

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

18

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



29 15 15

EL ARTICULO 227 DE LA LEY GENERAL
DE SOCIEDADES MERCANTILES,
PERMITE LA TRANSFORMACION
DE ESTAS A SOCIEDADES CIVILES

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
LUIS FERNANDEZ BECERRA
ASESOR DE LA TESIS:
LIC. IVAN OCTAVIO RICARDO OLIVARES RODRIGUEZ
CED. PROFESIONAL No. 1368564



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

AGRADECIMIENTOS

Patentizo mi agradecimiento al Asesor Lic. Ivan Octavio Ricardo Olivares Rodríguez por su valiosa intervención y consejos que me brinda como asesor de esta tesis profesional.

De igual forma al Licenciado Carlos Pelaez Casablanca, vice-rector de la Universidad del Tepeyac.

Agradecimiento especial a la Lic. Isabel Serdán Álvarez.

Hago extensivo mis agradecimientos a la Srita. Profra. Rocio Eguren Monter, por las facilidades que me fueron brindadas para la terminación de esta tesis.

Finalmente a los Sres. Lic. Miguel Ángel Martínez Delfin y Jesús Álvarez, agradezco su colaboración y apoyo que me fueron brindados en este trabajo.

A MIS PADRES:

Sr. Salvador Fernández González.

Sra. Esperanza Becerra de Fernández.

Quienes con su apoyo moral y cariño han contribuido a mi formación profesional.

A MIS HERMANOS:

Salvador

Armando

Humberto

Esperanza

Jaime

Rosa

Que con su orientación y consejos se logró la terminación de este trabajo.

Con amor y cariño a mi esposa:

Sandra Luz Marín Ruíz.

A MI HIJO:

Marco Giovanni Fernández Marín.

Para toda mi familia que me brindó apoyo y comprensión.

CON RESPETO Y CARIÑO A MI TIA:

Ernestina Fernández de Valerdi.

A mis sobrinos:

Rosita y Jesús.

A mis abuelitos:

Lic. Luis Becerra Jiménez.

Sra. Frumencia Gómez de Becerra.

Que por la humanidad que nos constituye sea la unión y metas a nuestros ciudadanos por la educación de México.

A mis maestros con admiración y agradecimiento.

A MI ESCUELA:

Que me forjó para servir a mi patria.

A mis amigos y compañeros con estimación y afecto.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

ii

CAPÍTULO I ANTECEDENTES DEL CÓDIGO CIVIL

1.1	Las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.	2
1.2	Los Consulados de México, Veracruz, Guadalajara y Puebla.	5
1.3	La Recopilación de la India y las Ordenanzas de Minería.	6
1.4	Período posterior a la Independencia.	7
1.5	Derecho de Santa Anna de 1841.	8
1.6	Código de Comercio de 1854.	9
1.7	Código Civil del Imperio y el Código Civil de Veracruz.	9
1.8	Proyecto de Código de Comercio de 1869 y Código Civil de 1870.	10
1.9	Código de Comercio de 1884.	11
1.10	Código Civil de 1884, Código de Minas y Ley de Sociedades Anónimas de 1888.	12
1.11	Código de comercio de 1890, Código Civil de 1928 y Ley General de Sociedades mercantiles.	13

CAPÍTULO II LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 227 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

2.1	Concepto de interpretación.	19
2.2	Método de Exégesis.	21
2.3	La Escuela de Derecho Libre.	25
2.4	El método de interpretación y la interpretación por sus resultados.	27
2.4.1	El método de interpretación a contrario.	27
2.4.2	La interpretación por sus resultados.	27

2.5	Elementos de interpretación.	30
2.6	El artículo 227 como laguna legal y la Analogía.	31
2.7	Clases de interpretación.	33

**CAPÍTULO III NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD,
DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDAD MERCANTIL Y
CIVIL Y LA NATURALEZA TRADICIONAL DE LA
TRANSFORMACIÓN DE AQUELLAS A ÉSTAS.**

3.1	Naturaleza jurídica de la sociedad. Diversas teorías.	37
3.2	Elementos del contrato de sociedad.	41
3.2.1	El consentimiento.	41
3.2.2	El objeto.	41
3.2.3	La capacidad.	43
3.2.4	Ausencia de vicios de consentimiento.	43
3.2.5	Licitud en el objeto, motivo o fin.	44
3.2.6	La forma.	45
3.3	Distinción entre sociedades civiles y mercantiles.	47
3.4	Naturaleza jurídica de la transformación de sociedades mercantiles a civiles.	50
3.4.1	Concepto de transformación de sociedades.	50
3.4.2	Naturaleza jurídica de la transformación de sociedades.	51

**CAPÍTULO IV DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS SOCIEDADES
MERCANTILES Y CIVILES, ASÍ COMO DE SU
TRANSFORMACIÓN Y LOS CONCEPTOS DE EVASIÓN
Y EFUSIÓN FISCAL.**

4.1	Importancia de la determinación de las obligaciones fiscales de ambos tipos de sociedades.	55
-----	---	----

4.2	Obligaciones fiscales de una sociedad mercantil.	55
4.3	Obligaciones fiscales de las sociedades civiles.	58
4.4	La figura de la transformación de sociedades mercantiles a civiles y las obligaciones.	60
4.5	Conceptos de evasión y elusión fiscal y la posición de la transformación de sociedades.	62

CAPÍTULO V EL PROCEDIMIENTO DE CONFORMIDAD CON LA ANALÓGICA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS DE LOS PRECEPTOS QUE RIGEN A LA FUSIÓN.

5.1	El acuerdo de transformación.	67
5.1.1	Competencia de la asamblea general extraordinaria.	67
5.1.2	La convocatoria y la orden del día.	68
5.1.3	El quórum y la votación.	71
5.2	El derecho de retiro de los socios.	72
5.3	La constancia ante notario y del permiso de relaciones exteriores.	74
5.4	De la autorización judicial, de la publicidad de la transformación y del balance.	76

CONCLUSIONES	83
--------------	----

BIBLIOGRAFÍA	87
--------------	----

INTRODUCCIÓN

La idea para el desarrollo de una tesis sobre la transformación de sociedades mercantiles a civiles surge por obra de la casualidad, ya que es precisamente de esa manera como llega a nuestras manos un ejemplar de la revista El Foro en la cual el Lic. Roberto Núñez Escalante, destaca la importancia y necesidad del estudio del tema referente a la transformación de sociedades civiles en mercantiles, o viceversa; ello en virtud de la actualidad del tema por las implicaciones en materia fiscal.

Dicho estudio, aunque no llega a conclusiones o soluciones definidas, sí logra implantar la semilla de la inquietud, que germina posteriormente a consecuencia de una convocatoria publicada en el periódico El Universal, a través de la cual se citaba a los socios de una asamblea general extraordinaria, bajo la siguiente orden del día: *"Transformación de la S.A. de C.V. a Sociedad Civil"*.

Es así, que interrogantes como si era lícita la transformación de sociedades mercantiles a civiles; si en verdad el artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles permite dicha transformación; como lo manifiesta el Lic. Rogelio Aceves Barajas, existe evasión fiscal en la citada transformación y, la naturaleza de la figura de la transformación de sociedades mercantiles a civiles, son el motivo de esta tesis.

El objetivo del presente es proponer una transformación de la sociedad mercantil a civil que está regida por la fracción I a V del Artículo de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La hipótesis de la investigación se describe de la siguiente manera: la transformación de la sociedad mercantil a civil traerá como beneficio la evasión de impuestos. .

El desarrollo de la presente comprende cinco capítulos que de alguna manera siguen la pauta marcada por las interrogantes planteadas anteriormente.

El primero de los capítulos se refiere a los antecedentes legislativos tanto del Código Civil (en materia de Sociedades) como de la Ley General de Sociedades Mercantiles, comprendido desde las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao, hasta el Código Civil de 1928 y la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934 y con ella, el surgimiento de la posibilidad de transformación de las sociedades mercantiles que ofrece el artículo 227 de dicha Ley.

Se considera también de importancia para este primer capítulo tratar lo relativo a la negativa de inscripción de los acuerdos de transformación de sociedades mercantiles a civiles por parte del Registro Público de Comercio.

El segundo capítulo, cuyo contenido versa sobre la interpretación del artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es de una gran importancia, ya que es de sabido derecho que la interpretación constituye un acto previo a la aplicación de una ley y además porque en ocasiones (como en el caso planteado), la labor interpretativa no siempre es sencilla y da lugar a contradicciones en cuanto al sentido y alcance de un determinado precepto legal, siendo por ello conveniente evocar qué se entiende por interpretación y de qué método dispone el interprete en su tarea.

El tercero de los capítulos de la presente constituye el análisis por una parte, de la naturaleza jurídica de la sociedad, pasando por la distinción entre la sociedad civil y

la mercantil y por la otra, de la naturaleza del cambio de forma o de tipo legal, esto es, de la transformación de la sociedad civil a sociedad mercantil, ya que para algunos autores, como el Lic. Rogelio Aceves Barajas, dicha figura implica la extinción de la persona moral y la creación de una nueva, mientras para otros, como el Lic. Mantilla Molina, existe la subsistencia de la persona y moral y la adopción simple de un nuevo "ropaje" jurídico.

En cuanto al cuarto capítulo, relativo al régimen fiscal de las sociedades mercantiles y civiles, así como de su transformación y los conceptos de evasión y elusión fiscal, aunque a primera vista parece no tener relación con el estudio que se indica, es de importancia vital, ya que son precisamente las implicaciones en materia fiscal uno de los puntos que más ha suscitado controversia en relación al tema que se trata.

El desarrollo de esta cuarta parte comprende el examen de las obligaciones derivadas de los ordenamientos fiscales de ambos tipos de sociedades, del supuesto de transformación y además, de la posición de esta última con respecto a la evasión de impuestos.

Finalmente, el quinto capítulo comprende el aspecto procedimental de la transformación, fundado en la analógica aplicación de los preceptos que rigen a la fusión y analizando a su vez, un aspecto relativo a la negatividad de inscripción del acuerdo de transformación de sociedades mercantil a civil por parte del Registro Público de Comercio, mencionando en el capítulo de antecedentes, que es el relativo a la calificación registrar.

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES DEL CÓDIGO CIVIL

1.1 Las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

Es indiscutible que ambos ordenamientos constituyen un espacio importante cuando de hablar de sociedades se trata, ya que, uno como el otro, contienen las primeras disposiciones que se observaron en nuestro país en relación a estas figuras jurídicas.

Barrera Graft, considera que las Siete Partidas son "La obra más importante del derecho clásico hispano. . . tanto por su alcance y perfección técnica cuando por la difusión que alcanza en España y en América".¹

De las siete partes que la componen, la quinta, en su título x, es la que refiere a las compañías, de éste, Barrera Graft, deduce las siguientes características.²

- a) Es un negocio consensual y no real;
- b) puede ser bilateral o plurilateral;
- c) es oneroso;
- d) por tiempo fijo o de carácter vitalicio y
- e) en él podría ser socio quienes tuvieran 14 años o más.

¹ Jorge, Barrera Graft Tratado de Derecho Mercantil, p. 59

² José María, Abascal Zamora et. al. Estudios Jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina, p.177.

Las Siete Partidas reconocían 2 tipos de sociedades, que eran, a saber:

- 1) Las generales.- Que eran aquellas en las que, tanto los bienes que los socios aportaban a la compañía como las ganancias y las pérdidas, eran comunales, según la Ley VII, que establecía: "Que deben ser comunales los daños y los menoscabos que les acaecieren a cada uno por su parte, según les alcanzare de las ganancias".³
- 2) Las especiales.- Que eran aquellas compañías que se celebraban para un negocio determinado.

En la Siete Partidas se reconoce el derecho del socio para retirarse de la sociedad conforme a la ley XI que señalaba:

"El socio o compañero, puede separarse de la compañía pagando a los otros todo el daño y el menoscabo que les viniese por esta razón, así como las ganancias de negocios celebrados por el compañero que se separa, cuando su separación sea debida a no querer dar participación a aquellos".⁴

Aún de más importancia que las Siete Partidas, las Ordenanzas de Bilbao extendieron su aplicación con cortas interrupciones, hasta el año de 1884, fecha en que se dictó el segundo Código de Comercio Mexicano.

El capítulo x de las ordenanzas de Bilbao, titulado de las compañías de comercio, y las calidades y circunstancias con que deberán hacerse define en su ley primera a la compañía mercantil, como un contrato o convenio que se hace o puede hacerse entre dos o más personas, en virtud del cual se obligan recíprocamente por

³ Ibid, p. 126

⁴ Ibid, p. 178

cierto tiempo, y bajo ciertas condiciones y pactos a hacer proseguir juntamente varios negocios por cuenta y riesgo común, y de cada uno de los compañeros respectivamente, según y en la parte por el caudal o industria que cada uno ponga. . así en las pérdidas como en las ganancias.⁵

En el caso de que feneciere el término por el cual la compañía estaba instituida y sus miembros quisieran renovarla, ya sea con los mismos compañeros y capitulaciones o bien, variando en personas o circunstancias; debían de manifestar una nueva escritura y firmas ante el prior y cónsules (de igual manera se procedía cuando hubiese cambio de compañeros por cualquier motivo). Barrera Graft⁶ considera que las características que las Ordenanzas de Bilbao dan a las compañías de comercio, son las siguientes: a) es un contrato *de carácter real*; b) los comerciantes están obligados a formar la compañía en escritura ante escribano y a otorgar al prior y a los cónsules de esta Universidad y casa de contratación, un testimonio de la constitución de la compañía, el cual era guardado en el archivo del consulado; c) se trata de un contrato bilateral o plurilateral y d) es un contrato oneroso y por tiempo fijo.

En las Ordenanzas de Bilbao no se hacía distinción, como en las Siete Partidas, de compañías especiales y generales, sino que sólo se refería a las generales, las cuales Barrera Graft⁷ asemeja a las sociedades colectivas.

Por cuando hace a la responsabilidad de los socios, ésta era limitada, bien se tratará de aportación de capitales o de industria de conformidad con lo que señala la ley 13, que impone al socio la obligación de sanear las pérdidas que pueden suceder,

⁵. Ordenanzas de la Ilustre Universidad y casa de contratación de la M.N. y M.L. Villa Bilbao, p. 79

⁶. Jorge, Barrera Graft. Op., Cit., p. 179

⁷. José María, Abascal Zamora, Op., Cit., p. 180

hasta en la cantidad del capital y ganancias de que fuere interesado y resultaren del total de la compañía.

A diferencia de la responsabilidad limitada de los socios, los administradores tenían una responsabilidad limitada, ya que conforme a la misma ley, "Aquél o aquellos bajo cuya firma corriere la compañía, estarán obligados, además del fondo y ganancias que en ella les pertenezcan, con todo el reto de sus bienes habidos y por haber al saneamiento de todas las pérdidas, aunque estos tales, o algunos de ellos entraren sin poner caudal en dicha compañía." ⁸

1.2 Los Consulados de México, Veracruz, Guadalajara y Puebla.

"En territorio de la Nueva España fue gobernado, en cuanto a la materia comercial, a través de los consulados" ⁹, juzgando todos ellos conforme a las Ordenanzas de Bilbao, el primero de estos consulados fue el de México, que fue creado a petición de los mercaderes de esta plaza, por cédula real de Felipe II del 15 de junio de 1592 y conformada el 9 de diciembre de 1593.

Las ordenanzas del consulado de México le daban competencia para conocer a los asuntos relativos a las compañías, contrataciones y cuentas, decretaron también la vigencia de las ordenanzas de Burgos y Sevilla, pero a pesar de ello nunca rigieron a nuestro país, aplicándose en su lugar las ordenanzas de la Universidad y casa de contratación de la M.N. y M.L. Villa de Bilbao.

⁸. Ibid. p. 18

⁹. Jorgé, Barrera Graft, Op. Cit, p.313

Por cédula real de Carlos III fue creado el segundo consulado, que fue el de Veracruz¹⁰, para responder a la gran importancia que tuvo dicho puerto en el comercio de la Nueva España con la península. El 16 de junio de ese mismo año, se crea el consulado de Guadalajara y finalmente, además de estos consulados, "en Puebla se estableció, con autorización del virrey, un consulado que no llegó a obtener la sanción regia. . ."¹¹, es decir la autorización real.

1.3 La Recopilación de la India y las Ordenanzas de Minería.

La recopilación de las leyes de los reinos de las indias fue citada y promulgada por Carlos II el 18 de mayo de 1680 y la razón de esta recopilación fue que la multitud de disposiciones dictadas por las autoridades reales de la metrópoli para sus colonias y la dilación y distancia de unas provincias a otras, eran causa de que los vasallos no conocieran las leyes, con grandes perjuicios al bien y derechos de las partes interesadas, por lo que el rey acordó y mando que las leyes recopiladas se guarden, cumplan y ejecuten, y por ellas sean determinados todos los pleitos y negocios que en éstos y aquellos reinados ocurrieren.¹²

La recopilación de las leyes de los reinos de las indias constaba de 9 libros, divididos en 218 títulos y 6,377 leyes, que regulaban todas las materias jurídicas.

El libro IX de la recopilación trataba del comercio de la metrópoli con sus colonias en América, haciendo referencia a la casa de contratación de las indias en la ciudad de Sevilla y a través de ella se hacía todo el comercio marítimo.

¹⁰ Ibid, p. 69.

¹¹ L., Mantilla Molina Derecho Mercantil, p. 14.

¹² Ibid. p. 70

En relación a las ordenanzas de Minería, en 1779 los diputados del cuerpo de minería de la Nueva España formularon, a petición del virrey Antonio María Bucareli de Ursúa, "Notas sobresalientes de estas sociedades, están las siguientes de las minas particulares, a las compañías mineras se permitía denunciar cuatro pertenencias nuevas o minas trabajadas o desamparadas".¹³

Estas ordenanzas, según Barrera Graft, estuvieron, en vigor hasta 1855, año en que se dictó el Código de Minería de la República.

1.4 Período posterior a la Independencia.

Una vez conseguida la independencia en nuestro país, se abolieron los consulados aunque el de Guadalajara fue suprimido con posterioridad a los demás por el gobernador del estado; Don Juan N. Cumplido.

Continuaron aplicándose los diferentes ordenamientos del derecho español antiguo, tal es el caso, por ejemplo de las ordenanzas de Bilbao, ello debido a la falta de una legislación nacional.

Esta falta de legislación nacional motivo que la cámara de senadores, el 28 de abril de 1834, propusiera la adopción del Código de Comercio español de 1829, que de hecho llegó a ser aplicado, junto con las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao en las prácticas ante los siete tribunales.

Durante esta misma época, en el estado de Oaxaca, fue promulgado el primer Código Civil mexicano, que en su artículo 1374, regulaba el contrato de compañía y lo definía como "un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner

¹³ Ibid. p.181

alguna cosa en común, en la mira de repetir las unidades que puedan resultar de ella."¹⁴

La aportación a la compañía podía ser en dinero u otros bienes ó bien, en industria y cuando el valor del fondo común de la compañía fuera de más de 200 pesos, éste debería constar por escrito (misma formalidad debería observarse en caso de prórroga de la compañía).

En su artículo 1415, excluye la aplicación del presente título a las compañías de comercio, sino en los puntos que no contraríen a las leyes de comercio (que eran principalmente las Ordenanzas Bilbao).

1.5 Derecho de Santa Anna de 1841

En su carácter de presidente provisional a la república, el 15 de noviembre de 1841, Santa Anna dictó el decreto de organización de las juntas de fomento y tribunales mercantiles, en uso de las facultades que le concedía el artículo 7 de las Bases Orgánicas de Tacubaya.

La importancia de este ordenamiento radica en que a través de él se crean las juntas de fomento, de los tribunales mercantiles y principalmente en la enumeración de los negocios mercantiles en su artículo 34, el cual constituye el antecedente del artículo 218 del Código de Comercio de 1854.

El decreto de 1841, en su artículo 34 refuta como negocio mercantil: Fracc. III "Toda compañía de comercio, aún cuando tenga participación en ella alguna persona que no sea comerciante de profesión" a su vez, conforme a este decreto los

¹⁴ Ibid. p. 183

comerciantes debían matricularse en la secretaría de la junta de fomento respectiva, incluyendo dentro de dicha obligación la inscripción de la escritura de la compañía.

Dispuso que mientras se formaba el Código de comercio de la república, se aplicarían las Ordenanzas de Bilbao, quedando de esta manera, la parte sustantiva del derecho comercial regulada por las Ordenanzas de Bilbao y la parte procesal quedó a cargo del decreto de 1841, estableciéndose tribunales mercantiles en casi todo el país.

Tanto los tribunales de comercio como los de minería perduraron hasta el 23 de noviembre de 1865, fecha en que la ley de tribunales, abolió unos y otros.

1.6 Código de Comercio de 1854

El 16 de mayo de 1854, se promulgó el primer Código de Comercio mexicano, conocido con el nombre de su autor, Don Teodosio Lares (que fue ministro de negocios eclesiásticos e instrucción pública del presidente Santa Anna, durante su último gobierno); siendo efímera la duración de este código, ya que entró en vigor el 27 de mayo de mismo año y dejó de estarlo el 23 de noviembre de 1855, aunque durante el imperio se estableció su vigencia, conforme lo ordenaba el decreto del 15 de julio de 1863.

Este código comprendió los tres tipos de sociedades reconocidas por el Código Francés, que eran, a saber, la sociedad colectiva, la sociedad comandita y la sociedad anónima.

Estipulaba (el Código de comercio de 1854), al igual que las Ordenanzas de Bilbao, que el contrato de sociedad constará en su escritura pública, cuya falta acarrearía que la sociedad no surtiera efectos en perjuicios de terceros.

1.7 Código Civil del Imperio y el Código Civil de Veracruz

Maximiliano, en 1866, dictó el Código Civil del imperio, que en su artículo 17, reconocía por primera vez la personalidad moral de las corporaciones, asociaciones y establecimientos públicos e indicó en su artículo 26, que su domicilio era el lugar donde estaba situada su administración.

El 5 de mayo de 1869, entró en vigor el Código Civil del estado de Veracruz, que también reconocía la personalidad de las sociedades y además, señalaba que cuando éstas tuvieran un carácter mercantil, se regían por las disposiciones del Código de Comercio (1854) y que se complementarían con las del Código Civil (del estado de Veracruz).

1.8 Proyecto de Código de Comercio de 1869 y Código Civil de 1870

A pesar de que se seguía aplicando la legislación colonial (Las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao) y de que se continuaba aplicando el Código de comercio de 1854 en algunos estados de la federación, la insuficiencia de aquella ante las nuevas necesidades económicas del país y la incertidumbre en cuanto a la vigencia del Código de Comercio de 1854, provocaron la redacción de proyectos para un código de Comercio.

Es así, como en 1869, se separó un texto largo y demasiado prolijo en palabras, que constaba de 1875 artículos, de los cuales 540 se dedicaban a las compañías de comercio (en el Código de 1854 eran 36 artículos).

Sin embargo, este proyecto carece de importancia, ya que nunca se presentó como iniciativa.

Al siguiente año, es decir en 1870, se promulgó un Código Civil cuyos autores fueron, entre otros Mariano Yáñez y José Lafragua, y que daba a las sociedades, según Barrera Graft las siguientes características: 1) reconoce la personalidad de las sociedades y asociaciones; 2) exige la formalidad de escritura pública, bajo pena de nulidad; 3) reconoce contradictoriamente, a las sociedades constituidas en forma verbal, siempre que determinadas circunstancias hicieran presumible su exigencia; 4) distingue entre sociedad y mercantil; 5) las sociedades que se formen para actos de comercio quedaban regidas por el Código de Comercio y en el caso de que la finalidad fuere mixta civil y mercantil; las sociedades se consideraban como civiles salvo pacto en contrario; 6) conservaba la división de las sociedades en universales y particulares y; 7) la responsabilidad del socio administrados era la de responder de las deudas de la sociedad con sus propios bienes.

1.9 Código de Comercio de 1884.

En virtud de la reforma constitucional del 15 de diciembre de 1883, del artículo 72, fracción X, que señalaba: "El congreso de los Estados Unidos Mexicanos, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 127 de la constitución Federal y previa a la aprobación de la mayoría de las legislaturas de los Estados, declara reformada la fracción X del artículo 72 de la misma constitución, en los siguientes términos: X, para expedir códigos obligatorios en toda la república, de minería y comercio comprendido en este último las instituciones bancarias.

De esta manera, la materia mercantil adquirió el carácter de federal y "cuatro meses después de esta reforma a la constitución, el 20 de abril de 1884, expidió el ejecutivo. . . el Código de comercio de los Estados Unidos Mexicanos. . ." ¹⁵

¹⁵. Antonio D. de, J. Losano, Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, Concordado con el de 1884, p.5.

"A la materia de sociedades ó compañías de comercio como todavía se les denominó, se refirió al título II del libro segundo, y le dedicó 276 artículos. . .", ¹⁶, de los cuales, el artículo 355, reconocía a los tres tipos de sociedades mercantiles tradicionales es decir, la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple y en la sociedad anónima, agregando además, otros dos tipos de sociedades; la sociedad de responsabilidad limitada.

Por ley del 11 de diciembre de 1885, el Código de Comercio de 1884, tuvo modificaciones en cuestiones relativas al registro de las sociedades, admitiéndose la validez entre los socios de las sociedades no registradas y en relación a tercero, aplicaba el principio tradicional registral, de que la escritura social no perjudicaba a éstos, quienes en cambio, sí podían utilizarla en lo que les fuere favorable.

1.10 Código Civil de 1884, Código de Minas y Ley de Sociedades Anónimas de 1888.

El Código Civil de 1884 fue dictado por el presidente Manuel González, y entró en vigor el primero de junio de 1884, reproduciendo el Código Civil de 1870, en lo concerniente a la materia de sociedades.

Ese mismo año, el presidente Manuel González dictó el Código de Minas de los Estados Unidos Mexicanos, que entró en vigor el primero de enero de 1885, abogó las Ordenanzas de Minería de 1783. Así como las demás leyes y disposiciones de la época colonial, de la federación o de los Estados, sobre el ramo de la minería, aún en la parte en que no fueron contrarios.

¹⁶. Ibid. p.192

La ley de Sociedades Anónimas de 1888 fue promulgada el 10 de abril de ese año. Dispuso que las sociedades anónimas y las que, el Código de comercio vigente (el de 1884) denominaba de responsabilidad limitada, se regirían en lo sucesivo por las disposiciones de esta ley, equiparando por lo tanto, ambas sociedades.

Esta ley es importante, porque fue copiada literalmente por el Código de Comercio de 1890, siendo a su vez, modelo en cuanto a la sociedad anónima, de la vigente ley de sociedades mercantiles que reprodujo la gran mayoría de sus disposiciones.

1.11 Código de comercio de 1890, Código Civil de 1928 y Ley General de Sociedades Mercantiles.

En el año de 1899 se promulgó un nuevo Código de Comercio en la República Mexicana, el cual entró en vigor el primero de enero de 1890.

En su artículo 89, reconoce cinco formas o especies de sociedades mercantiles, que son: I. La sociedad en nombre colectivo; II. La sociedad en comendita simple; III. La sociedad cooperativa. Reconoce además (artículo 92) de las sociedades propiamente dichas, las sociedades comerciales momentáneas y en participación, sin atribuirles no obstante, personalidad jurídica distinta de los miembros que componen la sociedad.

En relación a la forma de las sociedades el artículo 93 señala: "Todo contrato de sociedad ha de constar en escritura pública. . ." ¹⁷, otra forma no causará efecto legal alguno.

¹⁷. Francisco Pascual García, Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos., p.32

Añade, en su artículo 94 que "cualquier forma o ampliación que se haga en el contrato en sociedad, debe formalizarse con las mismas solemnidades prescritas para celebrarla".¹⁸

Para poder tomar resoluciones en relación a cualquier modificación de la escritura social o de los estatutos, era necesaria la representación de las tres cuartas partes del capital social y voto unánime del número de accionistas que representen la mitad de dicho capital. Asimismo, cuando tal modificación consistiere en prórroga de la relación de la sociedad, fusión con otras sociedades, reducción del capital social o cambio del objeto de la sociedad, tal modificación debería constar en escritura pública e inscribirse en él.

El capítulo VIII, del título segundo, regula (por primera vez) la fusión de sociedades mercantiles, considerando que tal modificación de los estatutos sociales debe ser decidida por cada una de las sociedades que se fusionan (artículo 260), debiendo tomarse tal decisión en una asamblea general extraordinaria, no pudiendo tener efecto la fusión a menos que se pacte el pago de todas las deudas sociales o se constituya el depósito de su importe en una institución de crédito, o se haya obtenido el consentimiento de todos los acreedores. Durante el plazo señalado, todo acreedor de las sociedades que se fusionan tiene derecho para oponerse a la fusión, la cual se suspenderá si no se obtiene el pago, el depósito o el consentimiento del que se habló anteriormente.

El artículo 263, del Código de Comercio de 1890, provee que una vez vencido el plazo de tres meses sin que haya presentado ningún opositor, la fusión podrá llevarse a cabo y la sociedad que resulte existente o que resulte de la fusión tomara a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas.

¹⁸. Ibid. p. 311

En relación a las sociedades civiles, el 26 de marzo de 1928 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Código Civil que sustituye al de 1884 y que entró en vigor a partir del primero de octubre de 1932, según decreto publicado en el mismo diario el primero de septiembre de 1932.

Posteriormente, la necesidad de que las personas jurídicas pudieran tener una estructura más activa y lo suficientemente apropiada para el desarrollo de los negocios, dio origen a que fuera derogado el título segundo del Código de Comercio de 1980 por el artículo 4° transitorio de la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicado en Diario Oficial de la Federación el día 4 de agosto de 1934.

En esta ley, en la que se contempla por primera vez la posibilidad de transformación de las sociedades mercantiles, de conformidad con el artículo 227 de dicho ordenamiento que señala: Las sociedades constituidas en algunas de las formas que establece en las fracciones I a V del artículo 1° podrán adoptar otro tipo legal. Asimismo podrán transformarse en sociedades de capital variable; y que conforme al artículo 228 se regulara de acuerdo a las reglas que rigen a la fusión de sociedades.

En relación a la analógica regulación de la fusión de sociedades y de las de su transformación, la exposición de motivos del ordenamiento citado, señala: En lo general, tanto la fusión como la transformación están regidas por las mismas reglas, pues aunque es verdad que existe entre ambas la diferencia fundamental de que la transformación de nacimiento siempre a un sujeto de derecho distinto del que hasta antes de ella venía y la fusión no necesariamente se pensó que esa diferencia no impedía que, en lo que toca a las materias que la ley trata, tanto la transformación como la fusión de sociedades recibieran una reglamentación analógica.

El registro mercantil realmente fue aváro al establecer la reglamentación relativa a la transformación de sociedades mercantiles: tal parece que a pesar de ser ésta una figura nueva dentro el campo jurídico, considere suficientes las disposiciones de la fusión para su regulación.

Últimamente, "se ha visto un inusitado interés en la figura de la transformación de sociedades, fundamentalmente la que se refiere a la conversión de sociedades mercantiles a sociedades civiles".¹⁹

En consecuencia, se han estado presentando en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, testimonios de escrituras relativas a la protocolización del acta de asamblea general extraordinaria en la que queda formalizado el acuerdo de transformación de sociedades mercantiles en civiles, manifestando el acuerdo de transformación de sociedades mercantiles en civiles, manifestando como fundamento legal para ello el artículo 227 de las Ley General de Sociedades Mercantiles, contando dicho testimonio con la autorización judicial a que se refiere el artículo 260 del ordenamiento citado.

En el caso que el Registro Público y del Comercio, a través de los registros y del cuerpo de auxiliares (cuando se ha interpuesto el recurso administrativo respectivo), reniegan la inscripción de los testimonios de escritura relativos a la protocolización del acta de la asamblea general extraordinaria en la que se toma el acuerdo de transformación fundado para ello, fundamentalmente, en los siguientes razonamientos:

¹⁹. José Luis Franco Varela, Sobre la transformación de sociedades mercantiles en civiles. estudios presentados en el Colegio de Notarios el 14 de noviembre de 1985.

CAPÍTULO II
LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 227 DE LA LEY
GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

Como siguiente paso en el estudio de la transformación de las Sociedades mercantiles, es conveniente, por ésta una figura nueva en el ámbito jurídico, interpretar el sentido del artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que se ha venido dando, fundamento legal en los actos de transformación, concretamente en los de Sociedades Mercantiles a civiles, ya que de la aplicación de la ley exige determinar si el caso en cuestión está comprendido en la norma jurídica.

Por lo anterior, es necesario saber qué es interpretación, conocer los métodos de interpretación y las diversas clases de ésta.

2.1 Concepto de interpretación.

“La interpretación es con frecuencia fácil y se usa casi automáticamente, pues la regla jurídica pudo haber sido formulada por medio de palabras que expresan con claridad el pensamiento que encierra. . .”²¹ sin embargo, en ocasiones una norma jurídica puede requerir para su aplicación de un determinado examen, siendo necesario investigar cuál es el sentido de la ley, ya sea como voluntad del registrador, de la misma ley o como un resultado histórico de la vida jurídica de un Estado.

Según Rafael de Pina, la interpretación es una “actividad intelectual encaminada al esclarecimiento del verdadero sentido de una norma legal, de un contrato, de un testamento, y en general, de cualquier acto o hecho jurídico”²²

²¹. Ibid., p. 29

²². Rafael de Pina Vera, Diccionario del derecho, p.309

De esta manera, los fines que la interpretación persigue exigen una actividad intelectual encaminada a descubrir el sentido de la ley, que no sólo debe dirigirse a una norma obscura, ya que una norma puede en apariencia ser clara en cuanto a su intención y sentido, pero que a través del nacimiento y desarrollo de nuevas relaciones sociales se convierte en una disposición vaga y dudosa. Esa actividad intelectual de interpretación recibe el nombre de hermenéutica, la cual constituye una labor necesariamente previa para la aplicación relacionada de las leyes.

Rafael de Pina, como ya dijo anteriormente, conceptúa a la interpretación como una actividad intelectual encaminada al esclarecimiento del verdadero sentido de la norma jurídica. . . Ahora bien, ¿qué debemos entender por sentido de la norma jurídica?

A este respecto, se forma que el sentido de la norma jurídica es la voluntad del legislador, basándose los defensores de esta postura en que, la norma jurídica es obra del poder legislativo y que por lo tanto, el sentido que el legislador pretendió darle. Sin embargo, el sentido que el legislador pretendió darle a la norma jurídica puede no coincidir con lo que la norma jurídica expresa.

Es así como, “lo que un sujeto expresa no es fortiori, lo que pretendía expresar. Puede haber una inadecuación entre la intención de aquél y de los medios de que se vale para formular su pensamiento”.²³

De esta guía, la interpretación está encaminada, no a descubrir la intención o voluntad que tuvo el legislador al crear la norma jurídica, sino más bien a descubrir el significado de aquello expresado por el legislador a través de la norma legal.

²³. Eduardo García Máynez. Introducción al estudio del derecho, p.328

De todo lo anterior y de acuerdo con Edmundo Husserl ²⁴, en la interpretación de la norma jurídica se debe tener en cuenta los siguientes elementos:

1. La expresión en estado físico.- Que es la articulación de palabras empleadas en el texto legal.
2. La significación.- Es aquello que los signos escritos expresan.
3. El objeto.- Que se refiere a aquello a lo que la significación hace referencia.

En relación al artículo 227 podemos señalar que la expresión en su aspecto físico, es la disposición en sí, es decir, el conjunto de signos escritos que conforman la norma jurídica: la significación, es aquello que se trata de descubrir, es decir, la interpretación propiamente dicha y, el objeto es la posibilidad de que las sociedades mercantiles adopten un tipo legal distinto al primitivo.

Por lo tanto, el interprete deberá tener presente, que su labor deberá estar encaminada a descubrir cuál es la significación de aquello que el legislador expresa, valiéndose para ello de los diversos métodos de interpretación. Por eso es conveniente explicar brevemente cuál de los elementos anteriores ya citados puede descubrir el artículo 227 del ordenamiento legal mencionado.

2.2 Método de Exégesis

Para los defensores de esta escuela, la interpretación de la Ley consiste en descubrir cuál fue el pensamiento de su autor, es decir, el sentido de la ley sólo es posible conocerlo a través del conocimiento de la voluntad del legislador.

²⁴. Edmundo Husserl. Investigaciones lógicas. p. 325

El método de exégesis puede ser de dos tipos, dependiendo de la cantidad de la disposición:

1. Interpretación gramatical.- cuando lo expresado por la norma jurídica, o como dice Edmundo Husserl, cuando la expresión en su aspecto físico es tan clara que no da lugar a dudas en relación al pensamiento y voluntad de su autor.
2. Interpretación lógica.- Es cuando la expresión en su aspecto físico no es clara y por el contrario, el contenido de la norma jurídica es incierto, oscuro o incompleto, no basando la simple lectura del mismo atendiendo meramente a su aspecto gramatical, sino que será necesario que el intérprete realice una labor lógica para poder descubrir el espíritu de la ley, valiéndose para lograrlo, según García Máynez, de los siguientes medios.²⁵

A) El estudio de los trabajos preparatorios y de la expresión de motivos.

B) Análisis de la tradición histórica y de la costumbre que prevalecía en la época en que la ley fue creada a fin de conocer los motivos que tuvo el legislador al establecerla.

C) Cuando los anteriores medios no fueron suficientes, al intérprete deberá recurrir a los principios generales del derecho, considerándolos como una serie de principios y máximas del derecho que el legislador debió atender al crear la ley.

En el caso del artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y siguiendo de los pasos de la escuela exegetica, en un principio la expresión en su aspecto físico es oscura ya que al establecer que las sociedades constituidas en

²⁵. Eduardo García Máynez. Op., cit., Pp. 334-335

alguna de las formas que establecen las fracciones I a V y del artículo I podrán adoptar cualquier otro tipo legal..., parece que deja abierta la puerta para hacer una modificación total cualquiera de las sociedades mercantiles a que aluden las fracciones I a V del artículo 1° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, siempre y cuando el nuevo tipo sea legalmente aceptado. En consecuencia podemos figurar tantos casos de cambio de tipo legal como combinaciones permitan las diversas formas de sociedades reglamentadas por el legislador, a excepto de la sociedad cooperativa que queda expresamente excluida de la figura de la transformación.

Por otra parte, si no nos conformamos con hacer una interpretación gramatical y recurrimos a la interpretación lógica, tendremos que tomar en cuenta en primer lugar la exposición de motivos de la multicitada ley, la cual sólo se limita a determinar que la fusión y la transformación es una medida mucho más grave que la fusión, por lo que sólo aquélla da lugar al derecho de retiro, pero dicha exposición no nos ayuda a determinar cuál es el alcance de la fase cualquier otro tipo legal.

En relación al segundo de los medios apuntados con antelación, el legislador consideró que por diversas causas, tales como la insuficiencia de capital, la inadaptación de la estructura social a cambiar de género de responsabilidad, surgiera en la vida de las sociedades la necesaria conveniencia de transformar su tipo legal en uno diferente al primitivamente elegido.

Según algunos, esa posibilidad de transformación que previó el legislador, únicamente fue para que las sociedades mercantiles (fracciones I a V del art. 1) cambiaran a otro tipo de sociedades que también tuviera la naturaleza mercantil, pero debemos aceptar que este razonamiento lógico-jurídico no concuerda con lo expresado por la norma, ya que el texto del artículo es bastante amplio y en nuestra

opinión permite el cambio a cualquier otro tipo, sea su naturaleza mercantil (a excepción de la sociedad cooperativa) o civil, siempre que sea legal.

Los principios generales del derecho, como un tercer medio auxilia del exegeta, se pueden entender como aquellas verdades universales del derecho constituidas por máximas o aforismos vigentes en todo tipo y lugar.

En cuanto a su valor, Rafael de Pina indica “El hecho de que los tribunales y los profesionales de derecho, en general, las sigan recordando y acatando, debemos hacernos pensar que algún valor y utilidad han de tener, porque si no la tuvieran, habrían sido ya relegadas al olvido”.²⁶

En este orden ideal, consideramos conveniente transcribir alguna de estas máximas del derecho, cuyo contenido resulta interesante para los fines que perseguimos.

La costumbre es el mejor intérprete de las leyes, cuando la ley no distingue, tampoco nos incumbe distinguir y todo aquello que no está expresamente prohibido, está permitido.

En atención a estos axiomas jurídicos cabe preguntarnos ¿Si la presentación de escrituras públicas, en las que se hace constar el acuerdo de transformación constituye una costumbre, desde el punto de vista jurídico, que permita interpretar el artículo 227 en el sentido de que es permisible el cambio de tipo mercantil a civil?, si el artículo 227 no distingue al decir cualquier otro tipo legal, ¿Porqué debemos distinguir?, y si no está expresamente prohibido las transformaciones de sociedades mercantiles a civiles y el artículo 227 lo permite ¿Tal práctica es posible?

²⁶. Rafael, de Pina Vera. Op., cit., p.496

Por lo tanto, ante la duda será necesario recurrir a otros medios que nos permitan precisar el sentido del artículo 227.

2.3 La Escuela de Derecho Libre

A la escuela de la exégesis se opuso fuertemente la obra de Seleilles, Gany y Bonnacase, la cual dio origen a la escuela del derecho libre. Según ésta, el viejo método de interpretación es errónea y perjudicial. Dentro de la escuela de derecho libre, el juez ha de realizar una auténtica actividad legislativa, ante la insuficiencia de los textos legales en su caso determinado.

Cuando ante la insuficiencia de las fuentes normales la labor del intérprete se dificulte, ésta estará facultando para fundar su interpretación en la consulta lógica de la naturaleza de las relaciones sociales que en la vida se presente, apreciando en ocasiones, los intereses que concurren en cada caso en particular, es así como el intérprete realiza dentro de la escuela de derecho libre, una auténtica actividad creadora “Y es esta labor. . . su última finalidad debe ser la realización de la justicia”.²⁷

Gustavo Radbruch considera que la interpretación de la ley ha de estar basada no en descubrir la voluntad de los legisladores, sino el sentido objetivo de su aplicación, ya que “La tarea interpretativa no está irremisiblemente ligada al momento de su publicación, sino que debe hacerse en relación con las exigencias, siempre nuevas y cambiantes, de cada época histórica”.²⁸ Considerando a la norma en su aspecto objetivo, ésta nos permite lograr una multiplicidad de interpretaciones que

²⁷. Ibid, p.350

²⁸. Ibid, p.351

responderán mejor a las necesidades sociales que si interpretáremos la norma subjetivamente, es decir atendiendo a la voluntad del legislador.

Por lo tanto, las disposiciones que integran un ordenamiento legal pueden encerrar significados ajenos a la intención del legislador, pero que logran su adecuación a las necesidades cambiantes de la sociedad.

La doctrina kelseniana señala que aunque existe cierta jerarquía entre las leyes (normas constitucionales, normas ordinarias, normas reglamentarias y en último término las normas individualizadas), tal determinación no puede ser total: ya que la aplicación de una norma cualquiera, interviene la iniciativa del órgano encargado de su aplicación, debido a que la norma no puede comprender en su plenitud todas aquellas circunstancias que pueden presentarse al aplicarla.

En tal virtud, una norma jurídica puede encerrar diversas posibilidades al interpretarla, de las cuales podrá el intérprete elegir la adecuada para el caso contrario, siendo esa elección un acto jurídico enteramente válido.

En relación a nuestro objetivo, que es conocer el sentido del artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles atendiendo a la escuela de derecho libre, que en uno de sus principios señala que ante la falta de fuentes formales que permitan resolver controversia en la aplicación de la norma jurídica y concretamente, de si el artículo 227 permite o no, la transformación de sociedades mercantiles a civiles: podemos considerar que ya que “no existe entre nuestros tratadistas suficiente exploración sobre el tema y hasta hoy parece ser que la Suprema Corte de Justicia no ha tenido algún caso que le permita resolver el punto de controversia. . .”²⁹ y

²⁹. Roberto Núñez Escalante. Transformación de las Sociedades entre Sociedades Civiles y mercantiles” p.87

considerando el texto del citado artículo en su aspecto objetivo, así como los intereses que concurren en la transformación de sociedades mercantiles a civiles, como son el aprovechamiento del patrimonio social y la adecuación a las normas fiscales, fundamentalmente, que son lícitos podemos pensar que el artículo 227 si permite la transformación mencionada.

Además, conforme a la propia escuela del derecho libre, cuando una norma legal ofrece diversas posibilidades o caminos para su interpretación, es completamente válido (Según Hnos. Kelsen) elegir la que de acuerdo con nuestra voluntad es la correcta. Cabe señalar a este respecto, que esa voluntad no es arbitraria, ya que las posibilidades que resulten de la interpretación de la norma jurídica son correctas (ilícitas), siendo por lo tanto, también correcta la que elijamos, ya que “no existe ningún criterio que permita decidir cuál de las interpretaciones deba prevalecer”.³⁰

2.4 El método de interpretación a contrario y la interpretación por sus resultados.

2.4.1 El método de interpretación a contrario.

Este método de interpretación se da cuando el texto legal contempla una sola solución respecto de un caso concreto y del cual se deduce una consecuencia por oposición a aquello que el texto establece. Es decir, “cuando un texto legal encierra una solución restrictiva, en relación con el caso a que se refiere, puede referirse que los no comprendidos en ella deben ser objeto de una solución contraria”.³¹

³⁰. Ibid. p. 353.

³¹. Ibid. p.335

Sin embargo, este método de interpretación no nos ayuda a conseguir el objeto propuesto, que es el de descubrir el sentido del artículo 227 que en su primera parte señala: “las sociedades constituidas en alguna de las formas que establecen las fracciones I ó V del artículo 1 pueden adoptar cualquier otro tipo legal, el cual interpretado a contrario esto resulta que las sociedades que no estén constituidas en algunas de las formas que establecen las fracciones I a V del artículo 1, no podrán adoptar otro tipo legal.

2.4.2 La interpretación por sus Resultados

De acuerdo, no al método, sino a los resultados obtenidos al realizar la labor de interpretación ésta puede ser: Declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.

La interpretación declarativa es aquella que resulta cuando hay diferencia entre el sentido de la ley y la letra de la ley, o bien, cuando las diferencias existentes se han reducido logrando su correspondencia.

Parece ser que en el caso del artículo 227 no existe una correspondencia entre el espíritu de la ley, es decir, el sentido de la ley y la letra de la ley (expresión en su aspecto físico), ya que según Rogelio Aceves Barajas³² por una parte, el espíritu de la ley como voluntad del legislador se refiere solamente al cambio a otro tipo de naturaleza también mercantil, pero no obstante, la expresión de la ley en su aspecto físico deja abierta la puerta para hacer una modificación total a cualquiera de las sociedades que se refieran las fracciones I a V del artículo 1 de la ley respectiva, a otro tipo legal, y al civil es otro tipo legal.

³² Rogelio Aceves Barajas, Improcedencia de la transformación de sociedades mercantiles a Sociedades civiles y de su inscripción en los registros de comercio y de la propiedad.

La interpretación extensiva resulta cuando la expresión de la ley en su aspecto físico, amplía el sentido de la misma a casos no comprendidos por ella, en atención que el legislador al expresar en palabras su pensamiento, dijo menos de lo quería decir.

Extendiendo el sentido del artículo 227, podemos considerar que el legislador quiso aceptar que el principio de la voluntad de las partes es ley suprema de los contratos, pudiendo las partes en el contrato de sociedades acordar su total modificación, siempre y cuando la nueva forma fuera legalmente aceptada.

La interpretación restrictiva reduce el alcance de las palabras utilizadas por el legislador, por entender que la propia voluntad de la ley no podría consentir que a un precepto legal se le diera todo el alcance que él mismo permite. De modo tal que esta interpretación surge cuando las palabras empleadas por el legislador se entienden más de lo que él quiso decir, debiendo comprender únicamente los casos a que se refiere su espíritu aunque su letra abarque más.

“Esta interpretación en fin tiene una función correctora, la cual tiende a reducir el texto de la ley a los límites de su supuesto espíritu”.³³

Conforme a la interpretación restrictiva y corrigiendo según Niño José Antonio, el texto de la ley a los límites de su supuesto espíritu, el cambio a cualquier otro tipo legal alude a otra sociedad igualmente mercantil. Sin embargo, consideramos que la fusión interpretativa no nos permite corregir lo expresado por el legislar a través de la norma legal argumentando que quiso expresar menos, ya que si bien es cierto que el espíritu de la ley es un elemento importante en la labor del intérprete, no es un elemento único, puesto que deberá de tomarse en cuenta que las nuevas relaciones

³³. Antonio, Niño José. La interpretación de las leyes, p.42

sociales que van sirviendo imponen una interpretación de acuerdo a la evolución de éstas o en su caso, nuevos ordenamientos legales que rijan las nuevas necesidades, pero también debemos considerar que ante la imposible tarea de reformar las leyes conforme evolucionan las relaciones sociales, en cierta medida la interpretación pueda lograr tal función.

La interpretación progresiva es aquella que parte de la propia ley y trata de adoptar la norma jurídica a las necesidades cambiantes de la sociedad, por lo que el intérprete ha de estudiar las nuevas circunstancias a las que la norma ha de aplicarse, aún en el caso de que los nuevos aspectos estuviesen lejos de la razón originaria con que fue promulgada, siempre y cuando, la norma jurídica sea capaz de adaptarse a las nuevas concepciones.

2.5 Elementos de Interpretación

Los medios de que el intérprete se puede servir para realizar su labor, son tradicionalmente los siguientes: 1) El elemento gramatical; 2) El lógico; 3) El histórico y 4) El sistemático.

El elemento gramatical está constituido por el conocimiento lexicográfico de las palabras empleadas por el legislador en el precepto legal, aplicando las reglas gramaticales, siendo entonces, el primero de los medios de que debe valerse el intérprete, ya que la norma legal constituye la expresión del pensamiento del legislador.

El elemento lógico consiste en penetrar en el pensamiento y la voluntad del legislador, ello mediante una investigación encaminada a conocer los motivos de la norma jurídica.

En el elemento histórico el intérprete ha de tomar una cuenta todos aquellos antecedentes de la norma jurídica, tales como los trabajos preparatorios, exposición de motivos y anteproyectos, pero consideramos que el intérprete debe ser cuidadoso al usar este elemento, ya que si por una parte constituye una ayuda y orientación, por otra puede obstaculizar el aspecto sociológico y el evolutivo.

El elemento sistemático está basado en la vinculación interna que existe entre las diversas normas jurídicas que componen una ley. Considera este elemento que la norma jurídica no puede estudiarse aisladamente, ya que forma parte de un todo, consistiendo por lo tanto, en relacionar una norma con aquellas otras que integran una ley.

Con fundamento en este elemento, podríamos considerar que el artículo 227 al referir ...podrán adoptar cualquier otro tipo legal. Quiere decir, otro que sea mercantil sin contar la cooperativa; pero si atendiéramos al elemento gramatical, como ya habíamos dicho, parece que el señalar cualquier otro tipo legal, deja abierta la puerta para hacer una modificación total, siempre que se acaten las formalidades y requisitos que para el nuevo tipo exija la ley.

Por ello, es necesario considerar que no será correcto utilizar sólo uno de los medios auxiliares del intérprete, sino que lo normal es que entren en juego todos ellos ó, en su defecto, la mayor parte de ellos.

Otros autores consideran un quinto elemento de la interpretación que es el sociológico, considerando que la ley es pensamiento y voluntad del presente y no del pasado, y que se desenvuelven conforme al desarrollo de las nuevas relaciones sociales.

2.6 El artículo 227 como laguna legal y la Analogía

Hemos visto, cómo las escuelas de interpretación estudiados (la exégesis y la del derecho libre), y los métodos auxiliares del intérprete, nos conducen a soluciones diferentes en relación a la meta fija, que es conocer el sentido del artículo 227 en su primera parte. Esto podía hacernos pensar que tal vez nos encontramos ante el límite de la interrupción es decir, ante una laguna legal.

Se considera como laguna legal aquella falta, comisión, insuficiencia o falla en que incurre una norma jurídica, es decir, cuando la norma jurídica expresa que determinada relación sea fija o suceda de cierta manera, pero dentro de la hipótesis que la norma maneja, surgen muchas posibilidades, sin que la ley diga cuál de esas posibilidades debe entenderse.

Es así como la existencia de las lagunas legales es indiscutible, ya que resulta imposible para el legislador prever todas las situaciones de la vida real, en virtud de la evolución de las relaciones sociales por lo que las lagunas deben colmarse por los medios más adecuados que ofrezca la técnica jurídica, siendo uno de estos la analogía.

La analogía es el instrumento técnico que sirve para llenar las lagunas de ley; supone que la norma que debe regular a un caso concreto no existe, pero que puede resolverse acudiendo a la norma jurídica que regula otra situación, diversa pero que posee notas comunes a aquella que no esté regulada, partiendo entonces, del supuesto de que una situación jurídica está prevista y otra no.

En nuestro caso en particular la analogía no es útil como medio para aclarar si el artículo 227 permite no la transformación de sociedades mercantiles a civiles,

puesto que el artículo 228 de la ley en cita, solo dispone que (en cuanto al procedimiento) se observarán las reglas de la fusión.

Otros medios para colmar las lagunas de la ley son la costumbre y los principios generales del derecho. El primero de ellos carece de valor para el fin que nos hemos propuesto y en el caso de los principios generales del derecho, remito a las consideraciones tratadas al hablar de los medios de interpretación de la escuela de la exégesis en el punto 2.2 de este capítulo, mencionando solamente que “se ha sostenido que todos aquellos casos en que no existe un precepto legal que prevea la situación concreta, puede ésta ser resuelta de acuerdo con la regla de que todo aquello que no está ordenado, está permitido”.³⁴ Es decir, que una conducta no está jurídicamente ordenada o mejor dicho, no está jurídicamente prohibida, significa que está jurídicamente permitida (tratándose de derecho y obligaciones de los particulares, ya que cuando se habla de funcionarios públicos, la regla varía y deberá entonces entenderse de lo que no está expresamente permitido, está implícitamente prohibido), por lo anterior, cabe considerar, que al no estar expresamente prohibido la transformación de sociedades mercantiles a civiles, está jurídicamente permitida, siempre que la nueva forma, como ya habíamos dicho, sea legalmente aceptado.

2.7 Clases de interpretación

Las clases de interpretación son las siguientes:

- 1) La interpretación auténtica o legislativa:

- 2) La interpretación judicial y

³⁴. *Ibid.*, p. 1359

3) la interpretación doctrinal.

1) La interpretación auténtica o legislativa.- Este tipo de interpretación no es en realidad una interpretación jurídica como hemos entendido ésta. En el artículo 72, inciso F de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que en las interpretaciones reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su transformación. Por lo tanto, la interpretación auténtica se refiere a que el legislador puede darle un sentido determinado a una ley o una norma jurídica, por medio de una ley posterior que complementará, aclarará o reformará la dictada en primer término. Es decir, la interpretación del legislador consiste en determinar el sentido o criterio que ha de darse a una ley expedida con anterioridad, claro que sin determinar el significado de ésta para aplicarla a un caso concreto, sino en términos generales.

De este modo, el legislador o ha tenido a bien dictar una norma que aclare el sentido del artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en relación a la transformación de sociedades, que debido a su escasa reglamentación y a la importancia que ha estado tomando esta figura, no puede seguir teniendo una representación análoga a la fusión, sino que debe considerarse la posibilidad de establecer normas propias de la transformación.

2) La interpretación judicial.- Es aquella que realiza los órganos de la jurisdicción con una tarea previa el acto de la aplicación del derecho, ya que no puede existir una correcta aplicación, sino una previa interpretación del derecho, ello a través de los medios mas adecuados que ofrezca la técnica jurídica, entendiéndose ésta. . . como el arte de la interpretación y aplicación de los preceptos de derecho vigente".³⁵

³⁵. Ibid. p. 129

Cuando la interpretación judicial procede de la Suprema Corte de Justicia, de los Tribunales Colegiados de Circuito o del Tribunal Fiscal de la Federación, cierta jurisprudencia, siempre que lo resuelto en sus resoluciones se sustente en ellas (tratándose de la Suprema Corte), se sustenta en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hallan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros cuando se trata del pleno o por cuatro funcionarios en salas.

Conforme al segundo párrafo del artículo 193 de la Ley de Amparo, las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hallan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado.

En relación al tribunal fiscal de la federación la jurisprudencia será establecida por la sala superior, al decidir la tesis que deberá prevalecer cuando reciba la sentencia que deje aplicar algún precedente (tesis contenida en las sentencias que dicten las salas o al tribunal) o la denuncia de contradicción, así también constituirá jurisprudencia la tesis sostenida por el supervisor al resolver los juicios con características especiales de conformidad con el artículo 239 bis de la ley de la materia, siempre que se sustente en tres resoluciones no interrumpidas por otra en contrario.

Una vez aprobada la tesis jurisprudencia, la síntesis y el rubro que corresponda, se ordenará su publicación en la revista del tribunal. La jurisprudencia que establezca la sala superior debe apegarse a la que en su caso, hayan formado los tribunales del poder judicial de la federación.

Sin embargo, volviendo a nuestro tema, parece ser que la suprema corte de justicia no ha tenido algún caso que le permita resolver sobre si el artículo multicitado, admite la transformación de sociedades mercantiles en civiles.

3) La interpretación doctrinal.- Consiste en los estudios de carácter científica que realiza los juristas, interpretando, sistematizando, y explicando las reglas de aplicación de derecho, o bien que sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas.

En relación a su importancia, Rafael de Pina considera que “no puede desconocerse que hoy la interpretación doctrinal es muy tenida en cuenta por los jueces para resolver los problemas que les presentan para el esclarecimiento del derecho aplicable en los casos que están obligados a resolver y que, por ello, sus resoluciones aparecen habitualmente apoyados en la doctrina. . .”³⁶, no obstante y conforme lo hemos tenido apuntando hasta ahora la doctrina existente en relación a nuestro lema, no ha logrado unificándose, inclinándose en unos a considerar que tal transformación constituye una maniobra de evasión fiscal, otros que no es posible jurídicamente y algunos otros, fundándose en el principio de que todo aquello que no está prohibido, es legal y está permitido considerar que no pueden objetarse esas transformaciones y que el problema se reduce al rendimiento.

³⁶. Ibid. p.311

CAPÍTULO III
DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS SOCIEDADES
MERCANTILES Y CIVILES, ASÍ COMO DE SU
TRANSFORMACIÓN Y LOS CONCEPTOS DE EVASIÓN Y
ELUSIÓN FISCAL

3.1 Naturaleza jurídica de la sociedad. Diversas teorías

En relación a la naturaleza jurídica de la sociedad, han surgido diversas teorías inclinándose la mayoría de los autores a considerar que la sociedad es un contrato, sin embargo, el hecho de que la sociedad da motivo al nacimiento de una nueva persona jurídica además de otras características, hizo pensar a diferentes autores de que la sociedad no puede encuadrar en el concepto clásico de contrato son los siguientes:

Genaro Hernández Morales³⁷ estima que el contrato es importante para dar nacimiento a una nueva persona jurídica. Explica que el contrato clásico sólo organiza derecho y obligaciones que lo han celebrado. En cambio, en la sociedad, las relaciones jurídicas se proyectan no solamente entre las partes, sino entre partes y las personas jurídicas mismas. Agrega, que no es el contrato el que da origen a la sociedad, sino más bien, es un acto unilateral, ya que tanto el nacimiento como el desarrollo y aún en la misma disolución de la sociedad, puede advertirse que la voluntad de los socios no conforma un consentimiento o acuerdo, sino un haz de intereses paralelos hacia un solo sentido.

Genaro Hernández Morales considera que el hecho de eliminar el concepto de contrato de la sociedad para reducirlo a un mero acto constitutivo unilateral, implica reducir la sociedad a un solo socio, lo que contradice el principio de la asociación, equivalente a deshumanizar la institución, suponiendo que los socios funden sus voluntades en un haz único, sin tomar en cuenta sus intereses individuales.

³⁷. Genáro Hernández Morales, Concepto y elementos de las sociedades en el Derecho Mercantil. p.70

En nuestra opinión, la teoría de Gierke en la que la sociedad surge de un acto constitutivo unilateral, no implica reducir la sociedad a un solo socio, sino que se refiere a los derechos y obligaciones que nacen entre las partes, no son contrapuestos sino que en paralelos, encaminados al logro de una finalidad común, es decir, que la expresión de voluntades de los socios constituye una manifestación unilateral de voluntades.

Por otra parte, otra teoría nos dice que el concepto de sociedad no es el único, sino que puede entenderse en dos sentidos, uno amplio y el otro restringido. Como dice Genaro Hernández Morales, quien sostiene esta teoría, señala que las sociedades en sentido amplio son la reunión de varias personas para consecución de un fin común; en tanto que las sociedades en sentido estricto (sociedades civiles) son una relación contractual entre varias personas que se obligan recíprocamente a cooperar mediante conferimientos patrimoniales o con su actividad, hará conseguir otra ganancia, relación que sólo tiene eficacia entre las partes, pero por la cual los socios son personalmente titulares de derechos y obligaciones.

En base a lo anterior, el citado autor, asigna la característica de contrato sólo a la sociedad civil, y a la sociedad mercantil, él de la característica de una persona jurídica.

Al respecto que si bien citó que las sociedades mercantiles son personas jurídicas por reunir los elementos esenciales del mismo.

Ascarelli da al contrato de sociedad el nombre de contrato de organización o contrato plurilateral, para lograr su diferenciación de los contratos clásicos ya que aún acepta que la sociedad tiene carácter contractual, considera que ésta tiene características que la distinguen de los contratos clásicos, y esas características son:

- A) Es un contrato plurilateral, porque cada uno de los socios tiene relaciones con los demás.
- B) Es un contrato típico, ya que la obligaciones a las que da origen, no están tipificadas a través de formas determinadas previamente, pudiendo cada socio obligarse en forma muy variada y distinta.
- C) El cumplir con las prestaciones es deber y también un derecho de los socios, ya que solo podrá cumplirse el fin social.

Joaquín Rodríguez Rodríguez, que siguiendo las tesis de Ascarelli, afirma que la sociedad es un resultado de una declaración de voluntad contractual, que por sus características especiales debe darse la denominación de contrato de organización: Indica que éste, (contrato de organización) no se cambia prestaciones, ya que las mismas constituyen un fondo común y que además, se crea una persona jurídica a través de la realización de dichas prestaciones.

Agrega, que los intereses en el contrato de la organización son opuestos pero de satisfacción determinada, siendo la intención de una de las partes paralelas a la satisfacción de los intereses de los demás, asimismo en el contrato de organización puede haber varios socios y la entrada y la salida de éstos de la sociedad no altera las bases contractuales fundamentales, pudiendo aumentar o disminuir el número de las adheridas.

Cabe considerar en relación a eso último, que Joaquín Rodríguez parece olvidar que la disminución de los socios a un mínimo al que la ley señala para su constitución dependiendo del tipo de sociedades, trae como consecuencia la nulidad relativa del

acto, ello con fundamento en la fracción 1795 del Código Civil para el Distrito Federal.

Barrera Graft considera que sólo en la etapa constitutiva de la sociedad puede hablarse de una naturaleza contractual, es decir, desde los tratos que preceden a la celebración del contrato ya perfeccionado, ya que en la etapa del funcionamiento aunque subsisten y características de contrato origina, tales como, las aportaciones y la comunidad del fin y los intereses de los socios, el acuerdo de voluntad de todos aquellos queda substituido por la deliberación, el voto y el principio de mayoría, y además, aunque en principio exista opción de interés, éstos quedan subordinados al interés social, es decir, quedan subordinados los intereses personales de los socios al lograr y cumplir el fin para el que la sociedad fue creada.

Considerando que la sociedad no se reduce meramente a un contrato, Hernández Morales distingue en la vida de las sociedades dos momentos que son:

- 1) El de su fundación en cuyo caso, habla de la sociedad como contrato.
- 2) El de su existencia, caso en el cual habla de la sociedad como persona.

En relación a lo anterior, las sociedades con cooperación de derecho privado que tiene personalidad jurídica y por lo tanto, tiene una naturaleza distinta de la de los socios, pudiendo crearse relaciones jurídicamente los socios y la sociedad, es decir, los socios pueden ser acreedores o deudores de la sociedad, demandar o ser demandados por la sociedad.

No obstante de la exposición de teorías anteriores y desde el punto de vista legislativo mexicano, es indiscutible que la sociedad es considerada como un contrato,

de conformidad con el artículo 2688 del Código Civil del Distrito Federal (artículo comprendido dentro de la segunda parte del Código Civil relativamente a las diversas clases de contratos) que a la letra dice por el contrato de sociedades los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial y que suprimiendo la última parte, el resto de la definición también comprende la sociedad mercantil.

En este orden de ideas cabe considerar en definitiva, que la sociedad es un contrato, ya que la distinción de dos momentos en la vida de la sociedad, el de su nacimiento y el de su existencia, es una mera consideración doctrinal, no atendida por la legislación positiva, por lo tanto, el siguiente paso en nuestro estudio es determinar los elementos del contrato de la sociedad.

3.2 Elementos del contrato de sociedad

3.2.1 El consentimiento.- El consentimiento es la manifestación de la voluntad por medio de lo cual exterioriza el acuerdo de poner en común con otras personas, ya sean cursos o esfuerzos o ambas cosas, para la realización de un fin determinado, así también la aprobación de las bases establecidas para ello. Debe existir el effectio societatis, es decir, la intención e las personas que manifiestan su voluntad de colaborar en la consecución de un fin que les es común.

3.2.2 El objeto.- La doctrina distingue que el objeto puede ser directo o indirecto. El objeto directo está constituido por la creación de derechos y obligaciones entre las partes derivativas de la manifestación de voluntad, el objeto indirecto es la cosa o hecho que conforma la obligación que engendra el contrato.

El objeto directo en el contrato de sociedad estará determinado por los derechos y obligaciones que los estatutos, aprobados por los socios a través de la manifestación de voluntad les otorgue.

El objeto indirecto consiste en la conducta que debe observar el socio dentro de la sociedad, ya sea de dar, de hacer o de no hacer, conforme el artículo 1824 del Código Civil que señala: son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Tratándose de el contrato de sociedad, nos interesa el objeto directo como aquella cosa que el socio debe dar cuando se trata de aportaciones en dinero o en especie, y el hecho que el obligado debe hacer, cuando la aportación que debe dar el socio consista en trabajo.

Por lo tanto, podrán aportarse a la sociedad tanto recursos como esfuerzos. Por recursos se entiende todos aquellos objetos que tienen un valor patrimonial, como son los bienes muebles o inmuebles, los derechos y créditos. Por esfuerzos se entiende actividades que resultan del trabajo intelectual (conocimiento del negocio o dotes de organización) o bien, físico.

Cuando la aportación de recursos es en especie, ésta deberá existir en la naturaleza, ser determinada o determinable, y está en el comercio (artículo 1825 del Código Civil), y cuando se aporte una actividad ésta deberá ser posible y lícita (artículo 1827 del ordenamiento citado), en relación a este último las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada no admiten la aportación del trabajo.

Cuando la aportación consista en crédito, el socio que la haga deberá responder a su existencia y legitimidad, así como de la solvencia del deudor en la época en que la aportación sea hecha y que, en caso de títulos de crédito éstos no han sido objeto de la publicación que para los casos de pérdida previene la Ley, (artículo 12 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Por último, las aportaciones podrán hacerse a título de propiedad, o bien, de goce, pero se entenderán translativas de dominio en caso de no existir pacto en contrario de conformidad con los artículos 2689 del Código Civil y II de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

3.2.3 La capacidad.- La capacidad es aquella aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones y para hacer valer, la capacidad podrá ser general, es decir, ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales o en su caso podrá ser especial si es que se obliga a transmitir el dominio de bienes a la sociedad, pues deben tenerla para poder mantener de los bienes que aporten. En otras palabras la capacidad general o especial dependerá de la obligación del socio de transmitir el dominio o solo el uso o el goce de ejecutar un determinado trabajo.

Por otra parte de conformidad con la fracción I del artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que a la letra dice: la escritura constitutiva de una sociedad deberá contener: I. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad..., podrán formar parte de la sociedad mercantil como socio de las personas morales.

3.2.4 Ausencia de vicios de consentimiento.- Para que el consentimiento expresado por los socios sea válido, éste debe de carecer de vicios de la voluntad. Los vicios de la voluntad son el efecto que produce el error, la violencia, el dolo, la mala fe y la lesión que trae como consecuencia la invalidez del acto que se trate, es decir no es idóneo para producir sus efectos característicos.

· El error es un falso concepto de la realidad, pudiendo ser este de derecho, de persona, de hecho o cálculo.

La violencia, conforme al artículo 1819 del Código Civil, existe. . . cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, honra la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contraparte, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

El dolo es aquella maquinación o artificio que emplea algunos de los contratantes para inducir a error a mantener en él a la otra parte (primera parte del artículo 1815 del Código Civil).

La mala fe se entiende, conforme a la parte final del artículo 1815 del Código Civil, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

Finalmente, cabe considerar, aunque no está incluido en el Código Civil dentro de los vicios del consentimiento, en la lesión que dicho ordenamiento contempla en su artículo 17 y que puede definirse como aquel vicio de la voluntad que surge en alguna de las partes, por su ignorancia, inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria, en un contrato en que las prestaciones sean ciertas y determinadas desde el momento en que se celebra.

3.2.5 Licitud en el objeto, motivo o fin.- A este respecto recuérdese que anteriormente señalamos que el objeto está constituido por una parte, por los derechos y obligaciones derivadas del contrato de la sociedad (objeto directo) y por la otra, por el contenido de la conducta del deudor (objeto indirecto), es decir, aquello a lo que se obliga. En relación al motivo o fin podemos entender que es aquella razón subjetiva que induce al individuo a la celebración del acto jurídico, es decir, el por qué se obliga.

Por lo tanto y de conformidad con el artículo 1795 fracción III del Código Civil, para que el contrato sea válido, es necesario que tanto aquello a lo que se obliga al deudor (socio) y el por qué no sea las leyes de orden público y a las buenas costumbres de una sociedad determinada, según se infiere de los artículos 1830 y 1831 del Código Civil.

3.2.6 La forma.- La forma como elemento de validez del contrato es el medio al que se recurre para que la exteriorización del consentimiento y el acto a que se refiere, sean idóneos para producir sus efectos característicos.

En relación con este elemento, debemos distinguir si se trata de una sociedad civil. En el caso de esta última, el artículo 1832 del Código Civil establece: “en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que parezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieren formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”. Es así como la ley determina que el contrato de sociedad deberá de constar por escrito, bastando un documento privado, pero en el caso de que se aporten a la sociedad bienes cuya transferencia debe constar en escritura pública, el contrato de sociedad requerirá entonces, de dicha formalidad (Artículo 2690 del Código Civil).

También son requisitos de forma hacer constar los nombres y apellidos de los otorgantes, la razón social, el objeto y el importe del capital social, debiendo de precisar la aportación con la que cada socio contribuye (artículo 2693 del Código Civil).

Además, para que el contrato de sociedad produzca efectos contra terceros, deberá inscribirse en el Registro de Sociedades Civiles (artículo 2694 del ordenamiento multiplicado).

La inobservancia de la forma en el contrato de sociedad (civil), no origina la nulidad relativa como sucede que en los demás contratos, sino que trae como consecuencia que los socios puedan pedir, en cualquier tiempo, que haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido o en su defecto, a lo dispuesto en el capítulo V en el título décimo primero del Código Civil, pero mientras no se haya solicitado la liquidación el contrato de sociedad que produce todos los efectos entre los socios, los cuales no podrán oponer a terceros, que haya contratado con la sociedad, la falta de forma (artículo 2691 del Código Civil).

Tratándose de las sociedades mercantiles, éstas deberán constituirse ante notario haciendo constar de la misma manera sus modificaciones (artículo 5 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Además, el contrato deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio (artículo 7 de la misma ley y 19 del Código de Comercio), en el Registro de Inversiones Extranjeras cuando en su capital participen uno o mas inversionistas extranjeros (artículo 2 de la Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Extranjera y artículo 17 al 20 del Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras).

Por otra parte, el artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles nos señala cuáles son los requisitos que, en forma general, debe contener la escritura constitutiva de una sociedad, los cuales Joaquín Rodríguez resume de la siguiente manera:

- **Requisitos Personales.**- En relación a los socios son el nombre, la nacionalidad y el domicilio. En relación a la sociedad son la razón social o denominación, el domicilio, la duración y finalidad (artículo 6 fracciones I, II, IV y VII de la Ley General de Sociedades Mercantiles).
- **Requisitos reales.**- Son el capital, las reservas y las aportaciones (artículo 6 fracciones V, VI y IX de la citada ley).
- **Requisitos funcionales.**- Que comprenden el sistema de administradores, el sistema de liquidación y el nombramiento de liquidadores; la distribución de utilidades y los casos de disolución anticipada (artículo 6 fracciones VIII, IX, X, XII y XIII del mismo ordenamiento).³⁸

Por lo que respecta a la publicidad de la sociedad como formalidad, el artículo 19 del Código de Comercio establece que la inscripción o matrícula en el registro mercantil es de carácter obligatorio para todas las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio, tengan personalidad jurídica, siempre que se haya exteriorizado como tales frente a terceros y aunque no consten en escritura pública (artículo 2, párrafo tercero de la Ley General de Sociedades Mercantiles). A éstas, la Ley da el carácter de sociedades irregulares, caso en que los socios tienen el derecho, una vez transcurridos los quince días a partir de la fecha de escritura social, de demandar dicho registro.

³⁸. Joaquín, Rodríguez Rodríguez Op.Cit.,p.49

3.3 Distinción entre sociedades civiles y mercantiles.

Hasta aquí hemos determinado que la sociedad tiene un carácter contractual, pero será necesario ahora establecer, ¿Cuál es el criterio o criterios atendidos para distinguir al contrato de sociedad civil del contrato de sociedad mercantil?.

En relación a lo anterior, Manuel Cervantes objeto; el tercero está determinado por la forma bajo la cual se constituye la sociedad y; el cuarto, tiene en consideración la voluntad de las partes.

En cuanto al primero de los criterios, no es aceptado, y que una sociedad civil pueda estar constituida por comerciantes y a la inversa, podrá una sociedad mercantil constituirse por no comerciantes. En otras palabras, no podemos considerar actos de comercio y a su vez, no todos los actos que realice una sociedad civil, sean netamente actos de naturaleza civil.

El segundo criterio es aprobado por la mayoría de los autores, puesto que si se considera que una persona que hace del comercio su profesión habitual, es comerciante, es factible pensar que una sociedad que se dedica a la especulación mercantil tendrá por lo tanto, tal naturaleza y la que no se dedique a dicha actividad, será civil.

En relación al tercer criterio, que atiende a la forma, algunos autores lo aceptan como único medio para distinguir a las sociedades mercantiles de las civiles y viceversa, puesto que, una sociedad constituida en atención a las formas mercantiles, será mercantil y las que adopten las disposiciones de la legislación común, serán civiles. El cuarto criterio no puede aceptarse, ya que no debe atenderse a la calificación dada por las partes a la sociedad que han creado, debido a que dicha

acción equivaldría a que los socios se confieran o se quiten libremente la calidad de comerciantes, excluyéndose a su arbitrio, de la jurisdicción civil mercantil. En relación a lo anterior, podría considerarse que el transformarse una sociedad mercantil a una civil, los socios de aquélla se estarían quitando libremente la calidad de comerciantes para sujetarse a la legislación común, pero estimamos que, en atención a las consideraciones del segundo capítulo de este trabajo y aún que si bien es cierto que la voluntad en las partes no puede determinarse que la sociedad sea mercantil o civil, debe reconocerse que el artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles deja abierta la puerta para llevar a acabo dicha transformación, debiendo sujetarse para ello a los preceptos relativos a la fusión y a las disposiciones de la legislación común, pero lo que puede pensarse que los socios de la sociedad mercantil se quitan arbitrariamente su calidad de comerciantes.

En relación a nuestro objetivo, el artículo 2688 del Código Civil señala: Por el contrario de sociedad los socios se obligan mutuamente a cambiar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituye una especulación comercial. De acuerdo a su parte final podría inferirse que la distinción entre una sociedad mercantil y una civil está determinada por su finalidad, es decir, la sociedad será civil cuando su finalidad sea de carácter preponderantemente económico siempre que no constituya una especulación comercial; será mercantil cuando tenga dicha finalidad de especulación comercial.

No obstante a lo anterior, Mantilla Molina dice: "...muchas legislaciones, y entre ellas mexicana (sic.), hace caso omiso de los fines perseguidos, para tender tan solo a la estructura de la sociedad, considerándola mercantil si adopta un tipo social regulado por las leyes mercantiles, cualesquiera que sean sus finalidades"³⁹. Esto

³⁹. Roberto, Mantilla Molina Op. Cit., p. 188

tiene fundamento en el artículo 4 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que establece: Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en algunas de las formas reconocibles por el artículo 1 de esta ley.

De todo lo anterior expuesto, podemos concluir en relación a este apartado, que las sociedades civiles adoptan un criterio de finalidad, en tanto que las sociedades mercantiles adoptan un criterio formal.

Cabe señalar que las sociedades civiles podrán eventualmente dedicarse a una actividad mercantil y de la misma manera, una sociedad constituida conforme a las formas mercantiles, puede dedicarse a actividades sociales o culturales. A este respecto, atendiendo a las consideraciones anteriores, diremos que las sociedades mercantiles seguirán siendo mercantiles aunque su finalidad fuese civil, ya que su naturaleza deviene de su forma de constitución, pero cuando una sociedad civil se dedique a actividades mercantiles, deberá considerarse mercantil y ante esta hipótesis deben aplicarse las prescripciones del artículo dos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y en tanto no se inscriba en el Registro Público de Comercio será una sociedad irregular.

En el caso de la transformación de sociedades mercantiles a civiles, no cabe pensar que la sociedad mercantil siga existiendo bajo una finalidad civil, ya que precisamente la transformación implica dejar la forma primitiva para adoptar la forma civil, sujetándola a las disposiciones respectivas.

3.4 Naturaleza jurídica de las transformación de sociedades mercantiles a civiles.

Una de las principales interrogantes que plantea la transformación de las sociedades mercantiles a civiles, es precisamente la de ¿Cuál es la naturaleza jurídica de dicha

transformación?, siendo necesario para resolverla, saber primeramente qué se entiende por transformación.

3.4.1 Concepto de transformación de sociedades

Feliu Segovia afirma que la transformación “es el cambio de forma que experimenta una sociedad, al pasar de una especie legal a otra diferente, en virtud de una modificación del contrato social, que la libera de las normas que la regían hasta ese momento y la somete al régimen legal correspondiente a su nuevo tipo, sin disolverla ni cambiar su identidad aún cuando la sociedad pierda o adquiera personalidad jurídica, como efecto de la mutación”.⁴⁰

Al formar una sociedad, las partes no son enteramente libres, ya que deberán estructurarla de conformidad con las normas que rijan aquella especie legal, cuya estructura mejor convenga a sus necesidades. Sin embargo, durante la vida de la sociedad por diversas causas (insuficiencia de capital, inadaptación de la estructura social al objeto de la empresa, deseo de los socios de cambiar el género de responsabilidades, perseguir ventajas de carácter fiscal, etc...) puede surgir la necesidad de adoptar, sin tener que pasar por una disolución de la sociedad, un tipo diferente al escogido primeramente.

De esta manera, el cambio de las circunstancias en que se contrató y las particulares exigencias o necesidades de la empresa, pueden determinar que la sociedad tenga que mudar de forma, conservando sus elementos constitutivos (socios, capital, domicilio, etc...) con excepción de aquellos, que por ser propios de la nueva forma, son alterados por el cambio.

⁴⁰. Roger, Percerou. Transformation de societe, p.11

En estricto sentido, el cambio de tipo, cuando una sociedad muda de forma o especie legal a otra diversa, aunque ese cambio vaya acompañado por otras modificaciones, como lo son por ejemplo, el aumento del capital social, el ingreso o calidad de socios, la ampliación o sustitución del objeto social, etc..., así de esta forma, y según Percerou Roger⁴¹, el cambio de forma es totalmente distinto e independencia a las modificaciones del contrato social que puedan acompañarla, aún en el supuesto de que se pactarán de una manera conjunta y que estén estrechamente relacionadas.

Ahora bien, a la luz del artículo 227 de la Ley General y Social Mercantiles podemos configurar tantos casos de cambio de especie como combinaciones permitan las diversas formas de sociedades reglamentadas por la ley (a excepción de las cooperativa) incluyendo la sociedad civil.

Establecido el concepto de transformación implica o no la creación de una nueva sociedad; si en la transformación hay disolución de una sociedad y constitución de otra diversa y en general, cuál es la naturaleza jurídica de esta figura.

3.4.2 Naturaleza jurídica de la transformación de sociedades.

Joaquín Garriques⁴² considera que en relación a la figura de la transformación, se dan dos posturas respecto a su naturaleza, la primera considera que la figura de la naturaleza, la primera considera que la figura de la transformación implica la creación de una sociedad y la segunda que la transformación no constituye la creación de una nueva sociedad.

⁴¹. Idem

⁴². Joaquín Garriques. Tratado de derecho mercantil. Pp.1321-1324

Si se considera que la transformación de la sociedad implica la creación de la nueva sociedad, dicha transformación se reduce a una disolución de la antigua sociedad y la transmisión a la nueva del activo, el cual aportarán los socios en proporción a sus participaciones en la antigua, no constituyendo, por lo tanto, una verdadera transformación, sino más bien, la transformación del activo de una sociedad a otra mediante la disolución de la sociedad transmitente.

En este orden de ideas, se ha considerado que ante la sociedad que se disuelve y la que se crea, hay lugar a una sucesión universal, segante a la que da por causa de muerte.

De esta manera, la nueva sociedad adquiere el activo y pasivo de la disuelta, constituyéndose en su continuadora como sucede con el heredero de la personal de causante.

A pesar de lo anterior, la sucesión a título universal no está prevista es la ley para las sociedades y otras personas jurídicas, y además estimamos que la figura de la transformación es indiscutible que no puede darse la disolución, ya que ambas son figuras diversas que se dan por causas diferentes y por lo tanto no aceptamos la tesis que sostiene que en la transformación existe una sucesión entre sociedades.

Por otra parte, considerando que la transformación de la sociedad no implica creación de una nueva sociedad, aquélla (la transformación) se llevará acabo a través de una simple modificación de los estatutos y dando a la escritura en la que consta la transformación de la sociedad, el contenido de la escritura de constitución de la sociedad transformada.

No existe en esta mutación transmisión patrimonial ni cambio de forma, “la transformación de la sociedad deja subsistente la persona moral existente; el patrimonio se transmite íntegramente, mejor dicho no hay transmisión sino simple modificación en el modo jurídico de explotación.”⁴³

Por lo que en resumen, nos inclinamos en considerar que la transformación no constituye de ninguna manera, la creación de una nueva sociedad, solamente en un cambio de tipo legal conforme al artículo 227 que en su parte relativa señala:...podrán adoptar cualquier otro tipo legal, y que por lo tanto, no trae aparejada la disolución de la sociedad; pero por otra parte, no es una simple modificación de los estudios, sino que implica una mutación completa en el animus operandi de los socios, por lo que la ley les reconoce el derecho de retiro conforme a la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que consideran que la transformación de una sociedad es una medida mucho más grave que la fusión y que por ese, a pesar de tener una reglamentación análoga, solo la transformación da lugar al derecho de retiro.

Finalmente no aceptamos la consideración de la exposición de motivos de que la transformación de un nacimiento a un sujeto de derecho al que hasta antes de ella venía actuando, por la razón de que no existe, como hemos manifestado, disolución de la sociedad sino únicamente la adopción de otro tipo legal.

⁴³. Georges, Ripert. Tratado elemental de derecho comercial, p. 546

CAPÍTULO IV
DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS SOCIEDADES
MERCANTILES Y CIVILES, ASÍ COMO DE SU
TRANSFORMACIÓN Y LOS CONCEPTOS DE EVASIÓN Y
ELUSIÓN FISCAL

4.1 Importancia de la determinación de las obligaciones fiscales de ambos tipos de sociedades.

Se ha discutido por la doctrina, que la figura de la transformación de sociedades, concretamente de sociedades mercantiles, constituye una maniobra de evasión fiscal, es decir, de evasión de pagos de impuestos, lo que va en contra del interés del fisco.

Por lo anterior, es necesario conocer cuáles son las obligaciones fiscales de ambos tipos de sociedad, determinar las obligaciones fiscales que por virtud de la transformación quedan suprimidas y por último distinguir los conceptos de evasión y elusión fiscal, determinado cuál es la posición de la transformación respecto a ello para después establecer si existe o no dicha evasión de impuestos, o si los derechos del fisco como tercero, están salvaguardados siendo, por tanto, lícita la transformación.

4.2 Obligaciones fiscales de una sociedad mercantil.

Las empresas constituidas como sociedades, tienen como obligación en primer término, presentar su aviso de alta ante las autoridades hacendatarias, requisito sin el cual la escritura respectiva no podrá ser autorizada en forma definitiva por el notario. En dicho aviso será necesario que los datos sean debidamente proporcionados, ya que constituyen la base para las futuras declaraciones y otros avisos que conforme a la ley deben presentarse.

De esta manera, el artículo 27 del código fiscal de la federación de concordancia con el artículo 14 del reglamento de dicha ley, las personas morales que tengan la obligación de presentar declaraciones periódicas relativas a impuestos federales debe solicitar su suscripción en el registro federal de contribuyentes, así como presentar los avisos relativos a el cambio de nombre, denominación o razón social, el cambio de domicilio fiscal, el aumento o disminución de obligaciones, suspensión o reanudación de actividades, la cancelación de dicho, el cambio de régimen de capital social y el aviso de cambio de representante legal.

Ahora bien, las sociedades mercantiles estarán sujetas al impuesto sobre la renta respecto a todos sus ingresos (artículo 1, fracción I de la Ley del Impuesto Sobre la Renta), debiendo de pagar mediante declaración que se presentará ante la oficina federal correspondiente dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que termine el ejercicio fiscal (artículo 10, último párrafo de la citada Ley), en la que se establezca el resultado del ejercicio y el monto del impuesto causado. A cuenta de este impuesto, las sociedades mercantiles deberán efectuar pagos provisionales a más tardar el día 7 del mes siguiente al que corresponde el pago (artículo 12 de la Ley en cita).

Por otra parte, el artículo 58 de la Ley de Impuestos Sobre la Renta señala otras obligaciones de las sociedades mercantiles, las cuales podemos resumir en: 1) Llevar contabilidad y efectuar los registros de la misma conforme a la Ley; 2) Expedir comprobantes que cumplan con los registros fiscales; 3) Llevar un registro de acciones o de certificados de aportación patrimonial; 4) Llevar un registro de utilidades por ejercicio; 5) Presentar declaración determinando el resultado fiscal del ejercicio y el monto de impuesto; 6) Llevar, en su caso un registro de deudas, crédito y efectivo en moneda extranjera y 7) Deberán presentar en el mes de febrero de cada año, en la oficina autorizadas, declaración de las operaciones efectuadas en el año inmediato anterior con los cincuenta principales clientes y con los cincuenta

principales proveedores y además, las retenciones del impuesto sobre la renta que le hubieren efectuado.

También las sociedades mercantiles deberán tener mensualmente a las personas que presten un trabajo personal subordinado, en impuesto sobre productos de trabajo que presenten un trabajo personal subordinado, en impuesto sobre productos de trabajo que correspondan y de efectuarlos enteros mensuales que tendrán el carácter de pagos provisionales a cuenta del impuesto anual. No se efectuarán las retenciones a las personas que únicamente perciban el salario mínimo general correspondiente al área geográfica del contribuyente (artículo 80 de la misma Ley).

Finalmente, en relación a la Ley de Impuestos Sobre la Renta y de conformidad con el artículo 86, quinto párrafo y artículo 92 de la dicha ley, las sociedades mercantil estarán obligadas a retener el 10 por ciento sobre el monto de los pagos que realicen por los conceptos de arrendamiento de inmuebles y honorarios, así como proporcionar la constancia relativa.

Además de las obligaciones anteriores, conforme al artículo 1 de la Ley de Impuesto al valor agregado, las personas morales que en territorio nacional enajenen bienes, presten servicios independientes, otorguen el uso o goce temporal de bienes o importen bienes o servicios; quedarán obligados al pago de dicho impuesto conforme a las tasas del 0 por ciento, 6 por ciento, 15 por ciento o 20 por ciento según corresponda debiendo de pagar en las oficinas autorizadas la diferencia entre el impuesto a su cargo y el que hubiera, trasladado o bien el que hubiese pagado en la importación de bienes o servicios, siempre y cuando sean debidamente acreditados conforme a las disposiciones de la ley (artículo 1º, 2º y 2ª de la Ley citada).

También las sociedades mercantiles deben cumplir sus obligaciones relativas al pago de aportaciones de seguridad social en los términos de la ley del seguro social (artículo 2 del Código Fiscal de la Federación).

Recientemente, concretamente a partir del 1 de Enero de 1989, las sociedades mercantiles quedan sujetas a un nuevo impuesto que es el aplicado al activo de las empresas, determinando dicho impuesto por ejercicios fiscales, aplicando el valor de sus activos en el ejercicio la tasa del 2 por ciento (artículo 1 y 2 de la Ley de impuesto al activo de las empresas). La declaración respectiva deberán de presentarse ante la oficina autorizada, conjuntamente con la declaración del impuesto sobre la renta, determinado el impuesto del ejercicio dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que éste termine. (Artículo 8 de la ley mencionada).

4.3 Obligaciones fiscales de las sociedades civiles.

Las sociedades civiles también tendrán la obligación de solicitar su inscripción en el registro federal de contribuyentes en los términos del artículo 27 del código fiscal de la federación y el artículo 14 de su reglamento, ya que como veremos, está obligada a presentar declaraciones periódicas.

Por otro lado, la ley del impuesto sobre la Renta le da a la sociedad civil el tratamiento de personas morales como fines lucrativos, no considerándolas como contribuyentes del impuesto sobre la renta, por lo tanto, si estas personas morales no están sujetas al impuesto a que referimos, no tiene base gravable si pagan impuestos, pero la ley les establece la base gravable si pagan impuestos, pero la ley les establece la obligación de determinar el remanente es “aquella cantidad que sobrante después de un arqueo de caja”⁴⁴ por lo tanto que podemos decir que el remanente distribuido es

⁴⁴. Juan Palomar de Miguel, Diccionario para juristas, p.1168

aquella ganancia obtenida por una sociedad civil durante un paso determinado y que una vez cumplidas las obligaciones sociales es susceptible de distribuirse entre los socios.

En algunas ocasiones la sociedad civil puede tener un socio que sea una sociedad mercantil. En este caso la ley indica que se deberá sumar al remanente distribuible que le corresponda la parte proporcional de los ingresos que no se consideraron para determinar dicho remanente de los dividendos (artículo 68 párrafo quinto de la Ley de Impuestos Sobre la Renta).

Cuando todos los socios de la sociedad civil sean mercantiles, el remanente distribuible se calculará sumando los ingresos efectuando las deducciones que correspondan conforme a la Ley (artículo 68 de la ley mencionada con antelación).

Es así como las personas con fines no lucrativos deberán efectuar pagos provisionales a cuenta del impuesto anual de sus integrantes, a más tardar el día 15 de los meses de mayo, septiembre y enero del siguiente año, mediante declaración que presentará en las oficinas autorizadas (artículo 69 de la ley en cita).

Otras obligaciones de las personas morales con fines lucrativos son: 1) Llevar sistemas de contabilidad de conformidad con lo que señalan las leyes; 2) Expedir comprobantes que acrediten las enajenaciones que efectúen y deberán de cumplir con los requisitos fiscales; 3) Proporcionar constancia a sus integrantes del remanente distribuible, los ingresos no acumulables y los pagos provisionalmente acreditables; 4) Proporcionar en el mes de febrero información sobre las operaciones realizadas con los cincuenta principales clientes y con los cincuenta principales proveedores; y por último 5) Cuando hagan pagos a terceros deberán retener y enterar el impuesto y exigir la documentación relativa.

De conformidad con lo señalado para las sociedades mercantiles, las sociedades civiles estarán obligadas al pago de impuestos al valor agregado cuando enajenen bienes; presten servicios independientes, otorguen el uso o goce temporal de bienes o importen bienes o servicios (artículo 1 de la ley de Impuestos del Valor Agregado). Así mismo, estarán obligadas a enterar las aportaciones de seguridad social correspondientes cuando tengan personal subordinado (artículo 2 del Código Fiscal y 45 de la Ley del Seguro Social).

Finalmente las sociedades quedarán, obligadas al pago del impuesto al activo de las empresas cuando lleven a cabo actividades mercantiles (artículo 1 de la ley de impuesto al Activo de las Empresas). En relación a lo anterior las actividades mercantiles comprenderán las comerciales, industriales, ganaderas, de pesca o silvícolas.

4.4 La figura de la transformación de sociedades mercantiles a civiles y las obligaciones fiscales.

De todo lo anterior expuesto en relación a las obligaciones fiscales de una sociedad mercantil y una sociedad civil, vemos cómo el supuesto de transformación de la primera a la segunda, implica:

- 1) Que al transformarse en sociedad mercantil a civil, puede darse el cambio de denominación o razón social, por lo que en dicha hipótesis deberán presentarse ante la oficina recaudadora correspondiente al domicilio fiscal de la sociedad mercantil, en aviso de cambio de nombre, denominación o razón social dentro del mes siguiente al día que tenga el cambio del nombre o que se firma la escritura (artículo 14, fracción 1 del Régimen del Código fiscal de la Federación). A este respecto el artículo 19 del mismo ordenamiento establece

en su segundo párrafo que se entiende que cambia la denominación o razón de las personas morales, cuando dicho cambio haya ocurrido en los términos de las disposiciones legales aplicables. Es decir, cuando la denominación o razón social haya sido modificada por el acuerdo de la mayoría de los socios y se haga constar dicha modificación en escritura pública ante notario de conformidad con el artículo 5 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que a la letra dice: Las sociedades se constituirán ante notario y en la misma forma se hará constar sus modificaciones. También será necesario constar dicha modificación en el Registro Público de Comercio.

- 2) La reducción en el cumplimiento de obligaciones fiscales, por lo que se considera que de conformidad con la fracción III del artículo 14 del Reglamento del Código Fiscal, deberá presentarse el aviso de disminución de obligaciones. En este sentido el artículo 21, fracción II de la misma ley señala que el aviso de disminución se presenta cuando se deja de estar sujeto a cumplir con alguna o algunas obligaciones periódicas y debe seguir presentando declaración por otros conceptos. De esta manera, las sociedades mercantiles al llevar a cabo la transformación a sociedades civiles, dejan de cumplir con las siguientes obligaciones:

A) Dejarán de estar sujetos a impuestos sobre la renta, por lo que dejan de presentar la declaración anual por la que se determina el resultado fiscal del ejercicio y el monto del impuesto de éste. Así mismo, dejarán de presentar declaraciones provisionales y de efectuar pagos provisionales mensuales a cuenta del impuesto del ejercicio.

B) Dejarán de estar sujetas al pago del impuesto al activo de las empresas, (a no ser que como sociedades civiles lleven a cabo actividades

mercantiles), quedando también liberada de la obligación de presentar declaración del impuesto al activo de las empresas.

No obstante lo anterior, la sociedad seguirá sujeta al pago del impuesto al valor agregado en cuanto se realicen las situaciones jurídicas, o de hecho, que lo motiven y que están previstas en el artículo 1º de la ley relativa. También seguirá obligada a retener y enterar mensualmente, a cuenta del impuesto anual, el 10 por ciento por concepto el impuesto sobre productos del trabajo, o en su caso, por la concesión del uso o goce temporal de inmuebles (artículo 69 párrafo tercero, en concordancia con el artículo 1º y 8º de la ley del impuesto sobre la renta). Asimismo, deberán seguir cumpliendo con la obligación de efectuar aportaciones de seguridad social en los términos de la ley.

Por otra parte, se considera que el acto jurídico de la transformación de una sociedad mercantil a una civil es de trato sucesivo, por lo que al llevar a cabo la transformación, el puede aplicar en sus dos etapas (como sociedad mercantil y como sociedad civil) la norma fiscal vigente en cada una de ellas para poder determinar el impuesto causado.⁴⁵

Esto es verbigracia, cuando dentro del activo de la empresa exista un bien inmueble, el fisco pretenda aplicar una norma cuando dicho bien sale de la sociedad mercantil, y otra cuando en la sociedad civil, es decir, “una respecto a la utilidad obtenida en la plusvalía del inmueble mientras éste fue propiedad de una sociedad mercantil, y otra que por el mismo concepto deriva del tiempo en este mismo inmueble perteneció a la misma sociedad ya transformada en sociedad civil”.⁴⁶

⁴⁵ Roberto, Niñez Escalante, Op. Cit. p. 93

⁴⁶ Idem

A este respecto, no aceptamos la consideración de que al transformarse en una sociedad mercantil a una civil exista una salida del patrimonio de la primera para entrar a la segunda; es decir, que exista una enajenación. Ya anteriormente señalábamos al hablar de la naturaleza jurídica de la transformación, que cuando una sociedad mercantil se transforma en una civil, sólo existe una adaptación de otro tipo legal y que precisamente el objeto e dicha figura, es la conservación social, siendo por ello que no puede considerarse que no exista una enajenación de su activo.

4.5 Conceptos de evasión y elusión fiscal y la posición de la transformación de sociedades mercantiles respecto a ellos.

Una vez establecidas las obligaciones fiscales del contribuyente cuando se constituye como una sociedad mercantil, como una civil o cuando decide transformarse de la primera a la segunda, pasemos ahora a considerar en cuanto al comportamiento del contribuyente frente al deber de cumplir con una prestación de carácter fiscal, así como en el incumplimiento de ese deber, ha surgido una terminología confusa por lo que se hace necesario una diferenciación entre dos de los conceptos más usuales y que más duda suscitan en su aplicación en la vida fiscal y que son, a saber: la evasión y la elusión fiscal.

A este respecto Delgadillo Gutiérrez⁴⁷ afirma que el término evasión se define por si solo como una acción de salir o escaparse de algún compromiso, que en este caso es la obligación tributaria. Constituye una maniobra del contribuyente para librar el deber de cumplir con la carga fiscal.

⁴⁷. Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, La evasión tributaria, apareció en la revista de la academia mexicana de derecho fiscal, p. 33

Por otra parte, Sergio Francisco de la Garza⁴⁸ distingue entre la evasión local y la evasión ilegal. La primera de ellas utilizada como instrumentos las abstracciones formales, las impresiones de la ley, las lagunas y las contradicciones de la ley impositiva, según Albiña García Q. Cesar (“es un proceder. . . que sin infringir el texto de la ley, procura el alivio tributario mediante la utilización de estructuras jurídicas atípicas”⁴⁹).

La evasión ilícita en opiniones de Santiago Francisco de la Garza,⁵⁰ dependerá de la naturaleza de los instrumentos utilizados y sobre todo la posición que adopte la ley al tipificar aquellas actitudes que impliquen el incurrimento de la carga fiscal. Es decir, cuando la ley disponga que una acción u omisión constituya una infracción a las leyes tributarias, estaremos ante una verdadera evasión.

En atención a la exposición de Sergio Francisco de la Garza en relación a la evasión de, podemos pensar que esta se considera desde dos puntos de vista: una evasión en sentido amplio y una evasión en sentido restringido. La evasión en sentido amplio es aquella en la que el autor mencionado da el nombre de evasión legal y dentro de la cual podemos comprender a la elusión fiscal. La evasión ilegal, como ya se dijo, se da cuando la ley prevé la conducta u omisión que constituya una violación a las disposiciones tributarias.

En la elusión, el contribuyente simple y sencillamente evita la realización o acusación de las situaciones jurídicas o de hecho previstas en las leyes fiscales vigentes durante una época determinada, es decir, la realización del hecho imposible que constituya la materialización de la obligación tributaria.

⁴⁸. Sergio Francisco De la Garza, Derecho financiero mexicano, p. 392

⁴⁹. Q. César Albiña García, Vación legal impositiva, p. 36

⁵⁰. Sergio Francisco De la Garza, Op., cit., p. 86

Es así como la elusión implica evitar el entrar en la obligación tributaria, es decir, se da cuando un posible contribuyente libra el nacimiento del hecho imponible, utilizando medios que no están prohibidas en las leyes.

Por otra parte, debemos reconocer que cualquier persona es enteramente libre para ordenar sus asuntos, de tal manera que el impuesto que tenga que cubrir sea lo más reducido posible, por lo que, atendiendo a las formas jurídicas regulares, puede elegirse aquélla que haga menos onerosa la carga fiscal, de esta manera “cualquiera puede ordenar su patrimonio o sus intereses de tal manera que el impuesto tenga la menos incidencia posible”.⁵¹

En este orden de ideas cuando alguna persona pretende alcanzar un determinado objetivo económico, es decir, de adquisición, translación o consumo de riqueza representada de diversas formas y se encuentra con que para hacerlo tiene válidamente varios caminos, siendo uno de ellos menos grabado en relación a los demás estará en libertad de seguir dicho camino sujetándose a las leyes respectivas.

Por lo anteriormente expuesto es de estimarse que “. . . es perfectamente lícito que al analizar el causante las distintas operaciones procure tomar aquellas que le haga carga fiscal menos onerosa. . .”⁵² siempre y cuando aquella maniobra no constituya una acción contraria a la ley, ya que en dicho supuesto se estaría ante una evasión ilegal.

La transformación de sociedades mercantiles a civiles no pueden considerarse, por lo tanto, como una maniobra de evasión fiscal propiamente dicha, es decir, una evasión ilegal de impuestos; sino en todo caso tratarse de una elusión fiscal o evasión

⁵¹. Leorouge C. Théorie de la fraude de droit fiscal, citado por Sergio Francisco de la Garza, p. 391

⁵². Roberto Núñez Escalante, Op., cit., p.92

legal, ya que como hemos visto es lícito que al ser la forma civil un camino menos oneroso que la forma mercantil, se opte por tomar aquella con fundamento en el artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y acatando las disposiciones que rijan antes de transformarse en forma definitiva debe haber cumplido en todas y cada una de sus obligaciones fiscales, y además del hecho de que el acuerdo de transformación deba inscribirse en el Registro Comercial y publicarse, junto con el último balance en el periodo oficial del domicilio de la sociedad, salvaguardando los derechos de los acreedores y concretamente del fisco, por lo que al adoptar la forma civil surge para la sociedad una nueva vida fiscal, debiendo acatar las disposiciones sociales relativas.

CAPÍTULO V

EL PROCEDIMIENTO DE TRANSFORMACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA ANALÓGICA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS QUE RIGEN A LA FUSIÓN

5.1 El acuerdo de transformación.

Antes de iniciar el desarrollo de este capítulo, resulta conveniente señalar que el estudio procedimental que a continuación se inicia, a pesar de que se considera que la posibilidad de transformar una sociedad mercantil a una civil puede darse en cualquiera de las formas de sociedades mencionadas en las fracciones I a V del artículo 1 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, está enfocado a la sociedad anónima por ser ésta la más importante y común de los tipos de sociedades mercantiles, más sin embargo, a éste puede aplicarse algunas variantes, a los demás tipos de sociedades mencionados.

Hecha la aclaración anterior y para el mejor entendimiento de esta primera parte, se dividirá su estudio en tres apartados:

5.1.1 Competencia de la asamblea general extraordinaria

La transformación en un primer término, supone un acuerdo de voluntades de los socios, dicha manifestación de voluntades deberá hacerse a través del órgano supremo de la sociedad que es la asamblea general de accionistas, en virtud del principio de personalidad de la sociedad distinta a la de los socios. Así, la asamblea constituye un órgano de carácter colegiado que actúa de acuerdo al principio de mayoría, ya que no será admisible que una minoría pudiese cambiar la vida de la sociedad transformándola.

Ahora bien, la ley distingue dos tipos de asamblea: la ordinaria y la extraordinaria. La primera será aquella que se reúne para tratar cualquier asunto, siempre que no sea alguno de los enumerados en el artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, teniendo obligación de reunirse por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que siguen a la clausura del ejercicio social (artículo 181 y 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). La segunda será aquella que se convoca para discutir y resolver circunstancias imprevistas o bien, sobre aquellas materias que conforme al artículo 182 de la mencionada ley, deben ser objetos de dichas asambleas.

Es de destacarse, que la distinción entre ambas asambleas se hace no en atención a la asamblea en sí, sino al objeto de las determinaciones que en ellas se debe tomar. De esta forma y de conformidad con el artículo 182, fracción VI de la ley en cita, el acuerdo de transformación deberá tomarse en una asamblea general extraordinaria.

En este sentido, Vázquez del Mercado considera la posibilidad de que existan asambleas mixtas en las que pueda liberarse como si fuera una asamblea ordinaria, por una parte, y por otra una asamblea extraordinaria, ello con el fin de simplificar las dificultades que se pudiesen acarrear la celebración de dos asambleas.

En todo caso, el acuerdo de transformación es competencia de la asamblea general extraordinaria que para poder actuar y deliberar en forma válida, debe ser convocada legalmente y llevarse a cabo conforme a la orden del día, ya en caso de no observarse las formalidades prescritas por la ley, resolución que se tome en la asamblea, podría ser inválida.

5.1.2 La convocatoria y la orden del día.

La convocatoria, como un requisito esencial para que la deliberación sea válida, deberá ser hecha por el administrador único, o en su caso, por el consejo de administración de la sociedad, en el supuesto de que sean varios los administradores, la ley prescribe que éstos deberán sancionar previamente para poder decidir si se lleva a efecto la convocatoria para asamblea general extraordinaria. Así de conformidad con el artículo 143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando los administradores fueren dos o más, constituiría el consejo de administración y en el cual para que las resoluciones que se tomen sean válidas deberán ser tomadas por la mayoría de los administradores presentes.

Por otro lado, puede sucederse que las facultades otorgadas a los administradores hayan terminado por haberse cumplido en el plazo fijado en los estatutos, pudiendo pensarse que en éste caso la convocatoria que se haga no sea válida. No obstante, nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles no deja lugar a dudas al respecto, ya que establece en su artículo 154 que Los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones aun cuando hubiere concluido el plazo para el que hayan sido designados, mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus cargos, por lo tanto, podrán validamente a asamblea ya sea ésta de carácter ordinario o extraordinario, puesto que dicha facultad está comprendida dentro del ámbito de sus funciones.

También podrá convocar para la celebración de asambleas, el órgano de vigilancia de la sociedad en el caso de que los administradores no lo hicieren y en cualquier otro caso en que se juzgue convenientemente (artículo 166, fracción VI de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Cuando dicho órgano de vigilancia esté compuesto por varios comisarios podrá uno de ellos en forma individual hacer la

convocatoria, ya que conforme al artículo 169 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los comisarios son individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de aquellas obligaciones que la ley y los estatutos les pongan, entre las cuales está la de convocar a asamblea ordinaria y extraordinaria en el caso mencionado.

Cabe señalar que en la sociedad anónima, los socios tendrán derecho a pedir al administrador o consejo de administración o los comisarios, que se realice la convocatoria para asamblea en la que se tratarán los asuntos que en dicha petición se indiquen.

La convocatoria deberá señalar el lugar de reunión, el cual generalmente está establecido en los estatutos y que bien puede ser el domicilio social o cualquier otro.

Cuando el lugar de reunión esté fijado en los estatutos será necesario modificar éstos para poder cambiar el sitio.

En el caso de que nada se prevea en los estatutos sobre el lugar de reunión, deberá extenderse que es el domicilio social. Cuando en este supuesto la asamblea no se lleve en el domicilio social o bien, la asamblea no se lleve a cabo en el lugar que designen los estatutos en un lugar diverso, es una asamblea constituida en forma irregular y que, por lo tanto, sus deliberaciones son anuales; caso en el que la impugnación solo competará a los socios ausentes, ya que la irregularidad deriva del hecho de que al no llevarse a efecto la reunión en lugar preestablecido, no podrán concurrir los socios que lo hubieran hecho si se hubiera efectuado en el lugar señalado previamente.

Ahora bien, en la convocatoria deberá mencionarse la orden del día, es decir, la lista de asuntos a tratar en la asamblea, debiendo formularse en términos claros y precisos. Ésta cumple dos funciones, la primera, informar a los accionistas sobre las materias a tratarse en la asamblea, de manera tal que no puedan discutirse asuntos no establecidos en ella. Así, en nuestro caso en particular, deberá indicarse claramente en la orden del día que el motivo de la asamblea general extraordinaria es el de llevar a cabo la transformación de la sociedad mercantil a una civil.

No obstante, la asamblea podrá discutir y resolver asuntos, que aunque no aparezcan en la orden del día, sean consecuencia normal de los asuntos que si lo estén. Es así como en el caso de la transformación, podrán discutirse asuntos que aunque no estén mencionados en la orden del día, sí tengan relación con la transformación de la sociedad mercantil a civil, verbigracia, el cambio de objeto o el cambio de denominación o razón social.

La convocatoria deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en el periódico oficial o en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio de la sociedad, debiéndose hacerse por lo menos 15 días antes de la fecha señalada, (artículo 186 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Podrá pactarse en los estatutos un plazo diverso al que marca la ley pudiendo ser a mayor o menor, ya que lo importante es que se respete dicho plazo para que la resolución que se tome por la asamblea no pueda ser invalidada.

5.1.3 El quórum y la votación

Por quórum debemos entender qué número de socios son necesarios para que una asamblea pueda deliberar válidamente y tomar acuerdo. Así, antes de que pueda declararse legalmente instalada la asamblea, el presidente de ésta deberá cerciorarse

que existe el quórum necesario, es decir, que los accionistas que asistieron representen el número de acciones necesarias para formar el quórum. Las acciones son aquellos títulos de crédito que representan el capital social.

En este orden de ideas y tratándose de una asamblea general extraordinaria, el mínimo de acciones que deben estar representadas, salvo pacto en contrario, es el de las tres cuartas partes del capital social (artículo 190 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). En este sentido los estatutos de la sociedad podrá señalar un mínimo distinto, que en todo caso deberá ser superior al señalado por la ley, para que la asamblea pueda considerarse legalmente constituida.

Es importante para establecer que el quórum puede tomar en cuenta cuáles son las acciones que puedan estar representadas y cuáles de ellas tienen derecho a voto, ya que tomando en consideración que las acciones confieren iguales derechos según el artículo 122 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, todas las acciones pueden estar representadas en las asambleas, pero ya que el derecho de participar es distinto al derecho de votar, no siempre todas las acciones que participen tienen derecho a voto, ya que de conformidad con el artículo 113 de la misma ley, en el contrato social podrá pactarse que una parte de las acciones tiene derecho de voto solamente en las asambleas extraordinarias que se reúnen para tratar cualquiera de los asuntos comprendidos en las fracciones I, II, IV, V, VI y VII del artículo 182 de la ley invocada, entre los que se encuentran la transformación de la sociedad.

Por otra parte, conforme a la parte final del artículo 190 de la citada ley, las resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social, no haciéndose referencia a las acciones con derecho de voto únicamente, sino más bien a la totalidad de ellas, por lo que podemos decir, que en las asambleas extraordinarias, tanto para establecer quórum como para establecer la

mayoría, deberán computarse la totalidad de las acciones. Es decir, se considera que el acuerdo de la transformación de la sociedad es legalmente, tomado cuando computado la totalidad de las acciones estén a favor las que representen por lo menos, la mitad del capital social, misma mayoría se requerirá en el supuesto de que no pudiere celebrarse una segunda.

5.2 El Derecho de retiro de los socios

Es de vital importancia tener presente que aunque “si bien es cierto que la asamblea general extraordinaria es soberana para decidir respecto a las modificaciones de los estatutos, no debemos olvidar que los accionistas como tales tienen derechos que no pueden ser desconocidos, y los cuales aun la asamblea misma debe respetar. . .”⁵³ tal es el caso del derecho de retiro de los socios que estén inconformes con la transformación de sociedad mercantil a civil.

A este respecto, la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles afirma que la transformación de una sociedad es una medida mucho más grave que la fusión, solo ella da lugar. . . al derecho de retiro. Esto es debido, como lo afirma Núñez Escalante⁵⁴ a que la transformación de la sociedad mercantil a sociedad civil implica una mutación en animus operandi de los socios, ya que como hemos apuntado con anterioridad podría darse las modificaciones del objeto social, y por ello “...la ley reconoce al socio que no sea continuar bajo una forma que se aleja de su voluntad, el derecho de exigir su separación y liquidación o sea su retiro”⁵⁵

⁵³. Ibid, p. 78

⁵⁴. Roberto Núñez Escalante, Op., cit., p.86

⁵⁵. Ibid. p. 86

En relación al derecho de retiro o de separación el artículo 34 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece: el contrato social no podrá modificarse sino por el consentimiento unánime de los socios, a menos que en el mismo se pacte que puede acordarse la modificación por la mayoría de ellos. En este caso la minoría tendrá el derecho de separarse de la sociedad. Asimismo, el artículo 206 de la citada ley establece que “cuando la asamblea general de accionistas adopte resoluciones sobre los asuntos comprendidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 182, cualquier accionista que halle votado en contra, tendrá derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro los 15 días siguientes a la clausura de la asamblea” (la fracción VI es la que se refiere a la transformación de la sociedad).

Así cuando conforme al artículo 190 a la Ley General de Sociedades Mercantiles, se haya tomando la resolución de llevar a cabo la transformación de la sociedad por el voto a favor de las acciones que represente, por lo menos, la mitad del capital social, los accionistas que hallan votado tendrán derecho de retiro de la sociedad.

5.3 La constancia ante notario y del permiso de relaciones exteriores.

Una vez que el acuerdo de transformación ha sido tomado, debidamente aprobado en la asamblea general extraordinaria por el voto a favor de las acciones que representan por lo menos, la mitad del capital social, deberá levantarse en el acta respectiva (aunque la ley no lo indica, consideramos que en la misma, deberá hacerse constar que socios hicieron uso de su derecho de su retiro) y protocolizarse ante notario según lo dispone la parte final del artículo 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. De igual forma el artículo 5 de la citada ley, señala la obligación de hacer constar ante notario las modificaciones de la sociedad.

Protocolizar es incorporar en el producto las escrituras públicas y actas que el notario autoriza.

Cabe señalar que el acta de la asamblea extraordinaria de accionistas debe estar asentada en un libro, por lo que no puede agregarse materialmente al apéndice, el protocolo, sino más bien los actos o resoluciones que contenga, se hace constar en instrumento ante notario, el artículo 90 de la Ley del Notariado que dispone que para la protocolización de un documento, el notario lo transcribirá en la parte relativa del acto a que al efecto se asiente o lo agregará al apéndice en el legado marcado con el número de acta y bajo la letra o número que le corresponda. No podrá protocolizarse el documento cuyo contenido sea contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres.

Así, el documento que va a protocolizarse no es redactado por el notario como el caso de la escritura pública puesto que éste tiene existencia anterior. El notario transcribirá en el protocolo el acta de la asamblea general extraordinaria y hará constar la fecha en que lo hizo.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 69 de la Ley del Notario, interpretando a contrario sensu, el notario podrá autorizar definitivamente un instrumento sino hasta constar que se han cumplido con todos los requisitos legales para autorizarlo; es decir, que se han cumplido con los requisitos fiscales y administrativos.

Fiscalmente ya en el capítulo anterior se hablaba de las obligaciones de la sociedad al transformarse a una civil que en su caso son: presentar aviso de cambio de nombre, denominación o razón social y/o aviso de disminución de obligaciones

fiscales. Dicha obligación deberá de cumplirse dentro del mes siguiente al día que se autoriza previamente el instrumento notarial.

También se señalaba que no se acepta la consideración de que al transformarse la sociedad mercantil a civil, exista una salida del patrimonio de la primera para entregar a la segunda, no existiendo por lo tanto, la generación de crédito fiscal por estos conceptos.

Administrativamente, deberá solicitarse el permiso correspondiente a la Secretaría de Relaciones Exteriores conforme al artículo 17 de la Ley para Fomentar la Inversión Nacional y Regular la inversión Extranjera, que en su parte relativa señala: “debera recabarse permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución y modificación de sociedades”.

Por lo que respecta al motivo de la exigencia de estos permisos, Medina Mora considera que “el origen de estos permisos fue la conveniencia de pactar la Cláusula Calvo en los estatutos de las sociedades, que pudieran tener socios extranjeros, ante la posibilidad de que dichas sociedades adquiriesen el domicilio directo de tierras y aguas”⁵⁶. Agrega que por decreto presidencial del 29 de junio de 1994 se estableció, dentro del régimen de suspensión de garantías, la necesidad del permiso previo para constituir sociedades para la reforma de sus estatutos, así como para transformar las sociedades como socios extranjeros⁵⁷. Dicho permiso se conservó, como ya se dijo, por la Ley para fomentar la inversión nacional y regular la inversión extranjera, que en opinión de Medina Mora debe limitarse (en el caso de modificación o capital mínimo, de cláusula de extranjería o en el supuesto de transformación de sociedades,

⁵⁶. Raúl, Medina Mora, Competencia de las secretarías de Estado en materia de la inversión extranjeras.

⁵⁷. Idem.

ya que en la actualidad debe presentarse a la Secretaría de Relaciones Exteriores el texto de aquellas cláusulas que se forman, sean éstas de la naturaleza que fueren.

En este caso, los notarios no podrán autorizar definitivamente un instrumento público si la Secretaría de Relaciones Exteriores no ha otorgado previamente su permiso respectivo. Una vez satisfechos los requisitos legales, el notario autorizará definitivamente el instrumento con su firma y sello.

Finalmente, si conforme al artículo 72 de la Ley del Notario, los otorgantes, sus testigos o interpretes no se presentan a firmar la escritura dentro de los treinta días naturales que sigan al día en que se extendió el protocolo, quedará sin efecto y el notario le pondrá al pie la razón de no paso y su firma.

5.4 De la autorización judicial, de la publicidad de la transformación y del balance.

Hemos dicho que una vez que se han cumplido con los requisitos legales, el notario podrá autorizar definitivamente el instrumento público, es decir, el acta de la asamblea general extraordinaria quedará hasta entonces protocolizada, debiendo ahora inscribirse en el Registro Público de Comercio de conformidad con el artículo 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Para tal efecto, con fundamento en el artículo 6 de la Ley del Notario y cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el notario ante quien se otorgó el instrumento, deberá formular demanda de homologación, esto es, la solicitud de la orden de inscripción en el Registro Público de Comercio, siendo el procedimiento a seguir para obtener dicha resolución, en su jurisdicción voluntaria. Dicha demanda de homologación a solicitud debe presentarse ante el juez de distrito o ante el juez de primera instancia de la jurisdicción del domicilio de la sociedad (artículo 261 de la

Ley General de Sociedades Mercantiles), acompañándose el primer testimonio del instrumento respectivo. A este respecto el artículo 93 de la Ley del Notariado señala que “el testimonio es la copia en la que se transcribe o incluye reproducidos los documentos anexos que obra en el apéndice...”.

De la solicitud de inscripción, el juez correrá traslado al Ministerio Público por un término de 3 días y una vez desahogado, citará para la audiencia que ordene o niegue el registro solicitado (artículo 262 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). En la práctica, en la misma solicitud de la orden de inscripción, el notario inserta la renuncia a la audiencia de pruebas.

Transcurrido el término de 3 días a que se refiere el artículo 263 de la ley citada, sin que se haya interpuesto apelación, y una vez que la resolución judicial que ordene la inscripción, haya causado ejecutoria, el registrador procederá a efectuar el registro conforme lo dispone el artículo 264 de la ley mencionada anteriormente. Ha este respecto y de la lectura del artículo 264 precitado, podría pensarse que el registrador sin más tramite procederá a inscribir el instrumento respectivo. No obstante, con fundamento en el artículo 3021 del Código Civil los registradores deberán calificar los documentos que se las presenten para la práctica de alguna inscripción o anotación.

Así, antes de proceder a la inscripción del acuerdo de transformación se deberán seguir una serie de etapas, mismas que conforman el procedimiento registral.

En este sentido Colín Sánchez señala que el procedimiento Registral en una forma general, tiene las siguientes fases: 1) La presentación del documento; 2) Anotación en el libro de entradas y salidas; 3) Distribución de los documentos presentados a la sección que les corresponda; 4) La calificación Registral; 5)

Ejecución del acto solicitado, es decir, la inscripción y 6) Devolución del documento al interesado.

De esta forma el servicio Registral se inició ante el Registro Público con la presentación de la solicitud por escrito y documentos anexos. . . , según lo dispone el artículo 32 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal. Una vez que ingresa la solicitud se le dará el número de entrada que le corresponda, haciendo constar la fecha y hora de su presentación y se turnará a la sección que le pertenezca, que en este caso es el Registro de Personas Morales (artículo 20, fracciones I, II y III del citado reglamento).

Ahora bien, una vez que se ha turnado a un registrador, éste llevara a cabo la calificación integral del mismo en un plazo de 5 días hábiles a fin de determinar si es acentuable de acuerdo con las disposiciones legales (artículo 36 del multicitado reglamento). En relación a esto último, cabe hacer unas breves consideraciones respecto a la naturaleza del alcance de la clasificación registrada.

Etimológicamente la palabra clasificar proviene del latín *Qualificare* que quiere decir cual hacer o que hacer; por lo tanto en cuanto a la actuación del registro de clasificar íntegramente, los documentos que le sean turnados, pueden entenderse como aquel estudio que realiza el registrador del cual va a depender su que hacer, es decir, si el documento presentado puede ser escrito conforme a las disposiciones legales o, en caso contrario, considere suspender o denegar la práctica, del asiento solicitado. En este sentido el artículo 11 del Registro Público de Comercio señala la calificación que hagan los registradores de la legalidad de los títulos, se entenderá limitada para el efecto de suspender, denegar o admitir la inscripción. . .

Es entonces, la calificación registral un medio de control jurídico por medio del cual se aprecia o comprueba la legalidad de los títulos y documentos que se presentan para la práctica de algún asiento.

Por otra parte “. . . existe la creencia muy generalizada, sancionada inclusive por nuestro más alto tribunal en ejecutoria contenida en el tomo CXXV, página 1843 del semanario jurídico de la federación, en el sentido de que en el sistema vigente en México no rige el principio de calificación registral, puesto que el funcionario encargado del registro no califica ni juzga, simplemente inscribe”⁵⁸.

No obstante, hemos apuntado que el registro para poder determinar la procedencia del registro de un documento, deberá apreciar la forma, contenido y legalidad del mismo atendiendo para ello los asientos registrales (artículo 14, fracción I del Reglamento del Registro Público de la Propiedad), pero sin que tal apreciación implique la calificación de la legalidad de la orden judicial que ordene una inscripción, pudiendo, en su caso, por una sola vez, dar cuenta a la autoridad ordenadora de aquellas circunstancias que impidan que se practique el asiento relativo, pero si a pesar de ello, dicha autoridad insiste en que se cumpla su mandato, el registro deberá proceder a prácticas la inscripción respectiva (artículo 38 del reglamento precitado).

Por lo anterior expuesto y considerando que la sentencia en la que ordena la inscripción del acuerdo de transformación ha causado ejecutoria, nos inclinamos a pensar que el Registro Público de la Propiedad y el Comercio no podrán negar la inscripción del documento en cuestión.

⁵⁸. Ibid. p. 162

A mayor abundamiento se considera que no es admisible que sobre un mismo documento puedan darse dos criterios distintos, y por el otro el del registrador, ya que en todo caso estimamos que la calificación debe limitarse a comprobar que se han cumplido los requisitos que la ley exige para el caso en concreto y que la inscripción solicitada no se oponga o sea incompatible con los asientos del registro.

Cabe hacer la aclaración que no se considera que el registrador debe limitarse solo a inscribir, ya que en dicho supuesto estaría desvirtuando su función primordial y antes que garantizar la legitimidad de lo que se presume está conforme a derecho, estaría creando un caos jurídico-registral. Lo que se manifiesta es que en nuestro caso en particular, la función registral de calificación se topa con la barrera de la autorización y orden judicial, debiendo la autoridad ordenadora, una vez que se ha dado cuenta de las circunstancias por las que se determinó denegar la inscripción, insistir en que se cumpla su mandato, ello con fundamento en el artículo 38 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal.

De esta forma y conforme al artículo 31, fracción II del Reglamento del Registro Público de Comercio, correspondiente al libro primero, en su caso, a la parte primera del folio mercantil, los asientos relativos a la transformación de sociedades mercantiles.

Con respecto a la forma de llevar a cabo la inscripción según se desprende de los artículos 38 y 39 del reglamento citado anteriormente, el asiento en el que se haga constar la transformación de la sociedad deberá hacerse inmediatamente después del último que contenga el libro o folio respectivo, debiendo expresarse cuál es la autoridad ordenadora y, constando inmediatamente a continuación del asiento, la firma del registrador.

A este respecto Garrigues Joaquín⁵⁹ considera que en la transformación no hay disolución y fundación de una nueva sociedad, sino que hay tan solo mutación de forma con subsistencia de la antigua personalidad. Por eso, indica, el asiento de transformación se practica, no en un folio nuevo, sino a continuación del último asiento de la primitiva sociedad. Sin embargo, en atención a que el nuevo tipo legal adoptado es el de una sociedad civil . . . se debe proceder a cancelar el registro o matrícula de la sociedad mercantil que obra en el Registro Público de comercio. . . , y a la vez, practicar un nuevo registro a favor de la sociedad civil resultante como consecuencia de la transformación en la sección correspondiente del Registro Público de la Propiedad.

Una vez inscrito el acuerdo de transformación, la ley exige que sea publicado, junto con el último balance, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad (artículo 223, en relación con el artículo 228 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

La ley impone la obligación de publicar el balance por la necesidad que hay de que los acreedores. . . puedan en su caso, expresar lo que pretendan que a su derecho conviene. De este modo, efectuada la inscripción, cualquier acreedor de la sociedad podrá oponerse judicialmente a la transformación la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada. Una vez transcurrido el plazo de tres meses en que haya formulado la oposición, la transformación podrá llevarse a efecto (artículo 224, en concordancia con el artículo 228 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Así los derechos de los acreedores quedan perfectamente salvaguardados por la publicidad y el derecho de oposición.

⁵⁹. Joaquín Garrigues, Op., cit., p. 1323

Ahora bien, si conforme al artículo 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se pactare el pago de todas las deudas de la sociedad, se constituyere el deposito de su importe en una institución de crédito, o bien constare el consentimiento de todos los acreedores, la transformación podrá llevarse a efecto desde el momento mismo de la inscripción.

Finalmente, la transformación de la sociedad mercantil a sociedad civil deberá llevarse a cabo atendiendo las disposiciones, que para la constitución de estas últimas establece la legislación común.

CONCLUSIONES

El artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles permite la transformación de estas sociedades civiles, toda que dicho artículo señala en su parte relativa que:

Las sociedades constituidas en alguna de las formas establecen las fracciones I a V del artículo 1º, podrán adoptar cualquier otro tipo legal y este supuesto la forma civil es un tipo legal. Es por eso que en base a este criterio y al apotema jurídico que dice: todo aquello que no ésta expresamente prohibido, está permitido, se considera que es posible y lícita dicha transformación.

En relación a la distinción de las sociedades mercantiles y civiles, quedó claro que la Ley General de Sociedades Mercantiles adopta un criterio formal (artículo 4º de dicha ley) y el Código Civil un criterio objetivo de finalidad (artículo 2688 del citado código). Así, cuando una sociedad mercantil decide transformarse en una sociedad, deberá observar las disposiciones que rigen el nuevo tipo legal, es decir, podrá tener una finalidad económica, siempre que ésta constituya una especulación mercantil, deberá modificar sus estatutos en el sentido de adoptar o cambiar de manera que no se contravenga el criterio finalista que abraza la legislación común, ya que en caso contrario, se configuraría una sociedad mercantil de carácter irregular a una forma mercantil.

Respecto a la naturaleza de la transformación, ésta constituye únicamente la adopción de un tipo legal diverso a aquél en que se constituyó originalmente, asimismo no implica la extinción de la persona moral, ya que ésta subsiste y sólo adopta una forma legal distinta.

En consecuencia, la transformación no vuelve una sucesión a título universal entre una sociedad que se disuelve y otra, que crea de manera tal que surja una nueva sociedad como continuadora del activo y del pasivo de la sociedad, que pasa a desaparecer ya que no existe la creación de una nueva sociedad, deja de estar sujeta a la Ley del Impuesto sobre la renta y al pago de impuesto al activo de las empresas.

Al llevar a cabo la transformación de una sociedad mercantil a una civil, no existe salida del patrimonio de la primera para entrar a la segunda, esto es una enajenación, puesto que precisamente la finalidad de la figura de la transformación es la conservación del patrimonio social, no existiendo por lo tanto, liquidación de la primitiva sociedad.

La transformación de la sociedad mercantil a una civil no constituye de ninguna manera un acto de evasión fiscal, trátase en todo caso de una elusión fiscal, esto es, de un acto por medio del cual el contribuyente, que en estos casos es la sociedad mercantil, evita que en la acusación de las situaciones jurídicas o de derecho previstas por las leyes fiscales; siendo entonces perfectamente lícito para analizar la sociedad mercantil las diversas reguladas por la Ley, decida adoptar aquella que se le haga la carga fiscal menos onerosa, ello sin perjuicio de que tenga primeramente con las obligaciones fiscales de su antigua forma, es decir, que el crédito fiscal por este concepto quede totalmente extinguido antes de llevar a cabo la transformación.

Asimismo, el derecho del fisco como acreedor queda perfectamente garantizado con la presentación del aviso de disminución de obligaciones fiscales y por el derecho de oposición.

La calificación que hace el registrador debe limitarse, en particular, a cerciorarse que han cumplido con los requisitos de la ley (la protocolización ante

notario, obtención del permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y de que se presentarán los avisos fiscales relativos), y que la inscripción solicita sea compatible con los asientos del registro, sin que ello implique calificar la legalidad de la sentencia en la que se ordena la inscripción del acuerdo de transformación.

Como consecuencia de lo anterior, la autoridad ordenadora de la inscripción una vez que se ha dado cuenta de aquellas circunstancias por las que el registro considera denegar la inscripción del acuerdo de transformación, deberá insistir que se cumpla con su mandato en términos del artículo 38 del Reglamento y de Comercio del Distrito Federal.

Finalmente, la transformación de una sociedad mercantil a una civil trae como consecuencia, que se deba cancelar el registro de la sociedad mercantil que obre en el Registro Público de Comercio, y practica a su vez un nuevo registro a favor de la sociedad resultante de la transformación, esto es, de la sociedad civil.

Lo anterior es razonable, ya que si bien es cierto que el acuerdo de transformación debe practicarse a continuación del último asiento que existe en el folio o libro respectivo, también lo es que por el ser la sociedad civil la nueva forma adoptada, no podrá continuar existiendo el folio mercantil sino que tendrá que cancelarse y practicar a la vez el registro en la sección correspondiente a favor de la sociedad transformada, es decir, la sociedad civil.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIONES

Código Civil para el Distrito Federal de 1928, Porrúa, 56ª edición, México, 1988, Pp. 156

Código de Comercio y Leyes Complementarias, (incluye Reglamento del Registro Público de Comercio de 1979 y Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934), Porrúa 53ª edición, México, 1989, Pp. 136

Ley del Impuesto al Activo de las (publicada el 31 de diciembre de 1988), ediciones contables y administrativas S.A., México, 1989, Pp. 125

Ley del impuesto Sobre la Renta (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1980), ediciones contables y administrativas S.A., México, 1989, Pp. 128

Ley del impuesto al Valor Agregado (publicada en el Diario Oficial de la Federación en diciembre de 1978), ediciones contables y administrativas S.A., México, 1989, Pp. 201

Ley del Notario para el Distrito Federal de 1980, Porrúa, México, 1988, Pp. 198

Reglamento del Código Fiscal de la Federación (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Febrero de 1984), ediciones contables y administrativas S.A. México, 1989, Pp. 356

Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal (publicado el 5 de agosto de 1988), Boletín del Registro Público de la Propiedad, México, 1988, Pp. 375

LIBROS DE CONSULTA

ABASCAL ZAMORA, José María, Estudios Jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina, México, 1984, Pp. 359

ACEVES BARAJAS, Rogelio, Improcedencia de la transformación de sociedades mercantiles a sociedades civiles y de su inscripción en los registros públicos de comercio y de la propiedad, México, 1985, Pp. 458

BALDO DEL CASTAÑO, Vicente, Conceptos fundamentales del Derecho Mercantil, Edit. Marcombo S.A. segunda edición, España, 1980, Pp. 287

BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan, Derecho notarial, Cárdenas Editor y Distribuidor, tercera edición, México, 1984, Pp. 358

BARRERA GRAFT, Jorge, Evolución del Derecho Mercantil en México, U.N.A.M., Edit. Porrúa S.A., s/edición, México, 1983, Pp. 275

BARRERA GRAFT, Jorge, Tratado de derecho Mercantil, Vol. Y, Edit. Porrúa S.A., s/edición, México, 1984, Pp. 425

BATARDON, León, Tratado de sociedades mercantiles, Edit. Labor S.A., traducción de la sexta edición francesa, Madrid, 1935, Pp. 278

BAZ GONZÁLEZ, Gustavo, Curso de contabilidad de sociedades, distribución de librería Porrúa Hnos. y Cía., S.A., s/edición, México, 1985, Pp. 346

CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho mercantil, Primer curso, Edit. Herrero S.A., primera edición, México, 1975, Pp. 350

CERVANTES, Manuel, Las diversas clases de sociedades mercantiles y civiles, s/edit., s/edición, México, 1985, Pp. 411

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Procedimiento registral de la propiedad, Edit. Porrúa S.A., tercera edición, México, 1985, Pp. 321

DE LA GARZA, Sergio Francisco, Derecho financiero mexicano, Edit. Porrúa, décimo cuarta edición, México, 1986, Pp. 342

DE LA VEGA ULBARRI, Angel, Obligaciones prácticas de la empresa conforme al Código Fiscal de la federación, Edit. PAC, primera edición, México, 1984, Pp. 401

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, La evasión tributaria, apareció en la revista de la academia mexicana de derecho fiscal, 12ª publicación, febrero de 1976, México, D.F., Pp 223

DOMÍNGUEZ OROZCO, Jaime, Régimen y aplicación practica de la Ley del impuesto al valor agregado, ediciones fiscales ISEF S.A., México, 1982, Pp. 228

FELIU SEGOVIA, Juan A, Transformación de sociedades, Carlos E. Gibbs A. editor, s/edición, Santiago de Chile, 1970, Pp. 301

GAMBOA ROSAS, Francisco, Algunos aspectos de la interpretación autentica del derecho, Tesis profesional, México, 1985, U.N.A.M., Pp. 475

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, Edit. Porrúa, trigésimo quinta edición, México, 1984, Pp 294

GARRIQUES, Joaquín, Tratado de derecho mercantil, Tomo I, Vol. 3, s/edit, s/edición, revista de derecho mercantil, Madrid, 1949, Pp. 316

GUAL VIDAL, Manuel, Aspectos de derecho privado, S.E.P., s/edición, México, 1961, Pp. 413

HERNÁNDEZ MORALES, Jenaro, Concepto y elementos de las sociedades en el derecho mercantil, Edit. Jus S.A., primera edición, México, 1972. Pp. 139.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV, U.N.A.M., primera edición, México, 1983, Pp. 421

J. LIZANO, Antonio D. de, Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, concordando con el de 1884, Tomo I, librería Madrileña de Juan Buxo, s/edición, México, 1899, Pp. 274

MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho mercantil, Edit. Porrúa, vigésimo cuarta edición, México, 1986, Pp. 311

MEDINA MORA, Raúl, Competencia de las Secretarías de estado en materia de Inversiones Extranjeras, Aparición en "El Foro", Organo de la barra Mexicana del Colegio de Abogados, Tomo I, número 3, Octava época, México, 1988, Pp. 275

MONDRAGÓN OLGUIN, Juan, Teoría de la interpretación de la norma jurídica, Tesis, Facultad de Derecho de la U.N.A.M., Ciudad Universitaria, 1965, Pp. 348

MUÑOZ, Luis, Comentarios a la Ley General de Sociedades Mercantiles de 28 de julio de 1934, Vol. III, ediciones Lex, s/edición, México, 1934, Pp. 323

NIÑO JOSE, Antonio, La interpretación de las leyes, Edit. Porrúa, primera edición, México, 1971, Pp. 248

NUÑEZ ESCALANTE, Roberto, Transformación de las sociedades entre sociedades civiles y mercantiles, apareció en "El Foro", Organo de la Barra Mexicana del Colegio de Abogados, Tomo I, número 3, Octava época, México, 1988, Pp. 114

OLGUIN JIMÉNEZ, Abraham, Obligaciones fiscales y tramitación ante las oficinas de gobierno que intervienen en su negocio, Edit. Olguin S.A., décimo séptima edición, México, 1989, Pp. 395

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para juristas, ediciones Mayo S. de R. L., primera edición, México, 1981, Pp. 491

PASCUAL GARCÍA, Francisco, Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. Herrero Hermanos Sucesores, quinta edición, México, 1909, Pp. 275

PINA VARA, Rafael, Diccionario de derecho, Edit. Porrúa, décimo segunda edición, México, 1984, Pp. 224

RECASENS SINCHES, Luis, Nueva Filosofía de la interpretación del derecho, Edit. Porrúa, segunda edición, México, 1973, Pp. 498

RIPERTO, Georges, Tratado elemental de derecho comercial, Tomo II, editora Argentina, s/edición, traducción de Felipe Solá Canizares, Buenos Aires, 1954, Pp. 321

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Tomo I, Edit. Porrúa, décimo octava edición, México, 1985, Pp. 411

TORRES JARA, Teresa, Lagunas de derecho, Tesis U.N.A.M., México, 1958, Pp. 275

VERNEJO, R.J., La interpretación jurídica, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones jurídicas, primera edición, México, 1977, Pp. 372

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Asamblea, fusión y liquidación de sociedades mercantiles, Edit. Porrúa S.A., tercera edición, México, 1987, Pp. 365