sociedades comerciales, y por desaparición de la LICOA (ya no vigente en ese sentido), debían adoptar el tipo de sociedad anónima (arts. 1º y 8º) (cfr. retro, cap. V 4 A y B) (147). Ahora bien, en la actualidad ya no es privativo de la sociedad anónima ser el tipo idóneo para explotar la intermediación en el crédito. Las INSTITUCIONES NACIONALES DE CREDITO pueden estructurarse como:

- + sociedades nacionales de crédito (nuevo tipo);
- + bajo un tipo específico de ente público (como el caso de Banco —genéricamente INC— quien por naturaleza es un organismo descentralizado y estructuralmente un ente autárquico institucional sin tipo definido), y
- + aun conservar el tipo de sociedad anónima.
- + (debo insistir en que la actual institución de banca de desarrollo adopta invariablemente el tipo de SNC).

### C. NATURALEZA.

SERRA ROJAS afirma que las instituciones nacionales de crédito son "servicios públicos" (148) en términos generales, lo que se traduce en la naturaleza de organismos descentralizados, "que realizan el ejercicio habitual de la banca y el comercio y las finalidades públicas que el estado les asigna, bajo la forma de una sociedad mercantil, principalmente la sociedad anónima" (149). Funda el Maestro su aserto en la enumeración que hace de los siguientes elementos: +personalidad jurídica, +patrimonio propio, +régimen jurídico adecuado, +realizan servicios técnicos, +mantienen un régimen --desligado de la acción del Estado, +el Estado sólo se reserva determinadas facultades para ejercicio del poder de vigilancia y control de dichos organismos (150).

A juicio mío, y solamente porque el patrimonio de las INC no se forma imprescindiblemente con los requisitos señalados por el art. 2º I de la Ley para el control, no puede hablarse de organismo descentralizado (v. retro, cap. III 6 A c). El verdadero problema surge cuando determinada INC no satisface ese requisito (problema de índole teórica, ya que formalmente, parece estar resuelto).

Con sumo acierto, ACOSTA ROMERO señala que, "desde un punto de vista GENÉRICO esas instituciones nacionales son empresas de participación estatal (sociedades nacionales en mi terminología), en los términos en que se define ese concepto en la LOAPF (art. 46)" (151). El propio Maestro, advierte la confusión en que incurrió el legislador (v. cap. V A) al hablar asistémicamente de las INC en los arts. 1º, 3º II y 46 de la LOAPF, 'pues de la lectura de dichos preceptos parece que se pretendió establecer una diferencia entre las llamadas empresas de participación estatal y las instituciones.. nacionales de crédito...' (152). Por su parte MOLLE las adscribe "a la categoría de entes públicos, es decir, a aquellos entes públicos que despliegan actividades mercantiles..." (153).

Tanto FERNANDEZ RUIZ como CHUAYFFET y CARRILLO CASTRO, consideran que se trata de empresas de participación estatal sujetas a control específico, aparte del resto de las empresas de ese carácter (154).

Desde un punto de vista estricto, las INC son sociedades nacionales (cfr. cap. III 5 A) y ya, según el caso particular, puede tratarse de sociedades públicas (bien unipersonales o pluripersonales) o de sociedades de economía mixta (155), y por otra parte, su naturaleza, en la especie, dependerá del tipo corporativo adoptado. Y, genéricamente: "empresa pública".

#### D. REGIMEN.

La Constitución Política sienta las bases a que ha de someterse el servicio público de banca y crédito (art. 28 pfo.5 y art. 73 X).

Hasta antes del 14 de enero de 1985, 3 eran los pilares sobre los que reposaba, principalmente, el régimen jurídico de las INC:

- a) LRSPBC;
- b) Reglamento sobre las instituciones nacionales y organizaciones auxiliares nacionales de crédito (D.O.29jul1959), y
- c) Sus respectivas leyes orgánicas.

Evidentemente, estas instituciones tienen carácter público (ya porque su propia ley así lo indique, y si no, la LICOA tácitamente se lo da al otorgar competencia exclusiva a la SHCP, o bien porque su función reviste tal naturaleza —esto es, cumplen objetivos públicos—) y por tanto están sometidas a normas de derecho público (156).

Accidentalmente se rigen por el derecho privado, y ello obedece, en palabras de SERRA, "a una necesidad de armonizar el interés privado y el público" (157). Ahora bien, esta regulación no es de tipo estructural sino funcional, en base únicamente, a las relaciones con los particulares, "ya que no existe ninguna razón —observa el propio SERRA— para crear un régimen exorbitante (sic) que sólo pondría obstáculos a la marcha de las instituciones nacionales" (158).

En fin, las normas relativas a la actividad bancaria se encuentran dispersas en un sinnúmero de cuerpos legales, al grado que, mediante una adecuada sistematización, podría construirse un Código de Derecho Bancario (159), que participaría, indistintamente, de normas tanto (preferencialmente) de derecho público como privado.

— Control. — La LOAPF faculta a la SHCP como la entidad encargada de "planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que comprende al Banco Central, a la Banca Nacional de Desarrollo y las demás instituciones encargadas de prestar el servicio público de banca y crédito" (art. 31 VII). En este sentido, la SHCP es la cabeza sectorial de la banca. A ella están adscritas todas las instituciones nacionales crediticias, con todas las consecuencias legales a que ello da menester (v. arts. 50 a 56 LOAPF). Existe, a su vez, un Comité Coordinador de carácter consultivo, cuyas funciones son de estrecha colaboración con la SHCP para mantener una estrategia de permanente aprovechamiento de los recursos manejados por la banca nacional, así como para señalar los destinos prioritarios de esos recursos (v. Reglamento sobre las instituciones nacionales y organizaciones auxiliares nacionales de crédito) (160).

La Ley para el control excluye de su régimen a las INC (art. 1º), en tanto que las demás "empresas públicas" quedan bajo la tutela de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal (sustituta de la de Patrimonio Nacional) en los términos de los arts. 1º in fine y 5º de la Ley para el control, relacionados con el art. 33 XII y XV LOAPF. Las INC quedan, en virtud del art. 1º pfo. 4 LICOA, bajo el control exclusivo de la SHCP.

#### E. CARACTERISTICAS.

Las INC como "empresas públicas" que son, participan de las características comunes a ellas (v. cap. III 4) y con peculiaridades propias de la actividad especializada a que están destinadas.

a) En cuanto a su origen, las INC pueden ser creadas tanto por Ley (que generalmente es orgánica) como por decreto del Ejecutivo, por lo que tienen un régimen jurídico especial, régimen que en ciertos casos llega a derogar el régimen normal del derecho común (p. ej., el art. 20 de la L.O. de Banobras, señala que dicho banco podrá actuar en el mismo negocio de fideicomiso como fideicomisario y fiduciario, texto que va en contra de lo preceptuado en el art. 348 in fine de la LTOC. No se hable de las constantes derogaciones que en materia estructural existe a la LGSM).

b) Como consecuencia de su régimen especial, observa SERRA que -- las INC "no requieren de concesión o autorización especial del Estado para funcionar. El régimen de las instituciones nacionales de crédito es legal" -- (161) (v. cap. II, 2 A 3 --sistema de la concesión--).

c) Su patrimonio se integra con fondos provenientes del Estado, o bien están constituidas con la participación del Gobierno Federal (162). Esta aportación patrimonial estatal era un rasgo característico para distinguirlas de las instituciones privadas, junto con el régimen de derecho público a que aludo en el inciso a) (163).

El capital de las instituciones nacionales se divide en varias series de acciones (a excepción del actual Banco de México), siendo lo más común en-

contrar dos series (164): la "A", que sólo puede ser suscrita por el Gobierno Federal; siempre serán nominativas e intransferibles. La "B" generalmente era al portador (el que ya no lo sea, no trunca su fácil cesibilidad), por lo -- que no hay razón en contrario para que se encontraran, ora en manos de - particulares, ora de otros entes públicos (inclusive entidades federativas o - municipios); siempre representarán una minoría (165), y en todo caso, su - titularidad está vedada a personas extranjeras (o sociedades mexicanas sin - cláusula de exclusión), la infracción a esta regla (p. ej. art. 1° L.O.Nafin- - sa) trae como consecuencia que pasarán las acciones implicadas a favor de - la Nación, o bien, se declarará la nulidad del acto por el cual circularon di- - chas acciones. Generalmente las acciones de serie "B" son de voto limitado y preferentes en cuanto a la participación en los dividendos.

d) Tienen personalidad jurídica de derecho público; forman parte de - la Administración pública descentralizada (166); el Estado tiene la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros administradores (arts. 52 y 53 LOAPF) (167), así como de vetar o aprobar las decisiones de los órganos decisorios y ejecutivos (art. 1° LICOA) (168).

e) El objetivo económico de las "empresas públicas" en general, está relacionado con los fines del Estado. Las INC no constituyen la excepción, - por lo que siguen "metas programáticas con el Gobierno Federal" mediante - una "política coordinada" (169); esto es, la actividad bancaria, como servicio público que es, tiene una dinámica económica dirigida hacia la satisfacción ordenada de la necesidad colectiva que representa la circulación e interme-- diación en el crédito y las finanzas.

f) En su denominación llevan el término "nacional" lege ferenda - - (170).

## + NOTAS

1. Jaquetta Hawkes, El origen de los dioses (las maravillas de Creta y Micenas), Italia, 1968, p. 22.
2. Hans Kurt, Historia del dinero, pp. 167-168.
3. *Ibíd.*, pp. 171-175.
4. V. Miguel Acosta Romero, La banca múltiple, p. 17; Dauphin-Meunier, Historia de la Banca, p. 7; Jaques Lavrillere, La industria de los banqueros, p. 16, y Paolo Greco, Curso de derecho bancario, p. 57.
5. Dauphin, *ob. cit.*, p. 7. Los sacerdotes recibían depósitos de cebada, de cobre o de plata que les procuraban los fieles y a cambio proporcionaban a éstos préstamos de productos naturales. Lavrillere, *ob. cit.*, p. 16.
6. Para una pormenorización de estas actividades, v. Dauphin, *ob. cit.*, p. 9.
7. Citado por Acosta Romero, *ob. cit.*, pp. 18-19.
8. *Ibíd.*, p. 18, y Dauphin, *ob. cit.*, pp. 10-11.
9. Dauphin, *ob. cit.*, p. 11. DUCHE opina que Hammurabi no conquistó nada, pero consolidó su reino: "No creó nada: las costumbres de Sumeria y de Acadia existían antes que él. Su código no es más que una síntesis, o mejor, una compilación de las contradicciones existentes en Mesopotamia". Jean Duché, Historia de la humanidad, t. I, pp. 113-114.
10. Dauphin, *ob. cit.*, p. 13.
11. *Ibíd.*, p. 14; v. Acosta Romero, *ob. cit.*, p. 19.
12. Dauphin, *ob. cit.*, p. 15.
13. Acosta Romero, *ob. cit.*, p. 19.
14. Dauphin, *ob. cit.*, pp. 17-18.
15. Duché, *ob. cit.*, t. I, p. 450.
16. Acosta Romero, *ob. cit.*, p. 20. "En este país (China), se afirma que fue inventada la moneda, veinticinco siglos antes de nuestra era...". *Loc. cit.*

17. Id.
18. Duché, ob. cit., t. I, p. 546.
19. Ibíd., p. 597.
20. Dauphin, ob. cit., p. 19.
21. Indro Montanelli, La historia de los griegos, p. 142. "Con sideraban inmoral el préstamo con interés... pese a seguir pro hibiendo los bancos, consintieron que los ahorros fueran depo sitados en las iglesias". Loc. cit. "Comprenderéis; una vez - que uno confía su peculio a la diosa Palas, ésta es libre de - hacer lo que quiera con los dineros: hasta de prestarlos a un fiel amigo suyo bajo compromiso de resitutirlos con intereses. Es esto tan verdad que cuando Atenas propuso a los demás Esta dos la constitución de un fondo común, o sea de un banco inter nacional, ¿quién fue nombrado presidente? Apolo de Delfos". Id.
22. Paolo Greco, ob. cit., p. 58.
23. Montanelli, ob. cit., p. 143. "Temístocles (general y polí tico ateniense -¿525-460?- a.C.)... fue el primero, parece ser, que se dirigió a un particular de Corinto (fuera de Atenas), - un tal Filostéfano, que le garantizó el cinco por ciento. En - Atenas cuando lo supieron, no se alarmaron tanto del hecho que un general hubiese acumulado un patrimonio tan ingente, cuanto de que los capitales huyesen al extranjero". Id.
24. Greco, ob. cit., p. 58. Sobre esos préstamos acostumbraban percibir intereses del 10 y del 12%, y aun del 18% en los prés tamos marítimos. Loc. cit.
25. Dauphin, ob. cit., p. 22. "... cuando Pericles alcanzó el poder (circa 450 a.C.), el régimen ateniense era capitalista.. los bancos, las grandes empresas navieras y las industrias son privadas". Montanelli, ob. cit., p. 148.
26. Dauphin, ob. cit., pp. 21-22.
27. Id. "Los bancos públicos más antiguos fueron los de Abdera, de Lampasco y de Sinope. Atenas y Delos... no los tuvieron has ta la época romana". Loc. cit.
28. Montanelli, ob. cit., pp. 142-143.
29. Dauphin, ob. cit., pp. 25-26. "Los bancos reales tenían su cursales en las principales ciudades. Efectuaban por cuenta - del Tesoro, con el cual estaban en cuenta corriente, los pagos sobre las facturas; cobraban los impuestos sobre los granjeros, los cánones de registro de las actas de transmisión de propie dad. Abrían cuentas a los particulares y hacían todas las ope raciones corrientes de crédito...". Id.
30. Id., y v. también Greco, ob. cit., p. 58.
31. Acosta Romero, ob. cit., p. 23 y Dauphin, ob. cit., pp. 28 -29. "A estas formas de actuar, se les llamaba la administra ción de los públicos o de los publicanos..." (Acosta, loc. cit.).

Los publicanos idearon agruparse en sociedades; no contentos con abarcar el abastecimiento del ejército y el de la marina, "los grandes publicanos se hacen, naturalmente, banqueros para prestar a interés de usura (hasta el 48%) a los particulares e incluso a los Estados tributarios...". Duché, ob. cit., t. I, pp. - - 498-499. "... los publicanos y negociantes se confunden con los patricios en la clase de los optimates...". Id.

32. V. Greco, ob. cit., p. 60.

33. Así: Acosta, ob. cit., p. 24; Dauphin, ob. cit., pp. 30-31; Lavrillere, ob. cit., p. 17.

34. Dauphin, ob. cit., p. 32.

35. En ello algunos ven el antecedente de la vigilancia de la -- Banca por parte del Estado. V. Acosta, ob. cit., p. 24 y Greco, ob. cit., p. 61.

36. Greco, loc. cit.

37. Indro Montanelli, Historia de Roma, p. 347.

38. Acosta, ob. cit., p. 25. "Tiberio instituyó una mensae encargada de prestar al público, sin interés durante tres años...". - Dauphin, ob. cit., p. 35.

39. Montanelli, La Historia de Roma, p. 348.

40. Duché, ob. cit., t. II, p. 281.

41. Greco, ob. cit., p. 62.

42. Dauphin, ob. cit., p. 42.

43. Duché, ob. cit., t. II, p. 447.

44. "En el norte y este de Francia se establecieron unos traficantes en dinero... los cahorsinos. Lombardos y cahorsinos se beneficiaron de la protección especial de la Santa Sede, de la que eran sus agentes financieros". Dauphin, ob. cit., p. 51.

45. "La Orden del Temple era una orden religiosa y militar a la vez, creada en Jerusalén en el año 1108 para proteger a los peregrinos que llegaban a esta ciudad para rezar sobre la tumba de - Cristo". Ibid., p. 52. "Su casa (de la Orden) se hallaba situada cerca de las ruinas del Templo de Salomón, de aquí viene su nombre". Id.

46. "Es en Venecia y en 1494, que el monje franciscano Luca Pacio li... publicará el primer tratado sobre la ciencia de la contabilidad, la Summa de arithmetica...". Ibid., pp. 55-56.

47. Lavrillere, ob. cit., p. 17. "Se desterró a Jaques Coeur, se condenó a muerte a los templarios, acusándoles de fabricar oro por medios demoníacos". Loc. cit. Hay que apuntar que fue Coeur (de Bourges) una figura de transición entre los mercaderes de -- plata de la Edad Media y los banqueros modernos; fue el primero en imaginar el establecimiento de un presupuesto regular de las

recaudaciones y de los gastos públicos. V. Dauphin, ob. cit., pp. 79-80.

48. Greco, ob. cit., p. 62. "A consecuencia de las quiebras particularmente resonantes -dice Dauphin-, provocadas por el run de los depositantes en las ventanillas de los bancos, cuyos haberes estaban arriesgadamente inmovilizados en operaciones a largo plazo, fue ejercido un control sobre los banqueros a fin de proteger los depósitos de la clientela. Así, para garantizar la seguridad, en ciertos lugares, el ejercicio de la profesión de banquero fue sometido a una autorización oficial y fueron exigidas fianzas a quienes se dedicaban a esta profesión; además, los banqueros debían prestar juramento de restituir fielmente los depósitos recibidos". Dauphin, ob. cit., p. 67.

49. *Ibíd.*, pp. 81-82. "... la importancia de los Médici en Florencia no debe hacernos olvidar... los Hoehstetter... los Welser... los Tucher... los Herwaert...". *Ibíd.*, p. 82.

50. Aconsejo echar un vistazo a su interesantísima biografía. V. Vida de San Francisco, publicada por el Apostolado de la Prensa, Madrid, 1913; SABBARELLI, La trad. franc. ed i due loghi, etc., - Roma, 1901.

51. Dauphin, ob. cit., pp. 72-73.

52. *Ibíd.*, p. 69 y Antonio Brunetti, Tratado del derecho de las sociedades, t. II, p. 7.

53. V. Raúl Cervantes Ahumada, Derecho mercantil, p. 21, y Brunetti, ob. cit., t. II, p. 5, nota 8; ahí mismo explica que, como Banco, fue creado en 1547.

54. Brunetti, ob. cit., t. II, p. 6, nota 10.

55. *Ibíd.*, t. II, p. 5, nota 8. En opinión de MANTILLA MOLINA, su mismo carácter "la aproxima más a las asambleas de obligacionistas que a la sociedad anónima". Roberto L. Mantilla Molina, Derecho mercantil, 14a. ed., p. 23; v. también Tullio Ascarelli, Sociedades y asociaciones comerciales, p. 250: "consorcio de obligacionistas". BRUNETTI señala que el Banco de San Ambrosio fue una comandita por acciones. Ob. cit., t. II, p. 11, nota 20.

56. Sociedades comerciales y marítimas. En opinión de DAUPHIN, -tratábase de sindicatos de banqueros privados. Ob. cit., p. 70. "Las MAONE están constituidas por un grupo de ciudadanos que proveen, en interés y bajo la guía del Estado, a los gastos de una expedición naval dirigida a la conquista de alguna colonia y obtienen, por un cierto número de años, para garantía y extinción de su crédito, siempre bajo la soberanía del Estado, el usufructo de una o más colonias y el monopolio del comercio de algunos artículos coloniales... en las MAONE el crédito total está dividido en cuotas iguales". Brunetti, ob. cit., t. II, p. 5.

57. Citado en *ibíd.*, nota 8.

58. *Ibíd.*, t. II, p. 6. "CESSI no admite que las maone tengan carácter de sociedad y sostiene que se trata de un negocio de parti

- cipación (Studi sulle maone medioev.)". *Ibíd.*, nota 8. "LEHMANN - se niega a reconocer cualquier afinidad con las grandes instituciones bancarias italianas, diciendo que la terminología, el fin y la estructura de las Compañías holandesas no tienen nada que ver con aquéllas. En lugar de 'Luoghi' (loca), en las Cías. se habla de 'acciones'; en lugar de 'luoghatarío', de 'accionista'. El Banco de San Giorgio es una corporación de acreedores del Estado que, como consecuencia de una operación de empréstito público, pasaron a ser accionistas, mientras que la Cía. resulta de la fusión de varias pequeñas haciendas. Los 'luoghi' son representativos de un crédito de capital contra el Estado, la acción, por el contrario, de un crédito para el dividendo". *Ibíd.*, t. II, p. 10.
59. Dauphin, *ob. cit.*, p. 71.
60. V. Duché, *ob. cit.*, t. III, p. 88.
61. "Los burgueses de la Edad Media, los banqueros italianos del Quattrocento lo sabían ya; y se les absolvía con echar un poco de lastre en la Iglesia momentos antes de expirar...". *Id.*
62. *Ibíd.*, t. III, pp. 92-93.
63. Dauphin, *ob. cit.*, p. 87. En opinión del Dr. Gerardo TAGORE - (Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. II, p. 17), hasta el siglo XVI/XVII, "los denominados banqueros eran simplemente comerciantes en dinero".
64. Greco, *ob. cit.*, p. 63.
65. *Id.*
66. "Sin duda, estos recibos estaban más emparentados con los actuales billetes de caja que con los billetes de banco propiamente dichos". Dauphin, *ob. cit.*, p. 99.
67. Greco, *ob. cit.*, p. 64. Además agregar: Banco de Hamburgo - - (1619) y los de Nuremberg, Rotterdam, Estocolmo y Viena; en Prusia, Federico II fundó en 1765 el Banco de Prusia (estatal y posteriormente transformado en sociedad por acciones con predominante participación del Estado).
68. Dauphin, *ob. cit.*, p. 95.
69. *Ibíd.*, p. 103.
70. M.H. de KOCK, Banca Central, pp. 11-12; Cfr. Dauphin, *ob. cit.*, p. 104 y Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. II, p. 18.
71. "El Banco de Inglaterra, la Caja de Descuentos francesa, el Real Banco de Amsterdam, el Banco Corriente de Dinamarca y Noruega, y los Bancos Imperiales de San Petersburgo y Moscú, eran todos ejemplos de las grandes instituciones de crédito que mantenían una estrecha relación con el Estado". V. G. Tagore, Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. II, p. 18.
72. El Banco de Inglaterra era una institución privada sin participación ni vigilancia por parte del Estado. Cfr. Kock, *ob. cit.*, p. 17. En 1946, y por influjo del Partido Laboralista fue nacionalizado. "En Inglaterra se pretende que el primer banco con carácter

ter público fue la Casa de Moneda Inglesa, con sede en la Torre - de Londres...". Greco, ob. cit., p. 65.

73. *Ibíd.*, p. 66.

74. "Al principio tuvieron por finalidad mediar los desórdenes... más adelante... para mantener la estabilidad externa e interna de la unidad monetaria nacional. El Estado interviene entonces para protegerlos por un privilegio más o menos exclusivo de emisión. - Los bancos de emisión se convierten en bancos centrales". V. Dauphin, ob. cit., p. 125.

75. *Ibíd.*, pp. 116-117.

76. Duché, ob. cit., t. IV, p. 31.

77. Dauphin, ob. cit., p. 118.

78. "Los 'cinco grandes' del Reino Unido: el Midland, el Westmins ter, el Lloyd's, el Barclays y el National Provincial tienen sus similares en Francia: el Crédit Lyonnais, Comtois Nac. d'Escompte de Paris, Crédit Commercial, Société Générale; y en Alemania: el Commerz un Privat Bank, el Berliner Handelgesellschaft, etc.". Tagore, ob. cit. (OMEBA, t. II), p. 18.

79. *Id.*

80. Kock, ob. cit., pp. 13-15.

81. Duché, ob. cit., t. IV, p. 29.

82. *Ibíd.*, pp. 207-208.

83. *Id.* "Capitales llegados de Francia y de Rusia y el oro procedente de Australia, ayudaron a superar la crisis". *Loc. cit.*

84. *Ibíd.*, t. V, p. 27.

85. V. Enciclopedia OMEBA, t. II, p. 18.

86. Cfr. Duché, ob. cit., t. V, p. 172.

87. Dauphin, ob. cit., p. 126.

88. Ayuda activa: cuando, en período de crisis, el Banco de Reserva otorga facilidades al establecimiento de depósitos en previsión de demandas masivas de reembolso; pasiva: cuando en período normal, se abstiene deliberadamente de hacer la competencia a los comerciales. V. *ibíd.*, p. 132.

89. V. Georges Potut, La Banque de France, p. 193. "L'Etat, dans son ambition d'instaurer un nouvel ordre national, assume directement la charge de la politique économique ou fiscale. La défense interne de la monnaie est assurée par le triple contrôle des prix des dépenses budgétaires et de la circulation monétaire". *Id.*

90. *Ibíd.*, p. 205. Cfr. Lavrillere, ob. cit., p. 127.

91. V. Alonso Aguilar, Estado, capitalismo y clase en el poder en México, pp. 147-149.

92. Citado por Tagore, ob. cit., t. II, p. 21.

93. Cf. *ibíd.*, pp. 21-22. Ya MARX había opinado que la concentra

ción de dinero en manos de los grandes bancos "acelera 'la acumulación del capital susceptible de ser prestado, como forma distinta de la acumulación real'... 'porque los capitalistas dedicados a prestar dinero hacen de éste y no del aumento del capital productivo, la forma típica de acumulación' (El Capital)". V. Aguilar, ob. cit., pp. 150-151.

94. Cfr. Lavrillere, ob. cit., pp. 143-144.

95. Dauphin, ob. cit., p. 135.

96. Cfr. Esteban Hernández Esteve, Estructura y funciones de la Banca en los países socialistas, p. 15.

97. Ignacio Soto. Sobreyra, La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, p. 21.

98. "Los balances de las firmas industriales ya no contienen - - apartados destinados a créditos y deudas. El Banco del Estado abre a cada empresa... una cuenta corriente. Esta cuenta puede arrojar un saldo favorable cuando la empresa posee recursos disponibles o un saldo negativo cuando se ha concedido a la empresa un crédito bancario". V. Dauphin, ob. cit., p. 145. En cuanto a las inversiones, éstas corren a cargo de cuatro bancos especializados:

- + uno industrial.- banco de crédito;
- + otro cooperativo (Vsekobank);
- + otro agrícola (Selkosbank), y
- + uno más para construcciones municipales (Tzekombank). Id.

99. Hernández Esteve, ob. cit., pp. 17-23.

100. Consiste este sistema en la comprobación de que todos los pagos e ingresos de las empresas y organismos socializados, incluida la percepción de créditos, pago de nóminas, materiales, etc., estén de acuerdo con las correspondientes partidas, detalladas en el Plan. Id.

101. *Ibíd.*, p. 56.

102. *Ibíd.*, pp. 75-76. En Polonia, el Banco del Estado opera de acuerdo con las instrucciones de Hacienda, pero es autónomo. En Hungría, toma el tipo de sociedad anónima cuyos accionistas son diversos organismos públicos, quienes toman los acuerdos y eligen un Directorio. *Loc. cit.* Por lo demás, todos los bancos de comercio exterior adoptan ese tipo social. V. *ibíd.*, pp. 151-153.

103. *Ibíd.*, pp. 69-70.

104. V. Mario Bauche Garcíadiego, Operaciones bancarias, p. 19. Este autor cita a Octavio Hernández, Derecho bancario mexicano.

105. Joaquín Rodríguez Rodríguez, Derecho bancario, p. 21.

106. *Id.*

107. *Ibíd.*, p. 22 (v. también Manero, ob. cit., p. 56).

108. *Ibíd.*, p. 23.

109. *Id.*

110. Manero, *ob. cit.*, p. 56. "Las casas de préstamo más notables eran las de Manning y MacIntosh, Drusina y compañía, Iturbe, Antonio Alonso de Terán, Jecker, Torre y compañía, Gregorio Mier y Terán...". V. Miguel Angel Granados Chapa, *La banca nuestra de cada día*, p. 14.

111. Rodríguez Rodríguez, *ob. cit.*, p. 23. Su escritura se registró, ante el Tribunal de Comercio, el 22 de junio de 1864. *Cfr.* Soto, *ob. cit.*, p. 38.

112. Los billetes inaugurales fueron de cinco pesos fechados el 13 de febrero de 1865. V. Granados Chapa, *ob. cit.*, p. 15.

113. *Ibíd.*, p. 18.

114. *Ibíd.*, pp. 20-21.

115. Hacia 1883 surgieron: el Banco de Chihuahua, propiedad de Enrique Muller, inversionista alemán; el Banco Minero de Chihuahua, de Inocente Ochoa, y el Banco Mexicano de Chihuahua, "de Luis Terrazas, que casualmente era el Gobernador". *Ibíd.*, p. 16. Estos bancos funcionaban de acuerdo con lo dispuesto en las leyes locales. *Cfr.* Rodríguez Rodríguez, *ob. cit.*, p. 25.

116. Citado por Granados Chapa, *ob. cit.*, p. 30.

117. El Banco Nacional de México que en 1910 tenía 45 millones de pesos, en 1914 no llegaba a los 20 millones. *Cfr.* Soto, *ob. cit.*, p. 43.

118. *Cfr.* Granados Chapa, *ob. cit.*, p. 33.

119. V. Soto, *ob. cit.*, p. 43.

120. *Ibíd.*, p. 44. Carranza captó el sentir popular, y, tal vez este Decreto constituye una fuente histórica utilizada por algunos de los que influyeron en López Portillo para su decreto de nacionalización bancaria. *Id.*

121. V. *id.*, y Granados Chapa, *ob. cit.*, pp. 37-38. Un decreto de 15 de septiembre de 1916 abrogó las leyes que autorizaban las concesiones a los bancos y los incautó.

122. "Relativas a cambios y banqueros tales como las que expone Juan de Hevia Bolaños, Curia Filípica, París". V. Rodríguez, *ob. cit.*, p. 26.

123. Entre sus disposiciones destacan las siguientes: "...los banqueros son un género de cambios a quien se da la moneda en guarda para que disponga y según le ordenaren los que la dieran"; "...todos los que quisieren pueden ser Cambios y Bancos sin pena ni impedimento alguno..."; "...los Cambios y Bancos públicos, para serlo, han de ser personas llanas y abonadas, y de buena fama, y han de jurar usar fielmente sus oficios, y dar fianza abonada para ello..."; "...ninguno por sí solo puede tener Cambio, ni Banco público, sino que han de ser dos al menos...". *Id.*

124. V. Soto, ob. cit., p. 37; Rodríguez, ob. cit., p. 27 y Granados Cahapa, ob. cit., p. 15.

125. Recomiendo la consulta de la publicación que en cuatro tomos hizo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público bajo el título de Legislación Bancaria, México, 1957. Dicho trabajo abarca desde el año de 1896 hasta el día de su fecha.

126. Manero, ob. cit., pp. 64-65.

127. Cfr. ibíd., p. 67.

128. El texto de ese artículo se refiere sólo a los bancos de emisión, sin embargo, el art. 3º del mismo Decreto establece: - - "Las prevenciones que deben regir a las demás instituciones de crédito, podrán ser objeto de la misma ley o de otra especial que el Ejecutivo expedirá, según estime más conveniente".

129. V. Soto, ob. cit., p. 39.

130. Limitadas a 30 años para los de emisión y de 50 para los otros. Cabe destacar que el art. 12 define estas concesiones como "una mera autorización para establecer y explotar la institución de crédito de que se trate, con sujeción a las leyes que rijan sobre la materia".

131. Granados, ob. cit., p. 57.

132. Manero, ob. cit., p. 12. "Esta creciente intervención nacional, en los intereses bancarios, es lo que ha despertado constantes malas interpretaciones en el extranjero; pero seguramente tal intervención, no ha sido mayor, después de la fundación del Banco de México, de lo que es en los países más adelantados de la tierra...". Id.

133. Ibíd., pp. 55-56.

134. En tanto se estableció la COMISION MONETARIA, S.A., "que se ocupó, entre otras cosas, de la regulación de la acuñación de moneda, del servicio de tesorería del gobierno federal y como agencia del gobierno mexicano en el extranjero...". Porfirio Marquez, La estructura constitucional del Estado mexicano, p. 368.

135. V. Manero, ob. cit., p. 205.

136. Esta serie suscrita por la banca privada le daba derecho a ésta a participar en el Consejo Directivo: "En los últimos años, en el Consejo del Banco de México han participado siempre prominentes banqueros y empresarios privados...". Alonso Aguilar, ob. cit., p. 157.

137. V. Soto, ob. cit., p. 52 y Granados Chapa, ob. cit., p. 49.

138. Uso la voz "transforma" para poner énfasis en el sentido de que la propia ley lo considera expresamente como organismo descentralizado (v. nº 3 C).

139. En ese sentido: Miguel Acosta Romero, Derecho bancario, p. 365. Encuentra en esos bancos las características teóricas de las INC. V. 3er. párrafo del art. 1º LICOA.

140. Así: Alonso Aguilar, ob. cit., pp. 154-155 y Andrés Serra -

Rojas, Derecho administrativo, p. 450. "Mezclando elementos de organización del derecho privado y del derecho público surgieron estas instituciones de crédito (INC) desde el año de 1925 en que fue creado el Banco de México, S.A. Posteriormente se configuraron otras instituciones nacionales que han respondido con éxito a la política económica del estado, para determinadas actividades comerciales e industriales". Loc. cit.

141. Cfr. Alonso Aguilar, ob. cit., pp. 161-162.

142. V. Humberto Herrera Curiel, Derecho bancario mexicano, p. - 156.

143. Alonso Aguilar, ob. cit., p. 55; v. ibíd., pp. 168-176, y - Bauche Garcíadiego, ob. cit., pp. 20-21 (habla de la conversión del Banco Nacional Monte de Piedad en el actual Banco Nacional - Urbano, S.A. -D.O.28oct1974-).

144. V. Herrera Curiel, ob. cit., pp. 159-161; G.D.H. Cole, La - nacionalización bancaria, p. 311; Serra Rojas, ob. cit., p. 459.

145. V. Manuel Broseta Pont, Manual de derecho mercantil, p. - - 317; Manero, ob. cit., p. 12, y Serra Rojas, ob. cit., p. 458.

146. La banca de segundo piso, "consiste en el conjunto de insti tuciones que operan en forma de redescuento y como prestamistas de última instancia, dejando que las instituciones privadas se - desenvuelvan directamente ante el público y estructuren las ope= raciones que luego serán atendidas por la banca nacional en la - vía del redescuento". V. Herrera Curiel, ob. cit., pp. 156-157. En cuanto a la competencia de la banca nacional frente a la priva- da, "las instituciones nacionales realizan las mismas operacio= nes que las privadas, por lo que ambas se obligan a mejorar sus servicios a fin de atraer mayor número de clientes y mejores ope= raciones". Id.

147. V. Serra Rojas, ob. cit., p. 456 y Acosta Romero, Derecho - bancario, p. 65.

148. "... en el sentido amplio que adopta nuestra legislación ad ministrativa". Serra Rojas, ob. cit., p. 455.

149. Idem. BRENA TORRES (Iniciativa de Ley para el control de - los organismos descentralizados y de las participaciones estata- les en las empresas privadas, p. 84), en el art. 7° de su Proyec to escribe: "Las instituciones nacionales de crédito, de seguros y fianzas se reputarán, para los efectos de esta Ley, organismos descentralizados...".

150. Asimismo, hace referencia a diversas resoluciones de la Su- prema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Unitario del Primer Circuito, que sostienen el criterio de que se trata de or- ganismos descentralizados. Serra Rojas, ob. cit., pp. 457-458. - Sin embargo, esas resoluciones le dan tal carácter en función de la diferencia que existe entre las INC (públicas) y las IC priva das (sujetas totalmente al derecho común) y no de entre el carác ter de organismo descentralizado y otra forma de entidad públi- ca (como lo podría ser, las sociedades nacionales).

151. Miguel Acosta Romero, Teoría general del derecho administrativo, p. 224. El citado artículo establece cuáles son las empresas de participación estatal mayoritaria: "Dentro de la administración pública paraestatal se consideran empresas de participación estatal mayoritaria, INCLUIDAS las instituciones nacionales de crédito... aquellas que satisfagan alguno de los siguientes requisitos...".

152. *Ibíd.*, pp. 223-224.

153. V. Giacomo Molle, En materia de empresas bancarias, p. 1652. Emilio Chuayffet Chemor, Formas legales de control administrativo en las empresas públicas, p. 122; Alejandro Carrillo Castro, La regulación jurídico administrativa de la empresa pública en México, pp. 80-81.

155. Cfr. Acosta, TGDA, p. 224. Serra Rojas (ob. cit., p. 457) - les niega este carácter: "Se ha pensado también que las instituciones nacionales son empresas de participación estatal o de economía mixta. Esta confusión se ha originado por la circunstancia de que los particulares pueden tener alguna representación en la empresa y participar en la constitución del capital social (debe observarse que las empresas de participación estatal -dice Serra-) NO son instituciones públicas, sino empresas privadas)".

156. Cfr. Molle, ob. cit., p. 1652; Andrés Serra, ob. cit., pp. 457-458; Acosta Romero, Derecho bancario, p. 368 ("... competirá exclusivamente a la SHCP, la adopción de todas las medidas relativas tanto a la creación, como al funcionamiento de las instituciones nacionales..."); Broseta, ob. cit., p. 318 (coincide con Acosta al señalar que "poseen... su constitución y funcionamiento sometidos a normas públicas de carácter imperativo, que derogan la libertad de iniciativa, constitución y actuación características de las sociedades anónimas privadas").

157. Serra Rojas, ob. cit., p. 458.

158. *Ibíd.*, p. 457. BROSETA razona sobre el particular: "Si el Derecho mercantil es el que regula el estatuto jurídico-privado del empresario... los Bancos son empresarios mercantiles constituidos en forma de sociedad anónima... y son mercantiles los contratos de los que (se) sirven para relacionarse con sus clientes". Broseta, ob. cit., p. 429. "... al Derecho mercantil sólo le interesa el régimen jurídico-privado de los Bancos y de sus operaciones". *Id.*

159. V. Acosta, Derecho bancario, p. 33.

160. V. *ibíd.*, p. 34; Carrillo Castro, ob. cit., p. 86, y Herrera Curiel, ob. cit., pp. 158-159.

161. V. Serra Rojas, ob. cit., p. 458.

162. Cfr. *ibíd.*, p. 456, y Acosta, La banca múltiple, p. 196.

163. Así, Acosta, D. bancario, p. 367. MESSINEO cita un caso particular, el de la Banca d'Italia, "en el que falta la participación para la formación del fondo patrimonial por parte directa -

del Estado, pero donde el Estado tiene una decidida injerencia.. (la Banca es una)... entidad de interés público, con contenido y estructura capitalística o... tipo especial de entidad comercial de derecho público". Francesco Messineo, Manual de derecho civil y comercial, t. I, p. 231.

164. El art. 3º de la L.O. de Banobras señala cuatro series: "A" compuesta por acciones nominativas, representando más del 51% del capital social y de las que siempre será titular el Gobierno Federal (frac. I); "B", al portador (frac. II -esta característica la apunto como mero punto de referencia, ya que no existen, en nuestro Derecho, las acciones al portador-); "C", nominativas y suscritas únicamente por entes paraestatales (frac. III), y "D", nominativas, suscritas por los gobiernos de los Estados, de los Municipios y del D.F., o por sus entidades (frac. IV). Las acciones de las series "C" y "D" sólo podrán ser transferidas o dadas en garantía previa autorización del consejo de administración (art. 3º).

165. Cfr. Serra Rojas, ob. cit., p. 457.

166. Cfr. Acosta Romero, La banca múltiple, p. 197.

167. *Ibíd.*, p. 196. El mismo, D. bancario, p. 369; aunque el Estado no tuviera la mayoría en el capital, puede nombrar la mayoría de administradores en estricta aplicación de los arts. 1º -- LICOA y 46 c) LOAPP.

169. ACOSTA, La banca múltiple, p. 198.

170. "La palabra nacional -escribe Acosta- desde un punto de vista gramatical expresa 'lo perteneciente o relativo a una nación' y por lo tanto al utilizar la expresión nacional, aun en la denominación de estas instituciones se quiere resaltar que pertenecen al Estado". Acosta Romero, D. bancario, p. 369, v. también -de él mismo, La banca múltiple, pp. 195-196 y 198-199. HERRERA-CURIEL ensaya el siguiente concepto de Banca Nacional: "Es el conjunto de instituciones constituidas con participación del capital del gobierno federal y en las que éste se reserva el derecho de nombrar a la mayoría del consejo de administración o de la junta directiva o la de aprobar o vetar los acuerdos que la asamblea o el consejo adopten". Ob. cit., p. 156.

**CAPITULO SEXTO**

**LA SOCIEDAD  
NACIONAL DE CREDITO**

"Caminante, son tus huellas  
el camino, y nada más;  
caminante, no hay camino,  
se hace camino al andar...".

ANTONIO MACHADO\*

La nacionalización del servicio público de la banca y crédito marcó el inicio de una nueva era en materia de empresas públicas. La nacionalización de 1982 es la piedra angular sobre la que se empieza a desarrollar la institución objeto del presente ensayo. En homenaje a su importancia, no he de soslayar la altísima injerencia que este fenómeno, tanto político como económico, tiene en rededor de este otro fenómeno jurídico; el de la sociedad nacional de crédito.

Hacia 1926, la Fundación Travers-Borgstroem de Suiza, hizo un llamado para premiar trabajos sobre la nacionalización del crédito; Robert Deumer, entonces Director del Reichsbank de Berlín, resultó el ganador con su obra Die Verstaatlichung des Kredit (Leipzig, 1926); trabajo que utiliza MISES para refutar las ventajas de una eventual nacionalización de este servicio (1). En principio, DEUMER se pronuncia por una reforma que preserve

---

\* De "Proverbios y Cantares", en Antología Poética, Biblioteca Básica Salvat, Salvat Editores, Navarra, 1971, p. 139.

la superioridad de la administración por el beneficio sobre la administración burocrática. Decía que los bancos sólo sirven a los intereses privados; que no financian empresas estratégicas de interés nacional, sino solamente las que prometen el rendimiento más alto (p. ej. una destilería de güiski); esto es, empresas superfluas para la economía: "desde el punto de vista nacional, su actividad no sólo es inútil sino aun nociva... los bancos permiten que -- crezcan algunas empresas cuyos productos no se demandan; estimulan el -- consumo innecesario, lo que a su vez reduce el poder de compra de la gente en relación con los bienes más importantes..." (2). En función de esos razonamientos, la nacionalización es algo imprescindible para lograr una economía que permita la existencia de una sociedad más justa, igualitaria y con hábitos menos pródigos.

Para un correcto desenvolvimiento de la actividad bancaria (vista como un monopolio de derecho), DEUMER considera que es necesario administrarla según lineamientos comerciales (3); al efecto propone que para lograr éxito en esa empresa, deben hacerse escuelas y exámenes de promoción para el personal más capacitado; pagar bien a los empleados, darles buenos incentivos y un alto porcentaje de reparto de utilidades (4).

En síntesis, DEUMER recomendaba que la Banca, una vez nacionalizada, debe guiarse por una orientación nacional antes que de intereses privados; debe invertir sus fondos no donde se encuentre el más alto rendimiento (sin perder de vista la obtención de beneficios), sino en áreas prioritarias de importancia nacional (5).

+ SEPTIEMBRE DE 1982; su circunstancia.

— La crisis. — México es un país en vías de desarrollo, como tal y en su esfuerzo por convertirse en una nación industrial, presenta diversos problemas económicos; sin embargo, el último medio siglo lo ha visto -- desarrollarse con optimismo... "el país (entre 1978 y 1981) avanzaba hacia -- la riqueza y la abundancia..." (6). La economía mexicana se abandonó casi exclusivamente a sus recursos petroleros. Hacia mediados de 1981 aparecieron los primeros nubarrones; la baja de los precios del petróleo; no obstante, se conservó en los sectores oficiales la confianza de que todas las irregu

laridades serían controladas: "no había peligro de recesión"; "la inflación estaba siendo combatida"; "las altas tasas de interés estimularían el ahorro"; "la dolarización era transitoria"; "el peso seguía firme y no había peligro alguno de devaluación; la deuda externa no era excesiva", etc. (7). En diciembre de 1981 la inflación se acentuó, así como el desequilibrio de la balanza de pagos (8). A principios de 1982 el petróleo mexicano se convirtió en el más barato del mundo; para obtener más clientes y mercados, nuestro crudo penetró en la guerra de precios de energéticos en un mercado saturado a costa y riesgo de los consumidores nacionales y de su deuda externa. Las improvisaciones y los malos manejos petroleros se hicieron patentes; empero, esta no fue la causa principal de la crisis. Las faltas en la estrategia se atribuyeron a la dependencia financiera externa, "si esta se superaba con el petróleo, no habría crisis" (9). Pero el crecimiento económico de México supuso importaciones desmesuradas que nuestra explotación petrolera no pudo costear; por otra parte, en lugar de financiar esas importaciones con recursos acumulados con anterioridad, se recurrió cada vez más al crédito externo -- (36 mil millones de dólares) (10). Una importante cantidad del excedente generado por el petróleo se destinó a fines improductivos (11) y suntuarios.

Observa GRANADOS CHAPA que los últimos cinco años de la banca privada, se vieron dominados por ciertas tendencias: "a) la concentración; b) la monopolización; c) la transnacionalización; d) la especulación; e) la dolarización, y f) la volcadura hacia actividades distintas de las bancarias" -- (12). El 55% del crédito nacional estaba en manos de la banca privada, dicho crédito se destinaba a áreas que generaban mayores utilidades a los bancos -- (v. retro, DEUMER, Robert); el comercio, entre otras (éste se llevaba el 30% de la riqueza con sólo el 12% de inversión) (13). El crédito y la liquidez, a raíz de la devaluación de 1982, se concentró más firmemente en el sector privado bancario... hubo entonces más absoluta libertad para los especuladores; en lugar de ser castigados, obtuvieron como premio a su constancia la devaluación que les multiplicó sus dólares en el exterior como por arte de magia. Ni la Secretaría de Hacienda ni el Banco de México querían parar el saqueo de divisas: existía un tabú que los economistas oficiales no querían estudiar; el control de cambios (14). El saqueo de divisas afectaba grandemente al país en beneficio de especuladores que sacaban capitales, y de los bancos, que ganaban \$1.10 en la venta de cada dólar (15). El sector financiero y

bancario era el grupo dominante en la política económica: los banqueros privados controlaban el valor del peso ante unas impávidas e impotentes autoridades gubernamentales. Al mismo tiempo, esos bancos tenían sus aliados: - el Banco de México establecía las tasas de interés basado en dos criterios: ha-  
cer atractivo el ahorro, y hacer redituable el negocio bancario (16).

El 17 de febrero de 1982 el Banco de México anunció su retiro temporal del mercado de cambios (cayó entonces el peso de 26 a 37 por dólar). El gobierno mexicano programó un ajuste de su política económica que, fundamentalmente, comprendió las siguientes medidas:

- + reducir el gasto público en 3%
- + fortalecer el control de precios
- + proteger la economía popular
- + reducir el arancel de 1 500 productos básicos de importación
- + absorber el Fisco, el 42% de las pérdidas cambiarias
- + ayudar a empresas pequeñas y medianas
- + flexibilidad en las tasas de interés
- + fortalecer el mercado de valores
- + reducir impuestos a los comerciantes fronterizos que adquirieran productos nacionales.

A mediados de abril el Ejecutivo tomó otras medidas:

- + reducir el déficit global del sector público
- + reducir las importaciones en 6 mil millones de dólares
- + aumentar los ingresos del Estado mediante la elevación de precios y tarifas de bienes y servicios
- + evitar que la circulación monetaria aumentara más allá de lo que exigiera el incremento de las reservas netas de divisas en poder del banco central (17).

El 20 de abril el Director de Banamex dijo que "la causa de la crisis - estaba en la decisión del gobierno de querer crecer aprisa" (18).

8 de mayo: en vísperas de una segunda devaluación, el entonces Presidente electo, Miguel de la Madrid, y en vista del problema financiero y de especulación bancaria, lanzó advertencias. En una parte de su discurso llamó a los banqueros a la cordura, advirtiéndoles que la Banca era un servi--

cio social; que sus planes de financiamiento debían ser dictados por el Estado; que no olvidaran que se trataba de un servicio público concesionado.

A principios de agosto se sucitó una segunda devaluación (el peso cayó de 49 a 80-87 por dólar), por lo que el gobierno fijó una doble paridad, de 49.50 y 69.50 pesos por dólar (la primera preferencial, la segunda para otras importaciones). Antes de esa devaluación el Presidente supo que el Banco de Cédulas Hipotecarias había sacado del país 300 millones de dólares en un día. 8 de agosto de 1982: en una reunión con la clase dirigente nacional —tanto sector oficial como la IP— el Presidente López Portillo explicó el por qué —un mercado dual. "Era la primera advertencia, pero nadie le hizo caso" (19). El 5 de agosto, el Presidente autorizó el estudio de la nacionalización de la Banca y del control de cambios. "Los banqueros no lo supieron, porque su principal aliado, el Director del Banco de México... había sido marginado de la toma de decisiones... Los asesores presidenciales comenzaron su tarea, sabiendo que el Presidente tenía dudas" (20).

17 de agosto: el Gobierno adoptó nuevas medidas para hacerle frente a la crisis:

- + obtener 3 500 millones de dólares en préstamos y anticipos
- + limitar el tipo de cambio preferencial a atender compromisos exteriores de mayor urgencia
- + reestructurar la deuda externa
- + gestionar ante el FMI el uso de 4 000 millones de dólares que México tenía en su calidad de miembro.

20 de agosto: el Secretario de Hacienda solicitó a 115 bancos extranjeros una moratoria de 90 días; "3 días después se autorizó la moratoria, quedando fuera la deuda exterior de los bancos privados mexicanos" (21). El 25 de agosto la IP dijo que el Gobierno debía entregar las paraestatales a los particulares (22).

Heberto CASTILLO afirma que López Portillo (y Pacheco) siempre se mostró reacio a una eventual nacionalización bancaria, así como al control de cambios (23). "Hacia finales de agosto todo estaba listo. La banca no cumplió, sino que, por el contrario, hizo del país un botín" (24).

—"HEMOS ROTO TABUES, LA REVOLUCION SE LIBERA DE TEMORES Y ACELE

RA SU PASO... EL ESTADO YA NO ESTARA ACORRALADO POR LOS GRUPOS DE PRESION\*\*.

Es interesante recordar los momentos previos a la declaración por boca del entonces Presidente, según la descripción que hizo José Luis Camacho, reportero del periódico "El Día":

"El Presidente de México cruzó el umbral del recinto legislativo a las 11:00... Las banderas nacionales flanquean su entrada, cubren su comparecencia de cara a la Nación... El himno nacional anuncia la histórica jornada... Y el Presidente tomó la palabra, asumió responsabilidades y hechos, tocó llagas, censuró apátridas, clamó y llamó al patriotismo, a la comprensión y enjugó sus lágrimas 'por los desposeídos y marginados a los que hace seis años pedí perdón' " (jueves 2 de septiembre de 1982).

Señaló el Presidente a un grupo de mexicanos ("sean los que fueron —en uso, cierto es—, de derechos y libertades pero encabezado y apoyado —por los bancos privados...") como los culpables del mayor saqueo de nuestra historia; una "minoría cuyas acciones sumadas, dañaron la seguridad nacional y por ende la de todos... el Estado está con las mayorías. Es el imperativo que lo justifica". "Tenemos que cambiar —enfaticaba—, decisión —siempre dura, pero no puede seguir entronizada la posibilidad de sacar recursos cuantiosos al exterior, y después pedirle prestado migajas de nuestro propio pan". En esta forma se expidieron —anunció— dos Decretos; uno que nacionaliza la banca y otro que establece el control generalizado de cambios (25). Igualmente, anunció la transformación del Banco de México a un organismo público descentralizado, presentando la iniciativa correspondiente el 21 de septiembre. "Afuera... otro sol brillaba sobre México..." (26).

Al perfeccionarse la nacionalización, y al adquirir todos los recursos afectos a la actividad crediticia, el Estado contrajo, principalmente, dos obli-

---

\* José López Portillo, VI Informe de Gobierno, 1º de septiembre de 1982.

gaciones:

- + garantizar el pago de todos los créditos que a su cargo tenían las instituciones expropiadas (art. 4° Decreto de expropiación —rectius, nacionalización—), y
- + pagar la indemnización correspondiente en un plazo que no excederá de 10 años (art. 2° , *ibíd.*).

Se expropiaron 54 bancos (29 múltiples y 25 especializados), arrojando un total de 2 billones 400 mil millones de pesos (27). La participación del capital extranjero, a pesar de ser minoritaria, estaba presente (28). Por su parte, la banca privada había adquirido acciones de por lo menos 500 sociedades comerciales (de las más importantes del país) (29). Banamex era en ese momento accionista de 120 —aproximadamente— sociedades (de ramas química, turismo, automotriz...); Bancomer, de 160... (30).

## 1. REFORMAS CONSTITUCIONALES.

El Congreso de la Unión resolvió, mediante enmiendas y adiciones a la Constitución (D.O. 3feb1983), confirmar expresamente la alta injerencia por parte del Estado en materia económica. Dentro de un ámbito de constante consulta popular y de planeación democrática, se subrayó la importancia de un sistema de economía mixta en nuestra Nación.

La nueva y vigente confección del artículo 25 muestra la constante --preocupación por parte del legislador para fortalecer la soberanía de México al otorgar al Estado la rectoría del desarrollo integral de la Nación; aquél fomentará la más justa distribución de la riqueza, así como también velará -- porque los individuos tengan el pleno e irrestricto ejercicio de las libertades que garantiza la propia Constitución en aras de la dignidad del ciudadano y del hombre en general.

Junto con el Estado —"sector público"— concurrirán los particulares (sector privado) y las organizaciones populares (sector social) para impulsar

el desarrollo (tanto en sus áreas prioritarias como en las accesorias) económico nacional; sin embargo, se reservan "de manera exclusiva" las actividades estratégicas enumeradas (en un principio, al parecer, exhaustivamente, pero al señalar al final del párrafo en cita —art. 28 pfo. 4—: "... y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión", se abre un mundo de posibles "áreas estratégicas") en el párrafo -- cuarto del artículo 28, "manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan".

El art. 28, pfo. 6 (en concordancia con el art. 90) prevé la constitución de entes paraestatales para un eficaz manejo por parte del Estado, de las áreas estratégicas a su cargo, "y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado (loc. cit.).

Las reformas le dan naturaleza (de orden constitucional) de servicio público al de banca y crédito, servicio que no constituirá monopolio y que será prestado exclusivamente por el Estado "a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria..." (art. 28, pfo. 5), y la actividad bancaria queda vedada a ser concesionable a particulares (con decir, no será objeto de concesión bastarda).

Todo lo relativo a legislación en materia de banca y crédito queda como facultad única del Congreso de la Unión en los términos del art. 73 X. En tanto que el art. 123 B XIII bis previene que las instituciones crediticias y bancarias regularán sus relaciones laborales atendiendo a lo dispuesto por la ley reglamentaria de la mencionada fracción y del propio Apartado.

## 2. DECRETO EXPROPIATORIO .

Particular interés reviste descifrar el galimatías que constituye la serie de decretos, acuerdos, leyes, etc. relativa a la nacionalización bancaria mediante expropiación de bienes.

Encontramos CINCO (las vigentes disposiciones --14ene1985-- no implican problemática en la especie) principales ordenamientos que aluden de una u otra manera a la nacionalización bancaria:

- a) Decreto que establece la nacionalización de la Banca privada (DD.OO. 1° y 2 sep1982) de 1° de septiembre de 1982.
- b) Decreto mediante el cual se dispone que las instituciones de crédito que se mencionan operen con el carácter de instituciones nacionales de crédito (D.O. 6sep1982) de 6 de septiembre de 1982.
- c) Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito -- (D.O. 31dic1982, en vigor al día siguiente) de 30 de diciembre de 1982.
- d) Acuerdo que señala reglas para fijar la indemnización por la Nacionalización de la Banca Privada, las características de la emisión de los Bonos del Gobierno Federal para el pago de la misma y el procedimiento para efectuarlo (D.O. 4jul1983) de 30 de junio de 1983, expedido por la SHCP.
- e) Decretos que disponen la transformación y fusión de diversos bancos bajo tipo de S.A. hacia (o con) Sociedades Nacionales de Crédito (D.O. 29ago1983).

-Lo expropiado.-

Ahora bien, cada uno de esos ordenamientos establecen distintas consideraciones sobre lo expropiado. Así, el Decreto del 1° de septiembre señala, tanto en sus "considerandos" como en su articulado, que se expropián los bienes de las instituciones de crédito privadas (art. 1°); sin embargo, el texto de su artículo 2° resulta oscuro (y propiciatorio de confusión) al disponer que se pagará la indemnización correspondiente, 'previa la entrega de acciones y cupones por parte de los socios...'. ¿De qué acciones se trata? ¿Por qué (suponiéndose benévola que se trata de las cuales es titular la sociedad expropiada) están en manos de los socios y no del Tesorero de la sociedad bancaria? Implícitamente habla de las acciones en las que se divide el capital social de la institución "expropiada" (obviamente, en este supuesto, la expropiación no recae sobre la sociedad, sino sobre cada socio) (31).

El Decreto de 6 de septiembre en el primer párrafo de su Considerando indica que por Decreto del día primero de su fecha se expropiaron "las acciones representativas de su (de las instituciones de crédito privadas) capital social y todos los bienes de su propiedad. . ." (no habría problema si ello se hubiera establecido expresamente en el cuerpo de su articulado y no en un mero considerando).

El art. segundo transitorio de la LRSPBC está redactado con un convencimiento infundado por parte del Congreso de la Unión que no deja lugar a dudas: si se expropiaron las multicitadas acciones (en realidad no sé ni cómo ni cuándo), ya que el referido artículo le da al Gobierno Federal el carácter de titular (y por tanto de único accionista de las sociedades bancarias) "de las acciones representativas del capital social de las instituciones de crédito motivo de los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal publicados en el Diario Oficial de la Federación el 1º (no meciona el 2) y 6 de septiembre de 1982. . ."

El acuerdo señalado con el inciso d) y el Decreto a su vez identificado con el inciso e) coinciden en que se expropiaron las acciones.

La Ley de Nacionalización (nº 82-155 de 11 de febrero de 1982) francesa, al referirse a la de la Banca, en su artículo 13 establece la forma en que se nacionaliza esa actividad: "La nationalisation des banques mentionnés... est assurée par le transfert à l'Etat en toute propriété des actions représentant leur capital...". "... les détenteurs d'actions transférées à l'Etat reçoivent... en échange de leurs actions, des obligations émises par la - caisse nationale des banques créée par l'article 26 de la - présente loi..." (arts. 15 y 16). De ahí se advierte, comparativamente, la premura —el hecho no es criticable— con la que el Ejecutivo trató la nacionalización bancaria. Es censurable (desde el punto de vista técnico) que sin previo y acuciosos estudio jurídico se haya llevado a cabo tal extremo; sin embargo, y por otro lado, la realidad nos muestra que la expropiación fue total (tanto de acciones como de patrimonio).

-Las sociedades expropiadas.-

Ir'entará definir la situación de las sociedades expropiadas (en su pa

trrimonio y en su capital), situación que es confusa. El Decreto del 1° de septiembre ilustra la precipitación del legislador en su estructuración.

Del contenido del artículo 3° se infiere que las entidades expropiadas mantienen el tipo de sociedad anónima, toda vez que la SHCP, el Banco de México, la SAHOP y la SC debieron tomar 'posesión inmediata de las instituciones crediticias expropiadas y de los bienes que las integran, SUSTITUYENDO a los actuales órganos...' (32). En efecto, de ese pasaje se desprende -- que dichas Secretarías se limitaron a reemplazar a los miembros DE los órganos sociales, quedando intacta la estructura de la sociedad. Por su parte, el art. 6° habla de que se trata de 'ESTRUCTURAS ADMINISTRATIVAS que se transformarán en entidades de la Administración Pública Federal y que tendrán la titularidad de las concesiones, sin ninguna variación' (33). El art. 7° ordena que se notifique el Decreto 'a los representantes de las instituciones de crédito citadas en el mismo...'. De la lectura del art. 3° se deduce que esos "representantes" ¡son los organismos oficiales ya enumerados! ("... tomarán posesión inmediata...").

El Decreto de 6 de septiembre en su art. 1° norma que operen como - instituciones nacionales de crédito (tácitamente bajo tipo de S.A.); el art. 2° empieza a desviarse de la técnica jurídica al prever un eventual cambio hacia "organismos públicos descentralizados". Sostengo que un organismo descentralizado que preste el servicio público de banca y crédito, por ese hecho ES institución nacional de crédito, y toda vez que el organismo descentralizado puede adoptar la estructura que sea (social o no), lleva como consecuencia que no excluye el tipo de S.A. En otras palabras, puede establecerse la identidad:

"Organismo descentralizado", S.A., institución  
nacional de crédito.

No necesariamente la institución nacional de crédito debe identificarse con las "empresas de participación estatal" (sociedades nacionales en mi concepto) (34); de la misma manera en su oportunidad señale (cap. III 6 A - d) que el organismo descentralizado no es en sí ni por sí una forma orgánica o una estructura típica (o atípica) —lo mismo digo de las instituciones nacionales de crédito—. El caso del Banco de México, sí fue una decisión correcta quitarle el carácter de sociedad nacional (de economía mixta) para con

vertirle (que no transformarle) en organismo público descentralizado (aquí - distingo el organismo descentralizado de la sociedad pública en función de - que aquél siempre estará en manos del Estado, en tanto que una sociedad pú - blica, eventualmente -al pasar una sola acción a manos de particulares- - puede llegar a ser sociedad de economía mixta, con las consecuencias que - ello implica), dado su alto carácter de rector del sistema bancario mexicano, carácter que no es compartido con el resto de las instituciones.

El art. 3º (Decreto del 6 de septiembre) da por hecho que se trata de - - instituciones nacionales de crédito al decir que "los trabajadores de las ins - tituciones nacionales de crédito que se enumeran en el art. 1º de este orde - namiento..."; esto es, lo que enumera (según esa redacción) SON institucio - nes nacionales de crédito y No instituciones de crédito privadas a convertirse (u operar) en instituciones de esa índole nacional, como lo afirma la inti - tulación del propio Decreto.

La LRSPBC de 30 de diciembre de 1982 más mesuradamente las señala como sociedades (desde luego anónimas, aunque no lo diga expresamente) - ("... a efecto de que esas sociedades..." -art. 2º transitorio, pfo. 1-) que operaban, en virtud de los Decretos de 1º y 6 de septiembre, como institucio - nes nacionales de crédito (fd.). Ahora, care legens: este art. 2º transitorio fija las bases para que esas sociedades anónimas (operando como INC) se - - TRANSFORMEN (con todo el sentido técnico-jurídico que la palabra tiene) en SOCIEDADES NACIONALES DE CREDITO. En ningún momento les quita el ca - rácter de instituciones nacionales de crédito, sino que, lo que cambiará es el tipo social, no el institucional. Véase el siguiente ejemplo: el art. 5º del - Decreto de 1º de septiembre excluye de la expropiación a las entonces institu - ciones nacionales de crédito (stricto sensu -banca oficial-) y a la banca - - mixta (35) (supongamos, a la "Nacional Financiera", S.A.); luego entonces quedan

2 clases de instituciones estructuradas bajo 2 diferentes tipos sociales:

- "Nacional Financiera", S.A., institución nacional de - crédito\*, y
- "Bancomer", S.N.C., institución nacional de crédito\*.

---

\* Ambos entes públicos (nacionales) que prestan servicio de Banca.

En este orden de ideas, justo es reconocer la afortunada redacción de la Ley General de Instituciones de Crédito de 28 de junio de 1932 en el sentido de reconocer expresamente 2 clases de instituciones crediticias:

- las instituciones de crédito ·stricto sensu·, y
- las instituciones nacionales de crédito (art. 1º fracs. I y II).

De esta manera, se puede elaborar un cuadro óptimo:

### INSTITUCIONES CREDITICIAS

#### OFICIALES

- Instituciones Nacionales de Crédito.
  - + Institución nacional de crédito
    - S.A.:
      - + Ya organismo descentralizado
      - + Ya sociedad pública
    - Banca Mixta (S.A.)\*
  - + Sociedad nacional de crédito
    - S.N.C.

#### PRIVADAS

- Instituciones de Crédito.
  - + Sólo S.A. (queda sólo el caso del Banco Obrero).

Este cuadro, en razón de la nueva Ley Bancaria de 27 de diciembre de 1984 (D.O. 14 ene 1985) quedará reducido —respecto de la Banca oficial— de la siguiente manera:

- Instituciones Nacionales de Crédito.
  - + Institución nacional de crédito
    - Organismo descentralizado (Banco de México)
  - + Sociedad nacional de crédito.

---

\* La banca mixta, a pesar de no ser nacionalizada, cambia su tipo de S.A. -

En resumen, el devenir de las instituciones de crédito privadas ha sido el siguiente (36):

- a) Instituciones de crédito privadas (bajo tipo de S.A.) hasta el 31 de agosto de 1982.
- b) Estructuras administrativas crediticias\*\* (bajo tipo de S.A., - aún concesionada: todavía no se les declaraba "formalmente" como instituciones nacionales de crédito) del 1° de septiembre al 5 del mismo mes de 1982.
- c) Instituciones nacionales de crédito (bajo tipo de S.A.) del 6 de septiembre de 1982 al 30 de agosto de 1983.
- d) Instituciones nacionales de crédito (bajo tipo de S.N.C.) a partir del 31 de agosto de 1983, fecha en que surtió efecto la transformación (37).

En el caso de la antigua Banca Oficial (Nafinsa, Banobras, etc.), misma que la propia Ley Bancaria vigente (dic 1984) aún llama instituciones nacionales de crédito —stricto sensu— (v. art. noveno transitorio), en un plazo no mayor de 180 días naturales contados a partir del 15 de enero de 1985, serán transformadas por decretos del Ejecutivo, de sociedades anónimas en sociedades nacionales de crédito, bajo actividad de banca de desarrollo (Id.).

### 3. ORIGEN Y CREACION.

La Sociedad Nacional de Crédito encuentra su justificación en el pa--

---

al de S.N.C. (art. 2° transitorio, pfo. segundo LRSPBC —dic 1982—).

\*\* Dentro del cuadro expuesto —retro—, y entre las instituciones privadas y las oficiales, transitoriamente encajaron las estructuras administrativas crediticias.

triotra acto de nacionalización bancaria. No se puede hablar de antecedentes directos de ella porque, en nuestro país se trata de una nueva figura societaria; lo más que me aventuraría a afirmar, es que se trata de una "cariocinesis" de las instituciones nacionales de crédito (*stricto sensu*) y pertenecientes a esa misma clase en sentido lato. La Sociedad Nacional de Crédito se desmembró de las instituciones privadas de crédito para "renovarse" en el ámbito de las oficiales, salvo el particular caso de las antes sociedades bancarias de economía mixta bajo tipo de anónima, que sólo cambiaron de escalón dentro del propio grupo de banca oficial (v. cuadro —tal es el caso de Banca Somex, S.A (antes banca mixta), ahora Banca Somex, S.N.C.—), y lo mismo ocurre con las ahora instituciones de banca de desarrollo, mismas que operarán bajo tipo de sociedades nacionales de crédito abandonando su previa estructura de sociedades anónimas (sin embargo, aun bajo ese modelo pertenecerían —y siguen perteneciendo— al grupo de las sociedades nacionales con sus derogaciones al régimen de la sociedad anónima).

La LRSPBC (dic '82) CREO el nuevo tipo de Sociedad (38), en tanto que las sociedades nacionales de crédito que a futuro se consideren oportunas, habrán de constituirse mediante decreto del Ejecutivo Federal — (v. art. 9º LRSPBC vigente y art. 7º *ibíd.*, dic '82), según se desprende de la Ley Bancaria. Cabe hacer notar la falta de técnica legislativa de que adolecen ambas disposiciones y que se manifiesta en dos órdenes:

1. Textualmente dice el art. 9º —sucesor fiel del art. 7º derogado— -- "Serán creadas por decreto del Ejecutivo Federal...". He mencionado que la SNC como nuevo tipo ya fue creada por la LRSPB, lo que habrá de hacer el decreto, en su caso, será proceder a la fundación (constitución) de una sociedad ya específica.

2. Difícil resulta la interpretación del segundo párrafo del art. 9º de la Ley vigente: "Las instituciones de banca de desarrollo contarán con leyes orgánicas, debiendo sujetarse los decretos correspondientes del Ejecutivo Federal a lo que el Congreso de la Unión disponga en dichos ordenamientos". Surge la primera cuestión: ¿cuáles son esos "decretos correspondientes"? Bien puede responderse que son los previstos en el primer párrafo; pero... el artículo noveno transitorio del mismo cuerpo le-

gal introduce variaciones: "El Ejecutivo Federal... expedirá los decretos mediante los cuales se transforman las instituciones nacionales de crédito..."; y por su parte, el párrafo tercero dispone: "Al producirse la transformación (nótese que este artículo habla de TRANSFORMACION y nunca de creación, por lo que, aquellos "decretos correspondientes", que según el art. 9º son - los que "crean" a las SNC, en este caso NO existen, ya que debe atenderse a los decretos de transformación; luego entonces, y como éstos (los que transforman) son previos a los que "crean" y que además REFORMAN las leyes orgánicas, suscitan un conflicto temporal de normas, problema que se debe resolver en función de la jerarquía de las normas: un decreto NO puede transformar una ley) quedan reformadas las leyes orgánicas respectivas...". V. comentario entre paréntesis. En este orden de ideas, el tipo de las instituciones nacionales de crédito (stricto sensu) y no las instituciones mismas - es lo que se transformará hacia el de sociedades nacionales de crédito, quedando temporalmente sin vigencia LOS PRECEPTOS (que no la Ley) aplicables en la especie al nuevo tipo; esto es, la Ley no queda reformada, sino - que se derogan momentáneamente los artículos relativos al tipo, estructura, organización y funcionamiento de la institución nacional de crédito, que sigue siendo INC pese a que el legislador pretenda innovar con lo de "institución de banca de desarrollo": el objeto no modifica la estructura. El párrafo cuarto del art, noveno transitorio en cita prevé la expedición, por parte del Congreso de la Unión, la expedición de las leyes orgánicas de cada una de - las instituciones (como sociedad) transformadas.

De esta manera, los "decretos correspondientes" a que se refiere el - segundo párrafo del art. 9º son aquellos mediante los cuales se hagan precisiones (ni creación, ni constitución, ya que éstas, en el caso de las anti- - guas instituciones nacionales de crédito -stricto sensu- tienen un régimen y por lo tanto un ORIGEN (su ley orgánica) LEGAL) en torno a las SNC bajo actividad de banca de desarrollo.

Las primeras sociedades nacionales de crédito (ahora de banca múltiple en oposición a la de desarrollo), a la fecha operando como tales, son producto de una transformación de las antiguas sociedades anónimas bancarias privadas (v. Decretos en ese sentido. D.O. 29agol983). Su naci- - - miento (o fundación) se debe a un acto administrativo (39) en el seno del Ejecutivo Federal, acto que se formaliza mediante la correspondiente expedición del Decreto que la constituye (no el que la transforma, ya que hablo de

las sucesivas sociedades), siempre dentro de los límites de la LRSPBC (v. -- cap. I 7); por tanto, la SNC no debe su nacimiento a ningún tipo de contrato o negocio jurídico de naturaleza privada, ni aun pública. Tiene origen y nacimiento de carácter institucional.

#### 4. NATURALEZA JURIDICA.

Ya en el epígrafe del capítulo III puede leerse que el tema de la participación del Estado en las sociedades mercantiles, el de la nacionalización de la sociedad anónima y el de la creación unilateral por el Estado de sociedades de estructura capitalista, es sugestivo tanto para los cultivadores del derecho administrativo como para los iusprivatistas. Esta dualidad de enfoques, necesariamente crea una separación doctrinal de análisis jurídico del fenómeno que me ocupa, ya que, evidentemente hay resabios en la SNC de estructuras "capitalistas" (no como sistema económico, sino en función de la clasificación de las sociedades en personales y de capitales), y por la otra, patente es la altísima injerencia que el Estado tiene en ella. En ese sentido, reitero lo dicho anteriormente (cap. III 5 D), es decir, la SNC puede (no es que deba) analizarse mediante una doble óptica:

- + de derecho privado (como sociedad, y más aún, mercantil y -- por acciones! --el vigente art. 8º de la LISR capta la intención, mas no la desarrolla; entiende por acción a los certificados de aportación patrimonial "CAP", desgraciadamente, "sólo para efectos"--), y
- + de derecho público (como "empresa pública" --lato sensu--).

#### A. CRITERIO SOCIETARIO.

En un principio, y dado el alto número de derogaciones que a la sociedad tradicional (particularmente a su predecesora, la anónima), podría afir-

marse que la SNC no es sociedad. Asegura BARRERA GRAF que, propiamente no hay en la SNC "ni mutualidad entre los socios, ni un fin común de -- ellos... y que ellos elijan, sino que la finalidad de estas sociedades la impone la ley en el art. 4º -LRSPBC-..." (40) (art. 3º Ley vigente).

Considero conveniente hacer una referencia metódica a los elementos estructurales (cap. I 3) de la sociedad por acciones (género de la SNC), - para así tratar de demostrar que ésta es en realidad una sociedad, en el sentido teórico-jurídico del término.

Ⓐ Personalidad jurídica. - La tiene por ministerio de ley en los términos del art. 9º LRSPBC -dic84-.

ⓑ Socios. - Los arts. 11 LRSPBC, y 8º Reglamentos orgánicos, así como la regla sexta de las Reglas generales para la suscripción, etc. de los -- CAP "B" de las SNC prevén que podrán ser socios (mediante la suscripción de estos últimos, además del Gobierno Federal (único titular de los CAP "A", las entidades de la administración pública federal paraestatal; los gobiernos de las entidades federativas y municipales; los usuarios del servicio público de banca y crédito, así como los trabajadores de las propias SNC.

El Gobierno Federal está autorizado para ser el único socio de estas - sociedades nacionales (art. 15 Ley), generándose en este supuesto el caso de la sociedad unimembre (que no heterapénica, toda vez que no hay un míni-- mo de socios exigidos por la ley) (v. también regla séptima de las Reglas generales de los CAP "B" -D.O.29ago1983-). En cuanto a esto último, me remito al punto 10 del capítulo I del presente ensayo, en el sentido de que sí - admito que la sociedad unimembre (sobre todo la anónima) es sociedad, por lo que, aun en el caso de que la SNC tenga como único suscriptor de todas - sus acciones al Gobierno Federal (v. infra i), "los certificados de aportación patrimonial" in fine sigue siendo (y es) una sociedad.

Debo abrir en este punto un paréntesis de carácter hipotético para in tentar tener una idea de por qué se recurrió al tipo de la sociedad nacional - de crédito, con un capital susceptible de ser suscrito por personas ajenas al Gobierno Federal, y no haber recurrido, como en un principio se previno - (art. 2º del Decreto de 6 de septiembre de 1982), a la institución del organis-

mo descentralizado (bajo tipo de sociedad anónima especial —modificada—), ente que excluye cualquier participación privada, tanto pecuniaria como administrativa, a pesar de adoptar (ser susceptible de) un tipo societario; o bien, por qué no se optó por una sociedad pública per vita.

Es correcto presumir que, cuando el Presidente de la República optó por nacionalizar el servicio público de la Banca, lo hizo impulsado por la necesidad económica de orden nacional de impedir el abuso en que como modus vivendi habían incurrido los banqueros privados, y para ese efecto, retirarlos de la gestión bancaria (41) mediante la expropiación de sus medios. Asimismo, las reformas constitucionales confirman esa presunción:

Art. 25, pfo. 4º constitucional. - "El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo CUARTO de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan".

El art. 28, pfo. 5º, a su vez previene que el servicio público de banca y crédito "será prestado EXCLUSIVAMENTE por el Estado (nótese la diferencia existente entre prestación —art. 28— y propiedad —art. 25—) a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria...". Observa BARRERA GRAF que esa exclusividad "se viola al permitir (la Ley reglamentaria) que los particulares concurren con el Estado... en la prestación de los servicios bancarios y crediticios..." (42); sin embargo, más adelante añade: "En contra de tal opinión puede aducirse que tanto las nuevas sociedades nacionales, como las instituciones nacionales de crédito que ya existían... forman parte de la administración pública federal, en los términos del artículo 1º, párrafo tercero de la LOAPF, y que, en consecuencia es el Estado, a través de esas instituciones, el que en forma exclusiva prestará el servicio" (43). En efecto, es el Estado quien interviene activa y directamente (v. cap. III 1 C, intervención directa en la prestación del servicio público de banca y crédito) (44); esto es, serán entes públicos federales y no los particulares (privados) quienes lo lleven a cabo.

En ningún caso podrán suscribir CAPs, personas físicas o morales extranjeras, ni sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión absoluta de

extranjeros (la antigua fracción II bis del art. 8º LICOA limitaba esta prohibición a: gobiernos o dependencias oficiales extranjeras, entidades financieras del exterior, o agrupaciones de personas extranjeras, físicas o morales), bajo pena de la pérdida del certificado (s) de aportación patrimonial de que se trate en favor de la Nación (art. 15, páfos. 4º y 5º). Curiosa situación se presenta en el art. 12 del Reglamento orgánico, al exigir que las sociedades deberán llevar un registro de los CAP que contendrá, entre otros datos, la nacionalidad del titular (el art. 15 I de la LRSPBC dic'82 señalaba lo mismo; -- el vigente art. 14 dispone que en el registro de los CAP "B", se contendrán "los datos relativos a los tenedores de los certificados y a las transmisiones que se realicen".).

En la SNC son casi nulos los DERECHOS CORPORATIVOS del socio titular de CAP "B". Tienen derecho de participar en las utilidades de la sociedad emisora (y en su caso de la cuota de liquidación) (art. 13 LRSPBC). La repartición de utilidades sólo podrá hacerse después de aprobado el balance general (el derogado art. 21 le llamaba "estados financieros", redacción correctísima desde el punto de vista contable; no me explico la causa de tal retroceso terminológico), "sin exceder el monto de las que realmente se hubieren obtenido" (art. 18 Ley vigente). La aprobación es facultad del Consejo Directivo (art. 20 fraccs. VI y VII —la frac. VIII vuelve a denominarlo "estados financieros"—).

Los restantes derechos se limitan a:

- + Designar (eufemismo premeditado) a los miembros del consejo directivo representativos de la serie "B", "de conformidad con lo previsto en el artículo 21, tercer párrafo de esta Ley" (v. inciso h), integración —designación— del Consejo Directivo).
- + Integrar y asistir con voz y voto —uno por cada CAP— a la Comisión Consultiva (arts. 13 II y 27 —antes 14 I, 24 y 25 — Ley, y art. 29, pfo. 7º del Reglamento orgánico de Banco Mexicano Somex —D.O. 29ago1983—).
- + Participar en la designación de uno de los comisarios que tendrán a su cargo la vigilancia de la sociedad (art. 26 Ley —antes 32—).

- + Acceder a la adquisición de nuevos CAP "B" que se emitan por aumento de capital, con las limitaciones de caducidad de ese derecho, según el plazo que señale el consejo directivo previo acuerdo de la SHCP, y que nunca será inferior a 30 días (art. 13 III Ley).

En relación con los demás derechos tradicionales de los socios, tanto la Ley como los Reglamentos de las SNC guardan silencio (p. ej., derecho de aplazamiento de un acuerdo; derecho de retiro —a este último hace referencia específica el segundo párrafo del art. noveno transitorio de la Ley: "Los accionistas, dentro de las limitaciones establecidas por esta Ley, podrán solicitar el canje de acciones por certificados de aportación patrimonial o separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus títulos según el último estado financiero aprobado (no obstante, este derecho es en relación de la S.A. y no de la nueva S.N.C., es decir, se separa de la transformada sociedad)—; derecho de impugnación, etc., al menos dentro de la Comisión Consultiva respectiva, ya que en el Consejo Directivo no pintan, para nada, los representantes de la serie "B"). El último párrafo del art. 29 del Reglamento orgánico (cualquiera, es igual) deja abierto un mundo de posibles conjeturas ya que no señala ninguna instancia o recurso al opositor de resoluciones ilegalmente adoptadas por la Comisión Consultiva: "Las resoluciones legalmente adoptadas por la Comisión Consultiva, se entenderán aceptadas por los asistentes o disidentes". Nada más (cfr. art. 200 LGSM y el inciso h), la comisión consultiva).

©) Las aportaciones. - Ninguna regla específica existe para determinar los lineamientos a que se han de sujetar las aportaciones. Hago esta observación por los problemas que podrían suscitar eventuales aportaciones de bienes distintos al numerario, así como si es posible que existan aportaciones no sólo a título de dominio, sino también de uso o de usufructo, o hasta de créditos.

A mi juicio, deben observarse mediante una remisión expresa —el art. 5° de la Ley introduce la supletoriedad de diversos ordenamientos, pero sólo lo hace para las operaciones y servicios de las instituciones, NO de su estructura y de SU operación— las disposiciones contenidas en los arts. 11 (presunción de que las aportaciones de bienes son a título de dominio; el riesgo de la cosa permanece para el aportante hasta que sea recibida por la

sociedad), 12 (el aportante de créditos responde de su existencia y legitimidad a pesar de cualquier pacto en contrario —el art. 391 CCo admite un posible pacto en contrario, y además establece que el cedente sólo responde de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión—. Cfr. arts. 2042 y 2046 CC), 89 IV (cuando la aportación sea de bienes, ésta deberá cubrir íntegramente el valor de cada acción —CAP—), y 141 LGSM (restricción legal de la negociabilidad de la acción pagada mediante aportaciones en especie: quedarán depositadas durante dos años).

La aportación, pese a todo, sí está presente en la SNC y es un elemento esencial aun en el supuesto de que sea el Estado quien constituya 100% el capital de la sociedad.

d. El patrimonio. — Al igual que su personalidad, la Ley le reconoce patrimonio propio, y al ser ente de derecho público, todos sus bienes tienen ese carácter (v. cap. III 4 B b). Como en todas las sociedades, el patrimonio de la SNC es totalmente independiente al de sus socios, incluyendo al Estado, tanto en su carácter de socio, como de vértice de todos los entes públicos, bien estatales, bien paraestatales.

e. La responsabilidad. — La LRSPBC es silente acerca de la responsabilidad que adquieren los socios de las SNC al suscribir los CAP, ya de la serie "A", ya de la "B". Son los Reglamentos orgánicos y Decretos de transformación de cada SNC los que se ocupan —aunque vagamente— del particular. Con fundamento en el art. 7º LRSPBC derogada —v. arts. quinto y sexto transitorios Ley vigente—, la SHCP expidió aquéllos, en tanto que con fundamento en el art. 2º transitorio Ley derogada, expidió los segundos.

En los arts. 10 y 30 del Reglamento orgánico, se alude a que solamente los suscriptores de los CAPs "B" estarán obligados a responder hasta el monto de su aportación; del Gobierno Federal, único suscriptor de la serie "A", no se ocupa, por lo que se hace vigente el régimen de responsabilidad de la sociedad en comandita por acciones (art. 207 LGSM), con la variante de que el Gobierno Federal no responde "solidariamente" de las obligaciones sociales al no tener otros socios "comanditados", sino que lo hará subsidiaria e ilimitadamente de tales gravámenes.

Qué decir de los arts. 13 a 16 LGSM: ¿responsabilidad retroactiva del

nuevo socio?; ¿subsistencia de responsabilidad del ex-socio?; ¿retención -- del capital y utilidades del socio excluido o separado?; ¿existencia de socios industriales?

f Publicidad. - No es requisito la inscripción en el Registro de Comercio para que tenga eficacia la personalidad jurídica de las SNC toda vez que se la otorga la Ley; sin embargo, el art. 9º pfo. 4º previene que tanto el Decreto constitutivo, así como el reglamento orgánico y sus modificaciones deberán publicarse en el Diario Oficial e inscribirse "a solicitud de la propia sociedad, en el Registro Público de Comercio" (v. también art. 10 Reglamento orgánico: las modificaciones a sus "estatutos" serán inscritas sin que me die orden judicial).

g Mercantilidad. - Expone BARRERA GRAF que, en nuestro Derecho, dos son los criterios para establecer la mercantilidad de una sociedad:

- a) en función del tipo que adopte (art. 4º LGSM, rel. art. 3º II - CCo), y
- b) en función de su finalidad (45) (v. también cap. IV 7, incisos a), b) y c)).

"Del juego de uno o de ambos criterios de mercantilidad de las sociedades --apunta BARRERA--, se desprende, -- primero, que son mercantiles las sociedades que adopten uno de los seis tipos enumerados en el art. 1º LGSM, independientemente de que su finalidad sea económica y es peculativa; segundo, que también serán mercantiles -- aquellas sociedades cuya finalidad constituya una especu lación comercial, independientemente del tipo elegido... por ejemplo... una sociedad nacional de crédito" (46).

Como consecuencia de su mercantilidad, la sociedad nacional de crédito está sujeta a normas comerciales (cfr. cap. IV 7 A) que no vayan en -- contra de lo que su ley especial disponga (sus operaciones se rigen supleto riamente no sólo por leyes mercantiles, sino también por los usos y prácti-- cas bancarios y mercantiles, así como por el CC).

L: SNC es mercantil toda vez que su actividad es de ese carácter (art.

75 XIV CCo) ya que sustituyó a la antigua sociedad anónima bancaria no sólo en su persona y patrimonio, sino también en su objeto (y en todo lo demás, es decir, solamente "se cambió de traje", expresión que significa a la transformación) (47); de la misma manera, la Ley (art. 5º) bancaria lo reconoce implícitamente.

— OBJETO. — En este orden de ideas encontramos que el objeto de la sociedad nacional de crédito es único e invariable: la prestación del servicio público de banca y crédito bajo DOS MODALIDADES:

- + banca múltiple (art. 2º Ley, art. 2º Decretos de transformación y art. 5º Decretos de transformación y fusión), y
- + banca de desarrollo (art. 2º II Ley).

Su objeto específico deberá ser modificado, las primeras en su Reglamento orgánico, y las segundas en su respectiva Ley orgánica. En cuanto a las instituciones de banca múltiple, sus actuales reglamentos señalan que estas sociedades tendrán por objeto:

- + Realizar todas las operaciones de banca múltiple "a que se refiere la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en todas sus modalidades..." (art. 3º). En este punto cabe advertir que la vigente Ley en su art. 30 hace una transcripción de TODAS las operaciones de banca múltiple que preveía la LICOA, así como también introduce otras (fraccs. VII, X, y XVI a XXII) ya preexistentes por los usos (expedición de tarjetas de crédito, por ejemplo).
- + Llevar a cabo cualquier acto de dominio sobre toda clase de bienes o derechos que sean necesarios o convenientes para la realización de su objeto y el cumplimiento de sus fines (cfr. art. 30 XXIII Ley y art. 3º II Reglamento).
- + Realizar todos los actos jurídicos necesarios para el desempeño de sus actividades y el cumplimiento de sus objetivos.

Las sociedades de banca de desarrollo también operarán como banca múltiple (operaciones descritas en el art. 30 Ley), y además llevarán a cabo aquellas funciones necesarias "para la adecuada atención del correspondiente sector de la economía nacional y el cumplimiento de las funciones y obje-

tivos que les sean propios, conforme a las modalidades y excepciones que respecto a las previstas en esta u otras leyes, determinen sus leyes orgánicas" (art. 31 pfo. 1).

① Organicidad. - Es en este inciso en donde se reúnen la mayoría de las derogaciones que en la SNC hace a la sociedad tradicional por acciones. En el cap. 131, escribo que la anónima funciona bajo una triple organización interna. Dentro de la SNC, a simple vista se aprecian también tres órganos; sin embargo, existe una gran influencia del Ejecutivo Federal en la sociedad (no en los órganos), en ese sentido debe considerarse a la SHCP como un verdadero órgano de la SNC; desde luego que sus facultades y limitaciones están previstas en la Ley y en los Reglamentos orgánicos (de la misma manera lo estarán en las leyes orgánicas que se expidan en lo relacionado con la banca de desarrollo); esto es, su actuación dentro de la sociedad NO es (ni puede ser) ni discrecional ni arbitraria.

+ Órgano deliberatorio. - A pesar de que tanto la Ley (art. 19) como los reglamentos orgánicos (art. 16) disponen que la administración de la sociedad estará encomendada a un consejo directivo y a un director general, de un estudio y análisis de las funciones y facultades del primero, se desprende diáfamanamente su carácter de crisol de la voluntad de la sociedad: es en el consejo directivo en donde se forma la voluntad de la sociedad (cap. 18 b), paradójicamente, en lo que en otro sentido no intervenga el otro órgano SHCP.

En cuanto a la SHCP como órgano (no como autoridad) de la SNC, sus funciones son:

- + tratar el aumento o reducción del capital social;
- + designar al director general;
- + declarar la fusión de dos o más SNC;
- + disolver las SNC;
- + autorizar las modificaciones al Reglamento orgánico;
- + remover consejeros "A", conocer de sus renunciaciones, así como establecer sus remuneraciones;
- + fijar las remuneraciones de los comisarios "B", y
- + señalar cantidades para reservas.

La competencia y facultades del Consejo Directivo de cada SNC son -- prácticamente las mismas que tiene cualquier otro órgano decisorio de otro tipo de sociedad (v. art. 20 Ley y arts. 20 y 21 Reglamento).

Su integración será por número impar no menor de nueve ni mayor de 15 (la derogada Ley proponía 21 --art. 24--, por lo que el Reglamento orgánico de Somex, toma ese límite superior --art. 17--), por cada uno de ellos -- habrá un suplente. El cargo es personal --no podrá ejercerse a través de representante, y durarán en él cinco años, salvo los servidores públicos superiores, que lo serán hasta que sean removidos por la SHCP. La designación de los consejeros de la serie "A" será hecha por la SHCP, debiendo constituir en todo tiempo las 2/3 partes del consejo, en tanto que la designación de los consejeros de la serie "B" se sujetará a las siguientes bases:

- + La SHCP formulará una terna en función de los diversos grupos y regiones de tenedores de CAP "B".
  - Las comisiones consultivas podrán sugerir dicha terna.
  - La terna propuesta por la SHCP es inapelable.
- + La comisión consultiva respectiva, elegirá uno de esa terna -- (Bases para la designación de los miembros de los consejos directivos por los certificados serie "B" de las SNC, -- D.O. 29ago1983).

El art. 22 de la Ley señala las prohibiciones e incompatibilidades para ser consejero:

- + El director general.
- + Los funcionarios de la sociedad hasta de tercer nivel.
- + Los parientes hasta en 4º grado del director general.
- + Los cónyuges del director general.
- + Las personas que tengan litigio pendiente con la sociedad.
- + Las personas inhabilitadas para ejercer el comercio.
- + Los servidores públicos que realicen funciones de inspección y vigilancia de la sociedad.

+ Órgano de dirección. -- El DIRECTOR GENERAL es a mi juicio un órgano de la SNC (cfr. el órgano vorstand --dirección-- que opera dentro del -- régimen legal de administración --verwaltung-- alemán y austriaco --v. cap.

19 C—) y no una parte del órgano de administración como ocurre en Francia (régimen obligatorio de Consejo de Administración y con designación obligatoria de personas que tienen a su cargo la dirección permanente de las operaciones sociales). En efecto, el ORGANODE DIRECCION —no necesariamente órgano de administración, que no opera colegiadamente y que tiene cierto margen de discrecionalidad, y por otra parte, tiene funciones ejecutivas de acuerdos tomados por la sociedad y hechos a él saber a través del consejo directivo— es totalmente independiente de los demás: el nombramiento de la persona sobre la cual recae el ejercicio de ese órgano, tiene un origen distinto del de el consejo directivo: lo designará el Ejecutivo Federal a través de la SHCP (art. 24 Ley y 22 Reglamento) (48). Cabe llamar la atención en este sentido: se convendrá que la SHCP, en determinado momento es un órgano de la sociedad —v. retro: funciones de la SHCP como órgano— y que por ello el Director General a ella está subordinado. Reitero lo dicho en el cap. 19 B en el sentido de que la ley es la que crea al órgano y que, en el supuesto (sin concederlo) de que exista una relación de supraordinación, ésta sería entre los miembros de, y no entre los propios órganos.

Por lo mismo, el texto del art. 24 de la Ley reconoce en el Director General (no la persona física, aunque ésta coincida con el órgano) es quien tendrá a su cargo la administración —el derogado art. 31 hablaba de "gobierno"— y la representación legal de la sociedad (acertado cambio en el empleo de los términos, ya que antes se hablaba de "representación del banco", ahora es "de la institución").

El consejo directivo está investido de facultades amplísimas: "El Consejo conservará en todo caso, la facultad de ejercer directamente las atribuciones que delegue" (art. 20 in fine del Reglamento), sin embargo, la nueva redacción del art. 20 pfo. 1º de la Ley resuelve que el consejo instruirá al director general para la ejecución y realización de los mismos; no obstante ello, el párrafo segundo conserva el error de considerar al consejo como órgano de administración: "El consejo directivo en representación de la sociedad, podrá acordar la realización en (sic) todas las operaciones inherentes a su objeto y delegar discrecionalmente sus facultades en el director general, así como constituir apoderados...". Ahora bien, el Director General tiene ex lege determinadas sus facultades, mismas que no difieren en nada de las "delegables" del consejo directivo y que aún tiene más que éste en el ámbito

de actividad puramente administrativa y ejecutiva (v. art 22 Reglamento). En este sentido, deben cancelarse las normas (p. ej. art. 21 Reg.) que muy forzosamente, quieren darle carácter ejecutivo al consejo directivo, permaneciendo las "indelegables", que son facultades propias del órgano deliberatorio (art. 21 Reglamento).

Los requisitos que debe satisfacer la persona sobre la cual recaiga el nombramiento de Director General, sin duda demuestran la intención de tener al frente de los bancos a un hombre precisamente de empresa y no a un político. Entiendo que al ser la SHCP quien lo designa, será también quien lo separe en cualquier momento, ya que la ley no dice nada al respecto (49).

No existen reglas expresas en cuanto a la RESPONSABILIDAD de los administradores, por lo que debe atenderse a las normas de derecho público contenidas en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (D.O. 31dic1982) (v. art. 110 constitucional), sin perjuicio de la aplicación - de otros ordenamientos específicos. Por otra parte, es conveniente la incorporación a cada Reglamento orgánico lo que en materia de responsabilidad -- contienen los arts. 156 a 163 LGSM.

+ Organo de vigilancia. - La vigilancia de la SNC está confiada a dos comisarios, cuyas funciones no difieren casi en nada de los comisarios de la S.A. (art. 166 LGSM). En lo que sí existe una divergencia es en lo que se refiere a su nombramiento: el comisario por la serie "A" es designado por la Secretaría de la Contraloría, en tanto que el de la "B" lo es por los consejeros de la misma serie. Esto último es negativo, toda vez que es precisamente a los consejeros a quienes se supone (tal y como está redactada la Ley y los reglamentos), entre otros, el comisario debe vigilar "y mal podrá hacerlo si es nombrado por una parte de ellos" (50), por lo que dicha designación debe ra corresponder hacerla al consejo consultivo.

En cuanto a su responsabilidad, el art. 25 pfo. 1° del Reglamento es - una fiel reproducción del art. 169 LGSM: serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que las leyes aplicables y el Reglamento les imponen. Su remuneración (de los comisarios serie "B") la establece la SHCP, y su duración en el cargo será por un ejercicio social -reelegible-, en tanto que el de la serie "A" lo será hasta - que su nombramiento se revoque por la Secretaría de la Contraloría (art. 26 Reglamento).

+ La Comisión Consultiva. - No es precisamente un órgano, sino una especie de asamblea de socios (tenedores de CAP "B") fuera del ámbito social; yo diría que es un apéndice del consejo directivo y no un órgano de la SNC; la única participación suya que puede tener cierta trascendencia es la de elegir de las ternas propuestas por la SHCP los consejeros de la serie "B"; por lo que, es muy oscuro el significado del último párrafo del art. 29 del Reglamento al disponer que "Las resoluciones legalmente adoptadas por la Comisión Consultiva —cuerpo puramente de consulta—, se entenderán aceptadas por los ausentes o disidentes" (no otorga ninguna clase de recurso al opositor, por ejemplo, del análisis del informe de actividades que le presente el Consejo Directivo; queda en total estado de indefensión aquel que no esté de acuerdo con la sugestión de medidas que permitan la consecución oportunitísima de los objetivos de la sociedad que al efecto haga la Comisión —cfr. art. 200 LGSM—).

① El capital. - La SNC es una sociedad intermedia en aquella diferenciación que existe entre sociedades personales y de capitales (v., sin embargo, siguiente inciso), pero por el carácter de las aportaciones, es una sociedad intuitu pecuniæ.

El capital mínimo de las SNC debe ser determinado por la SHCP (como autoridad), así como también sus reservas —arts. 16 Ley y 31 III Reg.—, —mismo que deberá estar "íntegramente pagado" (art. 16 Ley). Encuentro un defecto de técnica al confundir capital pagado con capital exhibido. En efecto, debería decir "El capital mínimo de las SNC deberá estar íntegramente exhibido", toda vez que capital pagado es el capital social cuya suma está totalmente cumplida (cfr. art. 89 III LGSM). De su capital social, al menos el 50% deberá estar exhibido, a menos que este 50% sea menor que el capital mínimo establecido por la SHCP, en cuyo caso se atenderá no al porcentaje del capital social, sino a cubrir, por lo menos, ese mínimo (art. 16 Ley).

La SNC es una sociedad de capital fijo, por lo que no admite una eventual variabilidad del mismo (51).

En cuanto a la reserva legal, se conserva lo dispuesto por el art. 8° - fr. VII LICOA; según el art. 31 II del Reglamento orgánico, por lo menos se separará el 10% de las utilidades para integrarla hasta alcanzar la suma del capital exhibido.

Los reglamentos orgánicos facultan a la SHCP para que establezca -- otras reservas (en este caso, similares a las reservas estatutarias, por lo -- que sería conveniente establecer dichas clases de reservas -- no su monto -- en cada Reglamento).

-Los certificados de aportación patrimonial (CAP).-

El capital de las SNC está dividido en certificados de aportación patrimonial, representados por títulos pertenecientes a dos diferentes series, la denominada "A" y la "B". Por disposición legal son títulos de crédito nominativos (art. 11 Ley) y por ello sujetos a la legislación que los regula (íd., y art. 2º LTOC) en cuanto sea compatible con su especial naturaleza y con la propia Ley (LRSPBC).

La serie "A" sólo puede ser suscrita por el Gobierno Federal; esta serie, invariablemente (esto es, ni más ni menos) supondrá el 66% del capital social de la SNC que se trate (art. 11 Ley). Todos los CAP "A" constarán en un solo título (arts. 11 Ley y 8º Reglamento --la redacción del anterior art. 13 de la Ley derogada decía "... se emitirán en uno o más títulos..."--) y NO llevarán adheridos cupones (la vigente Ley guarda silencio a este respecto, por lo que supongo que se sigue la tendencia de no tenerlos, toda vez -- que los CAP "A" son emitidos en un solo título). Generalmente son los cupones el medio por el cual los accionistas se allegan de las utilidades de la sociedad por acciones (art. 127 LGSM), por lo que juzgo viable el hecho de que esas utilidades sean reinvertidas en la propia sociedad sin que lleguen a manos del titular de la serie "A". Admito que soy ajeno a la ciencia de la Contaduría y de las posibles repercusiones que pueda tener contablemente esa reinversión, y si la misma beneficiará directamente o indirectamente a los titulares de la serie "B". El provecho que obtiene el Gobierno Federal de las operaciones de las SNC es principalmente, en este caso, a través de otras vías como la tributación, el encaje legal y de una sólida política económica a base de una saludable circulación del crédito por esas sociedades "retroalimentadas".

El CAP "A" es intransmisible (art. 11 Ley), es decir, pierde aquel -- principio universal propio de la acción: su sempiterna cesibilidad; en caso -- contrario debe declararse la inexistencia del negocio que falte a esa regla. Pese a ello, el CAP "A" sigue siendo un título de crédito, aunque nada más

desde un punto de vista formal, ya que en la práctica es inútil y anodino tal carácter.

Los certificados de aportación patrimonial deben ser expedidos en un plazo no mayor de un año (tercera regla: Reglas generales sobre la suscripción, tenencia... —cfr. arts. 97 y 124 LGSM), por lo que las SNC están facultadas para emitir certificados provisionales siempre nominativos y que de berán ser canjeados por los CAP definitivos (art. 9º Reglamento). En ello encontramos un índice más para declarar la expresa aplicación de la LGSM. -- Asimismo, deben ser aplicables los arts. 117 a 121 LGSM en lo que toca a los CAP "de tesorería" (arts. 16 Ley y 13 Reglamento).

La suscripción de los CAP "B" (34% del capital social) es limitada en cuanto a su cantidad y en cuanto a la calidad del suscriptor (art. 15 Ley).

No podrá adquirirse por una sola persona el control del 0.5% o más del capital pagado de una SNC —esa prohibición se refiere a cualquier operación de cualquier naturaleza, p. ej. mediante reporto—; tampoco podrán los gobiernos de los Estados, de los Municipios o de los entes públicos federales adquirir más del 5%. En ambos casos, la SHCP podrá autorizar discrecionalmente la adquisición de una mayor parte (art. 14 Reglamento y Reglas 4a. y 6a. Reglas...; v. también art. 15 Ley —no se puede adquirir más del 1%—). La violación de estas normas trae consigo que los infractores perderán en favor de la Nación el excedente.

En cuanto a la calidad del sujeto, el titular siempre deberá ser de nacionalidad mexicana.

El contenido de los títulos de los CAP no introduce ninguna innovación en materia de valores literales. El Reglamento (art. 7º) señala que en dichos títulos deberá inscribirse el texto de los artículos 10 segundo párrafo, 11, 12, 14, 15 último párrafo y 16 de la LRSPBC —dic1982—. La vigente Ley no dice nada al respecto, por lo que los nuevos reglamentos transcribirán las disposiciones que en su momento rigieron. V. art. 125 LGSM y la regla 1a. de las Reglas generales...

Los CAP de la serie "B" se declaran INDIVISIBLES (regla 2a.; cfr. art. 122 LGSM), y conferirán los mismos derechos (art. 10 Reglamento y 112 LGSM) —v. n° 4 A b— conservándose el derecho del tanto de los socios para la suscripción de los certificados que se emitan por aumento del capital (art.

13 III Ley, v. art. 132 LGSM).

Se conserva el principio de que será considerado como propietario de los certificados a quien aparezca inscrito en el registro de los certificados de aportación patrimonial (arts. 14, 2º pfo. Ley y 12 Reglamento, rel. arts. 129 LGSM y 24 LTOC).

La LRSPBC deroga el principio (aplicado a los CAP) de que las sociedades anónimas tienen prohibido el adquirir sus propias acciones (así como -- tampoco pueden hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones -- --arts. 134 y 139 LGSM--), toda vez que faculta a la SHCP para establecer los casos en que las S N C puedan adquirir transitoriamente sus propios CAP "B" (art. 17 pfo. 2º Ley). Más feliz es la redacción de la regla 7a. (Reglas...), ya que indica que ES EL GOBIERNO FEDERAL (y no la propia sociedad) quien podrá suscribir (también transitoriamente --unimembricidad momentánea--) la totalidad de los CAP "B", en cuyo caso deberá proceder a colocarlos entre el público autorizado.

-El CAP como título de crédito.-

Se dan en el CAP la legitimación y la incorporación, y con cierta reserva la literalidad, todas ellas características presentes en la acción de sociedad anónima (v. cap. I 8 A).

En cuanto a su clasificación dogmática, los CAP son títulos:

- + Nominados y causales;
- + por su ley de circulación, siempre nominativos;
- + de participación, atendiendo a los derechos que confiere a su tenedor;
- + por el sujeto emisor, son títulos privados, a pesar de que los emita una entidad de derecho público, ya que no es el Estado quien los garantiza;
- + se emiten en serie;
- + por su negociabilidad son de especulación y no de inversión (aunque en esto último guardan -los "B"- un enorme parecido con las obligaciones, títulos de inversión por antonomasia), y

- + por su sustantividad, son títulos principales, que llevan ad--heridos títulos accesorios (los "B") denominados cupones.

④ División. - La SNC es un nuevo tipo y de ninguna manera una sociedad especial o forma anómala, y como tal, es susceptible de ordenarse conforme a los ocho principales criterios que para el efecto expuse en su oportunidad (cap. I 5 B):

- + La SNC es mercantil en oposición a la civil toda vez que explotan una empresa destinada a realizar actos de comercio.
- + Es lucrativa.
- + De capitales (intuitu pecuniæ) y personal (serie "A").
  - Aportación necesariamente de capitales (de ahí el nombre de los CAP).
  - La transmisibilidad del status de socio es mixta:
    - + La de serie "A" es personal y está prohibida la transmisión.
    - + La de serie "B" es de capitales, y las limitaciones son únicamente legales.
  - Por su administración, las SNC son sociedades de capitales en donde no se exige la calidad de socio para ser administrador.
  - Son de capitales en cuanto a sus causas de disolución - - (in extremis, la falta del Gobierno Federal, no sólo trae rá su disolución, sino peores consecuencias).
- + Por la responsabilidad de sus socios, pertenece a aquellas en que algunos socios responden limitada y otro, ilimitadamente.
- + Tiene personalidad jurídica unitaria.
- + Por su administración, la SNC introduce un quinto grupo: - el del administrador designado por un órgano fuera de - - asamblea (SHCP), y que puede recaer en un socio o en un tercero (52).
- + En función de los órganos sociales, la SNC abre un nuevo - - grupo, ya que el tradicionalmente deliberatorio lo divide - en dos: el Consejo Directivo y la SHCP; el de administración lo modifica hacia el de dirección y conserva el de vi-

gilancia. Cabe poner de relieve que si bien genera nuevos órganos, éstos deben existir obligatoriamente.  
+ Por su constitución, necesariamente es regular.

## B. CRITERIO ADMINISTRATIVISTA.

Desde este punto de vista, la SNC pertenece al amplísimo grupo de -- las empresas públicas (persona jurídica pública dirigida a satisfacer un interés público --v. cap. III 4--), y como tal reúne todas las características globales que enuncié (cap. III 4 B), debiendo resaltar su autonomía operativa o de gestión (art. 10 pfo. 2º Ley).

Dentro del esquema de la administración pública paraestatal, la SNC ocupa el lugar de las sociedades nacionales, y dentro de éstas, bien puede ser de Estado (pública) o bien de economía mixta, inclinándose la balanza hacia esta última (v. nº 4 A i) "Los certificados de aportación patrimonial" -- adquisición transitoria de CAP). Y ya, dentro del grupo de sociedades nacionales, debe admitirse que la SNC es una sociedad (bajo el compromiso técnico que el empleo del vocablo implique) CONSTITUIDA MEDIANTE UN ACTO ADMINISTRATIVO (su tipo fue creado, como debe ser, mediante una ley específica); esto es,

### es de origen institucional

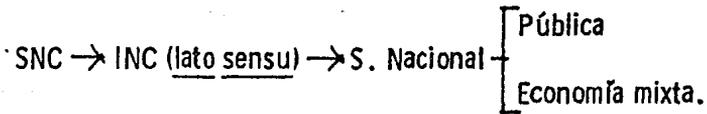
en donde solamente se puede hablar de "derogaciones a la sociedad tradicional" a manera de parámetro, -- ya que en sí, no modifica, sino que crea instituciones y órganos. En este punto debo aludir al epígrafe del presente capítulo: "... son tus huellas el camino y nada más...". En efecto, la SNC es por y para sí una SOCIEDAD; el hecho que haya tomado de otros tipos algunas figuras, no quiere decir -- que las traiciona, sino que recoge --para su objeto genérico y por su naturaleza-- lo útil y desecha o modifica aquello que entorpecería sus altas funciones públicas. La SNC no es una burda copia; es un original de un tipo social, que para la prestación exclusiva del servicio público de banca y crédito creó el legislador con fundamento en el párrafo 5º del artículo 28 de nuestra Constitución. ACOSTA ROMERO confirma lo anterior: "Al no hablar el artí-

culo 28 de organismos ni de sociedades, ni de cuál es la estructura jurídica de esas empresas, se entiende que deja al legislador secundario la posibilidad de establecer el tipo de empresa que en un momento preciso sea necesario..." (53). El propio Maestro estudia las reformas que hubo en la LOAPF, misma que ve a las SNC como empresas de participación estatal mayoritaria (art. 46: "Dentro de la administración pública paraestatal se consideran empresas de participación estatal mayoritaria, incluidas... las sociedades nacionales de crédito..."), pero sin mayor trascendencia hacia su naturaleza, ya que, en el supuesto (sin concederlo) de que las "empresas de participación estatal" (EPE) fueran verdaderos entes (v. retro, cap. III 5 A), ellas mismas tendrían su propia naturaleza (y antes se tendría que definir ésta) (54), es decir, se estudiaría la naturaleza de la SNC en forma indirecta y en una forma no muy científica. Por otra parte, y a pesar de que la LOAPF les coloca la impronta de EPE, no satisface plenamente su carácter, como lo advierte ACOSTA: "... pero ninguna de las leyes que las regulan (a las SNC) manifiestan si se trata de sociedades mercantiles, incluso, en las remisiones a las leyes supletorias que hace la LRSPBC se omite la aplicación de la LGSM... sin embargo, interpretando las normas en su conjunto, se observa que mientras algunas determinan que las sociedades son de derecho público (art. 7º LRSPBC -9º vigente-)... otras remiten a diversas leyes mercantiles... lo que hace presumir se trata de una variante de las sociedades mercantiles de Estado, reguladas por las leyes que sustituyen a la LGSM..." (55).

Inductivamente, la SNC es un tipo de sociedad nacional perteneciente al grupo de las instituciones nacionales de crédito, y como tal, comparte su naturaleza (v. cap. V 3 C) y parte de sus características (cap. V 3 E): su ORIGEN es legal y su CONSTITUCION sólo es mediante DECRETO del Ejecutivo Federal, en tanto que las SNC bajo modalidad -en función de sus operaciones, que no de estructura o traslación típica- de banca de desarrollo lo es por LEY.

Las SNC -de ambas condiciones operativas- no requieren concesión ya que su régimen es legal (v. nota 161 cap. V). En este punto ACOSTA menciona que sí es necesaria la concesión (56). Su objetivo económico participa también de los fines del Estado, y en su denominación llevan el término "nacional".

Su ubicación puede apreciarse en el esquema que propongo al final del n° 2 de este capítulo:



En tanto que por su objeto, constituye un nuevo tipo de las preexistentes mercantiles, con las consecuencias que esto trae consigo, por lo que he de decir que la SNC es una sociedad mercantil cuyo único objeto es la satisfacción de la necesidad colectiva de servicios bancarios y crediticios, satisfacción que se presenta mediante la adecuada realización de actos y operaciones mercantiles (o, en este caso, empresariales).

En un sentido muy amplio, la SNC pertenece a la clase de la "empresa pública", y es una novedad (pública) en nuestro Derecho (tanto público como privado) que requiere de sistemáticas imitaciones, cada una dentro del vasto campo público para una más ágil y adecuada prestación de servicios públicos, ya bien existentes, ya de nueva creación, dentro de un sistema de economía mixta como es el de nuestro México.

La Sociedad Nacional de Crédito es una fórmula vanguardista en lo que a Administración Pública se refiere dentro de esta segunda mitad del presente siglo... aún queda mucho camino por hacer.

## + NOTAS

1. Ludwig von Mises, ¿La nacionalización de la banca y el crédito?, en Mises, Infatigable luchador contra la economía ficticia.
2. *Ibíd.*, pp. 108-109.
3. La mala actuación de los entes públicos suele imputarse a la administración burocrática (*ibíd.*, pp. 111-112). Sin embargo, el "burocratismo", "no es una mal que surja de alguna falla o deficiencia de la organización o de la incompetencia de los funcionarios. Es la naturaleza de toda empresa no organizada para la obtención de beneficio". *Ibíd.*, p. 113.
4. Cfr. *ibíd.*, p. 112. "En una empresa privada... cada departamento y cada división está controlado por el registro y la contabilidad... Los departamentos y las divisiones no rentables se reorganizan o cierran. Los trabajadores y los ejecutivos que no cumplen... son despedidos". *Id.*
5. *Ibíd.*, p. 113.
6. V. Alonso Aguilar, La nacionalización de la banca, p. 9.
7. *Ibíd.*, pp. 10-11.
8. Subió la gasolina un 115%; la electricidad 1.5% (mensual); - las tarifas telefónicas 12.5%; el salario mínimo, 34%, etc. V. *id.*
9. *Ibíd.*, p. 23.
10. Cfr. *ibíd.*, p. 25.
11. A través de comercio exterior, envíos de utilidades, onerosos pagos por servicios técnicos, el drenaje incontenible de divisas provocado por los ricos mexicanos, etc. V. *ibíd.*, pp. 26-28.
12. Miguel Angel Granados Chapa, La banca nuestra de cada día, p. 133.
13. V. David Colmenares y otros, La devaluación de 1982, p. 145.
14. *Ibíd.*, p. 146.
15. *Ibíd.*, p. 144.
16. "Si la tradición económica del Banco de México es monetaris-

ta, su nuevo director está formado en esas teorías. El Lic. Miguel Mancera es egresado del ITM, semillero de profesionales de la economía formados en la teoría monetarista". Id. "Del equipo de Mancera Aguayo salió la decisión de rechazar completamente el control de cambios". *Ibíd.*, p.145.

17. Cfr. Aguilar, ob. cit., pp. 12-14.

18. V. Revista PROCESO, 6 de septiembre de 1982, n°305, p. 13.

19. *Ibíd.*, p. 12.

20. *Ibíd.*, pp. 7-8.

21. Alonso Aguilar, ob. cit., pp. 17-18.

22. V. PROCESO, cit., p. 13.

23. *Ibíd.*, p. 35. "Desde que era Secretario de Hacienda (López, - escribe CASTILLO) refutó, enérgico, nuestra reiterada demanda de que esas medidas se tomaran... Que haya rectificado le honra. - - Cualesquiera que hayan sido las causas que lo obligaron a hacerlo". Id.

24. *Ibíd.*, p. 14.

25. La reacción revelaba su minoría, en tanto que los demás "éramos seres humanos con la emoción exacerbada, con naciente, pero ya plena conciencia de que atestiguábamos un hecho fundamental en la historia del país. Nos mirábamos unos a otros, complacidos, - gratificados, casi en la conmoción. Los menos inhibidos gritaron vítores a México y a López Portillo".

"Este -continúa GRANADOS su relato-testimonio-, en el presidium, intentaba seguir. 'Es ahora o nunca. Ya nos saquearon' tuvo que gritar aprovechando lo que parecía un amainamiento del - aplauso. 'México no se ha acabado. No nos volverán a saquear', pu do concluir, antes de que las manifestaciones de ruidosa adhesión de júbilo, de satisfacción salida de cauce, lo obligaran a dejar de leer, durante muchos, no importa cuántos, minutos". Granados - Chapa, ob. cit., p. 152.

26. Id.

27. Aguilar, ob. cit., p. 34.

28. *Ibíd.*, p. 43.

29. Revista PROCESO, 13 de septiembre de 1982, n°306, p. 14.

30. *Ibíd.*, pp. 14-15. Sobre los comentarios e impresiones que tan trascendental acto generó, ver: Alonso Aguilar, ob. cit., pp. 31-34, 52, 55 y 65. En lo personal, y para evitar corruptelas, propondría se creara ante alguna instancia administrativa un recurso de "denegación injustificada de crédito". Otros comentarios: Revista PROCESO, 6 de septiembre de 1982, n°305; E. Mason, México, crisis y supercrisis, pp. 139-142 y 147-148.

31. V. Jorge Barrera Graf, "La nueva legislación bancaria", en Re formas legislativas 1982-1983, pp. 16-18. También, Ignacio Soto - Sobreyra, La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y - Crédito, pp. 85-86.

32. Critica SOTO que ese art. 3º olvidó al Organismo de Vigilancia. - Ob. cit., p. 86. Yo insisto en que hubiera quedado mejor la redacción estableciendo una sustitución integral de los órganos sociales, sin especificar cada uno.

33. DIEZ observa (en relación con la permanencia del régimen de - concesiones) que en Francia "ocurrió una situación CURIOSA. El - servicio público de gas y electricidad estaba confiado a empresas privadas que tenían CONCESIONES de servicios públicos. Al efectuarse la nacionalización se crean dos establecimientos públicos, Gas de Francia y Electricidad de Francia... y que HAN ASUMIDO EL CARACTER DE CONCESIONARIOS de las comunas donde prestan los servicios, habiendo retenido las CONCESIONES de las antiguas compañías. Se trata, entonces, de UNA SITUACION E S P E C I A L: la de un ente estatal que presta un servicio público en mérito de una concesión. Las antiguas compañías de Gas y de Electricidad fueron expropiadas y obligadas a CEDER a los nuevos establecimientos públicos, previa indemnización, todos los derechos y obligaciones que tenían con relación a las Comunas. Gas de Francia y Electricidad de Francia están, pues, ligadas a las Comunas por los ANTIGUOS - CONTRATOS DE CONCESION DE LAS ANTERIORES compañías o empresas privadas". V. M.M. Díez, Derecho administrativo, t. III, p. 258. Este autor no hace mayor comentario sobre el particular; esto es, - se limita a señalarla como una situación curiosa o especial.

34. Recordar que un organismo descentralizado puede ser una S.A. y como tal, tener varios socios; eso sí, siempre entes públicos - (v. art. 2º I Ley para el control y retro, cap. III 6 A c y d).

35. Todas las instituciones de banca mixta SON instituciones nacionales de crédito, mas no viceversa.

36. BARRERA GRAF afirma que hubo un régimen transitorio que comenzó a regir el 1º de septiembre de 1982 y que terminaría al dictarse el reglamento orgánico de cada una de las instituciones expropiadas: "Durante ese lapso, las sociedades expropiadas seguirán y han seguido funcionando, con la misma personalidad, igual denominación y domicilio, el mismo patrimonio, del que... es... titular... la nueva 'entidad de la Administración pública'...". Jorge Barrera, ob. cit., p. 16. En otra parte (Jorge Barrera, Las sociedades en derecho mexicano, p. 163), el Maestro comentaba que esas sociedades fueron colocadas por el Decreto de Nacionalización, -- "en una situación anómala (esa anomalía la hace consistir en el hecho de que la sociedad subsiste con sus mismas acciones, pero - sujetas a disolución): son sociedades anónimas, en las que la totalidad de los bienes que formaban su patrimonio fue expropiada y, que, por ende, los bienes relativos se convirtieron en bienes pertenecientes al Estado, los cuales fueron atribuidos a las nuevas empresas bancarias públicas".

37. Cfr. íd.: a) instituciones de crédito privadas; b) estructuras administrativas (durante los 6 días posteriores a la nacionalización); c) instituciones nacionales de crédito (a partir del día 6), y d) organismos públicos descentralizados (a convertirse en). Cabe hacer notar que aquí BARRERA atiende al carácter INSTI-

TUCIONAL de estos entes; yo abordo también el de TIPICIDAD.

38. Escribe BARRERA: "... si no los particulares, la ley sí puede, en cambio, crear nuevos tipos como recientemente ha ocurrido... - con las sociedades nacionales de crédito...". V. Jorge Barrera - Graf, voz "sociedades mercantiles", en Diccionario Jurídico Mexicano, t. VIII, pp. 183-184.

39. Tanto formal como materialmente se trata de un ACTO ADMINISTRATIVO, ya que es la fundación de la sociedad lo que nos interesa, y no en la forma como se exterioriza ese acto (o serie de actos). En relación a esto, v. Andrés Serra Rojas, Derecho administrativo, pp. 266-267: "... en su significación material no podemos llamar acto administrativo a la expedición de un reglamento, o de una ley por el propio poder ejecutivo, ambos ejemplos son de actos reglados...". Loc. cit. ACOSTA ROMERO afirma que un Decreto del Ejecutivo, "es una decisión que se expresa en un acto administrativo puro y simple, dictado de acuerdo con facultades establecidas en la ley y que crea situaciones jurídicas individuales...". Miguel Acosta Romero, Teoría general del derecho administrativo, 3a. ed., p. 403.

40. Barrera, Reformas, p. 11. Enseguida observa que, al no existir el órgano supremo, consustancial al negocio social, pierde todo el carácter de sociedad. Ibíd., pp. 13-14.

41. Ibíd., p. 6.

42. Ibíd., pp. 5-6.

43. Loc. cit.

44. "... el hecho de que esas sociedades puedan tener como socios a personas distintas del Estado federal (reitera BARRERA)... no afecta la exclusividad, porque si así fuera, ello significaría - - prescindir de la personalidad jurídica de las sociedades, que es distinta de la que corresponde de sus socios". Id.

45. Jorge Barrera, voz "sociedades mercantiles", cit., t. VIII, p. 183. Yo prefiero decir, en lugar de "finalidad", "actividad" - (v. cap. IV 7).

46. Id.

47. V. Miguel Acosta Romero, "La nacionalización de la Banca mexicana...", en Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina, pp. 33-34.

48. "En este particular -anota SOTO- hay una diferencia sustancial entre el antiguo sistema de las sociedades anónimas de crédito ya que en ellas el director o directores eran nominados por la asamblea y generalmente por el Consejo de Administración". Soto - Sobreyra, ob. cit., p. 106.

49. "... la duración en su puesto... debe considerarse indefinida" Ibíd., p. 114.

50. V. ibíd., p. 135.

51. El aumento o reducción del capital, trae consigo la necesaria modificación del Reglamento Orgánico de la SNC en cuestión (art. 6° in fine).
52. He de recordar que considero al director general como un órgano de dirección (administración lato sensu).
53. Acosta Romero, La nacionalización..., p. 34.
54. La empresa en México no tiene un contenido jurídico definido como tal: se bordería en el vacío.
55. M. Acosta Romero, voz "sociedades nacionales de crédito", en Diccionario Jurídico Mexicano, cit., t.VIII, p. 188.
56. Id.

## C O N C L U S I O N E S

- PRIMERA. Ni los organismos descentralizados, ni las instituciones nacionales de crédito (stricto sensu) son estructuras orgánicas. Son parámetros convencionales de clasificación administrativa. Puede haber:  
+ "Persona equis", SNC, institución nacional de crédito -organización de banca múltiple- (o de desarrollo).
- SEGUNDA. Las instituciones privadas de crédito expropiadas fueron convertidas -institucionalmente-, en virtud de los Decretos de 1<sup>o</sup> y 6<sup>o</sup> de septiembre de 1982, en instituciones nacionales de crédito - (l. s.) para transformarse -típicamente- (las sociedades anónimas bancarias -SAB-) en sociedades nacionales de crédito.
- TERCERA. Las instituciones nacionales de crédito bajo tipo de S.A. (antigua banca oficial) se transformarán a instituciones nacionales de crédito bajo tipo de SNC sin perjuicio de perder su esencia - de INC (l. s.); esto es, de banca oficial, ahora banca de desarrollo.
- CUARTA. La Sociedad Nacional de Crédito es un nuevo tipo de sociedad - mercantil bajo responsabilidad mixta.
- QUINTA. Debe declararse expresamente la incorporación (la simple supletoriedad es para llenar lagunas legales, no para crear instituciones no previstas en la principal) de la Ley General de Sociedades Mercantiles en la LRSPBC.

- SEXTA. Las sociedades nacionales de crédito, por su constitución (de carácter institucional) son de dos clases:
- actividad de banca múltiple: por decreto del Ejecutivo Federal;
  - actividad de banca de desarrollo: por ley del Congreso de la Unión (su ley orgánica especial).
- SEPTIMA. La sociedad nacional de crédito es una institución corporativa - de índole pública (perteneciente al esquema de la Administración Pública -en este caso, descentralizada-) cuyo único e invariable objeto es prestar exclusivamente y bajo normas mercantiles publicizadas, el servicio (no concesionable por mandato constitucional) público de banca y crédito, ya en la modalidad de banca múltiple, ya de desarrollo sectorial.
- OCTAVA. Pudiera reformarse la organización funcional para admitir un régimen de discrecionalidad amplísima y hasta de cogestión: - sus funcionarios deben comportarse como hombres de empresa y no como políticos; deben, al efecto, establecerse reglas bajo principios de continuidad a pesar de cambios políticos.
- NOVENA. O bien, en caso de no admitirse la cogestión, podrían emitirse certificados de aportación patrimonial sin voto y con dividendo preferente; en su defecto, obligaciones para atraer a la inversión privada sin participación en la vida social.

## B I B L I O G R A F I A

- ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho bancario, Editorial Porrúa, México, - - 1978.
- . La banca múltiple, Editorial Porrúa, México, 1981.
- . "La nacionalización de la Banca mexicana. Proceso de transformación de las Sociedades Bancarias. Ensayo de conceptualización de las Sociedades Nacionales de Crédito", en Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina, Editorial Porrúa, México, 1984.
- . Teoría general del derecho administrativo, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1979.
- AGUILAR M., Alonso y otros. La nacionalización de la Banca, Editorial Nuestro Tiempo, México, 1982.
- AGUILAR M., Alonso. Estado, capitalismo y clase en el poder en México, - Editorial Nuestro Tiempo, México, 1983.
- ALDRIGHETTI, Angelo. Técnica bancaria, Trad. 4a. ed., Felipe de J. Tena y Roberto López, Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
- ARENA, Andrea. "Contribución a la sistematización jurídica de los entes públicos que ejercen una actividad económica", en La Empresa Pública, t. I, edición de Verdera y Tuells, Evelio, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970.
- ASCARELLI, Tullio. Sociedades y asociaciones comerciales, Trad. de Santiago Sentis M., EDIAR, Buenos Aires, 1947.

- BACHELET, Vittorio. "Estructura y garantías de la actividad empresarial del Estado", en La Empresa Pública, t. I, edición de Verdera y Tuells, -- Evelio, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970.
- BARQUIN ALVAREZ, Manuel. "Las empresas públicas", en Anuario Jurídico, vol VII, UNAM, México, 1980.
- BARRERA GRAF, Jorge. "Concepto y requisitos de la sociedad en Derecho -- mexicano", en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, t. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1971.
- . "La nueva legislación bancaria", en Reformas Legislativas 1982-1983, UNAM, México, 1983.
- . Las sociedades en derecho mexicano, UNAM, México, 1983.
- . Tratado de derecho mercantil, Editorial Porrúa, México, 1957.
- BAUCHE GARCADIIEGO, Mario. Operaciones bancarias, 3a. ed., Editorial - Porrúa, México, 1978.
- BORDE, Dominique y EGGLESTON, William, "The french nationalizations", en American Bar Association Journal, vol. 68, abril, Chicago, III., 1982.
- BRANCA, Giuseppe. Instituciones de derecho privado, trad. 6a. ed., de Pablo Macedo, Editorial Porrúa, México, 1978.
- BRENA TORRES, Rodolfo. "Iniciativa de Ley para el control de los organismos descentralizados y de las participaciones estatales en empresas - privadas", en El Foro, n° 37, abril-junio, México, 1962.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. "La empresa estatal en México", en La Empresa Pública, t. II, edición de Verdera y Tuells, Evelio, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970.
- BROSETA PONT, Manuel. "Las empresas públicas en forma de sociedad anónima", en Revista de Derecho Mercantil, vol. XLI, n° 100, abril-junio, Madrid, 1966.

- . Manual de derecho mercantil, Editorial Tecnos, Madrid, 2a. ed., - - 1974.
- BRUNETTI, Antonio. Tratado del derecho de las sociedades, trad. de Felipe - de Solá Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, - Buenos Aires, 1960.
- CAPITANT, Henri. Vocabulario jurídico, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966.
- CARRILLO CASTRO, Alejandro. "La regulación jurídico administrativa de la empresa pública en México", en Anuario Jurídico, vol. VIII, - - UNAM, México, 1981.
- y GARCIA RAMIREZ, Sergio. Las empresas públicas en México, Miguel Angel Porrúa, México, 1983.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho mercantil, Editorial Herrero, Méxi- - co, 1975.
- COLE, G.D.H. "La nacionalización bancaria", en Boletín de la Biblioteca del Congreso, n° s. 57, 58, 59, julio-diciembre, Buenos Aires, 1946.
- COLMENARES, David, y otros. La devaluación de 1982, Terra Nova, México, 1982.
- CHUAYFFET CHEMOR, Emilio. "Formas legales de control administrativo de - las empresas públicas en México", en Anuario Jurídico, vol. VIII, - UNAM, México, 1981.
- DAUPHIN-MEUNIER, A. Historia de la Banca, trad. de Ignacio L. Bajona, - Vergara Editorial, Barcelona, 1958.
- DIEZ, Manuel María. Derecho administrativo, Bibliográfica OMEBA, Bue- - nos Aires, 1967.
- DUCHE, Jean. Historia de la humanidad, Ediciones Guadarrama, Madrid, - - 1964.
- FAYA VIESCA, Jacinto. Administración pública federal, Editorial Porrúa, - México, 1979.

- FERNANDEZ RUIZ, Jorge. El Estado empresario, UNAM, México, 1982.
- FERRI, Giuseppe. "Società e impresa nelle leggi di nazionalizzazione", en - Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, luglio-agosto, Roma, 1967.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho civil, Editorial Porrúa, México, 1973.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho, 12a. ed., Editorial Porrúa, México, 1964.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. "Panorama sobre la empresa pública en México", en Anuario Jurídico, vol. VIII, UNAM, México, 1981.
- GARCIA-TREVIJANO FOS, Antonio. "Concepción unitaria del sector público", en La Empresa Pública, t. I, edición de Verdera y Tuells, Evellio, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970.
- . Tratado de derecho administrativo, 2a. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.
- GARRIGOU-LAGRANGE, J. Marie. Asociación y poderes públicos, trad. de Manuel Gonzalo González, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.
- GARRIGUES, Joaquín. Hacia un nuevo derecho mercantil -escritos, lecciones, conferencias-, Editorial Tecnos, Madrid, 1971.
- . "Reforma, contrarreforma y ultrarreforma de la sociedad anónima", en Revista de Derecho Mercantil, vol. IX, n° 26, marzo-abril, Madrid, 1950.
- . Tratado de derecho mercantil, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1949.
- GOLDSCHMIDT, Levin. Storia universale del diritto commerciale, prima traduzione italiana a cura di Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1913.
- GOMEZ FONTECHA, J. José. "Una llamada de atención sobre la privatización de las empresas nacionales", en Estudios jurídicos en homenaje a - -

- Joaquín Garrigues, t. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1971.
- GRANADOS CHAPA, Miguel Angel. La banca nuestra de cada día, Ediciones Océano, México, 1982.
- GRECO, Paolo. Curso de derecho bancario, trad. de Raúl Cervantes, Editorial Jus, México, 1945.
- HAWKES, Jaquetta. El origen de los dioses (las maravillas de Creta y Micenas), Editorial Noguer, Italia, 1968.
- HERNANDEZ ESTEVE, Esteban. Estructura y funciones de la Banca en los países socialistas, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970.
- HERRERA CURIEL, Humberto. Derecho bancario mexicano, tesis de doctorado, Fac. de Derecho, UNAM, México, 1976.
- JEZE, Gastón. Los principios generales del derecho administrativo, trad. de Carlos García Oviedo, Editorial Reus, Madrid, 1928.
- KOCK, M.H., de. Banca Central, trad. de Eduardo Villaseñor; con un apéndice sobre el Banco de México por Raúl Martínez Ostos, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.
- KURT, Hans. Historia del dinero, Editorial Ferma, Barcelona, 1963.
- LARES, Teodosio. Lecciones de derecho administrativo, UNAM (edición facsimilar de la Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852), México, 1978.
- LAVRILLERE, Jaques. La industria de los banqueros, A. Redondo Editor, Barcelona, 1969.
- LESSONA, Sílvio. "Líneas generales sobre la empresa pública", en La Empresa Pública, t. I, edición de Verdera y Tuells, Evelio, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970.
- LINOTTE, Didier. "Les nationalisations de 1982 (Loi n° 82-155 du 11 février, 1982. J.O., 13 février, p. 566)", en Revue du Droit Public (et de la science politique en France et a l'étranger), n° 2, mars-avril, 1982, Paris.
- MADRID HURTADO, Miguel de la. "Algunas consideraciones sobre la regula-

- ción de la empresa pública en México", en Anuario Jurídico, vol. - - VIII, UNAM, México, 1981.
- . Elementos de derecho constitucional, Instituto de Capacitación Política, México, 1982.
- MALAGARRIGA, Juan Carlos. "Sobre la inconveniencia de transformar en sociedades anónimas a las empresas del Estado", en Lecturas Jurídicas, n° 28, julio, Chihuahua, 1966.
- MANERO, Antonio. El Banco de México, sus orígenes y fundación, F. Maysans, impresor, New York, N.Y., 1926.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L. "El proyecto de código de comercio para la República Mexicana: Introducción al libro primero", en Revista de la Facultad de Derecho de México, t. IV, n° 15, julio-septiembre, - - UNAM, México, 1954.
- . Derecho mercantil, 14a. ed., Editorial Porrúa, Méjico, 1974.
- . "La sociedad heterapénica", en Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado, Editorial Porrúa, México, 1982.
- . "Sociedades de Estado", en Estudios de derecho público contemporáneo, homenaje a Gabino Fraga, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 1972.
- MARQUET GUERRERO, Porfirio. La estructura constitucional del Estado mexicano, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1975.
- MASON, Edgard. México crisis y supercrisis, Editorial Posada, México, - - 1982.
- MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial, trad. de Santiago Sentis M., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
- MISES, Ludwig von. Infatigable luchador contra la economía ficticia, Centro de estudios en Economía y Educación, México, 1983.
- MOLLE, Giacomo. "En materia de empresas bancarias", en La Empresa Públi

- ca, t. II, edición de Verdera y Tuells, Evelio, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970.
- MONTANELLI, Indro. Historia de los griegos, Plaza & Janes, Barcelona, - - 1961.
- . Historia de Roma, Plaza & Janes, Barcelona, 1961.
- MOSSA, Lorenzo, "Esencia de la sociedad anónima", en Revista de Derecho Privado, t. XL, marzo, Madrid, 1956.
- . "I processi di nazionalizzazione e di gestione delle imprese nazionalizzate", en Nuova Rivista di Diritto Commerciale, vol. VII, fasc. 4-6, Pisa, 1954.
- NAVA NEGRETE, Alfonso. "Empresa pública y sociedad anónima de Estado", - en Revista de la Facultad de Derecho de Mexico, t. XV, n° 57, enero-marzo, UNAM, México, 1965.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. "Las empresas públicas y el Estado (algunas puntualizaciones jurídicas y prácticas)", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XII, n° 34, enero-abril, UNAM, México, 1979.
- PINA, Rafael de. Diccionario de Derecho, 6a. ed., Editorial Porrúa, México, 1977.
- POLO, Antonio. "Empresa y sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues", en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, t. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1971.
- POTUT, Georges. La Banque de France, Libraire Plon, Paris, 1961.
- RECASENS SICHES, Luis. Introducción al estudio del Derecho, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1979.
- RIPERT, Georges. Tratado elemental de derecho comercial, trad. de Felipe de Solá C., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho bancario, Editorial Porrúa, México, 1945.
- ROJAS ROLDAN, Abelardo. La sociedad mercantil unipersonal, LEX, México, 1969.

- ROSENAL-IUDIN. Diccionario filosófico, Ediciones Universo, Argentina, - 1967.
- RUIZ MASSIEU, José Francisco. "Las formas jurídicas de la empresa pública en México", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año - XII, n° 34, enero-abril, UNAM, México, 1979.
- : "Una aproximación al control jurisdiccional de las empresas públi - cas", en Anuario Jurídico, vol. VIII, UNAM, México, 1981.
- SAYERS, R. S. La banca moderna, trad. de Carlos Villegas, 3a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
- SERRA ROJAS, Andrés. Derecho administrativo, Librería de Manuel Porrúa, México, 1959.
- SOLA CAÑIZARES, Felipe de. "Comentarios al Tratado de Antonio Brunetti", en Tratado del derecho de las sociedades de Antonio Brunetti, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960.
- . Tratado de derecho comercial comparado, Montaner y Simón, Barce - lona, 1963.
- . Tratado de sociedades por acciones en derecho comparado, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1957.
- SOTO SOBREYRA Y SILVA, Ignacio. La Ley Reglamentaria del Servicio Pú - blico de Banca y Crédito, edición del autor, México, 1983.
- SPAGNUOLO VIGORITA, Vincenzo. "Las empresas nacionalizadas", en La - Empresa Pública, t. II, edición de Verdera y Tuells, Evelio, Publica - ciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970.
- STAMMATI, Gaetano. "La empresa pública en el marco de la acción económi - ca del Estado", en La Empresa Pública, t. I, edición de Verdera y - Tuells, Evelio, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970.
- VICENTE GELLA, Agustín. "La anónima del Romanticismo a la hora presen - te", en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, t. I, -- Editorial Tecnos, Madrid, 1971.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. Derecho administrativo, Tipográfica - Editora Argentina, Buenos Aires, 1949.

VILORIA V., Enrique. "Las formas jurídicas de las empresas públicas", en Revista de Derecho Público, n° 14, abril-junio, Caracas, 1983.

### OTRAS OBRAS Y DOCUMENTOS CONSULTADOS

COMISION DE ANALISIS LEGISLATIVOS DEL CONSEJO COORDINADOR EMPRESARIAL. Consideraciones críticas al Decreto de expropiación bancaria y al Decreto de reformas a los artículos 28 y 73 de la Constitución Política Mexicana, México, 1982.

DICCIONARIO DE BANCA Y BOLSA, Dirección de Lucas Beltrán, Editorial - Labor, Madrid, 1969.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tt. I y VIII, UNAM, México, 1982.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, t. II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956.

EL COLEGIO DE MEXICO. Historia general de México, El Colegio de México, - México, 1976 (4 tomos).

FACULTAD DE ECONOMIA, UNAM, Seminario de Coyuntura. 1979 ¿la crisis quedó atrás?, ACERE, México, 1980.

SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO. Legislación bancaria, 4 - tomos, México, 1957.

SECRETARIA DE PROGRAMACION Y PRESUPUESTO. Aspectos jurídicos de la planeación en México, Editorial Porrúa, México, 1981.