

RASGOS DISTINTIVOS DE LA "CORPORATION" EN COMPARACIÓN CON LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Introducción ¹

La posibilidad de crear una persona jurídica mediante contrato, que se encuentra a la base del derecho de sociedades en los países romanistas, es ajena a la tradición angloamericana. En el sistema del "Common Law" la persona jurídica (*corporation*) sólo puede crearse por una carta (*charter*) concedida por el estado. La "corporation" se usa en la formación de municipios, y en tales casos sería propio hablar en español de corporaciones. Puede también existir con fines religiosos, educativos o deportivos, en cuyo caso cumple la misión que en los derechos de raigambre francesa corresponde a las asociaciones. Puede tener fines civiles, aunque económicos, como la posesión de un inmueble que se alquila en forma de apartamentos, en cuyo caso se asimila a la sociedad civil. Por último, puede desempeñar el papel de las sociedades mercantiles. Se habla entonces de "business corporation", para no confundirla con la "non-profit corporation", que no reparte beneficios a sus socios. Puede, pues, sostenerse que "corporation" es el equivalente de corporación, asociación y sociedad, por tratarse de una agrupación de personas dotada de personalidad jurídica.

Sin embargo, desde un punto de vista más estricto, y refiriéndonos sólo a la "corporación" por excelencia, la "business corporation", con su asamblea de accionistas, su consejo de administración, y sus acciones negociables, se le nota una similitud mucho mayor con la sociedad anónima que con las demás sociedades mercantiles existentes en los países romanistas. Es la razón por la cual compararemos la "business corporation" exclusivamente con esta sociedad, haciendo resaltar las diferencias que nos parecen ser las más esenciales.

¹ Bibliografía. Los tratados más importantes son los siguientes: *Ballantine on Corporations*, Callaghan & Co., Chicago, 1946; *Lattin on Corporations*, Foundation Press, Brooklyn, 1959; *Handbook of the Law of Corporations*, de Harry G. Henn, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1961. Es más breve la obra de Hubert Lepargneur, *Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique*, Librairie Dalloz, Paris, 1951. Entre los libros de estudio, en los cuales se recogen sentencias, extractos de legislación y de doctrina, se destacan los de Baker & Cary, *Cases and Materials on Corporations*, Foundation Press, Brooklyn, 1959, con un suplemento de 1968; y Stevens & Henn, *Statutes, Cases and Materials on the Law of Corporations*, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1965.

Antecedentes históricos

Creemos con Felipe de Solá Cañizares² que las "corporations" y las sociedades anónimas tienen un origen común en las grandes sociedades de comercio colonial que fueron formadas por los soberanos europeos durante los siglos xvii y xviii, con la posibilidad de reunir grandes capitales mediante la emisión de títulos libremente transmisibles. Pero el derecho norteamericano se ha mantenido mucho más fiel a esta tradición que el de los países hispánicos, cuya sociedad anónima es de origen francés. De hecho en el Código de Comercio francés se modificó profundamente la naturaleza de las grandes empresas, haciendo innecesaria su fundación por el estado, y haciendo brotar su personalidad jurídica del acuerdo tomado por los fundadores e inscrito en el Registro de Comercio. Se las denominó sociedades anónimas, atribuyéndoles la naturaleza de un contrato asociativo.

Esta separación entre la sociedad anónima y el estado nunca tuvo lugar en los Estados Unidos. Después de la Independencia, se mantuvo este vínculo para frenar la constitución de nuevas "corporations", debido al odio que en una nación recién emancipada del yugo colonial inspiraban las grandes sociedades de la metrópoli que la habían explotado. Además, se tenía en los Estados Unidos la visión romántica de una nación compuesta de pequeños campesinos y artesanos que gozarían de la máxima libertad, puesto que no existirían monopolios ni agrupaciones poderosas. Las asambleas legislativas de los estados, que heredaron el poder del gobierno inglés de formar "corporations", usaron de su poder con cautela y medida, limitando en cada caso la duración de la "corporation" y fijando un capital máximo. Pero a los pocos años la corruptela se substituyó al ideal romántico y para impedir que los legisladores se enriquecieran cada vez que otorgaban una "charter" o carta constitutiva para una "corporation", se promulgaron entre 1850 y 1875 leyes generales, cuyo efecto fue quitar el elemento de discrecionalidad en el otorgamiento de las cartas, confiando la tarea a un funcionario administrativo cuya intervención se limitaba a comprobar que se había cumplido con los requisitos establecidos por la ley.

Es indudable que en estas leyes generales se operó un acercamiento entre la "corporation" y la sociedad anónima. Se pasó también al sistema de la libertad de constitución, permitiendo la "corporation" de duración indefinida, para cualquier fin lícito, y sin limitación al capital que se podía invertir. A pesar de esto, se conservó, no obstante, el principio de que la persona jurídica nace por concesión del estado y se preservaron dos de las reglas anteriores, tendientes a someter a la "corporation" a la tutela del estado. Estas reglas han ido perdiendo poco a poco su efec-

² Felipe de Solá Cañizares, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Montaner y Simón, Barcelona, 1963, t. iii, p. 317.

tividad práctica, pues el estado muy raramente las invoca. Se trata, en primer término, de la facultad del estado de pedir, mediante ejercicio de la acción llamada de *quo warranto*, la nulidad de toda "corporation" indebidamente constituida y, en segundo término, su derecho de "confiscar la carta" (*forfeit the charter*) de toda "corporation" que se dedique a una actividad distinta del fin u objeto para el cual fue constituida. Por vía de contraste, en los derechos latinos, el estado sólo está legitimado para pedir la nulidad de las sociedades que se dediquen a un fin ilícito. La constitución irregular y la transgresión del fin social tienen únicamente efectos de derecho privado.

Las dos escrituras

Las formalidades para la constitución de una sociedad anónima varían mucho según los países. Las mexicanas son muy complejas, pues se requiere primero la forma notarial (art. 5 de la Ley de Sociedades Mercantiles); segundo, una autorización administrativa cuya finalidad es el control sobre las inversiones realizadas por extranjeros y por esta razón se ha confiado a la Secretaría de Relaciones Exteriores;³ tercero, una orden judicial de inscripción, que el juez da después de cerciorarse de la regularidad de la escritura;⁴ y, por último, la inscripción en el Registro de Comercio.

La ley mexicana enumera unos cuantos puntos que deben incluirse en toda escritura y proporciona normas supletorias para resolver los restantes problemas. A pesar de ello se suele insertar en la escritura una gran variedad de cláusulas para el funcionamiento de la sociedad. Estimamos que serían ineficaces como medios de regulación social los pactos que no formaran parte de la escritura, tal y como se inscribió en el Registro de Comercio, pues, siendo secretos, no podrían oponerse más que a los mismos socios que los suscribieron y serían nulos no sólo frente a los futuros adquirentes de acciones, sino sobre todo frente a las personas con las cuales la sociedad celebra contratos. Por esta razón son muy raros los pactos secretos, siendo costumbre casi universal insertar en la escritura toda la regulación de la vida social.⁵

En los Estados Unidos no sucede así. Las formalidades de constitución son muy sencillas. Tres o más fundadores (que no tienen por qué ser los futuros socios) suscriben un acto destinado a ser la carta de la "corporation"; sus firmas son autenticadas por un "notary public", que no es un notario en el sentido español de la palabra, sino un individuo que tiene licencia del estado para verificar la identidad de personas que firman documentos en su presencia; y el acto es enviado por correo, acom-

³ Roberto L. Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, Porrúa, 1966, p. 226.

⁴ Ley General de Sociedades Mercantiles, art. 260.

⁵ Solá Cañizares, *ob. cit.*, pp. 377 y 378.

pañado de un cheque por el impuesto llamado de franquicia, a la oficina del Secretario de Estado ubicado en la capital estatal. En la mayoría de los estados, el Secretario de Estado devuelve una copia certificada del acto constitutivo o carta a los fundadores para que lo inscriban en el registro que corresponde al condado del domicilio. En este momento nace la "corporation".

La carta constitutiva suele contener muy pocos datos, si se la compara con la escritura de una sociedad anónima. Las cláusulas más importantes son la relativa al fin u objeto a que se va a dedicar la "corporation" y las que dividen el capital entre diferentes clases de acciones con sus respectivos derechos. Pero todo lo relativo al funcionamiento de la asamblea de accionistas y del consejo de administración, al nombramiento y revocación de los funcionarios y a sus facultades, consta en otro documento llamado "by-laws", que traduciremos por reglamentos. De modo que, cuando brota a la vida jurídica una "corporation", carece de más de la mitad de sus estatutos. Se precisa adoptarlos antes de iniciar los negocios.

Esto suele hacerse mediante nueva reunión de los fundadores, quienes a la vez que aprueban los reglamentos, designan a los futuros consejeros y resuelven autorizarlos a emitir las acciones de la "corporation". En este momento los fundadores han cumplido su misión y desaparecen. Pero seguidamente el consejo de administración (*board of directors*) celebra su primera reunión, en la cual nombra a los funcionarios y fija sus salarios conforme a lo establecido en los reglamentos, adopta el sello social y toma otras resoluciones según los casos.

Durante la vida de la "corporation" los reglamentos pueden ser modificados por la asamblea de accionistas (*shareholders' meeting*); pero en multitud de leyes estatales se permite insertar en la carta una cláusula que confiere esta facultad conjuntamente a la asamblea y al consejo, de modo que en realidad es el consejo el que hace las modificaciones. Tenemos aquí una de las más destacadas diferencias entre la "corporation" y la sociedad anónima, que ya señaló Lepargneur⁶ cuando observó que la amplitud del contenido de los reglamentos, unido al hecho de que su modificación corresponde en la práctica al consejo de administración, hace de éste un órgano mucho más poderoso en la "corporation" que en la sociedad anónima. Es un aspecto de la centralización administrativa que se percibe en las grandes "corporations" y de la cual notaremos más tarde otras manifestaciones, y que deja a la asamblea de accionistas un papel enteramente pasivo. Podemos anticipar que este papel se limita a elegir a los consejeros y a tomar resoluciones extraordinarias, como la enmienda de la carta o la fusión con otra "corporation".

⁶ Lepargneur, *ob. cit.*, p. 106.

Las "corporations" irregulares

Nos ocuparemos ahora de las consecuencias que produce la falta de cumplimiento con las formalidades de constitución. En principio, como no se ha constituido debidamente la sociedad o "corporation", no se ha formado la persona jurídica. Pero es sumamente injusto permitir a la entidad irregular prevalecer de su falta de personalidad para hacer obstáculo a una demanda entablada en su contra. El Derecho norteamericano hace frente a este problema, declarando que la "corporation" demandada está impedida (stopped) de oponer su falta de personalidad. Este impedimento es aplicable a las acciones contractuales entabladas contra la "corporation", pues en el contrato la "corporation" ostentó una personalidad que ahora no puede negar. Pero cuando se la demanda sobre la base de un hecho ilícito, la obligación no se creó por la confianza que tenía el acreedor de que existía una "corporation", por lo cual lógicamente se debe permitir a la "corporation" oponer su excepción de falta de personalidad.

Para el derecho mexicano, en cambio, no se justificaría esta distinción entre acciones contractuales y delictivas, pues basta que la sociedad se haya ostentado como tal frente a terceros (a cualesquiera terceros), para que tenga personalidad jurídica.⁷ Pero debe interpretarse que tiene esta personalidad jurídica sólo para el efecto de ser demandada, pues no fue intención del legislador permitirle actuar como parte demandante sin haberse constituido legalmente, lo cual equivaldría a equipararla a una sociedad regular, creando una manera fácil de burlarse de las engorrosas formalidades de constitución.

En México, el tercero que contrató con una sociedad irregular puede optar entre una acción contra ésta y una acción contra la persona que pretendió representarla, que habría actuado a nombre de un representado inexistente. Pero los demás socios no serían responsables en lo que atañe a los bienes no aportados a la sociedad. En los Estados Unidos, en cambio, la "corporation" irregular se conceptúa como "partnership", que no es otra cosa que una agrupación de personas con fin de lucro no sometida a formalidades de constitución, pero que tampoco ofrece a los socios una responsabilidad limitada a sus aportaciones, ni tiene la personalidad jurídica, aunque los tribunales le dan algunos atributos de la personalidad por razones de conveniencia. Decir que la "corporation" irregular constituye un "partnership" significa que todos sus accionistas son solidariamente responsables del pago de sus deudas. Para paliar el rigor de esta consecuencia, existe, sin embargo, la teoría de la "*de facto corporation*", que protege a los accionistas en sus bienes no aportados, pero requiere para su existencia un esfuerzo realizado de buena fe por los

⁷ Ley General de Sociedades Mercantiles, art. 2, párrafo 3º

fundadores, para cumplir con la ley al constituirla. Pero como todo el mundo sabe que sin carta no puede haber "corporation" válidamente formada, esta doctrina se limita a los casos en que se obtuvo dicha carta, sin haberla inscrito en el registro del condado del domicilio de la "corporation". Algunos jueces han ido más lejos, entendiendo que había "*de facto* corporation", con la consiguiente limitación de responsabilidad, cada vez que un tercero celebraba contrato con la entidad, aceptándola como "corporation". Pero sobre esta última cuestión, reina en la jurisprudencia la mayor confusión.⁸

La teoría de los actos ultra vires

Hemos indicado que entre las cláusulas más importantes de la carta figura la que señala los fines sociales. En cuanto a los efectos que produce una transgresión de esta cláusula existe una interesante diferencia entre el derecho norteamericano y los derechos latinos. Es que en teoría, debido a los recelos con que a principios del siglo pasado se miraba la actividad de las "corporations", son nulos los actos *ultra vires*, mediante los cuales la "corporation" se dedica a otra clase de negocios que aquellos para los cuales se ha constituido. No se trata de una incapacidad, que produciría una acción de anulación en interés de la "corporation", sino de una verdadera nulidad de interés público, que puede invocarse tanto por la "corporation" como por el otro contratante y asimismo por el estado que, como otorgante de la carta, tiene interés en que sean respetadas sus limitaciones.

Pero la jurisprudencia ha envuelto la teoría de la nulidad de los actos *ultra vires* en una red de distinciones tendientes a eliminarla. Es muy fácil decir que determinada actividad no constituye un fin especial y separado de los previstos en la carta, sino que es incidental porque promueve el objeto social, como, por ejemplo, cuando una línea de autobuses tiene su propio restaurant al lado de la carretera, donde pueden comer y descansar sus pasajeros. Por otra parte, se ha establecido la tesis de que es válido un contrato *ultra vires*, desde el momento en que ha sido cumplido por una de las partes. En un asunto importante,⁹ una compañía cuyo objeto fue la compraventa de huevos y pollos empezó a dedicarse a la distribución de cerveza y al ser demandada por impago del precio opuso que la compra de la cerveza fue *ultra vires*; por evidentes razones de justicia su excepción fue desestimada.

Pero lo que más que nada reduce los efectos de la teoría de los actos *ultra vires* es la práctica muy difundida de evitar sus peligros mediante

⁸ La discute el profesor Frey en un artículo publicado en 100 "U. of Pa. L. Re." 1176.

⁹ *Joseph Schiltz Brewing Co. v. Missouri Poultry and Game Co.*, 287 Mo. 400, 229 S. W. 813 (1921).

inserción en la carta de una larguísima enumeración de fines posibles e imaginables, que puede copiarse de cualquier libro de formularios. No bastaría consignar como fin social una cláusula general como "cualquier fin comercial permitido por la ley", pues por razones históricas se exige que se especifique el fin de la "corporation" en su carta.

Ahora bien, como lo subraya Solá Cañizares,¹⁰ en los países latinos la ley no precisa si ha de tener efectos frente a terceros el acto celebrado por la sociedad fuera del fin que le asignan sus estatutos. Buen ejemplo de esta falta de claridad lo encontramos en la Ley Mexicana de Sociedades Mercantiles, que en su artículo 10 confiere a los administradores facultades para realizar "todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad", pero no nos dice si la consecuencia de una transgresión de esta norma será una nulidad del contrato o solamente una responsabilidad de los administradores frente a la asamblea accionistas.

Creemos que la solución preferible y correcta para los derechos latinos es la que da el Tribunal Supremo de España en su Sentencia de 5 de noviembre de 1959, al expresarse de la siguiente manera: "En nuestro Derecho, por principio, las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general que se extiende a todo campo... , sin que el fin de ellas constituya por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como una sobra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces, aunque se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos." Tal es también el principio que por disposición legislativa rige en Alemania¹¹ e Italia.¹²

Nulidad de las "corporations" fraudulentas y simuladas

Se expresa la doctrina diciendo que cuando una "corporation" ha sido creada con el propósito de defraudar a terceros o cuando no es más que un "instrumento en manos de sus accionistas", la ficción de la personalidad jurídica será ignorada y los tribunales "descorren el velo corporativo". Traducidas a la terminología jurídica del español, estas metáforas indican que se anulan las "corporations" constituidas con propósito de fraude. Estimamos que las soluciones que aquí se obtienen deben tener interés para los juristas latinos, pues es un caso especial del principio, también consagrado para la sociedad anónima, de la nulidad de sociedades con fin ilícito.

Hay que partir de la premisa de que el solo deseo de preservar contra los acreedores la parte del patrimonio que no se invierte en el negocio

¹⁰ Solá Cañizares, *ob. cit.*, pp. 37 y 38.

¹¹ Ley de 1936, art. 74, citado por Solá Cañizares, *ob. cit.*, p. 38.

¹² Art. 2298 del C. Civ. de 1942.

no constituye fraude, pues es un fin enteramente lícito que la ley promueve al limitar expresamente la responsabilidad de los accionistas. Pero se abusa de este privilegio si se constituye la "corporation" con un capital que desde el punto de vista económico no basta para realizar los negocios que emprende, máxime cuando los accionistas sacan de la "corporation" todas las utilidades que obtiene. Es un abuso porque están poniendo el riesgo entero del éxito o fracaso de sus negocios por cuenta de los acreedores de la "corporation". De esta manera es posible burlar no sólo los derechos de los vendedores a plazos y prestamistas, sino de toda clase de acreedores. En una importante sentencia¹³ el dueño de un local comercial firmó contrato de arrendamiento con una "corporation" carente de todo capital, que obtenía los fondos necesarios para pagar el alquiler subarrendando el local a sus accionistas. La "corporation" se había formado exclusivamente como aislante entre los accionistas y el arrendador, para permitirles dar por concluidas sus obligaciones en cualquier momento que les pareciera oportuno, aun antes del término impuesto por el arrendador. El tribunal concluyó que la "corporation" no era más que un testafiero de los accionistas cuya responsabilidad personal se puso en juego.

Se discute si hay "corporation" simulada cuando los accionistas no se toman la molestia de seguir las formalidades impuestas por la ley, como son la convocación cada año de una asamblea de accionistas y la aprobación por el consejo de administración de los contratos importantes celebrados a nombre de la "corporation", para lo cual se necesitan convocatorias, órdenes del día, deliberaciones, actas de cada sesión, etcétera. Este problema es muy importante, dado el gran número de "corporations" que se forman para negocios medianos y pequeños. Aunque se advierte a veces que corren el peligro de ser anuladas estas "corporations", la jurisprudencia ha sido indulgente, hasta tal punto que ha condonado la confusión de patrimonios que lleva consigo la falta de formalidades. Los accionistas pagarán las deudas sociales con fondos propios y sacarán utilidades sin proceder al reparto formal de un dividendo y sin embargo, la "corporation" no se considerará nula. Implica esta solución que no puede declararse simulada una "corporation", excepto en casos de fraude. Su explicación estriba en la necesidad que en el comercio norteamericano se siente de otorgar el beneficio de la responsabilidad limitada a pequeñas empresas. Este fin no se ha logrado a través de la creación de un nuevo tipo de sociedad, como la sociedad de responsabilidad limitada de los derechos romanistas, sino gracias a una actitud liberal y flexible por parte de los tribunales frente a las sociedades íntimas o "close corporations". La imposibilidad de declarar simuladas las "corporations" informalmente dirigidas, no creemos que deba adoptarse en los países latinos, donde el comerciante pequeño dispone de un tipo especial de sociedad que le da

¹³ *Weisser v. Mursam Shoe Corp.*, 1942, 127 F. 2d 344.

la limitación de responsabilidad a cambio de un mínimo de formalidades y si escoge la forma de la sociedad anónima y después no cumple con las formalidades inherentes a tal sociedad, debe ser sancionado, pues no tiene la disculpa del pequeño comerciante norteamericano, que no dispone sino de la "corporation" para limitar su responsabilidad.

Tampoco deja de existir una "corporation" por el hecho de reunirse todas las acciones a manos de una sola persona. En los países latinos, la sociedad unipersonal es una anomalía porque es conceptualmente imposible para una persona ser socio de sí mismo y muchas legislaciones, entre ellas la mexicana,¹⁴ consideran que la reunión en manos de un solo socio o de un número de socios inferior al mínimo previsto por la ley, es causa de disolución. Pues bien, en los Estados Unidos no habría fundamento alguno para semejante solución, ya que la "corporation" se constituye y subsiste no por contrato, sino gracias a una carta otorgada por la autoridad pública. Y de hecho las "corporations" de un solo accionista son sumamente frecuentes. Pero también es verdad que las leyes de "corporations", sin que exista razón para ello, exigen que haya varios fundadores (generalmente tres), quienes suscriban la carta constitutiva.

Cabe agregar también que la actitud poco exigente de los tribunales para con los accionistas individuales de pequeñas empresas cambia radicalmente desde el momento en que una "corporation" tiene una filial (*subsidiary*) de la que no respeta las formalidades de la existencia autónoma. Para armonizar las sentencias en torno a este punto, el profesor Berle esgrimió su teoría de la empresa,¹⁵ diciendo que cuando la filial desde el punto de vista económico deja de ser una unidad separada para convertirse en parte de una empresa más grande, se ignorará la diferencia formal entre ella y la matriz (*parent corporation*) y se permitirá a sus acreedores pagarse con los bienes de esta última. Los tribunales formulan la misma tesis de manera algo distinta, diciendo que ignorarán la existencia separada de la filial cuando no sea más que un agente o instrumento de la matriz. Para tener a salvo la matriz de las deudas de la filial, no basta, pues, observar las formalidades de su vida jurídica independiente, sino que hay que evitar que forme con ella una sola empresa. Pero resulta difícil hacer aplicación de esta teoría, como lo demuestra una famosa sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York,¹⁶ en la que se demandó a una línea del metropolitano de Nueva York (*subway*) por daños producidos por su filial, que tenía otra concesión distinta, pero para la misma especie de actividad. Basándose en que los empleados de ambas líneas eran distintos y que no se prestaban los vagones de una para usarse en la otra, el tribunal dictó sentencia a favor de la matriz.

¹⁴ Ley General de Sociedades Mercantiles, art. 229, fr. IV.

¹⁵ Berle, *The Theory of Enterprise Entity*, 47 "Col. L. Rev." 342 (1947).

¹⁶ *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.*, 244 N. Y. 84, 155 N. E. 58 (1926).

La mayor severidad con que los tribunales norteamericanos enjuician a las filiales en comparación con las "corporations" íntimas se justifica plenamente, ya que el privilegio que implica limitar la responsabilidad del accionista existe para la protección del patrimonio personal y si la ley tácitamente permite también el aislamiento del patrimonio de una "corporation", es con un criterio riguroso y estricto que debe tratarse este uso del privilegio, que produce el amontonamiento de una responsabilidad limitada encima de otra.

La teoría de la empresa recibió en un asunto reciente¹⁷ una aplicación novedosa. Se trataba de otro tipo de abuso de la limitación de responsabilidad. El dueño de una gran cantidad de taxis los agrupó en diez "corporations", cada una de las cuales no tenía más que dos taxis. El propósito de esta maniobra fue eludir las reclamaciones de terceros por hechos ilícitos ocurridos al operar los taxis. Respondería el dueño solamente con el valor de dos taxis, por muy grave que sea el accidente, además del seguro contra responsabilidad, que era obligatorio, pero insuficiente. Para evitar que saque provecho de su plan, la Corte de Apelaciones de Nueva York agrupó todas las "corporations" hermanas (*affiliated corporations*), considerando que no constituían sino una sola empresa. En cambio, al dueño de las acciones no lo declararon responsable con sus bienes privados, aunque este punto no puede considerarse como resuelto en definitiva, pues hubo un poderoso voto disidente en el cual se hizo notar que el dueño había abusado de las "corporations" para defraudar a los acreedores y que la consecuencia de "descorrer el velo corporativo" no es formar una "corporation" imaginaria que no ha sido constituida por el dueño, sino de poner en juego su responsabilidad personal.

Tiene estrecha relación con el tema que nos ocupa el de la simulación de los créditos que los accionistas conceden a sus propias "corporations". En principio, una corporation puede obtener dinero prestado de cualquier persona, inclusive de su propio accionista. Pero llega un momento en que lo que reviste la forma jurídica de un préstamo viene a ser en realidad una inversión de capital y cuando se presenta este supuesto y quiebra la "corporation", no se permite al accionista-prestamista presentarse como acreedor de la masa y recibir un pago parcial, menguando la parte que corresponde a los demás acreedores. Es aún más grave la situación cuando el accionista, como frecuentemente sucede, no se contenta con ser acreedor quirografario de su "corporation", sino que se garantiza con una hipoteca. Los tribunales de quiebra tienen entonces dos posibilidades: o bien declarar simulada solamente la garantía, permitiendo al accionista presentarse como acreedor común,¹⁸ o bien de-

¹⁷ *Walkouszky v. Careton*, 18 N. Y. 2d 414, 223 N. E. 2d 6 (1966).

¹⁸ El tema de la simulación de las garantías reales, simulación que encubre el propósito de defraudar a los acreedores quirografarios del deudor, no entra propiamente dentro del derecho de "corporations." Tratándose de garantías sobre bienes

clarar simulado todo el crédito, considerando que no hubo más que una simple inversión de capital.

Huelga insistir sobre las dificultades de aplicación que estas teorías suscitan. Una gran ayuda en resolverlas proviene, no obstante, de la presunción de fraude contra los demás acreedores de la "corporation" que surge cuando a consecuencia del préstamo aparece demasiado menudo el capital en relación con las deudas de la "corporation", lo cual se aprecia tomando en cuenta los riesgos del negocio a que se dedica y la relación de activo neto y pasivo de otras "corporations" en situación similar.

Vale la pena destacar ahora el doble efecto que produce en el derecho de "corporations" el capital insuficiente (*thin capitalization*). Cuando hablamos de capital en el sentido de bienes de que dispone la "corporation", vemos que el capital insuficiente acarrea una presunción de fraude pauliano que autoriza al juez a ignorar la existencia de la "corporation" y permitir a sus acreedores hacer efectivos sus créditos contra el patrimonio personal del accionista, o, como sucedió en el asunto de los taxis, contra los bienes de las "corporations" hermanas. Pero cuando usamos la palabra "capital" en su significación contable, contrastándola con las deudas de la "corporation", vemos que el capital insuficiente produce un efecto muy distinto, que es la simulación del préstamo otor-

fijos y determinados, como el equipo industrial, no es concebible la simulación. Pero en los Estados Unidos, debido a la abundancia de capital en la economía, ha surgido el impulso de gravar también la mercancía que el comerciante se propone vender y los créditos que haya obtenido vendiéndola a plazos, los cuales se ceden sin notificación a los deudores. Ambas garantías son contratos de renovación, que gravan la mercancía o los créditos presentes y futuros del deudor. La jurisprudencia se mostró al principio hostil al gravamen de tales objetos, debido a que dejaba a los acreedores comunes sin bienes libres para embargar. Se manifestó esta hostilidad en la insistencia de que el acreedor prohibiera al deudor dejar disminuir el valor de la mercancía o de los créditos que lo garantizaban, pues se argumentaba que si consentía en que bajaran, le faltaba el propósito serio de ser garantizado y la garantía era simulada. Implicaba esto que los banqueros y financistas tenían que vigilar a sus deudores y tratándose de cesiones de créditos que tenían que exigirles frecuentes rendiciones de cuentas, para que les entregaran lo cobrado a los deudores cedidos. Los inconvenientes que representaban estas exigencias acabaron por producir la abolición legislativa del principio de la simulación de las garantías, que consagra el Código Comercial Uniforme en su sección 9-205. Subsiste, sin embargo, la posibilidad de probar la colusión entre deudor y acreedor para defraudar a los acreedores comunes; pero para esto no basta demostrar la indiferencia del acreedor a la suerte de la mercancía o los créditos que lo garantizan, sino que hay que probar el ánimo de fraude. Existiría este ánimo cuando un familiar del deudor recibe una hipoteca sobre su mercancía o una cesión de sus créditos, en garantía de una deuda preexistente y aunque no esté dentro del periodo de retroacción de la quiebra, que es de cuatro meses fijos, anteriores a la interposición de la demanda de quiebra. En el ámbito de las "corporations" podría existir garantía en fraude de acreedores, cuando se grava la mercancía a favor del accionista principal de la "corporation", la cual, al acercarse a la insolvencia, deja bajar el nivel de su mercancía, hasta que la quiebra se hace inevitable, en cuyo momento utiliza todos sus fondos para comprar mercancía, no para disponer de ella, sino para respaldar la garantía de su accionista.

gado por el accionista a su "corporation", préstamo que en realidad fue una aportación de capital, lo cual impedirá que el accionista y supuesto prestamista cobre un dividendo en la quiebra de la "corporation". Deberían tener interés para el jurista mexicano estas soluciones, pues la simulación es un fenómeno universal y aunque en ciertos sistemas jurídicos como el alemán se respeta el acto simulado por regla general, para aumentar la seguridad jurídica, no sucede así ni en México ni en Estados Unidos, donde los jueces tienen que emprender la ardua tarea de ir al fondo de las cosas y descubrir el negocio realmente querido, cuando hubo uno. Y aunque es verdad que las leyes tratan de hacer frente al problema del capital insuficiente estableciendo un capital mínimo, este capital es tan diminuto que no alcanza sino para un taller de artesanía¹⁹ y no elimina la tentación de cometer abusos para empresas que necesitan mayor inversión para poder trabajar.

Los órganos de la "corporation"

Las leyes de "corporations" disponen invariablemente que habrá un consejo de administración (*board of directors*) y una asamblea de accionistas (*shareholders' meeting*), pudiéndose además designar a uno o más funcionarios (*officers*), como el presidente, el tesorero, el secretario, el gerente general, etcétera. Es el esquema de la sociedad anónima, con la diferencia de que no puede confiarse la administración de una "corporation" a un administrador único, como sucede en México (art. 142 de la L.S.M.), a pesar de las ventajas que tendría esta posibilidad en las "corporations" íntimas y unipersonales.

Esta serie de órganos está ideada para la "corporation" de tamaño medio y produce tensión en ambos extremos, en la "corporation" íntima, generalmente de tipo familiar, y en la "corporation" inmensa, en la cual ningún accionista tendrá más de diez por ciento de las acciones, estando las demás repartidas entre miles de pequeños inversionistas. En la vida comercial se ve la tendencia de confiar la gestión social a los mismos accionistas en la "corporation" íntima y por el contrario a despojar de todo poder a la asamblea de accionistas de la "corporation" grande, de hacer inclusive del consejo de administración un cuerpo pasivo, para concentrar todo el poder en manos de los funcionarios.²⁰ Los tribunales han tenido grandes dificultades en hacer frente a estas dos tendencias, dado que tienen que fundar sus sentencias sobre "corporations" pequeñas y grandes en una misma ley en la que no se hacen distinciones. Recuérdese

¹⁹ En México es de 25,000 pesos (art. 89, fr. II, de la Ley de Sociedades Mercantiles) y en los Estados Unidos baja en muchos Estados a mil dólares. Véase *Delaware General Corporation Law*, sección 102 (2) (4).

²⁰ Obra clásica sobre la concentración de poder en la "corporation" es Berle y Means, *The Modern Corporation and Private Property*, publicado en 1932.

que en el derecho norteamericano no existe un tipo de sociedad intermedio entre la anónima y la colectiva que proporcione al inversionista el beneficio de la responsabilidad limitada.²¹

Tratándose de "corporations" íntimas, hemos visto que la falta de cumplimiento con las formalidades legales para su funcionamiento no acarrea la nulidad de la "corporation" ni la responsabilidad ilimitada de los accionistas. Pero muchos otros problemas surgen cuando se desatiende a estas formalidades. ¿Cuál será el efecto del contrato celebrado a nombre de la "corporation" por uno de sus accionistas, cuando no ha recibido poderes del consejo de administración ni se ha ratificado el contrato? Cuando es accionista único no podemos vacilar.²² Cuando son varios los accionistas, pero todos dan su consentimiento, también parece equitativo hacer responsable a la "corporation". Para resolver este problema de especial urgencia muchos estados han promulgado reformas declarando obligatorios para la "corporation" los actos para los cuales se recaba el consentimiento por escrito de todos los accionistas.²³

Sucede también que se busque la ratificación de un contrato por el consejo, sin lograrlo en la forma legal, verbigracia cuando se obtiene el consentimiento por separado de cada uno de los consejeros, sin que se haya celebrado una reunión. Sobre la cuestión de la validez de tales actos tenemos jurisprudencia contradictoria, pero las sentencias más recientes se inclinan a favor de la obligatoriedad.²⁴ Para los contratos de tracto sucesivo existe otra salvación: la teoría de la ratificación tácita que existe en materia de representación (*agency*). Así pasa cuando se contratan los servicios de un gerente por un periodo determinado y aunque la ratificación de su contrato por el consejo padeciera de un defecto, la "corporation" sigue funcionando sin que en una reunión próxima del consejo se resuelva hacer valer la nulidad del contrato. Cuando después se quiere despedir al gerente resulta inevitable pagarle daños y perjuicios, puesto que su contrato adquirió validez por el consentimiento tácito de la "corporation".²⁵

En las "corporations" muy grandes también hay dificultad en cumplir

²¹ Existe la sociedad en comandita, llamada "limited partnership", pero está muy desusada.

²² Se falló a favor de la validez del acto en el asunto de *Park Terrace, Inc. v. Phoenix Indemnity Co.*, 241 N. C. 473, 85 S. E. 2d. 677, reh., 243 N. C. 595, 91 S. E. 2d. 584 (1956).

²³ *Baker & Cary, ob. cit.*, p. 117.

²⁴ Compárense las sentencias de *Baldwin v. Canfield*, 26 Minn. 43 (1879), que exige que los consejeros actúen en consejo para que sus actos sean válidos, con *Gerard v. Empire Square Realty Co.*, 195 App. Div. 244, 185 N.Y.S. 306 (1921), que da la solución opuesta, fundándola en la injusticia que se produce cuando la "corporation" elude sus obligaciones alegando la falta que ella misma cometió al no celebrar debidamente una reunión de su consejo.

²⁵ *Sherman v. Fitch*, 98 Mass. 59 (1967); *MacArthur v. Times Printing Co.*, 48 Minn. 319, 51 N. W. 216 (1892).

con las formalidades del funcionamiento legal, aunque de otra naturaleza. Es costoso e inconveniente celebrar asambleas de accionistas y se percibe la tendencia, que encuentra su expresión en las leyes llamadas "liberales", como la del Estado de Delaware, en que se constituyen muchas "corporations", aunque tengan sus establecimientos principales en otros estados,²⁶ de permitir que en la carta se confiara al consejo de administración muchas facultades que, en el derecho de la sociedad anónima, corresponden a los accionistas, como la de aprobar el balance, emitir nuevas acciones dentro del capital autorizado y declarar los dividendos que se van a repartir y también, como ya vimos, enmendar los reglamentos, que contienen importantísimas normas de la vida social. Sin embargo, el derecho de elegir anualmente a los consejeros no es posible quitarlo a la asamblea de accionistas, para la cual la dirección tiene gran empeño en solicitar poderes (proxies) para que se presente un quórum. Las leyes "liberales" ayudan en este respecto, permitiendo que se señale en la carta o los reglamentos un quórum inferior a la mitad del número de las acciones emitidas, salvo el caso de las resoluciones extraordinarias.²⁷ Para las vacantes surgidas en el consejo de Administración durante el ejercicio social también ayudan las leyes, permitiendo al consejo mismo llenarlas, aunque no se haya pactado nada en la carta al respecto.²⁸

Se llaman leyes "liberales" aquellas que favorecen el funcionamiento de grandes "corporations", reduciendo al mínimo el papel de la asamblea de accionistas y las demás trabas al eficiente funcionamiento de la gran empresa. Aunque el Estado de Nueva Jersey fue el iniciador del movimiento, fue superado por el de Delaware, que desde 1915 tiene la ley más "liberal" a la cual se han acogido un sinnúmero de grandes "corporations". Pero los demás estados no tardaron en reaccionar, pues querían evitar la formación de "corporations" de índole local bajo leyes de otro estado, con el resultado de que en la actualidad predomina decididamente el criterio "liberal" entre las leyes de "corporations".

En las grandes "corporations" norteamericanas, la estructura de poderes es diametralmente opuesta a la contemplada por la ley. La ley se inspira en el ideal democrático, concibe a la asamblea de accionistas como el órgano supremo de la "corporation", frente a la cual responden los administradores de la fiel realización de su encomienda. Pero en la realidad de las grandes "corporations" sucede todo lo contrario. En la cima de la estructura de poder están los altos funcionarios (*senior executives*), quienes pueden ser consejeros o designar para el puesto a personas de su confianza que son electas por una asamblea de accionistas pasiva, en la que casi todas las acciones son representadas por personas seleccionadas por la

²⁶ Como cuestión de conflicto de leyes se estima que la "corporation" tiene como domicilio el estado bajo cuyas leyes se constituyó y estas leyes son aplicadas a toda la reglamentación interna de la "corporation".

²⁷ *Delaware General Corporation Law*, sección 216.

²⁸ *Delaware General Corporation Law*, sección 223.

dirección (*management*), que tienen poderes (*proxies*) para votar a favor de las propuestas de la misma. Los accionistas son en el fondo inversionistas pasivos, que únicamente se interesan por los dividendos o el aumento del valor de sus acciones, sin preocuparse de los medios cómo se logran estos beneficios. El funcionamiento de la gran empresa es demasiado complicado para ser comprendido por el inversionista pequeño. Tan pasivos son los accionistas, que es muy difícil lograr que otorguen poderes para el voto de sus acciones, pues muchos no desean firmar el poder sin leerlo, pero tampoco tienen siempre el tiempo o interés suficiente para su lectura.²⁹

En vista del papel indiferente de la masa de accionistas, es inevitable concluir que los dirigentes de las grandes "corporations" se autoseleccionan, en el sentido de que los antiguos escogen a los nuevos. Este sistema pudo haber conducido al nepotismo y a frecuentes casos de abuso de confianza, pero gracias al vigor de las costumbres comerciales ha sucedido muy otra cosa: el nacimiento de una clase de directores profesionales, en su mayoría graduados de escuelas de administración comercial, quienes, después de un aprendizaje que los lleva a conocer los diferentes departamentos de la gran empresa, son llamados a desempeñar cargos de gran responsabilidad. A los escritores que por motivos ideológicos deploran la desaparición de la democracia en las grandes empresas, se les puede contestar que el sistema oligárquico que lo ha substituido tiene por lo menos la ventaja de ser más eficiente. Debe reconocerse, sin embargo, que aunque la nueva clase de directores profesionales no es deshonesto, tampoco es avaro a la hora de pagarse sus emolumentos a expensas de la "corporation". Además de percibir salarios más altos que las demás clases sociales (excepción hecha de las estrellas de cine naturalmente), son remunerados también por medio de derechos de preferencia para comprar acciones de la "corporation" (*stock option plans*) y rentas para el día en que se jubilen (*pension plans*), además de disfrutar de los dineros de la "corporation" para viajes, comidas y diversiones, cuando están relacionados con sus negocios (*expense accounts*). ¡Sorprende poco que no cometan abusos de confianza, cuando se presentan tantas ocasiones de enriquecerse abierta y lícitamente!

Aunque los accionistas hayan perdido el control sobre los directores de las "corporations", los tribunales siguen velando por que sus emolumentos no sean exorbitantes, aplicando la teoría del despilfarro social (*doctrine of corporate waste*), que anula como *ultra vires* los pagos hechos a los gerentes cuando no aportan un beneficio a la "corporation". La cuestión se ventila ante un jurado y los directores demandados alegan en defensa de su conducta que los pagos que recibieron fueron incentivos necesarios para estimularlos a desempeñar eficientemente sus funciones y

²⁹ A Lepargneur también le llamó la atención este fenómeno, pues llegó a decir que "el individuo pierde prácticamente el control de sus inversiones, a pesar de toda la reglamentación que tiende hacia el resultado contrario". *ob. cit.*, pp. 169-170.

que no son superiores a los percibidos por los directores de empresas similares.³⁰

Frente a carácter excesivamente "liberal" de las leyes estatales de "corporations" reaccionó en 1933 y 1934 el gobierno federal, creando una Comisión de Valores y Bolsas (*Securities and Exchange Commission*), cuya tarea principal consiste en exigir que en las emisiones públicas de valores se revelen todos los datos importantes que podrían influir sobre los inversionistas. Pero también se hizo un esfuerzo por reforzar la democracia en las grandes "corporations", sin que se pueda decir que haya producido frutos. Según la sección 14 de la Ley de Bolsas de Valores de 1934 (*Securities Exchange Act*), las "corporations" que cotizan sus acciones en una bolsa y las otras de cierto tamaño³¹ no pueden ya exigir de sus accionistas que firmen poderes en blanco, autorizando al apoderado a votar a favor de las propuestas de la dirección, sino que la solicitud de poder debe venir acompañada de un informe (*proxy statement*) que contiene todos los datos necesarios para permitir a los accionistas votar inteligentemente, con un espacio que les permita votar sí o no para cada resolución que se presentará a la asamblea. Con anterioridad a cada asamblea debe la "corporation" depositar una copia de su declaración con la Comisión, para que le dé su visto bueno.³² Pero el efecto de este sistema no ha sido el de despertar el interés de los accionistas en el manejo de las grandes "corporations", sino a lo sumo traer a la luz ciertos hechos que repercuten sobre el valor de las acciones en la bolsa. El accionista que no está satisfecho con la gerencia de una "corporation" no ejercita su derecho de votar "no" en el poder que le envían, sino que vende sus acciones. Hoy en día no es posible ya salvar la democracia en las "corporations". Hay que substituir el control que ha dejado de ejercer la asamblea de accionistas por un control de otra índole. En los Estados Unidos este control recae cada día más sobre los tribunales, los cuales, de una manera muy realista, han equiparado a los directores de una "corporation" con fiduciarios (*trustees*) y les han impuesto el deber de lealtad (*duty*

³⁰ Véase *Fogelson v. American Woolen Co.*, 170 F. 2d 660 (2nd Cir., 1948).

³¹ Según la sección 12 (g) de la Ley de 1934, están sometidas a vigilancia de la Comisión de Valores y Bolsas, las "corporations" con acciones cotizadas en bolsa y aquellas otras que, aunque emitan sus acciones al público a través de corredores en el llamado "over-the-counter market", tienen bienes valorados en más de un millón de dólares o más de quinientos accionistas.

³² Es comparable el derecho de recibir este informe con el derecho de información que ha sido creado en España por la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. La ley española autoriza al accionista a solicitar y obtener de los administradores los datos y aclaraciones que necesite para emitir su voto. El accionista norteamericano no necesita solicitar estos datos; la ley misma obliga a la "corporation" a proporcionárselos cada vez que solicita su voto por correspondencia. Pero en las "corporations" pequeñas y medianas no existe este derecho, ni hay un derecho de información al modo español. Solamente puede el accionista hacer una inspección de los libros de la "corporation" por su propia cuenta, como veremos en seguida al hablar de la fiscalización.

of loyalty) y de prudencia (*duty of care*) que se había elaborado en el derecho de los "trusts". Pero antes de examinar este control judicial, veremos la técnica que lo hace posible: la fiscalización individual de la "corporation" por sus accionistas y la acción que pueden incoar en interés social (*derivative suit*).

*La fiscalización de la "corporation" por el accionista
y su acción en interés social*

Mientras en las sociedades pequeñas el problema de la fiscalización no se presenta, porque cada uno de los socios vigila a los demás, en las sociedades anónimas y en la "corporation" se presenta de manera muy aguda. Los códigos latinos por lo general lo resuelven creando un órgano especial de vigilancia, que consiste de uno o más comisarios, que están desvinculados de la administración y que tienen derecho a examinar no solamente los libros de la sociedad, sino también su funcionamiento material para rendir un informe a la asamblea de accionistas. La falla de este sistema es que los comisarios son electos por los mismos accionistas que han elegido a los administradores, de manera que existe identidad de intereses entre los vigilantes y los vigilados.

En la "corporation" norteamericana no hay órgano de vigilancia. Se sigue el sistema de la fiscalización por los accionistas individuales, que tienen acceso a los libros de la "corporation", pero no pueden insistir en estar presentes durante las deliberaciones del consejo de administración, ni observar la marcha de la empresa. Tampoco es muy bueno este sistema, ya que cuando un accionista se presenta (generalmente acompañado de su abogado y uno o más contadores) para examinar los libros de la "corporation", nace inmediatamente de parte de la dirección la hostilidad contra el intruso y la sospecha de que está buscando datos perjudiciales para exigir alguna responsabilidad. En este estado de ánimo, es muy común que se niegue a dejarle examinar los libros, alegando que está tratando de abusar de su derecho, lo cual obliga al accionista a acudir al tribunal para pedir una "injunction" o un "writ of mandamus" para obligar a los directores a autorizar la inspección. Con la dilación del proceso pierde la inspección muchas veces su utilidad.

Sobre las "corporations" cuyas acciones son cotizadas en una bolsa ejerce la Comisión de Valores y Bolsas cierta vigilancia, pero solamente para cerciorarse de que no hay declaraciones falsas u omisiones en las solicitudes de poderes y los programas (*prospectus*) que acompañan las emisiones de valores al público. Una minuciosa fiscalización administrativa de las "corporations" no la hay.

Procede ahora hacer una salvedad a lo dicho antes. Aunque no hay comisarios en las "corporations", hay muchas veces administradores cuya verdadera misión no es administrar, sino vigilar. Son los administradores electos por la minoría en el sistema de representación proporcional pro-

ducido por la acumulación de votos (*cumulative voting*),³³ En el fondo, se les debe equiparar a los comisarios designados por la minoría, los cuales existen en algunos países, aunque no en México.³⁴ La diferencia entre unos y otros es que los administradores tienen derecho a votar, lo cual no tendrá trascendencia, salvo el caso inesperado de una vacante en el consejo.

La fiscalización individual, con todos sus inconvenientes para el accionista y la "corporation", tiene sin embargo la ventaja de armonizarse con el sistema de hacer efectiva la responsabilidad de los consejeros y funcionarios a través de la acción en interés social (*derivativa action*) que puede iniciar el accionista con los datos que puede haber descubierto mediante el ejercicio de su derecho de inspección o de cualquier otra manera.

En esta acción, el accionista obtiene de la "corporation" el pago de sus gastos judiciales si su juicio tiene éxito. Pero si fracasa, los gastos judiciales son por su cuenta y entonces serán los consejeros o funcionarios demandados quienes se harán reembolsar por la "corporation", por haber incurrido en un gasto relacionado con su función o trabajo. Por otra parte, si el accionista gana el pleito, los daños y perjuicios a que el juez condene a los demandados serán entregados a la "corporation", que también es necesario demandar en el pleito. ¿Cuál es entonces el incentivo que tiene el accionista para iniciar este tipo de pleito? Si es dueño de un número substancial de acciones, el pago hecho a la "corporation" lo beneficiará indirectamente. Es por lo tanto en las "corporations" pequeñas y medianas que la acción en interés social desempeña una misión útil. En las muy grandes, la parte del capital que corresponde inclusive a un accionista importante es tan pequeña con relación al capital total que no sería perceptible para él el beneficio recibido por la "corporation".

La acción en interés social ha producido muchos abusos. Son muy nu-

³³ El sistema de acumulación de votos funciona como sigue: En lugar de que cada acción represente un voto y pueda ser votada a favor o en contra de cada candidato para consejero (lo cual permite a la mayoría nombrar a todos), los votos de los accionistas son acumulados. Si una acción puede votar cinco veces, porque hay cinco candidatos, tendrá cinco votos que podrá concentrar sobre un solo candidato. No se vota en contra, sino sólo a favor del candidato predilecto, el cual sale electo si los accionistas que lo favorecen tienen el número mínimo de votos necesarios. En el ejemplo más sencillo, en que hay tres candidatos, sería necesario tener una cuarta parte de los votos presentes en la asamblea más un voto para evitar que se produzca el empate. La mayoría elegiría a dos candidatos, usando la mitad de los votos presentes; la minoría, usando una cuarta parte más un voto, tendría más de lo que sobra a la mayoría y elegiría al tercer candidato. Los votos restantes no serían echados. La acumulación de votos es obligatoria en algunos estados, como California e Illinois; en otros, como Delaware, se vota sin acumulación, salvo disposición contraria contenida en la carta.

³⁴ Solá Cañizares, *ob. cit.*, p. 426. En México sólo habría comisario de la minoría en el caso, muy raro en la práctica, en que hay tres o más comisarios, pudiendo una minoría que represente el 25% del capital social designar a uno de ellos.

merosos los casos en que un accionista de muy pocas acciones la intente con el fin de obtener algo para sí, como precio del desistimiento. Los consejeros o funcionarios demandados, que ya cometieron la ilegalidad por la cual se les demanda, cometen entonces otra, logrando que la "corporation" pague al demandante para que se desista. En vista de estos abusos, en muchos estados se ha dificultado el ejercicio de la acción en interés social, pero cada vez que esto se hace (por ejemplo obligando al accionista demandante a otorgar fianza para los gastos incurridos por los consejeros y funcionarios demandados o haciendo más corto el plazo de la prescripción) se obtiene también como efecto incidental el de proteger a los funcionarios y consejeros en los delitos que cometen.

En los países latinos, con sus comisarios encargados de la vigilancia, no hay acción similar a la acción en interés social. Es verdad que conforme a muchos códigos procesales puede haber gestión judicial de negocios ajenos, pero esta acción, si se intentase, quedaría paralizada por la intervención de la sociedad, mientras la acción norteamericana puede tramitarse contra la voluntad de la "corporation". En el sistema de los países latinos, los comisarios rinden un informe a la asamblea de accionistas, la cual nombra a un representante para iniciar la acción contra los administradores infieles. Sin embargo, la Ley mexicana de Sociedades Mercantiles otorga en su artículo 163 una acción que se parece a la acción norteamericana en interés social, pero requiere que sea intentada por accionistas que representan el treinta y tres por ciento del capital social. Como no es una verdadera gestión de negocios, considera Mantilla Molina que en esta acción "la minoría se convierte en un verdadero órgano social, ya que su actuación redundará en provecho de la colectividad".³⁵ Si se acepta esta tesis resulta innecesario hacer intervenir a la sociedad en el pleito, como sucede en los Estados Unidos, pues ya está representada por la minoría. Además, la minoría tendría derecho a ser reembolsada por los gastos judiciales incurridos, aun en el supuesto de haber perdido el pleito.

La fiscalización de las "corporations" es, pues, multiforme. Al lado de la fiscalización por los accionistas existen los consejeros que representan a la minoría y en las "corporations" grandes existe un control administrativo tendiente a evitar que se hagan declaraciones falsas en los programas y las solicitudes de poderes. Para las "corporations" grandes, esta fiscalización administrativa es la única eficaz, ya que para la fiscalización individual falta el incentivo y es raro que exista una minoría organizada que pueda elegir a un consejero.

³⁵ Mantilla Molina, *ob. cit.*, p. 418.

El deber de lealtad de los consejeros y funcionarios

La fiscalización sirve para descubrir las irregularidades cometidas por los consejeros y funcionarios en el manejo de la "corporation". Para hacer valer la responsabilidad que de ahí emana, además de la acción que puede ser intentada por la "corporation" misma o su síndico en caso de quiebra, existe la acción en interés social, incoada por un solo accionista. La existencia de esta acción ha dado motivo para una amplia jurisprudencia en la que se enjuicia la conducta de consejeros y funcionarios. No es una jurisprudencia del orden penal, como lo es en los países latinos, donde el incidente de daños y perjuicios dentro del procedimiento penal es la manera predilecta para obtener la indemnización de abusos de confianza, sino que es de naturaleza civil, porque en los Estados Unidos no existe el incidente de daños dentro del juicio penal ni hay delitos que se persigan a petición de la parte ofendida y que pueden terminarse a voluntad de ésta una vez que ha llegado a una transacción con el demandado. Las acciones penales que de estos hechos surjan son enteramente independientes de las civiles; su fin no es la coacción, sino únicamente el castigo.

Al lado de la acción nacida del hecho ilícito, que típicamente será una apropiación indebida (conversión), existe otra, por medio de la cual se faculta a la "corporation" para anular los contratos que haya celebrado con sus funcionarios y consejeros, cuando aprovecharon el ascendiente que tenían sobre ella para su enriquecimiento personal. Responde esta nulidad relativa por abuso de confianza (*abuse of trust*) a la amplitud que en el derecho norteamericano toman las relaciones fiduciarias. La regla latina que más se le asemeja por su fundamento, es la nulidad absoluta con la cual se sanciona el autocontrato celebrado por el representante con relación a los bienes del representado. La norma norteamericana difiere de ella por la especie de sanción que establece la amplitud de su aplicación.

Existen dos versiones de la regla, la tradicional y estricta, que hoy en día sólo tiene vigencia en el caso especial del aprovechamiento por los consejeros de una oportunidad de la "corporation" y la flexible y moderna que predomina en lo referente a los contratos celebrados por los consejeros con su "corporation".

La versión tradicional, hoy descartada, fue una aplicación directa al derecho de las "corporations" del principio rector en materia de "trusts", que impide al fiduciario celebrar contrato consigo mismo sobre la cosa que le fue confiada. La analogía fue permisible, ya que la "corporation" y especialmente sus accionistas están a la merced de los consejeros y funcionarios para el manejo de su patrimonio, de una manera similar a la indefensión del beneficiario frente al "trustee"; en ambas situaciones es elemento motivador la confianza que se tiene en el fiduciario o con-

sejero. Esta versión tradicional de la regla se defendió en una famosa sentencia, en la que se dijo: "Cuando el derecho [obtenido por el fiduciario] nace de un contrato expreso y no de una disposición de la ley, el fiduciario no puede oponerlo al beneficiario del 'trust'; pues en el mismo negocio que le dio origen, en que debió poner su mirada en el interés del beneficiario, intervino ante sus ojos su propio interés opuesto."³⁶

Pero una regla rígida, que evita todo conflicto de intereses, tiene también graves inconvenientes, pues el contrato celebrado por la "corporation" con un consejero es en muchos casos provechoso para ambas partes y perfectamente equitativo. La experiencia ha demostrado la necesidad de una regla más flexible. Ahora se toma en cuenta la equivalencia de las prestaciones, el influjo ejercitado por el consejero en la ratificación del contrato y la sinceridad con la cual ha revelado a los demás consejeros el provecho que iba a sacar. Esta revelación es especialmente importante cuando el provecho será percibido no directamente por el consejero, sino por otra "corporation" de la cual es accionista.³⁷ Pero no se ha desnaturalizado la acción, para transformarla en una anulabilidad por causa de lesión; conserva su razón de ser en la lealtad que el consejero o funcionario debe guardar frente a la "corporation", pues las exigencias morales que se imponen en la contratación con su propio "corporation" son mucho más elevadas que las que debe guardar frente a otras personas.

El deber de lealtad se manifiesta también en casos de aprovechamiento por parte de los consejeros o funcionarios de ofrecimientos hechos a la "corporation". Así sucedió en su asunto³⁸ en el cual se hizo un ofrecimiento a una "corporation" para que comprara unas acciones, pero sus consejeros contestaron que aunque la "corporation" no estaba en condiciones de comprarlas, ellos las adquirirían gustosamente a nombre propio; lo hicieron así y en la reventa de estas acciones realizaron un gran beneficio. En la acción de rendición de cuentas que fue entablada contra los consejeros, el tribunal rechazó la teoría moderna y flexible que vimos en materia de contratos celebrados por la "corporation" con sus consejeros y que pudo haber conducido a un resultado favorable a los demandados, ya que la "corporation" por falta de fondos no pudo haber hecho la compra; se mantuvo inflexible en la regla tradicional, que trata de impedir todo conflicto de intereses en la relación fiduciaria, regla saludable, dijo el juez, ya que estimula a los consejeros a hacer el máximo esfuerzo en pro de la "corporation", obteniéndole un préstamo si fuera preciso, so pena de ver hundirse por completo la oportunidad.

En torno al deber de lealtad de los consejeros de una sociedad anónima las leyes guardan silencio, pero las soluciones no son difíciles de en-

³⁶ *Stewart v. Lehigh Valley Railroad Co.*, 38 N.J.L. 505 (1875).

³⁷ *Globe Woolen Co. v. Utica Gas & Electric Co.*, 224 N. Y. 483, 131 N. E. 378 (1918); *California Corporations Code*, Sección 820.

³⁸ *Irving Trust Co. v. Deutsch*, 73 F. 2d 121 (2nd Cir., 1934).

contrar. Obviamente, la descarada apropiación de un bien de la sociedad por uno de sus consejeros sería reprimida como abuso de confianza. También nos parece evidente que el administrador único no puede celebrar contrato a nombre de la sociedad para sí mismo, y que tal contrato sería nulo en el supuesto de ser equitativo, pues choca contra el principio, que para el derecho mexicano se contiene en el artículo 299 del C. de Com., de que un representante no puede celebrar contratos en interés propio sobre las cosas que le son encargadas. Pero la situación del consejero es diferente. Para celebrar un contrato con su sociedad, no necesita intervenir como representante de ésta. La sociedad será representada por el consejo en su totalidad. De ahí que, hablando estrictamente, no esté prohibido el contrato del consejero con la sociedad, dado que las normas prohibitivas no son susceptibles de extensión por analogía. Así lo entendió el Tribunal Supremo de España en su sentencia de 14 de octubre de 1966. Sin embargo, conviene siempre recordar que a falta de prohibición expresa puede apelarse a la nulidad de los contratos inmorales o contrarios a las buenas costumbres, a través de la cual el juez tiene discreción para declarar nulos los contratos abusivos, en que el motivo dominante del consejero es enriquecerse a expensas de la sociedad. A través de estas normas, se llega a un resultado similar al moderno sistema flexible, que impera en los Estados Unidos, en torno a la misma cuestión.

También para el problema del aprovechamiento por parte de un consejero de un ofrecimiento que se hace a la "corporation", debiera llegarse, para la sociedad anónima, a un resultado comparable al que se ha producido en los Estados Unidos, aunque también con base en una explicación jurídica distinta. En lugar de hablar de un quebrantamiento del deber de lealtad, habría que ver en esta situación un daño ilícitamente inferido a la sociedad, al privarla de la oportunidad de realizar una ganancia.

El capital y su protección

Tanto para la constitución de una sociedad anónima como para el reparto de dividendos se proveen reglas estrictas de protección del capital. Estas reglas existen en provecho de los acreedores de la sociedad, quienes gracias a ellas pueden contar con una prenda segura para el pago de sus créditos. Para la creación de la sociedad anónima, exige la ley mexicana (art. 89) que el capital esté íntegramente suscrito, y que se exhiba por lo menos el veinte por ciento del valor nominal de las acciones emitidas a cambio de dinero. (En la práctica, sin embargo, el notario no exige prueba de la realidad de las suscripciones, ni insiste en que se le exhiba el valor pagado por las acciones, sino que se contenta con lo que le declaren los socios en el proyecto de escritura constitutiva que le llevan a protocolizar.) Por lo que respecta al reparto de dividendos, se establece una doble limitación: en primer lugar, no se pueden repartir dividendos

excepto con base en las utilidades arrojadas por el balance (art. 19), sin que sea claro si pueden repartirse utilidades ahorradas en ejercicios anteriores, y en segundo lugar, no pueden repartirse si la sociedad ha sufrido una pérdida de parte de su capital, aun cuando, gracias a una mejora en los negocios, existan utilidades para el ejercicio social en curso. La ley exige, además, que al lado del capital se constituya una pequeña reserva legal (art. 20), que es tan intangible como el propio capital.

En los Estados Unidos no se precisa exhibir nada al momento de constituir la "corporation", ni es necesario que su capital sea suscrito, siquiera en parte, aunque de hecho en muchos casos los interesados suscriben partes del capital para asegurar el futuro éxito de la "corporation". Solamente se exige que en la carta se mencione un capital mínimo y que la "corporation" no empiece a funcionar (*commence business*) antes de que este capital mínimo haya sido entregado. Ningún funcionario público comprueba el cumplimiento de esta formalidad; su sanción es la responsabilidad solidaria de los consejeros o fundadores culpables. Y de la misma manera como se requiere que el capital no sea inferior a determinada cifra al constituirse una sociedad anónima, se requiere en los Estados Unidos que el capital con el que se empiece a trabajar no sea inferior a cierta cantidad, que varía de un estado a otro, siendo generalmente pequeñísima, como, por ejemplo, la suma de mil dólares.³⁹

En lo relativo al reparto de dividendos se sigue también un criterio más liberal en los Estados Unidos. La regla que impera en la mayoría de los Estados prohíbe el reparto cuando el capital ha sufrido pérdida, sin que se le agregue una reserva legal. En el Estado de Delaware se es todavía más "liberal", pues se permite la distribución de un dividendo obtenido de las utilidades en curso o del ejercicio anterior, aun cuando el capital tenga una pérdida. La posibilidad de repartir estos dividendos, que se llaman ágiles (*nimble dividends*) porque se pierde la oportunidad de repartirlos si no se hace con prontitud, se debe a la situación de muchas "corporations" durante la última guerra, que obtenían utilidades pero no las repartían debido a las pérdidas que habían sufrido durante la Gran Depresión. La impaciencia de los accionistas produjo la nueva regla.

Es costumbre en los países latinos que cuando se forma una sociedad anónima se entreguen acciones cuyo valor nominal es igual al precio por el cual se suscriben. Pero más tarde, una vez que la sociedad se ha establecido y obtiene beneficios, puede mediante aumento de su capital emitir nuevas acciones, obteniendo además del valor nominal de cada una, una prima de emisión, pues el valor económico de las acciones es mayor que su valor nominal. En los Estados Unidos, rara vez se sigue este método. El sistema actualmente más usado consiste en emitir acciones con un valor nominal (*par value*) muy por debajo del importe de la aportación (*low-par shares*), aun al formarse la "corporation", creándose

³⁹ Así en el Estado de Delaware, *General Corporation Law*, Sección 102 (a) (4).

en el balance con las primas de emisión una reserva llamada "paid-in surplus" o "capital surplus", la cual puede legalmente ser usada para repartir dividendos. Existe a veces la necesidad psicológica de repartir un dividendo aun antes de obtener ganancias, para calmar la impaciencia de los inversionistas. Esta finalidad también encuentra expresión en la sociedad anónima con los intereses intercalarios: ⁴⁰ en lugar de percibir un dividendo como en los Estados Unidos, perciben estos llamados intereses, que en México no pueden exceder del nueve por ciento anual ni pagarse por más de tres años (art. 123).

Por último, en los Estados Unidos existen las acciones sin valor nominal (*no par value shares*), que son desconocidas en los países latinos, excepción hecha de Panamá, que ha recibido fuerte influencia norteamericana en su legislación mercantil. ⁴¹ Su principal ventaja sobre las acciones con valor nominal es que no hace falta expedir nuevos títulos (*certificates*) cuando se modifica el capital social sin cambiar el número de las acciones. Este capital no es igual al valor de las acciones multiplicado por el número de las emitidas, sino que es una cantidad fijada por el consejero de administración al momento de la emisión. Las leyes varían según la severidad con la cual limitan la facultad de los consejeros a asignar el precio recibido por las acciones al capital mismo o a la reserva de capital. El Estado de Florida es el más estricto, exigiendo que todo el precio pase a ser capital. En Michigan tiene que ser solamente la mitad. Y en el Delaware, con su ley "liberal", tienen los consejeros plena libertad para designar como capital la parte del precio que estimen conveniente. ⁴²

Entre las acciones con y sin valor nominal hay en el fondo poca diferencia. No varía la solución al problema de las acciones emitidas a bajo precio (*watered stock*), que diluyen el valor de las demás, pues en todo caso es nula la emisión cuando no se hace por un precio justo y los consejeros y funcionarios culpables son responsables frente a los acreedores por el daño causado. Tampoco es mejor en un caso que en otro la protección de los acreedores, pues están legitimados para exigir a nombre propio la parte del precio de las acciones (con o sin valor nominal) que constituye capital, y pueden cobrar el resto indirectamente por un procedimiento análogo a la acción oblicua. ⁴³

El concepto mexicano de las acciones sin valor nominal (art. 125, fr. IV) es diferente del norteamericano. El citado precepto prevé que en el título de las acciones podrá omitirse su valor nominal, en cuyo caso se omitirá también el importe del capital social, lo cual claramente implica que

⁴⁰ Solá Cañizares, *ob. cit.*, p. 444.

⁴¹ *Ibid.*, p. 358. Pero Solá Cañizares tiene de las acciones sin valor nominal un concepto impreciso.

⁴² *Delaware General Corporation Law*, secciones 153 y 154.

⁴³ Israels, *Problem of Par and No-Par Shares: A reappraisal*, 47 "Col. L. Rev." 1279 (1947).

existe este valor nominal y este capital. Son acciones con valor nominal no expresado, no acciones sin valor nominal. Para que fueran verdaderas acciones sin valor nominal, sería preciso que el capital no tuviese relación con el número de las acciones, siendo una cantidad arbitrariamente fijada por algún órgano de la sociedad dentro de un límite señalado por la ley.

No por esta razón carecen de utilidad estas acciones, ya que en casos de modificación del capital social evitan la necesidad de expedir nuevos títulos a los accionistas. Esta ventaja se siente sobre todo en las sociedades anónimas de capital variable, de las que pronto nos ocuparemos.

Como se ve, la conservación del capital como prenda (*trust fund*) para los acreedores es mucho menos enérgica en los Estados Unidos que en los países latinos. Esto se debe menos a que se autorizan las acciones sin valor nominal que al uso se ha formado de emitir acciones por un valor nominal muy por debajo del precio que obtiene la "corporation". Los acreedores, sobre todo los que, por hacer préstamos a largo plazo, gozan de un fuerte poder, han reaccionado. Además de las garantías reales que pueden convenir, suelen pactar que la "corporation" deudora tiene prohibido distribuir dividendos que no reflejan utilidades obtenidas durante el ejercicio en curso o que la reserva de capital no será disponible para el reparto de dividendos, bajo sanción de vencimiento inmediato del crédito. Estos pactos protegen no sólo a los acreedores contratantes, sino también a todos los demás. Pero es claro que no suplen la debilidad de la protección legal, pues no siempre se celebran.

Este mismo rasgo lo observamos también en las reglas sobre compra por la "corporation" de sus propias acciones. Esta adquisición está rotundamente prohibida para la sociedad anónima en el art. 134 de la Ley mexicana. En viejas sentencias norteamericanas aparece la misma prohibición, que se justificaba diciendo que era *ultra vires* la adquisición, porque no promovía el fin para el cual la "corporation" se había constituido.⁴⁴ Pero esta regla pareció inconveniente, sobre todo en las "corporations" íntimas, las cuales perderían su carácter familiar si a la muerte de uno de los accionistas surgiese la necesidad de vender sus acciones a un extraño para pagar los impuestos sucesorios. Es muy conveniente hacer comprar estas acciones por la "corporation". Hay otra razón, también de orden fiscal, que hace conveniente la compra por una "corporation" de sus propias acciones y es que los dividendos aumentan los ingresos del contribuyente, que paga sobre ellos según la misma tarifa que grava sus otros ingresos, con deducción de un pequeño "crédito por dividendos" que se concede en consideración al impuesto ya pagado por la "corporation" cuando ella percibió sus utilidades; mientras que si el accionista de buena fe⁴⁵ conserva sus acciones sin recibir dividendos, no solamente

⁴⁴ *Pace v. Pace Bros.*, 91 Utah 132, 59 P. 2nd 1 (1936).

⁴⁵ Estas disposiciones fiscales han producido abusos que fueron corrigiéndose uno por uno. Si una "corporation" ha emitido gran número de acciones y en lugar de

aplaza el pago de sus impuestos, sino que los paga con una tarifa mucho más baja, aplicable a la plusvalía (*capital gains*). Y como puede ser difícil encontrar a un comprador y la "corporation" dispone de grandes fondos por no haber repartido dividendos, ¿por qué no venderle a ella las acciones? También es útil la facultad de "la corporation" de comprar sus acciones cuando los accionistas están en discordia y uno de ellos quiere separarse. Por último, tiene utilidad en grandes "corporations" que venden sus acciones a bajo precio a sus empleados para estimularlos a hacer mayores esfuerzos para que aumenten las ganancias, reservándose el derecho preferente para readquirirlas cuando se separen.

Hoy en día las leyes permiten la compra de acciones por las "corporations" y protegen a los acreedores de la misma manera como en los casos de reparto de dividendos: se exige que la compra de acciones se haga con las reservas de la "corporation" sin perjudicar su capital. Algunas leyes siguen, no obstante, un sistema algo más rígido, prohibiendo toda compra de acciones que no se hagan con utilidades reinvertidas (*earned surplus*).

Las acciones compradas por una "corporation" se llaman acciones de tesorería (*treasury shares*). Obviamente la "corporation" no puede votarlas en las asambleas de accionistas. Pero tampoco se ha producido una disminución del capital, en el sentido de que la partida "capital" sigue siendo la misma en el balance. La adquisición de las acciones de tesorería se refleja en el balance por medio de una reducción de la reserva de capital o de utilidades reinvertidas. Más tarde, cuando las acciones de tesorería sean vendidas, aumentarán estas reservas por el precio que se obtenga.

Pero no es en estas acciones de tesorería que reside el carácter variable del capital de las "corporations", pues las acciones de tesorería lo dejan intacto. Al hablar del capital variable de la "corporation" nos referimos a la posibilidad de aumentarlo mediante emisión de acciones hecha por resolución del consejo de administración, sin necesidad de enmienda de la carta por los accionistas. Se usa la palabra "capital" en tres sentidos: El capital mínimo, que es el que se necesita para iniciar los negocios; el capital actual (*stated capital*) que corresponde a las acciones ya emitidas; y el capital autorizado, que es el límite máximo señalado en la carta a la facultad de los consejeros de emitir otras acciones. En muchas "corporations" el capital autorizado es sumamente elevado. Pero debe tenerse presente que el capital de una "corporation" norteamericana es variable solamente hacia arriba. Después de que el consejo ha usado de su facultad de emitir acciones, haciéndolas aparecer en el balance como capital,

repartir dividendos, las compra poco a poco, el Fisco declarará que estas compras son dividendos disimulados. Asimismo, cuando una "corporation" acumula sus utilidades más allá de las necesidades razonables de la empresa, para beneficiar indebidamente a sus accionistas con el impuesto de plusvalía, puede el Fisco imponer un fuerte sobrecargo a la "corporation".

hay que seguir formalidades rigurosas para la reducción, como la convocatoria de una asamblea extraordinaria de accionistas (*special shareholders' meeting*), la inscripción de la reducción en el registro de "corporations" del condado y en unos cuantos estados la publicación en un periódico.⁴⁶ La reducción puede ser puramente contable, creando una reserva de capital (*reduction surplus*) para repartir dividendos, o puede consistir en un reembolso (*stock redemption*).

El derecho mexicano, a semejanza de una ley francesa,⁴⁷ permite que sea variable el capital de toda sociedad y las primeras en aprovecharse de esta oportunidad son las anónimas. Pueden ser semejantes a las cooperativas, en el sentido de que los socios pueden libremente ingresar y salir, haciendo variar cada vez el capital social, el cual oscila entre un capital mínimo previsto en la escritura y un capital máximo, autorizado por la escritura o una resolución de la asamblea extraordinaria de accionistas.⁴⁸ Pero en México la sociedad de capital variable se usa no sólo para fines cooperativos, sino por toda clase de empresas, siendo casi tan común como la sociedad anónima de capital fijo. En las empresas no cooperativistas se pacta muchas veces la modificación del capital no a ruego de los accionistas, sino por resolución de la propia sociedad. Al igual de lo que sucede en los Estados Unidos, se establece en la escritura constitutiva un capital autorizado y se faculta al consejo de administración a vender las acciones necesarias, que la ley (art. 216) llama "emitidas y no suscritas" y que en la práctica se conocen con el nombre de acciones de tesorería. (Desde luego, no corresponden a las acciones de tesorería norteamericanas, ya que no son acciones que fueron compradas a los accionistas, sino simplemente acciones autorizadas [*authorized and unissued shares*].)

Pero para la reducción del capital de una sociedad de capital variable se toman en México menos precauciones en interés de los acreedores que en los Estados Unidos, cosa tanto más sorprendente cuando que para las sociedades anónimas de capital fijo la protección que reciben los acreedores es mucho más enérgica. Cuando la sociedad tiene fines cooperativistas, se pactará la devolución de capital a ruego de los socios. En otras clases de empresas, esta facultad de retiro sería sumamente peligrosa para la sociedad misma, y se pacta muchas veces que el reembolso no se hará sino previa resolución del consejo. ¿Cuál es la protección que en este caso reciben los acreedores? No se prevé ni inscripción en el Registro de Comercio ni publicidad en la prensa para que los acreedores se enteren y se opongan. Es más, según Mantilla Molina⁴⁹ no podrían oponerse a la reducción del capital aunque de alguna manera se hubiesen informado, "pues éstos (los acreedores) quedan suficientemente advertidos de la posibilidad de reducción del capital social, por la índole variable del

⁴⁶ *Delaware General Corporation Law*, sección 244.

⁴⁷ Ley de 24 de julio de 1867; Hamel-Lagarde, *Traité*, vol. 1, p. 955.

⁴⁸ Ley General de Sociedades Mercantiles, art. 216.

⁴⁹ Mantilla Molina, *ob. cit.*, p. 438.

de la sociedad con que tratan". Lo único que realmente les protege es la posibilidad de dirigirse contra los accionistas que fueron reembolsados (art. 14), porque se estima que con el capital devuelto responden de los negocios pendientes al momento de la separación, regla muy importante, que no existe en los Estados Unidos. La prohibición de reducir el capital por debajo del mínimo señalado en la escritura puede también ser un freno eficaz, aunque naturalmente depende de que se haya establecido un capital mínimo substancial.

La sociedad anónima de capital variable es una institución que en la práctica se ha desvirtuado. Concebida en la mente del legislador como una especie de cooperativa, se ha adaptado para empresas mercantiles ordinarias mediante cláusulas estatutarias. En ella, las avenidas hacia el fraude son aún más anchas que en los Estados Unidos, a pesar de lo cual puede afirmarse con sinceridad que los casos de abuso han sido muy pocos. Si alguna conclusión podemos sacar de nuestro estudio de los medios de conservación del capital para los acreedores, es que no siempre son eficaces ni importa mucho que no lo sean, pues pesa también mucho el inconveniente de seguir formalidades con las necesarias demoras en la gran mayoría de los casos, en que el reparto de un dividendo o un reembolso no persigue ningún propósito fraudulento ni causa perjuicio a ningún acreedor.

Conclusión

Cuando se estudia la sociedad anónima, se examinan las leyes, tratando de reproducir la imagen que de ella tuvo el legislador. La sociedad anónima llega a ser un tipo, una idea, a la manera de las ideas de Platón. Quién estudia la "corporation", en cambio, no parte de la ley, sino de la jurisprudencia. A través de ella, el jurista obtiene una comprensión de la institución que, a la vez que normativa, es también sociológica. Ve las grandes "corporations" con sus asambleas de accionistas pasivas y el autocontrol (*management control*) que ejerce una clase de dirigentes profesionales sumamente capacitada y bien remunerada. Ve también la "corporation" íntima, en la cual resulta sumamente difícil cumplir con el complicado mecanismo establecido por la ley, y la actitud indulgente de la jurisprudencia, consciente de la legítima aspiración a la limitación de responsabilidad para el comerciante pequeño. Ve también tipos intermedios, como la "corporation" dominada por una familia, al lado de la cual existen también otros inversionistas, y percibe que en tales situaciones se agudiza el deber de lealtad de los consejeros y funcionarios. Por último, ve las filiales y el criterio estricto de los jueces en lo relativo no sólo a las formalidades de separación, sino también al fondo, pues por muy bien que se guarden las apariencias de consejos de administración distintos y funcionarios especiales para la filial, que no reciben órdenes

de los funcionarios de la matriz, sin embargo, si las dos "corporations" forman una sola empresa, podrán los acreedores de la filial pagarse con los bienes de la matriz, por lo menos suponiendo que no aceptaron la existencia autónoma de la filial al contratar con ella sin el aval de la matriz.

Del estudio que uno hace de la Ley mexicana de Sociedades Mercantiles o del Código de Comercio de otros países latinos se obtiene la impresión de que existe una serie de sociedades, cada una de las cuales cumple una función distinta. Para las empresas pequeñas, existe la colectiva y la comanditaria, para las medianas, la de responsabilidad limitada, y para las grandes, la anónima. Pero en México la realidad no refleja este esquema, sino que la inmensa mayoría de las sociedades mercantiles son anónimas, entre ellas muchas que son pequeñas. En los Estados Unidos puede achacarse la culpa al legislador, quien no previó más que la "corporation". En México la ley proveyó mejor a la necesidad de los comerciantes, sin que éstos hayan querido aprovecharse de la sabiduría del legislador. El resultado es muy similar.

Hay dos maneras de hacer frente a esta situación. En los Estados Unidos, se puede confiar en la flexibilidad de la jurisprudencia para amoldar la ley a cada caso concreto. En un país latinoamericano, hay que encontrar una solución sobre el plano legislativo. En principio, la complejidad del funcionamiento social debe variar en función del tamaño de la empresa y del número de los accionistas,⁵⁰ pero llevar este principio a la práctica de una manera que sea aceptable sería difícil.

Por último, persiste el problema de la protección del patrimonio personal del comerciante que desea explotar su propio negocio, sin formar una sociedad. En México, donde la sociedad unipersonal es imposible, acude el comerciante a la simulación de una sociedad multipersonal. En los Estados Unidos forma una "one-man corporation", la cual, pese a la actitud comprensiva de la jurisprudencia, no está exenta de peligros e inconvenientes, sobre todo de orden fiscal. Sobre el plano legislativo, la respuesta nos parece fácil: crear la empresa individual limitada.⁵¹ Creemos que debiera hacerse, porque la evolución sufrida por el derecho de las sociedades desde el siglo XVII hasta nuestros días ha sido en la dirección de un reconocimiento cada vez más amplio de la limitación de la responsabilidad, reservada originalmente para las compañías coloniales, reconocida más tarde para las sociedades anónimas con funcionamien-

⁵⁰ El criterio dimensional de la regulación de las sociedades lo defiende Solá Cafiñares, *ob. cit.*, p. 56.

⁵¹ Esta especie de empresa existe en Costa Rica, donde se ha difundido enormemente su utilización. Pero creemos que para la protección del público debería exigirse a todo comerciante de responsabilidad limitada que se inscriba en el Registro de Comercio, que en su nombre comercial figure la limitación de su responsabilidad y que mantenga en orden su contabilidad, a fin de que se sepa cuáles bienes son de su empresa y cuáles son de su persona.

to complejo y extendida durante la primera mitad del presente siglo a las sociedades pequeñas y medianas con la difusión en las legislaciones latinas de la limitada y el reconocimiento por parte de la jurisprudencia norteamericana de la situación especial de las "corporations" íntimas.

En el momento actual se ha difundido la convicción de que la limitación de la responsabilidad es una aspiración legítima para todo comerciante y a esta convicción debe darse forma jurídica, poniendo término a un capítulo de la historia del derecho mercantil.

William Cecil HEADRICK*

* Doctor en Derecho por la UNAM, y profesor auxiliar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. El autor desea expresar su agradecimiento al profesor Elvin R. Latty de la Universidad de Duke (Estados Unidos) y al profesor Baresa Graf de la UNAM, por las sugerencias que ofrecieron para mejorar este trabajo.