



Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales

Secretaría de Investigación y Estudios de Posgrado

Maestría en Derecho terminal en
Derecho Civil y Mercantil

TESIS DE MAESTRÍA

“La simulación de Capital y el blanqueo de activos en
la Constitución de Sociedades Anónimas”

Asesor: Dr. José Edmundo Peregrina Moctezuma

Lic. María Fernanda Galindo Zamudio

Puebla, Puebla

Verano 2016.

GRACIAS,

A Dios por acompañarme siempre e inspirarme a seguir siempre adelante.

A mis padres por su gran amor y dedicación, por ser una inspiración y un modelo a seguir para mí, como ser humano y como abogada por su ejemplo de honestidad, trabajo y verdadera vocación de abogacía.

A mis hermanas Marisol, Dora Luz y Mariol, por ser siempre un apoyo y estar presentes en cada paso de mi vida.

Al Dr. José Edmundo Peregrina Moctezuma por todas sus enseñanzas tanto académicas como personales, así como agradezco el tiempo, paciencia y confianza que ha depositado en mí.

A la Maestra Silvia Santillán de la Torre, por apoyarme desde el inicio, por darme la idea de éste excelente tema de investigación, por mi amiga.

A Abel Velázquez Carrasco, por su paciencia, su amor y contagiarme su pasión por el Derecho.

A todos mis amigos que han sido parte de este camino, por haber estado conmigo en los buenos y no tan buenos momentos.

ÍNDICE

ABREVIATURAS, LATINISMOS Y SIGLAS	1
INTRODUCCIÓN	3
ABSTRACT	8
CAPÍTULO PRIMERO	10
1. ANTECEDENTES	10
1.2 LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN EL DERECHO MEXICANO	11
1.3 ANTECEDENTES DE LA LEY CONTRA LAVADO DE DINERO EN MÉXICO	15
CAPÍTULO SEGUNDO	17
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL	17
2. ASPECTOS FORMALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA	17
2.1. ELEMENTOS PARA CONSTITUIR UNA SOCIEDAD ANÓNIMA	23
2.1.1. LA LEY DE LA SOCIEDADES ANÓNIMAS 1888.....	26
2.2. CONTENIDO DEL INSTRUMENTO PÚBLICO CONSTITUIVO DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.	28
2.2.1. NOMBRE, NACIONALIDAD Y DOMICILIO DE LOS SOCIOS	30
2.2.2. NOMBRE O DENOMINACIÓN.....	32
2.2.3. EL OBJETO COMO FINALIDAD DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA	33
2.3.4. DURACIÓN	35
2.3.5 EL DOMICILIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA	37
CAPÍTULO TERCERO	40
ANÁLISIS DEL CAPITAL SOCIAL.....	40
3. DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE	40
PATRIMONIO, CAPITAL SOCIAL Y APORTACIÓN.	40
3.1. DEFINICIONES DOCTRINARIAS.....	48
3.2. ACEPCIONES DEL CAPITAL.....	51
3.2.1. CAPITAL PAGADO Y SUSCRITO	52
3.2.2 CAPITAL FUNDACIONAL.....	55

3.2.3 CAPITAL FIJO Y CAPITAL VARIABLE	59
3.3. EL CAPITAL SOCIAL EN FUNCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	60
CAPÍTULO CUARTO	76
LA SIMULACIÓN DEL CAPITAL Y SUS EFECTOS	76
4.1 CONCEPTO DE SIMULACIÓN	76
4.2 SIMULACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS.....	77
4.3 SIMULACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL	79
4.4 EFECTOS DE LA SIMULACIÓN DE CAPITAL Y EL LAVADO DE DINERO....	82
4.4.1 EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO,	85
LA SIMULACIÓN DEL CAPITAL Y EL LAVADO DE DINERO.....	85
CONCLUSIONES	89
PROPUESTAS	92
Considerando las anteriores conclusiones es permitente establecer las siguientes propuestas:.....	92
BIBLIOGRAFÍA	95
HEMEROGRAFIA	96
LEGISGRAFÍA	97
CIBERGRAFÍA	98
ANEXO 1	99

ABREVIATURAS, LATINISMOS Y SIGLAS

2nda	Segunda
ACAMS	Association of Certified Anti-Money Laundering Specialists
<i>affectio societatis</i>	Intención de constituir una sociedad.
apportare	Aportación
art.	Artículo
arts.	Artículos
<i>contrario sensu</i>	En sentido contrario
C. Com.	Código de Comercio
<i>Cfr.</i>	Confróntese
<i>cit.pos.</i>	Citado por
divisa	billetes y monedas metálicas extranjeras
D.O.F.	Diario Oficial de la Federación
Due Diligence	Debida diligencia
ed.	Edición
Ed.	Editorial
<i>et. al.</i>	Y otro
Fr.	Fracción
GAFI	Grupo de Acción Financiero Internacional
<i>Ibídem</i>	ahí mismo
<i>Ídem</i>	Lo mismo
<i>Infra.</i>	Adelante
L.F.P.I.O.R.I.	Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita
L.G.S.M.	Ley General de Sociedades Mercantiles

L.S.C.	Ley de Sociedades de Capital
núm.	Número
NIF	Norma de Información Financiera
<i>op. cit.</i>	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
R.P.C.	Registro Público de Comercio
s.	Siguientes
S.A.	Sociedad Anónima
S.A.S.	Sociedad por Acciones Simplificada
S.E.	Secretaría de Economía
<i>(sic)</i>	Error en la cita
sine qua non	Sin el cual no
S.R.L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
<i>so pena</i>	Bajo pena
<i>supra.</i>	Adelante
s/ed.	Sin edición
t.	Tomo
v.	Volumen
Vid.	Véase
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera

INTRODUCCIÓN

México ha tenido grandes cambios en los últimos años tanto en la legislación Mercantil, así como la implementación de un nuevo sistema regulatorio en materia de prevención de lavado de dinero. Sin embargo, la realidad social de nuestro país se encuentra en un proceso de implementación de las nuevas medidas en forma efectiva, por ésta razón existen aún algunas lagunas que han permitido que tanto la simulación como el blanqueo de activos siga siendo una práctica común en el sistema económico mexicano.

La simulación del capital social en el momento de la constitución de las sociedades anónimas en México, así como en el resto de su vida corporativa, es sin duda un problema que encierra diversos aspectos y genera graves consecuencias no solo para los socios, sino también para terceros, porque de una o de otra manera inciden en el capital de dicha sociedad, esta situación inevitablemente provoca inestabilidad económica e inseguridad jurídica para los inversionistas nacionales y trasnacionales.

La inquietud que me motivó a la investigación del tema, “la simulación de capital social y el blanqueo de activos en la constitución de la sociedad anónima”, a través del análisis de las deficiencias en la legislación mercantil, el capital y la posibilidad de practicar el blanqueo de activos a través de estructuras societarias como un problema cotidiano, deriva de algunas inconsistencias que reflejan el rezago legislativo en materia societaria en nuestro país.

Las recientes reformas en materia de Prevención de Lavado de Dinero han instaurado en un buen intento de detectar oportunamente el blanqueo de activos , al implementar la obligación que tienen los

fedatarios públicos de reportar operaciones de constitución escisión, aumentos y disminuciones de capital en la S.A., sin embargo, en la práctica sigue siendo común que los aumentos y disminuciones de capital en la parte variable no se celebren ante fedatario Público y tampoco son materia de inscripción ante el Registro Público de la Propiedad, adicionalmente los Fedatarios Públicos siguen careciendo de la facultad de hacer verificativas las aportaciones, aunado a la prohibición de llevar a cabo depósitos en la cuenta de una persona moral que no se encuentra constituida aún.

Es visible la necesidad de facultar a corredores y notarios públicos, para verificar la aportación económica de cada socio al constituir la sociedad, y no limitarse únicamente a dar fe de lo que los socios manifiestan haber aportado, considerando que esto puede implicar un engaño a los socios, a terceros y a los acreedores de la nueva sociedad, ya que si bien, ésta cumple con todos los requisitos consignados en Ley desde el momento en que nace a la vida jurídica, la realidad pecuniaria de su capital social es ficticia, asimismo regular seriamente y desde la L.G.S.M. un proceso que elimine la posibilidad de blanquear activos desde S.A..

Sin duda, la problemática que expongo abarca muchas más aristas de las que son mencionadas en el presente trabajo y merecen un estudio mucho más profundo y detallado, como podría ser el relativo a la materia penal, como el fraude por simulación así como otras legislaciones cuyo fin es verificar la certeza de los capitales aportados; sin embargo el tema delimitado como objeto de estudio se limita a analizar el capital social de las sociedades anónimas en México, así como los problemas que se generan a partir de su simulación y su empleo para el lavado de dinero.

La delimitación del tema se justifica porque en un Estado de Derecho, la seguridad jurídica que favorece a todo gobernado, se basa en la existencia de Leyes que otorguen requisitos mínimos necesarios para brindar dicha seguridad, en particular, en la constitución de la sociedades y la posibilidad de incurrir en el blanqueo de activos a partir de la simulación, para evitar daños y perjuicios a terceros, por ello de una manera metódica se analizaron los requisitos mínimos que la Ley exige para la constitución de una sociedad anónima en nuestro país y se evidenciaron las deficiencias y debilidades, por lo que urge modificar la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El marco teórico conceptual que sirvió de referencia a la delimitación del tema de investigación fueron los artículos 6, 89 y 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la cual exige una serie de requisitos entre los que se destaca la figura relativa al capital, se analizaron los tipos de capital, sus distinciones y también se revisaron conceptos como el patrimonio y la aportación social, así como el concepto de simulación de capital y sus efectos para el caso de lavado de dinero.

Para un mejor análisis de la investigación propuesta se comparó la legislación Societaria en México con la legislación del Reino de España, consistente en la Ley de Sociedades de Capital y el Reglamento del Registro Mercantil, advirtiéndose que *contrario sensu* de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, entre otros requisitos, obliga al notario público a verificar y certificar la aportación dineraria o no dineraria de un socio al momento de dar fe de la constitución de una sociedad. Asimismo, a verificar una serie de requisitos encaminados a dar seguridad jurídica al tercero respecto de los derechos y obligaciones que adquiriera la nueva persona jurídica, de esta manera el Reino de España resuelve la problemática de una forma

muy sencilla y eficaz, misma que quedó debidamente desarrollada en el capítulo tercero.

La investigación fue de corte documental, desarrollada en la técnica de recopilación y análisis de datos, el método aplicado fue el histórico, al precisar en el capítulo primero los antecedentes de las sociedades mercantiles y los antecedentes relativos a la actual Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con recursos de Procedencia Ilícita, también el método deductivo e inductivo, que sirvió para desarrollar los capítulos segundo, tercero y cuarto, por último el método funcional donde se realiza la propuesta de investigación. En consecuencia, la hipótesis del trabajo consistió en determinar:

¿La simulación de capital social y el blanqueo de activos en las sociedades anónimas tienen como consecuencia daños, perjuicios e inseguridad jurídica? ¿La falta de controles en la legislación favorece la simulación de capital y el blanqueo de activos en la constitución de la Sociedad anónima?

Como variables de la hipótesis se formularon los siguientes cuestionamientos: ¿la legislación mexicana es deficiente en la regulación del manejo del capital en materia societaria? ¿La legislación en materia de prevención de lavado de dinero y las regulaciones complementarias contemplan controles para verificar la aportación de capital social y su lícita procedencia?

La estructura del documento consta de una introducción en el capítulo primero en la cual se narra brevemente la historia que dio lugar tanto a la Sociedad Anónima como el proceso por el que México decide adoptar en su regulación las recomendaciones en materia de prevención de lavado de dinero, donde se trató lo relativo a los antecedentes

mercantiles y los antecedentes de la regulación en materia de prevención de lavado de dinero en México, en el capítulo segundo, los aspectos formales que la Ley determina para la constitución de la S.A., en el capítulo tercero, se desarrolló el tema central de estudio, el capital social en las sociedades anónimas, se profundizó sobre los conceptos legales de aportación, capital social y patrimonio y se recurrió al estudio de la regulación española en materia de facultades de verificación del notario público, en el capítulo cuarto se plantea el concepto de simulación de capital social y se advierten algunas formas en las que a través de la S.A. es posible incurrir en el blanqueo de activos, existe un capítulo de conclusiones en el cuál se demostraron las hipótesis planteadas, y una sección de propuestas de mejoras regulatorias a la L.G.S.M. y finalmente termina con un apartado de fuentes de información.

La investigación, es restringida, lo cierto es el motivo de su realización, quedó plasmado en la comprobación de la hipótesis planteada, y se propone una reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles que la adecuó a las necesidades legales, sociales y económicas logrando la congruencia entre las previsiones de la Ley y la realidad financiera de las Sociedades Anónimas; a fin de permitir que México se posicione a la vanguardia.

ABSTRACT

La Ley de Sociedades Mercantiles ha sido materia de diversas reformas, tendientes a ajustarse a las categorías jurídicas internacionales, en particular la materia de prevención de lavado de dinero; sin embargo, no escapa al binomio de las funciones declaradas por las instancias oficiales precisamente contenidas en la norma mencionada, de las funciones latentes que día con día se viven en la sociedad mexicana.

El procedimiento de constitución de una Sociedad Anónima exige entre otros requisitos, la exhibición del capital social, sin embargo, la legislación es omisa en exigir al Notario Público o Corredor Público, verificar físicamente el monto de capital social, limitándose a formalizar su acto al tiraje del acta constitutiva sin consecuencias jurídicas a su cargo, la misma situación no es ajena para la disminución de capital social, pues en ambos casos basta la simple declaración; y una vez protocolizada y registrada, la sociedad de mérito, ante su formalidad trae como consecuencia, entre otras cosas, que se propague el comercio informal y las prácticas abusivas dentro del comercio, dado que dichos controles resultan insuficientes y poco efectivos para resolver el problema de la simulación de capital y el blanqueo de activos, circunstancia que produce una inestabilidad económica e inseguridad jurídica para los inversionistas nacionales o internacionales.

En consecuencia, resulta necesario reformar la normatividad materia de estudio que permita verificar físicamente tanto la aportación de capital social como su lícita procedencia.

ABSTRACT

The commercial Law, has been subject of many amendments with the purpose to follow international legal trends, including antimoney-laundering; however, it doesn't escape to the dual function declared by official bodies precisely contained in the aforementioned legal standard, on regard the day to day dormant functions lived in Mexican society.

The process for incorporate a Company requires among others, to show the share capital equity, however, the legislation is neglect to require to the Public Notary, the certification of the existence of the Capital equity amount, and minimize their task to make the Act of Incorporation, without legal consequences for them, the same situation is not unrelated to the decrease of capital, given both cases the merely statement is enough; and once is legally a public and recorded on the Public Registry, the company could be part of illegal and unfair trade practices, given those control are non-enough and inefficient for solving issue of Capital Equity simulation money laundry, as a consequence it generates economic instability and legal uncertainty for national and international investors.

As a result, it is necessary to amend the legislation, which allows verifying the legal source of the Capital Equity.

CAPÍTULO PRIMERO

1. ANTECEDENTES

Es pertinente comenzar nuestro estudio, con una breve remembranza de los acontecimientos y tendencias históricas que dieron lugar a la aparición de lo que hoy se conoce en derecho mexicano como “Sociedades Mercantiles” y la forma que estos antecedentes dieron lugar a lo que hoy conocemos en derecho mexicano como Sociedades Mercantiles, a pesar de la nueva figura que ha surgido dentro de la L.G.S.M. en lo últimos meses como los es la Sociedad por Acciones simplificadas¹ la cual rompe con lo establecido en la forma en la que se constituyen tradicionalmente la Sociedades centraré el análisis de la simulación del capital estrictamente en la constitución de la Sociedad Anónima .

Desde tiempos inmemoriales se ha analizado el fenómeno de la “asociación”, desde el punto de vista filosófico y sociológico, responde claramente a una necesidad humana, de unir esfuerzos físicos, intelectuales y económicos con un objeto y fin comunes. Jorge Barrera Graf, establece que “las sociedades mercantiles surgen del deseo de superar limitaciones del individuo desde el punto de vista físico y económico”.² Mencionaré a continuación, y de manera muy breve, únicamente los antecedentes jurídicos relativos a la evolución del derecho societario mexicano.

¹ DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles publicado en el D.O.F. el 14 de marzo 2016.

² Barrera Graf, Jorge, *cit. pos.* Acosta Romero, Miguel, *et. al.*, *Tratado de las sociedades mercantiles con énfasis en la Sociedad Anónima*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 1.

1.2 LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN EL DERECHO MEXICANO

El primer antecedente mexicano a mencionar se encuentra en el primer C. Com. de 1854 conocido como el “Código de Lares”, que en su art. 231 reconoció la existencia de lo que ahora son las sociedades mercantiles bajo el rubro “Compañías de comercio”, en él se reconocen la S.A., la sociedad en comandita y la sociedad colectiva. La S.A. se reguló en las disposiciones de los arts. 242 al 251 y desde ese tiempo era visible la protección al tercero, al estipular en el art. 254 que era obligatorio elevar a escritura pública el contrato de la sociedad, así como registrarlo en la secretaría pública del tribunal de comercio respectivo. Dicha disposición previó, que la contravención de estos requisitos tendría como consecuencia que no surtirían efecto en perjuicio alguno del tercero.³

El 5 de febrero de 1857 se promulgó la nueva Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, la cual en su art. 9 otorgó la libertad de asociación en forma permanente, siempre que se tuviera un objeto lícito, y dio la base para todo género de organización de sociedades y asociaciones en el derecho privado respecto a la materia comercial, otorgó la libertad de comercio, buscó terminar con los monopolios que entorpecían el comercio nacional. Es mencionable de este orden normativo lo establecido en el art. 72 Fr. X, “El congreso tiene

³ Quintana Adriano, Elvia Arcelia ,CD Room “Antología” C. Com. 1854 “Código de Lares”, en *Instituciones de derecho Mercantil*, Evolución Histórica, México, Porrúa, 2005,

facultad...X. Para establecer bases Generales de Legislación Mercantil ...”.⁴

El 14 de diciembre de 1882, se reforma el art. 72, Fr. X de la Constitución Política de 1857⁵, convirtiendo así la materia mercantil en carácter federal o como lo llama Barrera Graf se da “la atribución de carácter Federal al Derecho Mercantil”.⁶ El 20 de junio de 1883 el Congreso autorizó al ejecutivo, para promulgar el nuevo C. Com.⁷ de aplicación general en todo el país, promulgado el 20 de abril de 1884.⁸

Se expide entonces el C. Com. de 1884, el cual en su art. 355 reconoce también la existencia de las sociedades: anónima, en nombre colectivo y en comandita, regula también las compañías de capital variable y responsabilidad limitada.⁹

Durante el Porfiriato, derivado de la necesidad de crear un clima de confianza para la inversión de capitales que requería el desarrollo financiero mexicano del siglo XIX, se expide la Ley de Sociedades Anónimas el 10 de abril 1888 las particularidades de la S.A., de las cuales hablaremos en el capítulo segundo ¹⁰, proceden de esta Ley integrada por 64 arts. y un transitorio, carente de títulos ó capítulos que permitieran establecer una estructura sistematizada.¹¹

⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, 8a. ed., Porrúa, México, p. 619.

⁵ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *LII legislatura, Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones, vol. VIII, México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, 1985, p. 35.*

⁶ Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, 8a. ed., México, 1989, p. 25.

⁷ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Legislación mercantil, evolución histórica*, México, Porrúa, 2005, p. 84.

⁸ El C. Com. de 1884, fue abrogado en 1889 cuando se expide el C. Com. vigente. Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Legislación...*, *op. cit.*, p. 84.

⁹ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Instituciones...* *op. cit.*, Cd Room, C. Com. 1884.

¹⁰ *Vid., supra*, p. 21 s..

¹¹ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Legislación...*, *op. cit.*, p. 24.

Finalmente, el último de los códigos que han regido en México, aún vigente al menos en una mínima parte, es el que se promulgó estando todavía en el poder el Presidente Porfirio Díaz, el 15 de septiembre de 1889 y entró en vigor el 1 de enero de 1890¹², dicho Código en su art. 3 reputa por derecho comerciantes a las sociedades mercantiles, dedica su Libro Segundo a las “sociedades de comercio” y en sus arts. 18 y 21 Fr. V, obliga a las sociedades mercantiles a su inscripción en el registro del comercio y en su art. 89 reconoce las formas de sociedades mercantiles: nombre colectivo, comandita simple, sociedad anónima, comandita por acciones y la sociedad cooperativa, exceptuando a la sociedad de responsabilidad limitada. En su arts. 163 al 225 se reguló el funcionamiento de las S.A. con especificaciones coincidentes con nuestra L.G.S.M. actual. Dicho código siguió rigiendo a las Sociedades Mercantiles hasta el 4 de agosto de 1934, fecha en que se expide y promulga la Ley General de Sociedades Mercantiles actual.

13

En 1915, al triunfo del movimiento originado por Venustiano Carranza, inicia una reforma social y económica en México, el Congreso Constituyente de 1916 presentó en ésta fecha como proyecto de art. 73: “El Congreso tiene facultad ... Fr. X. Para legislar en toda la República sobre minería, comercio, instituciones de crédito, y sobre marina nacional; procurando su buena organización, fomento y ensanche, y fijar las bases de la legislación del trabajo”.¹⁴

El art. 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos actualmente sigue consignando en el Congreso de la Unión, la facultad de legislar en materia comercial en su Fr. X: “Para legislar en toda la República sobre... comercio...”

¹² Barrera Graf, Jorge, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 28.

¹³ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Instituciones...* *op. cit.*, Cd Room, C. Com.1890.

¹⁴ Cámara de diputados del Congreso de la Unión LIII legislatura, *op cit.*, pp.43, 66,87.

En 28 de diciembre de 1933, bajo el mando el presidente constitucional sustituto Abelardo L. Rodríguez, en uso de su facultad extraordinaria, promulgó la Ley General de Sociedades Mercantiles actualmente en vigor, publicada 1 de enero de 1934, la cual reconoce en su art. primero la existencia de la sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones y la sociedad cooperativa, posibilitando a cualquiera de éstas en constituirse en la modalidad de capital variable, derogando así el Título Segundo del Libro Segundo del C. Com. del 15 de septiembre de 1889.¹⁵

Es pertinente mencionar lo que el Dr. Elisur Arteaga concluye en su libro Derecho Constitucional, al analizar detalladamente los antecedentes históricos del Derecho Mercantil, y al respecto nos dice: “Considerando todo el contexto constitucional relativo al comercio, entendido como algo genérico, no puede dejar de concluirse que es amplio, difuso y, por algunos conceptos, hasta contradictorio. Lo crecido, contradictorio y variado de ese marco constitucional regulatorio, a la vez que entorpece su estudio, impide, su sistematización y clasificación y dificulta su interpretación cabal, cuando menos en una obra de esta naturaleza; no es exagerado afirmar que el análisis de las normas que tienen que ver con lo meramente mercantil, excluyendo lo que se ha denominado derecho económico, ameritaría la elaboración de una obra monográfica, ella, para limitar su alcance, podría llevar por título: “derecho constitucional mercantil”¹⁶

¹⁵ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Instituciones... op. cit.*, Cd Room, L.G.S.M., 1934.

¹⁶ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, s/ed., Ed. Oxford University Press, México, 1998, p. 897.

1.3 ANTECEDENTES DE LA LEY CONTRA LAVADO DE DINERO EN MÉXICO

Luego de la publicación de las 40 + 9 Recomendaciones del FATF-GAFI, que constituye la norma internacional para el cumplimiento ALD/CFT, se han hecho esfuerzos a nivel mundial para crear leyes y regulaciones para combatir el Lavado de Dinero y el Financiamiento al Terrorismo. Países del todo el mundo se unieron a la lucha contra la actividad criminal, promulgando leyes orgánicas que, a pesar de ser diversas y en distintos idiomas todas comparten como objetivos fundamentales: a) Penalizar el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo, b) Exigir acciones específicas por parte de las entidades reguladas y c) Dictar sanciones por incumplimiento.¹⁷ En la mayoría en las regulaciones los requisitos son similares: Identificación el cliente, conservación y mantenimiento de registros y cumplir con los requisitos para reportar.

En 1997, el Secretario de Hacienda y Crédito Público, en representación del Gobierno Mexicano, envió un comunicado oficial al Presidente del GAFI, expresando la voluntad política del país para incorporarse a dicho Grupo, precisando que para tal efecto las autoridades responsables de prevenir y combatir el delito de lavado de dinero estaban llevando a cabo acciones para cumplir las recomendaciones emitidas por el grupo. En virtud de lo expresado, en una primera instancia el GAFI aceptó en 1998 a México en calidad de observador.

Tras una serie de visitas, inspecciones y recomendaciones México quedó integrado a GAFI en el año 2000 como un miembro de pleno derecho y por si mismo se comprometió a la adopción de e instrumentación de las 40 recomendaciones y que con tal carácter también se comprometió a

¹⁷H. de Alba Ana María, et. al, *Manual de bolsillo para especialistas de riesgo y cumplimiento normativo*, s/ed, Worldcompliance, México, 2011.

instrumentar las 9 recomendaciones Especiales Contra el Financiamiento al Terrorismo.¹⁸

Los compromisos adoptados por México al signar y ratificar la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, el reconocimiento de los principios deontológicos contenidos en la Declaración de Basilea, las Recomendaciones de GAFI y el Convenio del Consejo de Europa, han sido los justificantes en materia de lavado de dinero han generado una seria regulación en materia penal, fiscal, civil y mercantil en el marco jurídico Mexicano, regulación que analizaremos brevemente y en forma específica en el capítulo cuatro de la presente investigación.

¹⁸ Núñez Camacho, María de la Luz, *El fenómeno de lavado de dinero en México*, S/ed, Ed. Porrúa, México 2008, pp.40 y 46

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL

2. ASPECTOS FORMALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

La L.G.S.M. reconoce dos formas para crear una S.A.: Por suscripción pública, conocida en la doctrina como sucesiva¹⁹ (misma que actualmente está prácticamente en desuso) y en forma simultánea. Sin embargo, para tratar adecuadamente el tema que nos ocupa, únicamente haremos mención de las formalidades que implica la constitución de una sociedad mercantil en forma simultánea.

Existen dos aspectos formales a realizar en la constitución de una S.A.: uno es el otorgamiento del acta constitutiva ante notario público o corredor público con la comparecencia de todos los contratantes, y el segundo es su inscripción ante el R.P.C., con la salvedad del nuevo esquema societario de Sociedad por Acciones Simplificada al que hemos hecho referencia cuyas Reglas de Carácter General aún no han sido publicadas, pero cuyo contexto prevé la posibilidad de constituir una sociedad con uno o más socios y sin la intervención de un fedatario público, sino únicamente a través de la S.E..²⁰

La formalidad de inscripción se previó desde el C. Com. de 1854 y fue retomada en los arts. 12 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas de

¹⁹ Miguel Acosta Romero, propone que debe desaparecer el procedimiento de constitución de la S.A. por suscripción pública, argumentando que 65 años de experiencia han demostrado la inutilidad de ese procedimiento, basado en una investigación hecha en muchas oficinas del Registro Público del Comercio de la República que demuestran que no se ha localizado un solo caso en el que se hubiere constituido una S.A por "suscripción pública", por lo cual afirma, los arts. 92 al 101 de la L.G.S.M. son inútiles, Acosta Romero, M., *et. al., op. cit.*, p. 175.

²⁰ *op. cit.*, p.7

1888²¹; actualmente se encuentra consignada en el art. 21 fracciones V y XII del C. Com. en vigor, por reforma del 2 de junio del año 2009, estableciendo para todo comerciante, persona moral la obligación de inscribir: “ ...Fr. V. Los instrumentos públicos en los que se haga constar la constitución de las sociedades mercantiles, así como los que contengan su transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación y...Fr. XII. El cambio de denominación o razón social, domicilio, objeto social, duración y el aumento o disminución del capital mínimo fijo”.²²

Para llevar a cabo la constitución de una S.A. ante notario público o corredor público, es preciso que la futura sociedad cuente con la autorización para uso de nombre o denominación dada por la S.E.²³ conforme lo establecido en los arts. 15 de la Ley de Inversión Extranjera.

24

La razón por la cual debe inscribirse en el R.P.C., es precisamente dar publicidad al acto jurídico de la constitución de la sociedad y permitir a cualquier interesado la consulta de su legal existencia, sus antecedentes, nombres de los socios, capital social y resultados de sus operaciones comerciales. ²⁵Asimismo que todos los actos que celebre dicha sociedad surtan efectos ante terceros.

²¹ Ley de Sociedades Anónimas 1888, “art. 12: celebrada la asamblea general y levantada el acta, se procederá a su protocolización y registro, haciéndose otro tanto con los estatutos” (cuando se constituye por suscripción pública) y; “art. 13: cuando la S.A. no haya de constituirse por suscripción pública, bastará que los socios que la organicen suscriban una escritura pública observando las prescripciones del artículo 8” (cuando se constituye simultanea).

²² Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del C. Com. y la L.G.S.M. publicado el 2 de junio 2009 en el D.O.F.

²³ *Vid., anexo 2,* “Formato de solicitud de permiso de constitución de sociedad”.

²⁴ Ley de Inversión Extranjera, art.15.-“La Secretaría de Economía autorizará el uso de las denominaciones o razones sociales con las que pretendan constituirse las sociedades”...

Ley de Inversión Extranjera, reforma publicada 15 de diciembre 2011.

²⁵ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Reglamento del Registro Público de Comercio, por el que se instaura el Sistema Integral de Gestión Registral, publicado en el D.O.F. el 23 de noviembre de 2010. Se anexa el formato que debe utilizarse para inscribir una sociedad mercantil en el R.P.C. *Vid., anexo 1.*

Los requisitos formales para la constitución de una sociedad tienen por objeto brindar al tercero, quien llevará a cabo operaciones con la futura sociedad, la garantía de la regularidad de su existencia jurídica, las circunstancias particulares que la rodean, además de imprimir certidumbre jurídica y económica en las relaciones que el nuevo ente social lleve a cabo con terceros.²⁶ A esta importancia hace referencia Frisch Philipp al establecer:

“Tanto en los dos Códigos de Comercio como en la Ley actual, encontramos un sistema normativo para la constitución de una sociedad anónima según el cual el Estado no se reserva facultades discrecionales para permitir la constitución de la S.A., sino que se contenta con la fijación de ciertos requisitos legales, relativos a la constitución y en el caso de cumplimiento por sus particulares, tienen derecho a que se les reconozca y admita dicha constitución.”²⁷

Al referirse a los requisitos con los que se conforma el Estado, Frisch se refiere a lo mínimo requerido por la Ley para que ésta se repute mercantil, criticando el hecho de que el Estado no se reserve facultades discrecionales.

Esta afirmación es visible en lo establecido por el art. 4 de la L.G.S.M, “se reputarán mercantiles, todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo primero”.

²⁶ Castrillón y Luna, Víctor M., *Sociedades Mercantiles*, México, Porrúa, 2003, p. 97.

²⁷ Frisch Philipp, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982, p. 148.

Cualquiera de las sociedades a que se refieren en el art. 1 de la L.G.S.M. Fracciones I a V, y VII de este artículo podrá constituirse como sociedad de capital variable, observándose entonces las disposiciones del Capítulo VIII. Salvo por la mencionada S.A.S., generalmente los fedatarios públicos formulan un proyecto de estatutos comprendiendo todos los elementos que requisita el art. 6 de la L.G.S.M., sin embargo el fedatario público que formule y autorice el instrumento público o sus modificaciones, debe observar todo lo dispuesto en la L.G.S.M. y apegar el instrumento público a estricto derecho, *so pena* de incurrir en responsabilidad si autoriza un instrumento público cuyos artículos violen la Ley.²⁸

La prohibición expresa, se encuentra consignada el art. 45 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal²⁹ que establece: “Queda prohibido a los notarios... Fr. VIII.- Ejercer sus funciones si el objeto, el motivo – expresado o conocido por el notario -, o el fin del acto es contrario a la Ley o a las buenas costumbres; asimismo si el objeto del acto es física o legalmente imposible”.

La responsabilidad en la que incurre un notario que no se cerciora de éstas condiciones la encontramos en el art. 222 del precepto normativo mencionado en el párrafo anterior: “Los notarios son responsables por los delitos o faltas que cometan en el ejercicio de su función, en los términos que previenen las Leyes penales del fuero común y federales”.

Asimismo la Ley Federal de la Correduría Pública, en su art. 20 establece la misma prohibición expresa a los corredores: “A los

²⁸ Acosta Romero, M., *et. al., op. cit.*, p. 86.

²⁹ La materia notarial es local, toda vez que conforme al artículo 124 Constitucional “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. Para efectos de la presente investigación sólo haremos mención de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

corredores les estará prohibido... Fr. X. Ejercer su actividad si el hecho o el fin del acto es legalmente imposible o contrario a la Ley o a las buenas costumbres...”.

De lo anterior podemos afirmar que en realidad las Leyes respectivas cumplen, en ese aspecto, con el compromiso de encomendar únicamente a un jurista en materia mercantil las formalidades que al instrumento público se refieren, brindando así seguridad al tercero.

Al ser un acto constitutivo, el nacimiento de una sociedad anónima, la personalidad de ésta se adquiere a partir de su inscripción en el R.P.C., de acuerdo al art. 2 de la L.G.S.M., “Las sociedades mercantiles inscritas en el R.P.C., tienen personalidad distinta a la de los socios. Salvo el caso previsto en el artículo siguiente (sociedades con objeto ilícito), no podrán ser nulas las sociedades inscritas en el R.P.C...”.

La importancia de cumplir y respetar las formalidades y requisitos del instrumento público se encuentra consignada en el art. 7 de la L.G.S.M., el cual hace referencia de lo que en doctrina conocemos como “acción proforma”, definida como aquella que otorga la Ley a cualquiera de las partes que realice un contrato, exigir de manera judicial el otorgamiento de contrato en la forma establecida por la Ley.³⁰

A *contrario sensu*, las sociedades no inscritas conforme el mismo artículo, pero se hayan exteriorizado como tales ante terceros, consten o no en instrumento público, tendrán personalidad jurídica, estas sociedades en la doctrina se conocen como “sociedades irregulares”.³¹

³⁰ *Vid., supra*, p. 25.

³¹ Acosta Romero, M., *et. al., op. cit.*, p. 87.

“Respecto a las Sociedades irregulares Jorge Barrera Graf establece que en función de estas omisiones puede hablarse de sociedades irregulares en sentido estricto, o como las llamadas sociedades de hecho, que en consecuencia constituyen una sociedad irregular, sociedades en las que pudieran faltar todas las formalidades, como sucedería con las sociedades verbales o bien, sólo alguna de ellas ...”.³²

En relación a los requisitos que debe contener el instrumento público el art. 7 de la L.G.S.M., dispone: “Si el contrato social no se hubiere otorgado en escritura pública ante notario pero contuviere los requisitos señalados en las fracciones I a VII del art. 6 (requisitos esenciales), cualquier persona que figure como socio, podrá demandar en la vía sumaria (ordinaria) el otorgamiento de la escritura correspondiente ... en caso de que la escritura social no se presentare dentro del término de quince días a partir de su fecha, para su inscripción en el Registro Público del Comercio, cualquier socio podrá demandar en la vía sumaria (ordinaria) ³³ dicho registro.” Dicho precepto se vincula con lo establecido en el art. 2 de la L.G.S.M. “las sociedades no inscritas en el Registro Público del Comercio que se hayan exteriorizado como tales, frente a terceros consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica”.

Finalmente dentro del mismo art. 7, se prevé una sanción a la evasiva de formalizar e inscribir el instrumento público afirmando que: “Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad

³² Barrera Graf, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, p. 214.

³³ El artículo 1055 del C. Com., establece que los juicios mercantiles son ordinarios, ejecutivos y especiales, por lo tanto la vía sumaria en materia mercantil no está regulada, y dicha acción se ejercita a través de la vía ordinaria.

contraerán frente a terceros, responsabilidad ilimitada y solidaria por dichas operaciones.

2.1. ELEMENTOS PARA CONSTITUIR UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

La L.G.S.M. define los requisitos básicos para constituir una sociedad anónima en su art. 6 ³⁴, en el caso de la sociedad anónima, adicionalmente considera también los establecidos en los arts. 89 y 91 (respecto al acta constitutiva).

Uno de los requisitos en la constitución de la S.A. establecidos en el art. 89 de la L.G.S.M. es el número de socios, anteriormente contemplaba la Ley el requisito de cinco socios como mínimo, sin embargo, dicho artículo se reformó.³⁵ Actualmente la Fr. I del art. 89 de la L.G.S.M. establece: “Para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere: Fr. I. Que haya dos socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos”.³⁶

Este requisito implica que al menos dos socios deben permanecer desde el momento que se funde la sociedad y durante toda la vida de la misma, pues de no haber dos socios como mínimo, la sociedad debe disolverse según el art. 229, Fr. IV de la L.G.S.M.: “La sociedades se disuelven... Fr. IV. Porque el número de accionistas llegue a ser inferior

³⁴*Vid., supra*, p.24 y s.

³⁵ Decreto por el que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicado en el D.O.F. el jueves 11 de junio de 1992.

³⁶La comisión económica de la cámara de diputados impulsó un proyecto de reforma tendiente a considerar la modificación de la Fr. IV del artículo 229 de la L.G.S.M. quedando redactada de esta forma” IV. Cuando el número de socios o accionistas llegue a ser inferior al mínimo que esta ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona, siempre y cuando no se refieran a las constituidas bajo la modalidad de empresas unipersonales de responsabilidad limitada o a las empresas anónimas unipersonales”. Es importante mencionar que el espíritu del legislador desde ese momento a generar una Reforma por la cual se admitieran en el sistema societario mexicano las Sociedades Unipersonales.

al mínimo que esta Ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una misma persona”³⁷ Dicho artículo deberá ser interpretado con excepción de lo establecido en la anteriormente mencionada S.A.S. reforma publicada en el D.O.F. el 14 de marzo de 2016, toda vez que la misma como antes mencioné contempla la posibilidad de dar vida jurídica a sociedades unipersonales, y probablemente será materia de estudio al igual que el mencionado artículo 89 de la L.G.S.M. los cuales se deberán considerar inaplicables para este tipo social.

En los antecedentes de nuestro derecho societario se concibió como una idea absurda e inaceptable la existencia de una sociedad conformada por una sola persona, el concepto doctrinario de “sociedad unimembre” fue en su momento criticado por eminentes doctrinarios como Barrera Graf quien considera un absurdo la existencia de éste tipo social expresando:

“Hablar de una sociedad compuesta por un solo miembro parece plantear una contradicción, porque sociedad, en efecto hace necesaria referencia a pluralidad de personas. Sería tanto como hablar de una comunidad o de una copropiedad con único comunero o copropietario; y así como en esta relación jurídica, la consolidación o reunión de todas las cuotas en un solo copropietario hace cesar la copropiedad”.³⁸

Por otro lado, la sociedad anónima como bien sabemos es de corte capitalista, y su capital social está representado por acciones, la Fr. I del art. 89 establece... “que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos”, por lo tanto, sabemos que en la S.A. habrá dos socios como

³⁷ *Ibíd*em, artículo 229, Fr. IV publicada 28 de diciembre de 1933.

³⁸ Barrera Graf, Jorge, *Las sociedades...*, *op. cit.*, p. 187.

mínimo y cada uno suscribirá una acción, representando así su aportación social y la responsabilidad que tiene ante la misma y frente a terceros, limitada al monto de su aportación. Sobre el patrimonio, las aportaciones que puede dar un socio y el capital social haré referencia en el capítulo tres.³⁹

Siguiendo con los elementos adicionales para constituir una S.A., la Fr. II del art. 89, antes de la reforma de 1992 señalaba que para constituir una S.A. debía aportarse un capital social mínimo, también conocido como mínimo legal que era de veinticinco mil pesos.⁴⁰ Posteriormente se modificó y establecía: ... “Que el capital no sea menor de cincuenta millones pesos”.⁴¹ Consecutivamente por la reforma de 28 de julio de 2006 el Fr. II del art. 89 de la L.G.S.M. establecía: “Que el capital social no sea menor de cincuenta mil pesos y que esté íntegramente suscrito”.⁴² Actualmente por la reforma de fecha 15 de diciembre de 2011⁴³ el Fr. II del art. 89 de la L.G.S.M. establece: Que el contrato social establezca el monto mínimo del capital social y que esté íntegramente suscrito⁴⁴;

La Fr. III del art. 89 exige:...“Que se exhiba el dinero en efectivo, cuando menos, el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario”, en este sentido la Ley no contempla un plazo o término específico para la liquidación del ochenta por ciento restante de la acción no pagada, situación que nos vincula indirectamente con el tema

³⁹ *Vid., supra*, pp. 33,45 y 62.

⁴⁰ Acosta Romero, *et. al., op. cit.*, p. 179.

⁴¹ A partir del primero de enero de 1993, por la supresión de tres ceros que se estableció en el Decreto por el que se crea una nueva unidad del Sistema Monetario de los Estados Unidos Mexicanos. *Vid., supra*, p. 49.

⁴² Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, y de la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicado en el D.O.F. 28 de julio 2006.

⁴³ DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Federal de Derechos, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y de la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal publicado en el D.O.F. el 15 de diciembre de 2011.

principal de nuestro análisis y que considero, la Ley debería pormenorizar y no dejar al arbitrio de los propios socios como lo establece el art. 91 Fr. III , lo que podría ser materia de la creación de sociedades fantasma, con un capital que lo accionistas no tengan intenciones de aportar y dicha sociedad posteriormente entrara en proceso de liquidación y cancelación.

La Fr. IV del art. 89 considera aportación distinta a numerario, y sobre éste tipo de aportación establece:..."Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario". Esto es, la exhibición del avalúo del bien mueble o inmueble, así como el medio de transmisión de la propiedad del mismo o documento por el que haya de instrumentarse, manifestando el consentimiento del socio, para transmitir ese bien al patrimonio de la sociedad.

2.1.1. LA LEY DE LA SOCIEDADES ANÓNIMAS 1888

Es pertinente retomar en éste punto lo que en su momento establecía la Ley de Sociedades Anónimas el 10 de abril de 1888 ⁴⁵, que tuvo vigencia un corto plazo, sentó las bases para la formulación de la L.G.S.M en vigor, la Ley de Sociedades Anónimas se abrogó el 15 de septiembre de 1889.

Algunas figuras de la Ley de la Sociedades Anónimas de 1888 se rescataron y se tomaron para la L.G.S.M., como el establecimiento de una denominación y no una razón social, siguiendo los principios del C. Com. 1854.

⁴⁵ Vid. *infra.*, p. 9.

La Ley de 1888 contemplaba la penalización de obligarse personal y solidariamente al hacer constar el nombre de un socio en la denominación de la S.A., así como la distinción del nombre entre sociedades, (aunque en esta época no existió el requisito de permiso de nombre que actualmente contempla la Ley de Inversión Extranjera). La Ley de 1888, también consideró las dos formas actualmente existentes de constitución de la S. A..

La forma de constitución simultánea desde esa época, exigió un mínimo exhibido del diez por ciento del valor de las acciones, al momento de constituirse la sociedad, cuyo valor debía cubrirse en numerario⁴⁶, si las aportaciones de capital fuesen en títulos, o especies como muebles o inmuebles éstas tendrían que ser íntegramente representadas por acciones liberadas. Si las aportaciones fuesen en numerario y no se exhibía el diez por ciento⁴⁷ al momento de la constitución, estas debían liquidarse dentro de los plazos fijados por los fundadores o tenerse por no suscritas.

Además en la Ley de Sociedades Anónimas de 1888 en su art. 9 señalaba que...“El pago del importe de la exhibición solicitada por los fundadores de la sociedad, que se haga por los suscriptores de las acciones, se entregará por éstos en la institución de crédito, a falta de ésta en la casa de comercio designada para este efecto...” cuando la sociedad haya de constituirse por suscripción pública. A pesar no ser éste el tema central de nuestro análisis la constitución por suscripción pública, es importante hacer mención de lo establecido por la Ley de

⁴⁶Quintana Adriano, Elvia Arcelia, Cd Room *Instituciones... op. cit., Ley de Sociedades Anónimas 1888.*

⁴⁷No se reguló de esta manera en la Ley actual, ya que se establece que el accionista estará en mora, según lo prevé el art.362 del C.Com., “los deudores que demoren el pago de sus deudas, deberán satisfacer, desde el día siguiente al vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el seis por ciento anual”. El artículo 84 del C. Com. Establece “en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia ó cortesía, y en todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano; y el año, de trescientos sesenta y cinco días”.

Sociedades Anónimas de 1888, pues desde ese momento, se previó la necesidad de hacer tangible y verificable la aportación de los socios.

El art. 14 de la citada Ley, regulaba en sus nueve fracciones cuál debe ser el contenido de las “escrituras públicas” para su validez, artículo que actualmente encontramos prácticamente igual en las trece fracciones del artículo 6 de la L.G.S.M. así como en el art. 89. Algunos elementos que tienen en común los preceptos normativos de ambas leyes son: la denominación, objeto, duración, domicilio, naturaleza, valor de las acciones, el valor del capital social, especificando la naturaleza, número y valor de las acciones, la manifestación de lo que cada socio aporte, la forma de administrar la sociedad, el importe de fondo de reserva, la forma de distribuir ganancias y pérdidas, la forma y los casos en los que la sociedad se pueda disolver anticipadamente.

2.2. CONTENIDO DEL INSTRUMENTO PÚBLICO CONSTITUITIVO DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Para poder establecer los requisitos que la Ley requiere en la constitución de una sociedad anónima debemos imprescindiblemente observar lo establecido en los arts. 6 y 91 de la L.G.S.M., encontramos los contenidos mínimos del instrumento constitutivo de una S. A.

Los requisitos establecidos en el art. 6 se clasifican por Ley en cláusulas esenciales y flexibles,⁴⁸ a su vez dentro de esta clasificación, Rodríguez Rodríguez las cataloga en: reales, funcionales y personales

⁴⁸ Conforme el art. 8 de la L.G.S.M. en caso de que se omitan las fracciones VIII a XIII del artículo 6, aplicarán las disposiciones relativas a esa Ley, esto significa, sólo las fracciones I a VII se consideran esenciales. Asimismo *el art. 7 de la L.G.S.M.* faculta a cualquier persona que figure como socio demandar en la vía ordinaria el otorgamiento del instrumento constitutivo correspondiente, ante fedatario público y cumpliendo con las cláusulas esenciales. “Acción Proforma”. *Vid., infra*, p. 17.

según atañen la calidad, función o derecho que atribuyen a los socios accionistas en relación al ente jurídico que por el contrato social se crea, a los elementos objetivos del contrato y de la sociedad, o a la estructura orgánica y a los derecho y obligaciones de los socios.⁴⁹

También encontramos una segunda clasificación hecha por Mantilla Molina, quien es citado por Víctor Castrillón en su libro *Sociedades Mercantiles*:

“ Mantilla Molina, quien distingue en el negocio social así como en todo negocio jurídico, cláusulas esenciales, naturales y accidentales, y que la primeras son las cláusulas indispensables que permiten subsumir el negocio concreto en una categoría jurídica por ajustarse al concepto de ésta; que las cláusulas naturales son aquellas tan acordes con el tipo de negocio correspondiente, que la Ley presume su existencia y suple la voluntad de las partes y que son accesorias las pactadas libremente por las partes para mejor satisfacer sus aspiraciones, que no desvirtúan el tipo de negocio concertado, que son tan variadas como las necesidades y fantasía de las partes y que serían válidas mientras no contraríen las disposiciones imperativas de la Ley.”⁵⁰

Las cláusulas esenciales siguiendo lo establecido en el art. 8 de la L.G.S.M, comprenden las fracciones de la I a la VII del art. 6⁵¹ de la

⁴⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t. I, 6a. ed., Porrúa, México, 1981, p. 58.

⁵⁰ Mantilla Molina, Roberto, *cit. pos.*, Castrillón y Luna, Víctor M., *op. cit.*, p. 100.

⁵¹ Dichas cláusulas consisten en: “ La Fr. I, los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad, Fr. II el objeto de la sociedad, Fr.III, su razón

Ley... “La omisión o ausencia de estos requisitos tendrían por efecto declarar a la sociedad nula, por significar una transgresión a una norma de carácter público y de las fracciones establecidas en el art. 6 de la L.G.S.M.”⁵² y las cláusulas flexibles se encuentran consignadas en las fracciones VIII a la XIII. Siguiendo la clasificación de Rodríguez Rodríguez ⁵³ determinaremos el tipo de cada una de las cláusulas en los siguientes apartados.

2.2.1. NOMBRE, NACIONALIDAD Y DOMICILIO DE LOS SOCIOS

El nombre, domicilios, nacionalidad de los socios o de las personas morales (sociedades) que habrán de conformar la sociedad constituyen, conforme a las clasificaciones mencionadas, un requisito esencial y de carácter personal conforme la clasificación de Rodríguez Rodríguez, que identifican precisamente a las personas físicas o morales que van a constituir la sociedad, el fedatario público debe forzosamente cerciorarse de la identidad de los sujetos ya sea con los documentos que identifican a la persona física como el que acredita la existencia legal de la persona jurídica.

Respecto a la nacionalidad de los futuros socios o sociedades que formarán la nueva S.A., debemos considerar que es fundamental lo que establece la Fr. I del artículo 27 Constitucional... “Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen

social o denominación, Fr. IV su duración, Fr. V el importe del capital social, Fr. VI la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes, el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valoración, la indicación de ser variable el capital y Fr.VII el domicilio de la sociedad”. *Vid., infra*, p. 18.

⁵² Castrillón y Luna, Víctor M., *op. cit.*, p. 101.

⁵³ Dichas fracciones consisten en: “Fr. VIII la manera conforme la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores, Fr. IX el nombramiento de administradores y la designación de los que han de llevar la firma social, Fr. X la manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad, Fr. XI el importe de fondo de reserva, Fr. XII los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente y Fr. XIII las bases para practicar la liquidación de la sociedad”.

derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas...”.

La Ley de Inversión Extranjera, haciendo hincapié a esta prohibición, en su art. 10, primer párrafo establece:.. “Las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros o que hayan celebrado el convenio a que se refiere dicho precepto podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles en el territorio nacional”.

Dicho ordenamiento, aplicado a la materia societaria establece en el art. 15 que toda sociedad en México al momento de constituirse tendrán que insertar una cláusula dentro de su instrumento constitutivo, dependiendo de su objeto social.⁵⁴ Estas cláusulas son conocidas doctrinariamente como *la cláusula Calvo*, y cláusula de exclusión de extranjeros.⁵⁵

Sin embargo la Ley Federal de la Correduría y la Ley del Notariado para el Distrito Federal, no contemplan como una obligación

⁵⁴En la Ley de Inversión Extranjera, se establecen las diversas actividades que sólo pueden ser realizadas por mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, así como las actividades en dónde la inversión extranjera tiene un límite dentro del capital social.

⁵⁵ La Cláusula Calvo, el legislador al referirse a ella la llama el pacto previsto en la Fr. I del art. 27 Constitucional. En la práctica, en el estatuto social se llega a denominar cláusula de admisión de extranjeros.

del fedatario cerciorarse de la nacionalidad de los futuros socios, únicamente de su identidad.⁵⁶

2.2.2. NOMBRE O DENOMINACIÓN

El nombre en la sociedad anónima llamado denominación, es un atributo de la persona moral, y un requisito esencial en el instrumento constitutivo de una sociedad mercantil, como quedó antes expuesto que tiene un carácter personal conforme la clasificación de Rodríguez Rodríguez, que persigue la identificación de la nueva sociedad.⁵⁷

El art. 87 de la L.G.S.M., establece que: ... “La sociedad anónima es aquella que existe bajo una denominación...” y el art. 88 del precepto normativo en cita establece que “la denominación se formará libremente, pero será distinta de cualquier otra sociedad y al emplearse irá siempre seguida de las palabras “Sociedad Anónima” o su abreviatura “S.A.””.

Cuando se omitiera el requisito “S.A.” según Acosta Romero, no existe sanción explícita en la Ley, y él opina que de ninguna manera puede aplicarse por analogía lo determinado en el art. 59 último párrafo con la pena del art. 25 de la L.G.S.M. establecido para la S.R.L que: “La omisión de seguir la denominación de las letras S.R.L. (en el caso S.A.) sujeta a los socios a una responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria respecto de las deudas sociales.”⁵⁸ Conforme a lo establecido en la Ley

⁵⁶ Ley Federal de la Correduría Pública, artículo 15, Fr. IV. Asegurarse de la identidad de las partes que contraten, convengan o ratifiquen ante su fe, así como de su capacidad legal para contratar y obligarse, así como orientar y explicar a las partes o comparecientes el valor y las consecuencias legales de los actos de que se trate y la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su artículo 102, XX, Fr. I, a) su conocimiento, en caso de tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes, y que a su juicio tienen capacidad.

⁵⁷ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op.cit.*, p. 58.

⁵⁸ Acosta Romero, M., *et. al.*, *op. cit.*, p.408.

en la S.A. los socios sólo responden por el monto de su aportación al tener la nueva moral personalidad distinta a la de sus socios.

Por lo tanto, el nombre o denominación de la S.A. es libre, esto quiere decir que queda a elección de los socios; las únicas limitantes al nombre de la nueva sociedad serán entonces que no exista previamente y que le siga la abreviatura S.A. Finalmente, como antes mencioné el permiso para nombre o denominación es otorgado por la S.E.⁵⁹

2.2.3. EL OBJETO COMO FINALIDAD DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

El objeto por su parte, es también un elemento esencial determinado por la Ley y de carácter real respecto a la clasificación de Rodríguez Rodríguez. El objeto, no es un concepto definido explícitamente en la L.G.S.M. sin embargo, la Fr. II del art. 6 exige que en el instrumento constitutivo (instrumento público) se indique el objeto de la sociedad. Por objeto entenderemos el tipo de actividad que va a realizar la nueva sociedad a este respecto, Rodríguez Rodríguez lo define como: “La actividad que va a realizar la empresa.... La expresión objeto, o mejor dicho “finalidad social”, puede hacerse muy concretamente o de modo vago y general...”.⁶⁰

Desde una óptica contractual y basando en la afirmación de Rodríguez Rodríguez, podemos aseverar que llamar “objeto” a este elemento es incorrecto ya que, no es éste el objeto del contrato sino la obligación de los socios. El propone llamarla “finalidad social” y ésta puede enunciarse muy concretamente o bien en forma ambigua. Además el recomienda que, para no limitar la finalidad de una sociedad

⁵⁹ *Ibíd*em p. 13

⁶⁰ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op.cit.*, p. 64.

es conveniente redactar el objeto de manera general o bien incluir en el apartado de objeto de los estatutos la expresión “además de aquellas actividades que constituyen el objeto o finalidad ⁶¹ de la sociedad, ésta podrá realizar toda clase de operaciones mercantiles, financieras o industriales que se refieren directa o indirectamente a la conservación del objeto social”.⁶² Y éste debe redactarse considerando la nacionalidad de los accionistas o sociedades que pretenden formar la nueva sociedad, atento a las restricciones contempladas en la Ley de Inversión Extranjera y leyes aplicables.⁶³

Cervantes Ahumada también se refiere al objeto como al finalidad social y así expresa:

“Las sociedades mercantiles son comerciantes especializados en una actividad determinada. Se llama objeto social a esa actividad a la que la sociedad habrá de dedicarse y ella se expresará en el instrumento constitutivo. En principio si un acto realizado no está comprendido en el objeto social, si el acto no está afectado por otras causas específicas de nulidad, el no comprenderse en el objeto lo hará ilícito, pero no nulo.” ⁶⁴

⁶¹ El objeto social es el límite del actuar de la persona moral, como viene a corroborarse en el artículo 26. del Código Civil Federal “Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución”.

⁶² *ídem*

⁶³ El artículo 6 de la Ley de Inversión extranjera enuncia las actividades que se encuentran reservadas para Sociedades Mexicanas con Cláusula de inversión extranjera, mismas que no podrán ser objeto de sociedades que incluyan como socios a personas o sociedades extranjeras, asimismo el artículo 7 del mismo dispositivo jurídico contempla aquellas actividades en las que podrán participar Sociedades con Cláusula de admisión de extranjeros hasta ciertos porcentajes. Finalmente el artículo 8 establece las actividades en las que podrán participar Sociedades con Cláusula de admisión de extranjeros previa resolución favorable de la comisión de inversión extranjera con un porcentaje mayor a cuarenta y nueve por ciento.

⁶⁴ Cervantes Ahumada, Raúl, *Mercantil*, México, Editorial Herrero, 1975, p. 44.

Sin embargo para el caso de las sociedades que realicen actos que no se encuentran contemplados en su objeto social, los apoderados que los lleven a cabo incurren en los que la doctrina denomina *actos ultra vires*.

No obstante es relevante señalar que ligado al concepto de finalidad u objeto social, la doctrina ha desarrollado la tesis de la llamada *affectio societatis*, conforme a la cual, los socios persiguen la misma finalidad que es común a ellos y que se encuentra descrita en los estatutos sociales, de modo que la unión de sus esfuerzos debe dirigirse a la consecución de tal objetivo, de cuya realización dependerán los beneficios que habrán de recibir.⁶⁵

2.3.4. DURACIÓN

La especificación de la duración, está comprendida en la Fr. IV del art. 6 de la L.G.S.M., en cuanto a su clasificación legal constituye un elemento esencial, la duración de una sociedad en la L.G.S.M. solía estar limitada a 99 años, a partir de la reforma del quince de diciembre de dos mil once, la Fr. IV del artículo 6 establece: “Su duración, misma que podrá ser indefinida”, dejando al arbitrio de los Socios la posibilidad dejar en forma indefinida dicho elemento esencial.

Los hechos que dieron vida a la reforma del dos mil once obedecen a los hechos sociales que en su momento motivaron la modificación de la Ley. Acosta Romero comenta respecto a la duración, que existió una práctica viciosa tanto de la S.R.E., como del R.P.C., sancionada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de negar la constitución por parte de la primera y el registro por parte de la segunda, tratándose

⁶⁵ Castrillón y Luna, Víctor M., *op. cit.*, p. 104.

de Sociedades que pretendan constituirse con una duración indefinida, a pesar de no transgredir expresamente ningún artículo de la L.G.S.M., ni estar definida la duración de una sociedad a noventa y nueve años.

Acosta también comenta que el hecho de fijar una duración de pocos años, lleva un riesgo en sentido de que transcurrida la duración de acuerdo con la L.G.S.M., la sociedad entra en disolución y esto puede ser grave si los administradores o administrador único, no tienen el cuidado de celebrar una asamblea extraordinaria para ampliar el término de duración fijado en el contrato.⁶⁶ Más adelante explicaremos porque la duración juega un papel muy importante las estructuras de lavado de dinero.

La importancia de fijar la duración en el instrumento público, se puede apreciar en la Fr. I del art. 229 de la L.G.S.M.: “Las Sociedades se disuelven: Fr. I. Por expiración del término fijado en el contrato social”, al cumplirse el término fijado para la duración de la sociedad automáticamente inicia el proceso de liquidación, ya que en éste caso ni siquiera es necesario convocar a asamblea, como lo señala el artículo 232, “En el caso de la fracción I del artículo 229, la disolución de la sociedad se realizará por el solo transcurso del término establecido para su duración”. Iniciándose la etapa de liquidación, lo cual conlleva a una serie de obligaciones por parte de los liquidadores como el pagar todas las deudas sociales, hacer líquidos los bienes, publicar balances etc., hasta llegar a la cancelación o bien la modificación de ésta cláusula esencial en asamblea general extraordinaria. Dando la posibilidad la propia norma que cualquier socio o tercero demande en vía sumaria (ordinaria) la disolución de la Sociedad a fin de proceda a ordenar la inscripción de la disolución en el R.P.C.

⁶⁶Acosta Romero, M., *et. al., op. cit.*, p. 374.

2.3.5 EL DOMICILIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

El domicilio social⁶⁷ es el es lugar en el que la sociedad tiene establecido su centro de operaciones. La determinación del domicilio es un requisito esencial por Ley, de carácter personal conforme la clasificación de Rodríguez Rodríguez, quien describe las razones de la siguiente manera:

“El domicilio se refiere al lugar geográfico en que se supone, la persona reside, para efectos legales. La base de la división territorial mexicana es el Estado; pero para efectos de la fijación de un domicilio no bastaría la simple indicación del Estado en que aquél se encuentra. La fijación de domicilio tiene gran trascendencia, ya que determina la competencia de los tribunales y vincula a la sociedad a las normas fiscales del lugar ...”. Indica también que el domicilio social tiene eficacia para efectos de:

- “Lugar de inscripción en el Registro Público de Comercio del instrumento constitutivo (instrumento público) y de los demás documentos sujetos a inscripción provenientes de la sociedad.
- Para la publicación de convocatoria a una asamblea General ordinaria o extraordinaria (y asambleas especiales).⁶⁸

⁶⁷ La L.G.S.M., no define lo que es el domicilio social, acudiendo a la supletoriedad del Código Civil Federal, en su art. 33 “Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración”.

⁶⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op.cit.*, p. 60

En relación al domicilio social, es importante mencionar que si bien por supletoriedad al no definir la L.G.S.M. lo que entenderemos por domicilio nos remite al Código Civil Federal, el domicilio social establecido en el artículo 33 del dispositivo jurídico en cita, es distinto al domicilio fiscal de la sociedad definido en la Fr. II del artículo 10 del Código Fiscal de la Federación ⁶⁹, pudiendo la autoridad fiscal requerir el cumplimiento de sus obligaciones en donde se encuentre la administración principal del negocio, por lo cual no incurre en responsabilidad alguna la sociedad que establezca como domicilio social alguno distinto al fiscal, toda vez que la autoridad puede ejecutar actos de fiscalización en cualquiera de ellos.

En relación a lo mencionado Joaquín Garrigues establece lo siguiente: “La ley cierra el paso a toda combinación o maniobra fraudulenta en la elección del domicilio, fijando las condiciones para que un determinado lugar geográfico tenga el concepto legal de domicilio de una sociedad; hallarse establecida la representación legal, ejercer actividades propias de su objeto, etc., pero agrega que ha de ser único, aunque puede tener varias sucursales de donde se infiere que todo establecimiento que los estatutos designen además del domicilio social, tendrá el concepto jurídico de sucursal”.⁷⁰

A través del capítulo segundo se determinaron los elementos constitutivos esenciales de una S.A., y la importancia que tienen al

⁶⁹ Código Fiscal de la Federación, art. 10.- Se considera domicilio fiscal: Fr. II. En el caso de personas morales: a) Cuando sean residentes en el país, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio. b) Si se trata de establecimientos de personas morales residentes en el extranjero, dicho establecimiento; en el caso de varios establecimientos, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio en el país, o en su defecto el que designen. Cuando los contribuyentes no hayan designado un domicilio fiscal estando obligados a ello, o hubieran designado como domicilio fiscal un lugar distinto al que les corresponda de acuerdo con lo dispuesto en este mismo precepto o cuando hayan manifestado un domicilio ficticio, las autoridades fiscales podrán practicar diligencias en cualquier lugar en el que realicen sus actividades o en el lugar que conforme a este artículo se considere su domicilio, indistintamente.

⁷⁰ Garrigues, Joaquín(*sic*), *cit. pos.* Castrillón Luna, Víctor, *Tratado de Derecho Mercantil*, 2da ed., Ed. Porrúa, México, 2011. p.185.

considerarse esenciales en la vida de la nueva sociedad, en algunos casos se destacaron las inconsistencias de la Ley respecto del tema que nos ocupa, mismas que serán materia de recomendaciones del presente trabajo de investigación.

Las fracciones correspondientes al capital social y la aportación de cada socio, del art. 6 de la L.G.S.M. serán materia de nuestro siguiente capítulo por constituir el tema central de ésta investigación y el planteamiento de cómo es que a través de dichos capitales puede darse la simulación y el blanqueamiento de activos.

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DEL CAPITAL SOCIAL

Una vez expuestas y determinadas las generalidades que debe contener el acta constitutiva de una S.A., pasaré al estudio del capital, primero distinguiéndolo conceptualmente del patrimonio social y la aportación social, estableciendo algunas definiciones doctrinarias y financieras de las diferentes formas en que se encuentra concebido el capital social de la S.A.. Finalmente consideraré los requisitos de la constitutiva de una sociedad anónima enfocados al capital social, identificando el problema de la simulación para efectuar una comparación normativa con la legislación Española en relación al sistema verificativo de la aportación.

3. DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE PATRIMONIO, CAPITAL SOCIAL Y APORTACIÓN.

Los conceptos de patrimonio, capital social y aportación se vinculan tanto que han sido confundidos y mal entendidos como la misma cosa. Por ello, es importante observar y comparar las distinciones conceptuales dadas por los clásicos doctrinarios, sobre los mismos.

PATRIMONIO

Iniciaremos el análisis conceptual considerando el concepto de patrimonio, al cual en la doctrina se hace mención en diversas formas:

Garrigues define al patrimonio “como el conjunto de bienes de la sociedad en un momento determinado. Su cuantía está sometida a las mismas oscilaciones que el patrimonio de una persona individual: aumenta si la industria es próspera, disminuye en caso contrario. En el primer caso el patrimonio activo (dinero, valores económicos de toda clase, etc.), será superior al pasivo (deudas). En el segundo caso ocurrirá lo contrario.”⁷¹

Por tanto, el capital social al estar soportado por la suma del valor nominal de las acciones como parte integrante del patrimonio, es protegido por un gran número de disposiciones legales con objeto de asegurar su conservación; Frisch explica que “dentro del patrimonio social podemos distinguir dos esferas, de las cuales una coincide con un monto de capital social que sirve por lo tanto como medidor y otra que excede este margen. Las Leyes sobre sociedad anónima suponen que la primera sea el mínimo del patrimonio social en el momento del pago total de las acciones suscritas. De esto resulta, que todas las otras prestaciones de los accionistas o terceros no pueden ser atribuidas a la esfera mencionada sino a la segunda”.⁷²

El patrimonio es, una forma de garantía de que existe un capital frente a los acreedores sociales, sin embargo, la legislación dedicada a regular la estabilidad de éste no es clara y precisa, dándose así el problema de la simulación del capital, como podremos observar en el desarrollo de este capítulo.

⁷¹ Garrigues, Joaquín, *Derecho Mercantil*, 8a ed., Porrúa, México, 1987, p. 437.

⁷² Frisch Walter, Philipp, *op. cit.*, p. 104.

Mantilla Molina define al patrimonio social como “el conjunto de bienes y derechos de la sociedad, con deducción de sus obligaciones, se forma inicialmente, con el conjunto de aportaciones de los socios. Aunque el socio no entregue de momento el objeto de su aportación, la obligación que se contrae es un elemento del patrimonio social; v. gr.: si un socio se obliga a entregar diez mil pesos, el crédito a su cargo entra a formar parte del patrimonio de la sociedad, aunque no haya sido desembolsado el dinero; y el patrimonio social no altera su valor, sino simplemente cambian sus componentes, cuando un socio, en una o varias partidas, hace ingresar en el tesoro de la sociedad la suma pactada.”⁷³

Es pertinente comentar lo que Mantilla Molina afirma, respecto a que no debe confundirse el patrimonio social con el capital social, aunque originalmente coincidan. El capital social es la cifra en que se estima el número de obligaciones de dar de los socios, señala el nivel mínimo que debe alcanzar el patrimonio social para que los socios puedan disfrutar de las ganancias de la sociedad. Por lo tanto, permanece invariable, mientras no cambie el número de socios, o no se altere el monto de obligaciones a cargo de ellos. Por el contrario, el patrimonio social está continuamente cambiando, sujeto a todas las vicisitudes de la sociedad, aumenta cuando sus negocios son prósperos y se menoscaba en caso contrario, sobre él repercuten todas las operaciones de la sociedad. El capital social es un número que tiene un significado jurídico y contable, pero que no tiene un correlato económico: pueden haberse perdido casi todos los bienes de la sociedad, y sin embargo, el capital permanece

⁷³ Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, 29a ed., México, Porrúa, 1993, p. 212.

invariablemente, para decirnos a cuánto ascendieron las aportaciones de los socios.⁷⁴

Garrigues por su parte, respecto de la estrecha vinculación de ambos conceptos define al capital social como “una cifra permanente de contabilidad, que no necesita corresponder al equivalente del patrimonio efectivo. Indica esa cifra el patrimonio que debe existir, no el que efectivamente existe”.⁷⁵

Finalmente, desde el punto de vista estrictamente financiero es pertinente hacer mención de la definición establecida por la NIF-C11; en su capítulo “Elementos básicos de los estados financieros”, menciona que el capital contable, también denominado patrimonio; “Es el valor residual de los activos de la entidad, una vez deducidos todos sus pasivos”. Desde el punto de vista legal, el capital contable representa para los propietarios de una entidad lucrativa su derecho sobre los activos netos, mismo que se ejerce mediante su reembolso o el decreto de dividendos.

El concepto de capital contable es utilizado para las entidades lucrativas, y el de patrimonio contable, para las entidades con propósitos no lucrativos.”

⁷⁶

Es así como ampliamente desde la doctrina y desde el punto de vista financiero se distingue el concepto de patrimonio, aunque en algunos casos puede ser confusa la forma en que se representa.

CAPITAL SOCIAL

⁷⁴ Lamana, Luis, *el folleto Cifra formal, legislación sobre aumentos y sentido funcional del capital de las sociedades anónimas*, Madrid, 1943, *cit. pos.*, Mantilla Molina, Roberto, *op. cit.*, p. 212.

⁷⁵ Garrigues, Joaquín, *op. cit.*, p. 437.

⁷⁶ *Norma de Información Financiera C-11*, Consejo Mexicano de Normas de Información Financiera, Octubre 2012.

Retomando las opiniones de Frisch, nos comenta que... “Desde el punto de vista matemático el capital social es el total de los valores nominales de las acciones suscritas de una Sociedad Anónima”.⁷⁷

Es importante hacer mención de la forma en que otras legislaciones protegen el capital social como bien lo escribe Jiménez Sánchez refiriéndose al Derecho Español...“Debió ser objeto de consideración de declaración judicial de nulidad el no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto”.⁷⁸

De la misma forma la Norma de Información Financiera C-11, establece “El capital social representa la suma del valor nominal de las acciones suscritas y pagadas; el importe recibido por la entidad forma parte del capital social aún y cuando las acciones no tengan valor nominal”.⁷⁹

Hoy día encontramos que el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital para España, en vigor desde el año 2010 establece como causales de nulidad:

Artículo 56. “Causas de nulidad.

1. Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas:

- ... f) Por no expresarse en los estatutos la cifra del capital social.
- g) Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, en las sociedades de responsabilidad limitada; y por no haberse

⁷⁷ Frisch Walter, Philipp, *op. cit.*, p. 102.

⁷⁸ Jiménez Sánchez, Guillermo J., *Derecho mercantil*, 11a ed., España, Ed. Ariel, 2007, p. 263. Directiva (68/1151/CEE) causas interpretadas restrictivamente.

⁷⁹ *Ibidem* p. 37

realizado el desembolso mínimo exigido por la ley, en las sociedades anónimas”.⁸⁰

En éste sentido es tal la importancia que le da al establecimiento y desembolso del capital social, que puede ser una causa de nulidad la no haberse establecido en su oportunidad el capital y efectuado los desembolsos correspondientes.

En suma, el capital es teórico y abstracto, mientras que el patrimonio es real y efectivo; el primero se forma por un conjunto de bienes que tiene cierta y relativa homogeneidad, pues los aportes atienden a su finalidad; mientras que los bienes del patrimonio pueden ser disímiles y heterogéneos sin necesidad de semejanzas entre ellos.⁸¹

APORTACIÓN

Finalmente se analiza el concepto de “aportación”, diferenciándolo de los conceptos que anteriormente se describen.

El capital social, es el que se conforma por “aportaciones de los socios”, consistentes en cantidades de dinero u otros bienes que el socio se encuentra obligado a poner a disposición de la sociedad a que pertenece.

Según Rodríguez Rodríguez,” la aportación es un requisito real que se encuentra regulado en la fracción VI del artículo 6 de la Ley General de Sociedades

⁸⁰ Ley de Sociedades de Capital, Madrid 2 de julio 2010, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-10544-consolidado.pdf> consultado 08/04/2016.

⁸¹Gagliardo, Mariano, “El aporte en la S.A.”, en revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t.50, Marval & O’Farrell, Agosto 1990, no. 2, Buenos Aires, Argentina, p. 51.

Mercantiles se refiere a la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes, al valor atribuido a éstos y al criterio seguido para su valoración.”⁸²

La palabra aportación proviene del término latín *apportare*, que significa “llevar” y que a su vez compone el prefijo *ad* y el término *portate* (llevar).⁸³ Retomando un concepto tradicional de la aportación se define como “la prestación que efectúa el socio como medio para la conservación del fin común que la sociedad persigue a través del ejercicio de la actividad propia del objeto”.⁸⁴

El concepto de capital social está vinculado estrechamente al de aportación, porque el capital social se constituye precisamente de las aportaciones de los socios. La palabra aportación equivale a toda prestación, y por lo tanto a cualquier cosa que tenga un valor en uso o en cambio, a cualquier derecho, ya sea de propiedad, de uso, etc.⁸⁵ Pueden ser objeto de aportación cualesquier prestaciones de los socios susceptibles de valuación económica.

El efecto de la aportación estriba en la obligación que asumen los socios entre sí, al constituir la sociedad o con ésta si ya está constituida de dar (algún bien o derecho), o de hacer (prestar un servicio) para la realización de un fin que sea común a todos ellos.

⁸² Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op.cit.*, p. 64.

⁸³ Cabrera Beck, Carlos Germán, “Ensayo Corregido sobre las aportaciones no dinerarias a la S.A.”, en revista *Luristantum*, Otoño-Invierno, 1996, No. 7, México, Universidad Anáhuac, p. 7.

⁸⁴ Osborne, Ignacio, *Las aportaciones sociales en las sociedades mercantiles*, t. I, civitas y Facultad de Derecho de Albacek, Madrid, 1991, P. 742, *cit. pos.*, *Ibidem*, p. 9.

⁸⁵ Vivante, César, *cit. pos.* Pina Vara, Rafael, *Derecho Mercantil mexicano*, 27a ed., Porrúa, México, 2000, p. 103.

Garrigues, “afirma que esta obligación es la aportación de cada socio, que, en consecuencia, es el medio o instrumento para la consecución de la finalidad de la sociedad”.⁸⁶

Las aportaciones de los socios, no constituyen contratos específicos que se celebren entre la sociedad y cada uno de los socios. La aportación en tanto, tiene dos consecuencias inmediatas entre el socio y la sociedad, la primera es la obligación del socio, de transmitir un bien o derecho, sin que propiamente exista una contraprestación a favor del socio, sino sólo una participación en las utilidades que la sociedad obtenga; y la segunda adquirir en forma inmediata la calidad de socio con todos los derechos patrimoniales y corporativos que corresponden a los socios, pero ni dicho status, ni tales derechos constituyen una relación obligacional, que pudiera representar la contraprestación a cargo de la sociedad.⁸⁷

La Ley reconoce varias clases de aportaciones, según el contenido de la obligación que suma el socio, existen las aportaciones en dinero (en numerario), de bienes de otra naturaleza (en especie, o sea de bienes o capitales), de trabajo (aportaciones de industria)⁸⁸, de créditos y títulos de crédito. Para la transmisión del crédito o del título de crédito el art. 12 de la L.G.S.M., establece que quien aporta un crédito responde por su existencia y legitimación, a pesar de pacto en contrario. Asimismo, el artículo 13 de la L.G.S.M. establece en relación a la aportación: “El nuevo socio de una sociedad ya constituida responde de todas las obligaciones sociales contraídas antes de su admisión, aun cuando se modifique la razón social o la denominación. El pacto en contrario no producirá efecto en perjuicio de terceros.”

⁸⁶ Garrigues, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1947, t. I, p. 974, *cit. pos.* Barrera Graf, Jorge, *Las sociedades...*, *op. cit.*, p. 45.

⁸⁷ Barrera Graf, Jorge, *Legislación...*, *op. cit.*, p. 46.

⁸⁸ Las aportaciones de industria en una S.A., no pueden existir por la exigencia del legislador de un capital fundacional. *Vid., supra* p. 46.

En todo caso el valor de las aportaciones de bienes que sean distintos a numerario, ha de expresarse necesariamente en dinero, señalándose el criterio seguido para su valoración conforme la Fr. VI del art. 6 de la L.G.S.M. Las aportaciones según el art. 11 se entenderán siempre, traslativas de dominio, salvo pacto en contrario y el riesgo de la cosa no será a cargo de la sociedad, sino hasta que se le haga la entrega correspondiente.⁸⁹

3.1. DEFINICIONES DOCTRINARIAS

Se han dado en la doctrina múltiples definiciones de lo que es el capital social, sin embargo, encontramos que erradamente en algunos casos se utilizan indistintamente los conceptos de patrimonio, aportación y capital social, los cuales ya hemos diferenciado, y sabemos, no deberían estar dentro de las mismas definiciones o adjudicárseles el mismo valor a cada una de ellas.

Rafael Pina Vara, explica que las sociedades mercantiles son personas morales y tienen un patrimonio propio constituido por el conjunto de sus bienes y derechos. Este patrimonio social se integra inicialmente con las aportaciones de los socios, y después sufre las variaciones que la marcha de los negocios de la sociedad le imprime, y la define de la siguiente forma: “El capital social es el monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad mercantil y expresado en moneda del curso legal, como valor de las aportaciones realizadas por los socios.”⁹⁰

⁹⁰ Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 13a ed., México, Porrúa, 2003, p. 158.

Estamos de acuerdo con la breve, pero precisa definición de Pina Vara, sin embargo, considero que no es completa, debido a que menciona “las aportaciones realizadas por los socios”, sin tomar en cuenta la clase de bien aportado. Acosta Romero, a éste respecto establece: “Entenderemos por capital social la cantidad que en dinero o especie que aportan los socios de una sociedad anónima al constituir una sociedad para suscribir acciones a la misma”.⁹¹

Finalmente, la definición de Mantilla Molina más adecuada en mi opinión, establece:

“El capital social, es la cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios, y señala el nivel mínimo que debe alcanzar el patrimonio social para que los socios pueden (*sic*) disfrutar de las ganancias de la sociedad”⁹²

Mantilla Molina, distingue bien los elementos que conforman al concepto de capital social, y se refiere adecuadamente a que la tangibilidad de un capital social estriba en el patrimonio social, condicionando las ganancias de los socios a que el patrimonio consista en el nivel mínimo fijado por el capital.

La legislación Española, define a la S.A., de una manera muy similar a la L.G.S.M, en el art. 1 punto 3 del texto refundido de la Ley de las Sociedades de Capital “En la sociedad anónima el capital, que está dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales”.

⁹¹ Acosta Romero, M., *et. al., op. cit.*, p. 237.

⁹² Mantilla Molina, Roberto, *op. cit.*, p. 204.

Este artículo hace referencia al régimen de responsabilidad de la S.A. y fija los rasgos característicos de la S.A., primero, la existencia de un capital dividido en acciones e integrado por las aportaciones de los socios, y el segundo, la no responsabilidad de éstos por las deudas de la sociedad. La anónima, es el prototipo de sociedad capitalista, en ella al principio no cuenta la persona del socio sino la aportación.⁹³

Por otro lado, es muy claro y determinante el texto al afirmar la no responsabilidad de los socios por las deudas sociales, esto reafirma el punto de la responsabilidad limitada, aunque la expresión no es precisa, es mejor hablar del límite del riesgo, en medida que el socio sólo arriesga lo que aporta o se obliga a aportar. Esto limita al tercero a acudir a la vía subrogatoria, para exigir al socio el pago de los dividendos pasivos⁹⁴, y no a través de una acción directa.⁹⁵

Jiménez Sánchez comenta sobre el capital en la legislación española, que el concepto jurídico de capital social para la S.A. hace que ésta se haya definido metafóricamente como un “capital con personalidad jurídica”.⁹⁶ La cifra numérica de dinero en que el capital consiste, que tiene que constar en los estatutos de la sociedad, junto a su relevancia económica y contable, cumple con una función rigurosa encomendada al legislador, de garantía frente a terceros en cuanto sirve como punto de referencia para exigir la efectiva aportación patrimonial a la sociedad y debida retención del patrimonio existente.⁹⁷

La Ley mexicana define a la S.A. considerando los mismos elementos que la S.A. española como podemos observar en el art. 87”

⁹³ Jiménez Sánchez, Guillermo J., *op. cit.*, p. 239.

⁹⁴ *Dividendo pasivo: es la cuota a deducir de la parte del capital que representa cada acción destinada a construir un fondo con el cuál cubra las necesidades u obligaciones de la empresa.* Pina Vara, Rafael, *Derecho...*, *op. cit.* p. 253.

⁹⁵ *Ibidem* p. 242.

⁹⁶ *Vid., supra*, p. 57.

⁹⁷ *Ibidem* p. 240.

Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones”.

Siguiendo con los términos jurídicos que utiliza Guillermo Jiménez, la no responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad, se plasma en el art. 24 de nuestro ordenamiento que a letra dice: “La sentencia que se pronuncie contra la sociedad condenándola al cumplimiento de obligaciones respecto de tercero, tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios, cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad. En este caso la sentencia se ejecutará primero en los bienes de la sociedad y sólo a falta o insuficiencia de éstos, en los bienes de los socios demandados.

Cuando la obligación de los socios se limite al pago de sus aportaciones, la ejecución de la sentencia se reducirá al monto insoluto exigible”.

De lo anterior podemos concluir que, en materia mercantil, tanto en México como en España la responsabilidad de los accionistas en un S.A. está limitada al monto de sus aportaciones, con las excepciones que demás ordenamientos jurídicos establecen.

3.2. ACEPCIONES DEL CAPITAL

El capital social se puede ver desde diferentes puntos de vista entre los que destacan el capital suscrito, capital pagado, capital mínimo legal, capital fijo, capital variable, capital fundacional, de los cuales hablaremos brevemente.

3.2.1. CAPITAL PAGADO Y SUSCRITO

Vivante se refiere al capital pagado como un patrimonio o capital efectivo, y al suscrito como capital nominal, establece que lo suscrito es la medida de lo que debe ser pagado, en función de lo suscrito y pagado, él da un ejemplo muy sencillo de entenderlo, ya que el capital pagado es el recipiente que mide la cantidad de patrimonio de una sociedad.

“Dejo escrito para siempre que en antítesis con el patrimonio o capital efectivo, esencialmente mudable, está el capital nominal de la sociedad, fijado de manera estable por una cifra en el contrato que tiene una función contable y jurídica, una existencia de derecho y no de hecho. Este capital nominal y abstracto, primera partida, pasivo a figurar en el balance social, realiza frente al patrimonio o capital real la función de un recipiente destinado a medir el grano, que unas veces colma la medida y otras no llega a llenarlo, pero en todo caso debe- constituir la sociedad anónima- coincidir su cuantía con los bienes aportados o prometidos a ella (patrimonio)”.⁹⁸

Podemos distinguir entonces, lo que en el derecho mexicano se denomina “capital suscrito” y “capital pagado”: el primero suscrito es aquel que se obligan los socios a pagar, pero no exhiben de inmediato en el momento de la constitución de la sociedad, y el capital pagado, es

⁹⁸ Vivante, *cit. pos.*, Garrido Palma, Víctor Manuel, *Estudios sobre la S.A.*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, p. 23.

del suscrito, el que han desembolsado los socios en dinero o especie al momento de iniciar operaciones la sociedad.⁹⁹

El capital contribuido

Por su parte las Normas de información financiera establecen una acepción de capital contribuido, el cual es:

42.1.3 “El capital contribuido lo integran las aportaciones de los propietarios recibidas por la entidad y el monto de otros instrumentos financieros emitidos por la entidad que califican como capital. En el capital social se incluyen las aportaciones para futuros aumentos de capital, las primas en emisión de acciones y otros instrumentos financieros que por sustancia económica califican como capital.

42.1.2 El capital contribuido se reconoce por el monto aportado a la entidad. Éste no debe modificarse por cambios en el valor razonable de los instrumentos financieros que representan el capital contribuido.”

Por lo que a la legislación española respecta, al capital suscrito, al capital pagado y a las reservas del capital, estas deben tener una correspondencia real o efectiva con la acción título de crédito como lo encontramos dispuesto en el art. 79 del texto Refundido de la L.S.C. : “Las acciones en que se divida el capital de la sociedad anónima deberán estar íntegramente suscritas por los socios, y desembolsado, al menos, en una cuarta parte el valor nominal de cada una de ellas en el

⁹⁹ Acosta Romero, M., *et. al., op. cit.*, p. 244.

momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social”...¹⁰⁰

En relación al capital suscrito y no pagado, como antes lo mencionamos la Fr.II del artículo 89 L.G.S.M. establece que para proceder a la constitución de la sociedad deberán establecerse la forma y términos en que se pagará el capital suscrito y no pagado, sin embargo no existe un término por Ley en el cual deberá de pagarse el capital suscrito, tampoco establece la Ley una consecuencia para el socio que hubiese suscrito acciones y no las pagara.

Por su parte el texto Refundido de la L.S.C., contrario a la legislación mexicana sí contempla una consecuencia a la falta de pago del capital suscrito y no pagado art 82. Establece mora del accionista:

“Se encuentra en mora el accionista una vez vencido el plazo fijado por los estatutos sociales para el pago de la porción de capital no desembolsada o el acordado o decidido por los administradores de la sociedad, conforme a lo establecido en el artículo anterior.”

Asimismo, el art.83 establece la consecuencia que tendrá la mora del accionista: “El accionista que se hallare en mora en el pago de los desembolsos pendientes no podrá ejercitar el derecho de voto. El importe de sus acciones será deducido del capital social para el cómputo del quórum.

Tampoco tendrá derecho el socio moroso a percibir dividendos ni a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles.

¹⁰⁰ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de Capital, Madrid, 2010, art. 79.

Por lo tanto, en el caso de España y México, será la S.A, quien responde de las deudas que contrae con su propio patrimonio.

3.2.2 CAPITAL FUNDACIONAL

Referente al capital fundacional, ésta acepción respondió en su momento al capital con el que la sociedad debía contar como circunstancia previa a su fundación, cuando la Ley exigía límites mínimos de capital para constituir. En éste sentido referiremos el capital fundacional como el mínimo capital que se debe haber pagado de lo suscrito al momento de su constitución.

La S.A, es una sociedad de capital, por tanto no puede fundarse si no se desembolsa aquel 20% de las acciones pagaderas en dinero, y la totalidad de las que hayan de serlos en bienes distintos en numerario, art.89 Fr. III y IV.¹⁰¹

Cabe mencionar que la legislación establece dos conceptos que son importantes de dilucidar, “suscribir y exhibir”, en palabras del Maestro Óscar Vásquez del Mercado, dice: “suscribir el capital social implica que cada socio se compromete al firmar el contrato respectivo a cumplir con todas y cada una de las obligaciones que se contraen como tal y entre las cuales está la de carácter patrimonial. Exhibir se refiere al monto que los suscriptores entregan efectivamente a la sociedad, ya sea un numerario o en bienes distintos de numerario, esto es, lo que aportan en un momento determinado, quedando, en su caso, obligados a hacer

¹⁰¹ Para la S.R.L., el art. 64 establece que debe de estar exhibido por lo menos el 50% del valor de cada parte social.

la entrega, aportación o exhibición que falta, en un aumento posterior y en los términos mismos del contrato”.¹⁰²

La razón de exigir un “capital fundacional” en la S.A, es precisamente procurar que la nueva sociedad nazca a la vida jurídica con un capital, sin embargo, dicha exigencia se torna inútil, al no hacer verificativa tal aportación.¹⁰³

La equiparación al capital fundacional, en la legislación española se encuentra en el art. 79 de la L.S.C. que establece, “Las acciones en que se divida el capital de la sociedad anónima deberán estar íntegramente suscritas por los socios, y desembolsado, al menos, en una cuarta parte el valor nominal de cada una de ellas en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social” por lo tanto, el capital fundacional es un elemento sine qua non podrá constituir sociedad alguna y será verificativa a través de un notario, sin crear oscuridad en cuanto a la situación económica de la sociedad.¹⁰⁴

Como se mencionó brevemente en el capítulo anterior la Ley exigía para la constitución de la S.A. un monto que se consideraba el mínimo legal, el texto original de la L.G.S.M. establecía que el capital social de las sociedades anónimas no sería menor a la suma de veinticinco mil pesos. Mantilla Molina hace visible una apreciación respecto de las sociedades a las que no les aplicó la reforma: “Asimismo, a las sociedades anónimas constituidas antes de la reforma del tres de junio 1992, no les es aplicable la reforma, por lo que podrán continuar, en su caso con su capital mínimo de veinticinco mil pesos, ¡equivalente a veinticinco pesos nuevos!”.¹⁰⁵

¹⁰² Vázquez del Mercado, Oscar, *Asambleas, Fusión, Liquidación y escisión de Sociedades Mercantiles*, 11 ed., Ed. Porrúa, México, 2009, pp.24 y 24.

¹⁰³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, pp.361 y 362.

¹⁰⁴ Garrigues, Joaquín, *op. cit.*, p. 439.

¹⁰⁵ Mantilla Molina, Roberto, *op. cit.*, p. 348.

Este capital se mantuvo invariablemente hasta la reforma del 11 de junio de 1992, elevándolo a la cantidad de cincuenta millones de pesos, ya que el legislador consideró que era insuficiente dicho monto. Modificándose como lo mencioné anteriormente en julio del 2006 para adecuar el capital social a la modificación que sufrió nuestro peso al perder los tres ceros con la reforma que tuvo la Ley Monetaria.¹⁰⁶

Consecutivamente por reforma de 28 de julio de 2006 la Fr. II del art. 89 de la L.G.S.M. establece: “que el capital social no sea menor de cincuenta mil pesos y que esté íntegramente suscrito y el veinte por ciento relativo a la fracción III, se mantiene vigente.”¹⁰⁷

Actualmente por reforma del 15 de diciembre de 2011 la Fr. II del art. 89 de la L.G.S.M. establece: “Que el contrato social establezca el monto mínimo del capital social y que esté íntegramente suscrito; por lo cual se elimina la exigencia del capital mínimo legal y ahora la S.A. puede constituirse con cualquier monto siempre y cuando la parte fija del capital se encuentre definida en el propio estatuto social”.

Por su parte, la L.S.C., en su art. 4.3, establece el capital mínimo legal que debe tener la S.A. al momento de su constitución: ... “El capital social de la sociedad anónima no podrá ser inferior a sesenta mil euros y se expresará precisamente en esa moneda”.

¹⁰⁶ Decreto por el que se crea una nueva unidad del Sistema Monetario de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 22 de junio de 1992, y de acuerdo al transitorio en vigor a partir del primero de enero de 1993, el noveno transitorio de este decreto establecía: “Las expresiones en moneda nacional contenidas en leyes, reglamentos, circulares u otras disposiciones, que hayan entrado en vigor con anterioridad al 1º de enero de 1993, se entenderán referidas a la unidad monetaria que se sustituye. Al computar, expresar o pagar dichas cantidades en la nueva unidad monetaria, se aplicará la equivalencia establecida en el Artículo 1º por esta razón el legislador tardó tanto en reformar la L.G.S.M.” *Vid., infra*, p. 20.

¹⁰⁷ Dicha modificación no ha sido aún considerada para el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, la cual actualmente sigue estableciendo en el art. 62 de la L.G.S.M., “El capital social nunca será inferior a tres millones de pesos”.(Actualmente tres mil pesos)

Es evidente que en la legislación española sigue siendo un requisito el capital mínimo legal lo cual no subsiste en la legislación mexicana, sino la única necesidad de determinarlo en su parte fija, siendo una causal de disolución la disminución de éste monto. Es preciso señalar que esta porción del capital caracterizado como “mínimo” es de hecho la garantía para los acreedores de que la sociedad cuenta con los recursos necesarios para hacer frente a sus compromisos, siendo que la modificación del capital mínimo tiene las formalidades necesarias para poder generar cierta certeza jurídica sobre ello, siendo que una modificación al capital variable no sigue ningún formalismo, lo cual genera incertidumbre.

Reina Antuña, establece que los principios que rigen al capital son el “principio de determinación del capital y unidad del capital social”, es el supuesto lógico de una defensa del capital. La S.A. ha de nacer con un capital determinado y único. En la S.A. el capital no es sólo funcional como en las demás sociedades, sino fundacional¹⁰⁸.

Concluye Reina Antuña con el principio de estabilidad del capital, significa que la cifra del capital no puede ser libremente alterada, ya que todo aumento de la misma significaría un engaño para los acreedores si no va acompañado del correlativo aumento de capital social, y toda disminución implica la posibilidad de reducir el patrimonio, con la consiguiente disminución de la garantía para los acreedores. Será motivo de la realización de una asamblea extraordinaria de accionistas el aumento o reducción del capital social.¹⁰⁹

¹⁰⁸ *Vid., infra*, p. 46.

¹⁰⁹ Reina Antuña, Arturo, “Capital y Patrimonio en la S.A.”. Los denominados “principios reguladores del capital social”, *Revista Iuristatum*, otoño- invierno, 1996, no. 7, México, Universidad Anahuac, p. 58.

El principio de realidad del capital social trata de conseguir que el capital social represente una cifra de valores realmente entregados a la sociedad o realmente comprometidos.¹¹⁰

3.2.3 CAPITAL FIJO Y CAPITAL VARIABLE

El principio de permanencia del capital en toda clase de sociedades mercantiles es una garantía a terceros y a los socios, en tanto impone la existencia fija de un patrimonio que garantiza el cumplimiento de las obligaciones sociales y en cuanto al aumento del mismo pueda suponer una alteración de la influencia del socio en el seno de la sociedad, y por lo tanto, de su *status quo* en la misma. Por eso es traducido en una serie de principios que consagran la rigidez formal más absoluta en las modificaciones de capital.

El segundo párrafo de la Fr. VI del art. 6 de la L.G.S.M establece “cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije”, la modalidad ¹¹¹variable del capital, es adicional a la de asentar el capital fijo de la sociedad. La ventaja de tener la modalidad de ser de capital variable es que al modificarlo no es necesario seguir con las formalidades establecidas por la Ley ya sea para su aumento o disminución, quedando totalmente cerrado con la modificación que tuvo el art. 21 del C. Com. el año pasado en la Fr. XII, en donde expresamente establece que sólo deben inscribirse en el R.P.C. los aumentos y disminuciones en el capital fijo.

¹¹⁰ Lic. Pedro A. Zorrilla, *En conferencia el notario y el Derecho de la empresa*, Revista UNAM Núm. 28, diciembre 2003, p. 182.

¹¹¹ El art. 1 de la L.G.S.M. establece en su último párrafo que las sociedades en nombre colectivo, comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, y sociedad en comandita por acciones, podrán constituirse en la modalidad de ser de Capital Variable.

Sin embargo, ésta ventaja también representa un riesgo para socios y terceros al no tener que elevarse a instrumento público e inscribirse en el Registro del Comercio ni producir efectos contra terceros, problemática en la que abundaré en el capítulo cuarto del presente trabajo de investigación.

Rodríguez Rodríguez, justifica la existencia del capital variable, estableciendo que la rigidez del capital fijo, para ser modificado ya sea aumentándolo o reduciéndolo, resulta inadecuada para cierta clase de sociedades que realizan negocios que por su propia naturaleza precisan, en momentos distintos, cantidades absolutamente desiguales de capital. Obligarlas a mantener un capital fijo equivaldría a forzarlas a tener sumas importantes de capital ocioso o a retrasar la obtención de capital nuevo, dejando tal vez perder oportunidades excepcionales, hasta cumplir los requisitos formales impuestos por la Ley para llegar al aumento o disminución de capital. Para obviar este inconveniente, se introdujeron las sociedades de capital variable en el derecho mexicano.

112

3.3. EL CAPITAL SOCIAL EN FUNCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Las sociedades de capital variable se caracterizan en que el capital social es susceptible de aumento, ya sea por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios, y de disminución por retiro parcial o total de las aportaciones, sin modificar la escritura constitutiva. Mientras que el capital fijo requiere una serie de formalidades como es la celebración de una asamblea lo que genera

¹¹² Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op.cit.*, p.419.

una modificación al acta constitutiva y posteriormente su registro ante el R.P.C.

En relación a las acciones pagadoras, doctrinariamente son descritas como aquellas cuyo importe no está totalmente cubierto por el accionista, en éstos casos la distribución de utilidades y del haber social –en caso de liquidación-, se hará en proporción al importe exhibido (pagado de las acciones).¹¹³ La L.G.S.M. se refiere a ésta clase de acciones en su artículo 117 y establece:

“La distribución de las utilidades y del capital social se hará en proporción al importe exhibido de las acciones. Los suscriptores y adquirentes de acciones pagadoras serán responsables por el importe insoluto de la acción durante cinco años, contados desde la fecha del registro de traspaso; pero no podrá reclamarse el pago al enajenante sin que antes se haga exclusión en los bienes del adquirente.”

Por su parte la Norma de Información Financiera, NIF C-11 manifiesta: en relación a las aportaciones futuras lo siguiente:

“En caso de que existan aportaciones para futuros aumentos de capital social de la entidad, éstas deben presentarse en un rubro por separado dentro del capital contribuido, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos siguientes; en caso contrario, estas aportaciones deben formar parte del pasivo:

a) debe existir un compromiso de las partes establecido mediante resolución en asamblea de socios o propietarios, de que esas

¹¹³ Pina Vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, op. cit., p. 40.

aportaciones se aplicarán para aumentos de capital social en el futuro; por lo tanto, no está prevista su devolución antes de su capitalización; y

b) se especifique un número fijo de acciones para el intercambio de las aportaciones, ya que de esa manera quien efectúa la aportación está ya expuesto a los riesgos y tiene derecho a los rendimientos de la entidad.

En caso de que existan aportaciones para futuros aumentos de capital por un acuerdo de pagos en acciones, por la compra de bienes o servicios, dicho incremento calificará como capital si el número de las acciones a entregar es fijo, a cambio de un bien o servicio predeterminado. ”

Otra forma para aumentar el Capital en su porción variable, es cuando existen operaciones entre partes relacionadas, esto es, entre una sociedad controladora y la controlada, cuando existe una deuda intercompañías y esta deuda mediante una Asamblea se decide capitalizar, esto es, reclasificar de un pasivo hacia el Capital Social.

En México, la Ley no prevé un tiempo determinado para que se liquide el pago de las llamadas “acciones pagadoras”, sin embargo, la Norma de Información Financiera resuelve dicha problemática desde el punto de vista práctico.

“Cervantes Ahumada expresa que nuestro sistema no establece ningún control efectivo sobre la existencia real del capital”¹¹⁴

En la práctica identificamos el problema de la simulación de capitales precisamente en éste supuesto, en el que dos o más personas acuden ante un fedatario público y dicen haber aportado un capital

¹¹⁴ Cervantes Ahumada, Raúl, *op. cit.*, p. 30.

social y que las aportaciones fueron entregadas a la caja social, quien supone haber recibido el importe de las mismas para destinarlo al objeto social, entendiéndose entonces que dicho importe está en la tenencia de la futura sociedad, entonces el fedatario público impedido para dar fe de la realidad de éstos hechos, da fe de lo que los futuros socios manifiestan y levanta el acta.

Hemos expuesto ya, la problemática central que enfrentamos, tema de la presente investigación en la parte de ser verificativo del capital en la constitución de sociedades, pero no es imputable este error a los fedatarios públicos quienes cumplen con la primera formalidad mencionada en el capítulo segundo¹¹⁵, toda vez que, al elevar a instrumento público el acta constitutiva de una S.A., ellos dan fe de lo que los futuros socios “dicen” haber aportado, pero por ningún motivo pueden pedir la exhibición o algún comprobante de la veracidad y factibilidad de ese capital, así lo establece la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que hemos tomado como parámetro comparativo respecto de las facultades y prohibiciones que la Ley les concede.

El art. 45 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal establece:
Queda prohibido a los notarios:

“...Fr. IX. Recibir y conservar en depósito sumas de dinero, valores o documentos que representen numerario con motivo de los actos o hechos en que intervengan, excepto en los siguientes casos; a) El dinero o cheques destinados al pago de gastos, impuestos, contribuciones o derechos causados por las actas o escrituras, o relacionados con los objetos de dichos instrumentos; b) Cheques librados a favor de acreedores en pago de adeudos garantizados con hipoteca u

¹¹⁵ *Vid., infra*, pp. 11 y s.

otros actos cuya escritura de extinción vaya a ser autorizada por ellos; c) Documentos mercantiles y numerario en los que intervengan con motivo de protestos; y d) En los demás casos en que las Leyes así lo permitan”.¹¹⁶

Misma prohibición encontramos en la Ley Federal de la Correduría Pública en su art. 20, que establece: a los corredores les estará prohibido:

“...Fr. IX.- Recibir y conservar en depósito sumas de dinero, valores o documentos que representen numerario con motivo de los actos o hechos en que intervengan como fedatarios, excepto en los siguientes casos: a) El dinero o cheques destinados al pago de impuestos o derechos causados por las actas o pólizas efectuadas ante ellos; o b) En los demás casos en que las Leyes así lo permitan. Fr. XIII. Las demás que establezcan las Leyes y reglamentos”.¹¹⁷

De los artículos mencionados, podemos apreciar que ambos prohíben expresamente a los notarios públicos y corredores públicos recibir o exigir la comprobación de dichas cantidades abriéndose así la puerta al problema central de la presente investigación, que es la simulación de capital social, desprendiéndose con esto, la necesidad de una reforma a nuestra L.G.S.M., para hacer mancuerna con la Ley Federal de la Correduría Pública y la Ley del Notariado para el Distrito Federal, permitiéndose a los fedatarios corroborar la existencia de la aportación que formará parte del capital social en la constitución de la sociedad anónima mexicana, evitando así fraudes a terceros que fincan su confianza sobre la existencia legal del capital social de las sociedades anónimas en nuestro país.

Por otro lado, en España sólo podemos identificar un tipo de fedatario público, que es el notario conforme el art. 1 de la Ley del Notariado para España 29/5/1862, quien está expresamente facultado, y obligado a cerciorarse de la viabilidad de las aportaciones sociales al momento de la constitución de la S.A., conforme a lo que ya hemos establecido en la L.S.C. y el Reglamento del Registro Mercantil, respectivamente. De este modo, el control del cumplimiento del mandato legal se refuerza con lo establecido en el art. 56 de la L.S.C. en su apartado “Causas de nulidad. 1. Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas:

a) Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.

b) Por la incapacidad de todos los socios fundadores.

c) Por no expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios.”

Parafraseando al jurista Garrido Palma, una vez inscrita en el registro mercantil, es la S.A. quien responde y queda obligada frente al tercero, pero si el valor del patrimonio social es inferior a la cifra del capital, los socios están obligados a cubrir la diferencia.¹¹⁸ Esto con el afán de brindar la protección jurídica y económica a terceros.

Carlos Germán Cabrera Beck, quien realiza un análisis sobre éstos conceptos establece que “la Ley societaria española da la impresión de ser más concreta y encontrarse mejor sistematizada, situación que se comprende por tratarse de un ordenamiento específicamente de la S.A., y de muy reciente factura.”¹¹⁹

¹¹⁸ Garrido Palma, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 68.

¹¹⁹ Cabrera Beck, Carlos Germán, *op. cit.*, p. 2.

En relación a la enorme laguna legislativa existente en México Cervantes Ahumada es severo y firme, por lo tanto propone adoptar un sistema verificativo de la aportación.

Cervantes Ahumada llama a estas “sociedades de humo”, y critica: “Esta es una de las fallas más importantes de nuestra legislación. El Proyecto para el nuevo Código de Comercio determinaba que las aportaciones en dinero se hiciesen mediante cheques certificados, de cuya existencia el notario debería dar fe correspondiente. El vicio señalado, debe ser enérgicamente corregido. Es inexplicable la sordera y la pereza de nuestro legislador mercantil...”.¹²⁰

Nos acogemos al criterio de Cervantes Ahumada y a la muy necesaria reforma de diversas disposiciones en cuanto al capital de la L.G.S.M.

La regulación del importe del capital social, se encuentra expresamente establecida en la Fr. V del art. 6 de la L.G.S.M., como un elemento esencial, de carácter real de acuerdo a la clasificación de Rodríguez, Rodríguez.

Pina Vara establece que, de no determinarse oportunamente, la sociedad no puede nacer a la vida jurídica.¹²¹

Respecto del capital social, como un elemento esencial en el acta constitutiva Raúl Cervantes Ahumada comenta: “Siendo la S. A., como

¹²⁰ Cervantes Ahumada, Raúl, *op. cit.*, p. 89.

¹²¹ Pina Vara, Rafael, *Derecho, op. cit.*, p. 143.

reiteradamente hemos indicado, la sociedad típica de capitales, el capital es uno de los elementos más importantes de su estructura.”¹²²

La determinación del importe del capital social en una S.A. debe señalarse en moneda nacional ¹²³, toda vez que la Fr. II del art. 89 de la L.G.S.M. al referirse al capital social especifica que debe ser en pesos. Respecto a este punto debemos observar lo establecido en el art. 1 de la Ley Monetaria que establece que “la unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos es el peso...” el art. 2 de la misma Ley establece cuáles son las únicas monedas que tendrán circulación en nuestro país, excluyendo la consideración de la moneda extranjera, por lo tanto, la moneda extranjera no tiene circulación en nuestro país como dinero, y de acuerdo, a lo establecido en el art. 20 de la Ley de Banco de México, la moneda extranjera será denominada “divisa”; ...“para efectos de esta Ley, el término divisas comprende: billetes y monedas metálicas extranjeras ...”.

En este orden de ideas nos enfrentamos con la omisión por parte de la L.G.S.M., sobre aportaciones en moneda extranjera, ante esta problemática debemos considerar que una aportación en moneda extranjera, es algo distinto a dinero, por tratarse de una moneda que no tiene curso legal en nuestro país, por lo tanto debe entenderse que se está haciendo una aportación, en especie teniendo que estar íntegramente pagada la acción, estando sujeta a lo establecido en el art. 141 de la L.G.S.M. que establece que las acciones pagadas en forma distinta a dinero deben estar depositadas dos años en la sociedad, sin embargo, no termina ahí el problema, toda vez que éste artículo no establece claramente cuál es el momento de la valoración del bien aportado.

¹²² Cervantes Ahumada, Raúl, *op. cit.*, p. 89.

¹²³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op.cit.*, p. 63.

“art. 141.- Las acciones pagadas en todo o en parte mediante aportaciones en especie, deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años. Si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas”.

Es imprecisa la L.G.S.M., ya que en el caso, si el valor del bien aportado llegara a disminuir en el plazo de dos años en que permanece depositado en la sociedad, y apareciere que el valor del bien aportado (la divisa) es menor en un veinticinco por ciento, el accionista estará obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto del cualquier acreedor sobre las acciones depositadas.

Retomando la perspectiva española, el art. 9 del texto refundido de la Ley de la Sociedades Anónimas establece algo muy parecido a la L.G.S.M. pero especificando más las precauciones sobre su suscripción. “En los estatutos sociales, que han de regir el funcionamiento de la sociedad, se hará constar: ... f) *el capital social, expresando, en su caso la parte de su valor no desembolsado, así como la forma y plazo máximo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos.*”

Respecto a esto Jiménez Sánchez considera que, “los estatutos pueden fijar plazos concretos o limitarse a expresar el plazo máximo, en éste caso la Ley recomienda la concreción a los administradores, asimismo la Ley pide que se exprese en la escritura si los futuros desembolsos se efectuarán en metálico o en aportaciones no dinerarias, determinando en éste último caso, su naturaleza, valor, contenido, forma

y procedimiento de efectuarlas, así como el plazo que no podrá exceder de cinco años”.¹²⁴

En éste supuesto, la L.G.S.M. no exige un plazo, que obligue a los socios el pago del saldo insoluto de las acciones suscritas, lo único posible es exigir el pago mediante lo establecido en el art. 91 de la L.G.S.M. que exige, conste en el acta constitutiva “la forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones”, y de haberse pactado tal forma, el art. 118 de la L.G.S.M. establece que “cuando constare en las acciones o en el estatuto, el plazo en que deban pagarse las exhibiciones, transcurrido dicho plazo, la sociedad procederá a exigir judicialmente en la exhibición , o bien la venta de las acciones”.

Por su parte la Legislación Española refiere dentro de la L.S.C. en relación a los futuros desembolsos en su art. 82 sec. 2nda:

”1. En las sociedades anónimas, el accionista deberá aportar a la sociedad la porción de capital que hubiera quedado pendiente de desembolso en la forma y dentro del plazo previsto por los estatutos sociales.”

En México ésta obligación la encontramos en los administradores que también son responsables de la realidad de las aportaciones hechas por los socios, art. 158 Fr. I. de la L.G.S.M. “Los administradores son solidariamente responsables para con la sociedad: I.- De la realidad de las aportaciones hechas por los socios...”

En España encontramos que la realidad de las aportaciones debe certificarse por notario autorizado y éste tendrá la vigencia de un año.

El art. 62 de L.S C. establece:

“Acreditación de la realidad de las aportaciones.

¹²⁴ Jiménez Sánchez, Guillermo J., *op. cit.*, p. 258.

1. Ante el notario autorizante de la escritura de constitución o de ejecución de aumento del capital social o, en el caso de las sociedades anónimas, de aquellas escrituras en las que consten los sucesivos desembolsos, deberá acreditarse la realidad de las aportaciones dinerarias mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en entidad de crédito, que el notario incorporará a la escritura, o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella.
2. La vigencia de la certificación será de dos meses a contar de su fecha.
3. En tanto no transcurra el periodo de vigencia de la certificación, la cancelación del depósito por quien lo hubiera constituido exigirá la previa devolución de la certificación a la entidad de crédito emisora.”

Así mismo, el Reglamento de Registro Mercantil del Real Decreto 1784/1996 para el Reino de España, establece respecto de las aportaciones dinerarias en su art. 132:

“Cuando la aportación fuese dineraria, en la escritura de constitución y de aumento del capital, así como en las escrituras en las que consten los sucesivos desembolsos, el Notario dará fe de que se le ha exhibido y entregado la certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, certificación que el Notario incorporará a la escritura. A estos efectos, la fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura de constitución o a la del acuerdo de aumento de capital”.

No será necesaria la indicación de las circunstancias anteriores en el caso de que se haya entregado el dinero al Notario autorizante para que éste constituya el depósito a nombre de la sociedad. La solicitud de constitución del depósito se consignará en la escritura. En el plazo de cinco días hábiles, el Notario constituirá el depósito en una entidad de crédito, haciéndolo constar así en la escritura matriz por medio de diligencia separada”.

Este precepto normativo hace visible un sistema de verificación del aporte en la legislación española evita, se simule con “supuestas aportaciones” entre socios, sin existir entonces un patrimonio real que cubra la cifra que se ha establecido como capital social en el estatuto.

El aporte no dinerario también cuenta con un sistema verificativo, muy factible que evita la simulación de capital en el proceso constitutivo de la S.A. En cuanto a las aportaciones en especie, llamadas en la legislación española “no dinerarias” también prevé la forma de evitar la simulación en el art. 67 de la L.S.C.:

“Informe del experto: 1. En la constitución o en los aumentos de capital de las sociedades anónimas, las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine.

2. El informe contendrá la descripción de la aportación, con sus datos registrales, si existieran, y la valoración de la aportación, expresando los criterios

utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida.

3. El valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos”.

Asimismo, en relación con las aportaciones no dinerarias, el sistema al que hemos recurrido a comparar establece la siguiente formalidad, el Reglamento del Registro Mercantil para España en su art. 133, establece:

“Cuando la aportación fuese no dineraria, se describirán en la escritura los bienes o derechos objeto de la aportación, con indicación de sus datos registrales, si los tuviera, el título o concepto de la aportación, así como el valor de cada uno de ellos..., se describirán en la escritura los bienes y derechos registrables y se indicará el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación. Los restantes bienes podrán relacionarse en inventario, que se incorporará a la escritura.

El informe exigido para el caso de aportaciones no dinerarias se incorporará a la escritura de constitución de la sociedad o a la de aumento del capital social, depositándose testimonio notarial del mismo en el Registro Mercantil.

En la inscripción se hará constar el nombre del experto que lo haya elaborado, las circunstancias de su designación, la fecha de emisión del informe y si existen diferencias entre el valor atribuido por el experto a cada uno de los bienes objeto de aportación no dineraria y el que a los mismos se le atribuya en la escritura. El Registrador denegará la inscripción cuando el valor

escriturado supere el valor atribuido por el experto en más de un 20 %.”..

Conforme la clasificación de Rodríguez Rodríguez es un requisito real, considerando que el monto de la aportación, es el status del socio, o sea, los derechos y obligaciones sociedad-socio, socio-sociedad, por lo tanto es un requisito que indispensable en el instrumento constitutivo el tener que indicar, *“la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido de éstos y el criterio seguido para su valoración”*.¹²⁵

Acosta Romero, consideró que existe un claro problema con las aportaciones en numerario, a partir la intangibilidad del capital suscrito y los diversos métodos de valoración de los capitales en especie; considera muy criticable la posibilidad de hablar de capital pagado y capital suscrito, porque la única realidad verdaderamente tangible, es la existencia del capital que en efectivo o en especie pagan los socios.

“El capital suscrito de ninguna manera representa un ingreso a la sociedad, en numerario o en bienes, sino en última instancia, se reduce a un derecho de crédito quirografario en contra de los accionistas, que en el caso de no pagar sus acciones, la sociedad tendrá que demandar al socio para que pague la parte no exhibida o bien decretar la disminución del capital social a la suma que es auténticamente real, es decir, la pagada”

126

¹²⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op.cit.*, p. 64.

¹²⁶ Acosta Romero, M., *et. al.*, *op. cit.*, p. 241.

Brunetti expresa una postura sobre el capital suscrito es determinante, y propone no darle derecho al voto hasta que éste conste en el bolsillo de la sociedad, quien certeramente afirma:

“no hay más capital de la sociedad que el pagado. En consecuencia, también que únicamente se emitieran acciones representativas del capital y se suprimieran las llamadas acciones pagadoras, agrega Brunetti, que el capital suscrito sólo da lugar a problemas como el que en ciertas ocasiones se ha pretendido que las acciones del capital suscrito no pagado, otorguen el derecho a voto en asamblea de accionistas y a tentativas de fraudes.”¹²⁷

De éste concepto se desprende una clara postura, muy justa, el socio que no pague su parte del capital, no debería tener acciones pagadoras, toda vez que en este acto encontramos un tipo de simulación, que a pesar de no ser nuestro tema central, éste se vincula con las lagunas legislativas que han dejado un lugar a la fraudes y contravienen el espíritu de la L.G.S.M. que es ante todo, la protección del tercero.

A pesar de este empeño de la L.G.S.M. de que exista una correspondencia efectiva entre el capital social y el patrimonio social puede suceder que las pérdidas hagan que el valor de éste sea inferior a aquél, pero la Ley establece, precisamente en defensa de los acreedores sociales que pueden llevarse a engaño con la cifra del capital social, la obligatoriedad de disminuir ésta cifra si las perdidas alcanzan un tercio del capital social y perduran sobre un ejercicio cómo lo indica el art. 327 de la L.S.C. “Carácter obligatorio de la reducción: En

¹²⁷ Brunetti, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, trad. Felipe de Sola Cañizares, Irapuato, Gto., Orlando Cárdenas Editor, 1994, p. 237

la sociedad anónima, la reducción del capital tendrá carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto”.¹²⁸

Como se pudo observar en la presente investigación la L.G.S.M. es un conjunto de normas que en su momento respondiendo a las necesidades de regulación societaria mexicana, sin embargo, hoy día, resultan muy necesarias diversas modificaciones que he comentado y analizado.

¹²⁸ Calero Sánchez, Fernando, *op. cit.*, p. 190.

CAPÍTULO CUARTO

LA SIMULACIÓN DEL CAPITAL Y SUS EFECTOS

4.1 CONCEPTO DE SIMULACIÓN

Desde el punto de vista etimológico “simulación” viene de latín “simul y actio” y según la etimología indica el concierto ó (*sic*) la inteligencia de dos ó (*sic*) más personas de dar a cosa á (*sic*) una cosa la apariencia de otras. El objeto de la simulación es engañar; y bajo este punto de vista se halla comprendida bajo el nombre de fraude, del cual no se diferencia sino como la especie del género. Para cometer simulación es necesario el concurso de muchos contrayentes que se pongan de acuerdo para engañar á (*sic*) terceras personas ó á (*sic*) los magistrados, mientras el fraude se hace muchas veces por uno solo de los contrayentes en perjuicio del otro.

La simulación se comete de dos modos: el primero es cuando los contrayentes pactan que han de celebrar un contrato, v.gr. el de préstamo ó (*sic*) mutuo con hipoteca pero que ha de sonar y aparecer otro, V. gr. De venta. El segundo es cuando se finge un contrato que real y verdaderamente no hay porque el ánimo de los contrayentes no es celebrarlo, sino hacer de manera que por sus tinos particulares suene celebrado”.¹²⁹

Al hablar de la simulación es necesario considerar el concepto establecido por el Derecho Civil para ello el cual refiere la simulación de actos jurídicos, el artículo 2180 del Código Civil Federal establece:

¹²⁹ Estriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de la legislación y jurisprudencia*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, [citado 26-05-2016], Librería de la Rosa, París 1851, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/364/33.pdf>, p.1462

“Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas”.

Y conforme el contexto anterior el artículo 2181 del mismo ordenamiento menciona:

“La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter”.

4.2 SIMULACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS

La fracción X del artículo 387 del Código Penal Federal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude: “Al que simulare un contrato, acto o escrito judicial, con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido...¹³⁰”.

De lo anterior podemos apreciar que la legislación penal distingue dos tipos de simulación, la simulación de un contrato y la simulación de un acto o escrito judicial considerando que ambos constituyen una conducta tipificada como un delito por la Ley.

Por lo tanto, un acto simulado contiene primordialmente una intencionalidad en la manifestación o declaración de un hecho que no ha pasado o que no se ha convenido, lo cual muestra un acto con la intencionalidad primaria para llevar a los terceros a crear una “realidad” que es de hecho una falsedad.

Un contrato simulado es aquél en que los otorgantes o aparentan la creación o transferencia de derechos, fingimiento que implica la bilateralidad en la mentira, por lo que se inventan no sólo declaraciones unilaterales sino el contrato mismo.

Por lo tanto, el concepto de simulación lo encontramos claramente definido en el código Civil, antes citado, y éste acto constituye en fraude a la Ley en materia Civil, pero en el momento en el que se causa perjuicio a un tercero, este se tipifica como un delito en materia Penal.

En palabras del Jurista Zamora Pierce, “En efecto, las partes no quieren el negocio; quieren solamente hacerlo parecer, y por eso emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto jurídico, y al mismo tiempo, sirve para provocar una ilusión falaz de su existencia.”¹³¹

En el mismo sentido Francisco Ferrara manifiesta “... el fin principal que las partes se proponen al realizar un acto simulado es el de producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente del pasivo, para de este modo, frustrar la garantía de los acreedores e impedir su satisfacción”.¹³²

De esta forma, en el momento de la constitución de una sociedad Anónima, nos encontramos con la declaración expresa que indica que las personas que acuden a constituir la sociedad, manifiestan haber exhibido el capital social y que éste obra en la caja social, lo cual manifiesta un acto volitivo que busca inducir a error a los terceros, y que exhiben su lugar a dudas la intencionalidad en “mentir” sobre la exhibición del capital social. Esto sin lugar a dudas da lugar a una

¹³¹ Zamora, Pierce Jesús, *El Fraude*, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 304.

¹³² Ferrara, Francisco, *cit. pos.* Zamora, Pierce Jesús, *El Fraude*, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 306.

Sociedad “Aparente” parafraseando al maestro Manuel García Rendón “... aquellas que formal, pero no materialmente, reúnen los requisitos esenciales del negocio social; esto es, de consentimiento, aportaciones y fin social y que se exteriorizan frente a terceros dando la apariencia de ser sociedades válidamente constituidas” ¹³³; esto nos lleva a un tema de relevante importancia, al considerar si el hecho de constituir la Sociedad bajo una declaración deliberadamente divergente, genera problemas jurídicos que afecta a terceros.

4.3 SIMULACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Ya hemos tratado en el capítulo anterior lo relativo a la clasificación del Capital Social, su distinción con los conceptos de patrimonio y aportación y los tipos de capital que pueden existir en la sociedad, por ello no tocaremos temas doctrinarios al respecto en este apartado.

Retomando el tema de simulación del capital social, a saber, la L.G.S.M. establece que constitución de una sociedad mercantil se podrá hacer ante un Notario Público o ante un Corredor Público, a libre elección de los accionistas, este acto jurídico se hace constar en un instrumento público asentado por el Notario Público en su protocolo y que contiene el contrato social y, los estatutos que regirán el actuar de la Sociedad. En el caso del Corredor Público, el documento que es extendido a la sociedad se llama Póliza.

El art.64 de la L.G.S.M. establece: “Al constituirse la sociedad el capital deberá estar íntegramente suscrito y exhibido, por lo menos, el

¹³³ García, Rendón Manuel, *cit. pos.* Núñez, Camacho María de la Luz, *El fenómeno del lavado de dinero en México*, Ed. Porrúa, México 2008, p. 97.

cincuenta por ciento del valor de cada parte social”, sin embargo, en el momento de acudir ante el fedatario público ya sea este notario o un corredor, como antes lo mencioné no cuentan con las facultades legales para verificar la realidad de la exhibición de dicho capital, sólo basta con la declaración de los accionistas sobre la existencia de dicho capital y que obra en la “Caja Social”.

Considerando la ambigüedad factual de la expresión “caja social”, la cual no se refiere necesariamente a una cuenta bancaria, esto debido a que las instituciones financieras no aceptan abrir alguna cuenta bancaria a una persona moral que se encuentra en “proceso de constitución” pues es una práctica bancaria y regulada por la *Política de Identificación del cliente y del Usuario* que regula a todas las instituciones de crédito en México,¹³⁴ misma que establece que para la apertura de una cuenta bancaria es necesario exhibir entre otras cosas el Acta Constitutiva debidamente Registrada en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, lo cual es imposible puesto que estamos en un sistema legal que marca como procedimiento posterior a la firma del acta ante el Fedatario que dicha acta sea enviada al Registro Público de la Propiedad y del Comercio para su inscripción lo cual puede un tiempo indefinido.

Ahora bien, en el momento de constituir la sociedad, puede darse una simulación en el sentido de que los accionistas manifiestan primero que cuentan con el capital y que el mismo ha sido exhibido y que obra en la caja social, profundizando esto, es preciso observar que la parte donde existirá la mayor cuantía de ese capital simulado obrará en la parte Variable del Capital, esto es así por las formalidades que revisten

¹³⁴ Disposiciones de Carácter General a que se refieren los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito en relación con el 87-D de La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y 95-Bis de éste último ordenamiento, Aplicables a las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, publicado en el D.O.F. el 17 de marzo de 2011

las ampliaciones o reducciones del capital social, considerando la generalidad de las estipulaciones estatutarias de las sociedades mercantiles a saber:

1. CAPITAL FIJO. Para poder hacer una modificación del capital fijo, es necesario la celebración de una Asamblea Extraordinaria de Accionistas que aprueben dicho aumento o disminución y generará la modificación del acta constitutiva, y su registro en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio para que surta sus efectos erga omnes delo contrario, dicho aumento sería nulo.
2. CAPITAL VARIABLE. En este sentido y como comúnmente lo establecen los estatutos de la Sociedad Anónima de Capital Variable, para poder hacer una modificación del capital variable se puede hacer mediante la celebración de una Asamblea Ordinaria de Accionistas, la cual no tiene la obligación de registrarse ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, y por lo tanto es de mayor facilidad para la realización de cualquier modificación. Es en esta porción de capital donde existe un mayor peligro para los terceros y donde es más fácil observar la simulación de capital. Incluso la doctrina concuerda con que el capital variable, admite que las disminuciones, pero no los aumentos sean acordados por la Asamblea Extraordinaria, y permite que existan acciones no suscritas.¹³⁵

Por lo anterior podemos afirmar que, se transgrede el principio de estabilidad del capital en lo que respecta a la porción Variable, se pone en un estado de inequidad a los terceros, porque estos obrarán y

¹³⁵ Actualmente existe una controversia entre la práctica mercantil y la literalidad de la Ley, dado que las reformas de los últimos años, nos han dejado claro si un aumento en la parte variable del capital de una sociedad es necesariamente materia de una asamblea ordinaria o extraordinaria, y esta deba registrarse a fin de surtir efectos erga omnes.

tendrán relaciones comerciales confiando en que el capital que la sociedad dice contar es diferente al que realmente tienen.

Y como hemos visto en el acto de constitución de la Sociedad, no hay una forma ni obligación de verificar la veracidad del Capital Social.¹³⁶

4.4 EFECTOS DE LA SIMULACIÓN DE CAPITAL Y EL LAVADO DE DINERO

Los efectos de la simulación del capital tienen un impacto no sólo en los terceros y los propios socios, sino que abren la puerta a la comisión de delitos, como es el caso de la presente investigación en la cual analizamos las formas en las que se puede llegar al blanqueo de activos a través de las propias estructuras societarias contempladas en la Ley.

UN SUPUESTO...

Supongamos que se crea una empresa con un capital fijo de \$100,000.00 (cien mil pesos 00/100 MN), y un capital variable de \$10,000,000.00 (diez millones de pesos 00/100 MN), con dos socios, uno con una participación de 10 millones de acciones y otro con cien mil acciones y manifiestan que el capital está enteramente suscrito y pagado y que obra en la caja social. Esto genera primero una gran pregunta ¿Cómo se tienen diez millones de pesos en efectivo? ¿Cuál es el origen de dichos recursos?

¹³⁶ *Vid. Infra.* p.63

Sabemos que la realidad de los mismos es que tal vez ni siquiera los cien mil pesos son reales ya no hablemos de los diez millones de pesos.

Esta sociedad “aparente” empieza a tener una serie de actividades, y empieza a realizar pagos en efectivo en montos pequeños pero constantes y a diversas sociedades mercantiles por diversos servicios o trabajos requeridos, lo que para la doctrina de Prevención de Lavado de Dinero se llama “smurfing” o “pitufeo”, mismo que funciona a través del Método de estructuración:

*“Estructuración: Acto ilegal de dividir depósitos o extracciones en efectivo en sumas más pequeñas, o comprar instrumentos monetarios, para mantenerse por debajo del monto sujeto a reporte. La práctica podría involucrar la división de una suma de dinero en cantidades más pequeñas y hacer dos o más depósitos o extracciones que sumados igualan el monto original. Los lavadores de dinero usan la estructuración para evitar que la institución financiera presente un informe. La técnica es común en jurisdicciones que tienen requisitos de reporte en efectivo obligatorios”.*¹³⁷

*“Pitufeo: Un método de lavado de dinero usado comúnmente, el pitufeo supone el uso de múltiples individuos para realizar depósitos en efectivo, comprar instrumentos monetarios o giros bancarios en sumas por debajo del límite sujeto a reporte”*¹³⁸

¹³⁷ GLOSARIO DE TÉRMINOS ANTI LAVADO DE DINERO, *Guía de estudio para el examen de certificación de CAMS (Certified Anti-Money Laundering Specialist)*, [en línea], Capítulo 7, 5ª ed, [citado 26-05-2016], México, disponible en internet: <http://docplayer.es/3372678-Capitulo7-glosario-de-terminos-antilavado-de-dinero.html> p. 396.

¹³⁸ *Ídem* p.422

En el supuesto anteriormente expuesto, es visible el método utilizado en el cuál a través de estructuras legales, se puede practicar el lavado de activos.

A saber, conforme la propia doctrina regulatoria en materia de prevención de lavado de dinero, las fases del lavado de dinero son:

1) Colocación: es la disposición física del dinero en efectivo proveniente de actividades ilícitas. Durante esta fase, el lavador de dinero introduce sus fondos ilegales en algún negocio o en el sistema financiero;

2) Estratificación: es la separación de fondos ilícitos de su fuente mediante una serie de operaciones sofisticadas, cuyo fin es desdibujar la transacción original. Esta etapa supone la conversión de los fondos procedentes de actividades ilícitas a otra forma y crear esquemas de transacciones financieras para disimular el rastro documentado, la fuente y la propiedad de los fondos;

3) Integración: es dar apariencia legítima a riqueza ilícita mediante el reingreso en la economía con transacciones comerciales o personales que aparentan ser normales. En esta fase el lavado podría optar por invertir los fondos en proyectos comerciales, bienes raíces, artículos de lujo u otros; tenemos entonces que existe una gran apariencia de que lo que se está buscando a través de esta simulación del capital variable es crear un esquema corporativo aprovechando el “velo corporativo” para realizar operaciones muy pequeñas que estén debajo de los umbrales de reporte por el sistema financiero con la finalidad de integrar fondos de procedencia ilícita.¹³⁹

¹³⁹ RIESGOS Y MÉTODOS DE LAVADO DE DINERO Y FINANCIEMIENTO AL TERRORISMO, *Guía de estudio para el examen de certificación de CAMS (Certified Anti-Money Laundering Specialist)* , [en línea], Capítulo 2, 5ª ed, [citado 26-05-2016], México, disponible en internet: <http://www.acams.org/guia-de-estudio-espanol/> p.12 y s.

Para lo cual se plantea el siguiente esquema básico de lavado de dinero visible en el anexo 1.¹⁴⁰

4.4.1 EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO, LA SIMULACIÓN DEL CAPITAL Y EL LAVADO DE DINERO.

Las Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, establecen dos definiciones primordiales, a saber:

“Operación Inusual: a la Operación, actividad, conducta o comportamiento de un Cliente que no concuerde con los antecedentes o actividad conocida por la Entidad o declarada a esta, o con el perfil transaccional inicial o habitual de dicho Cliente, en función al origen o destino de los recursos, así como al monto, frecuencia, tipo o naturaleza de la Operación de que se trate sin que exista una justificación razonable para dicha Operación, actividad, conducta o comportamiento, o bien, aquella Operación, actividad, conducta o comportamiento que un Cliente o Usuario realice o pretenda realizar con la Entidad de que se trate en la que, por cualquier causa, esta considere que los recursos correspondientes pudieran ubicarse en alguno de los supuestos previstos en los artículos 139, 148 Bis o 400 Bis del Código Penal Federal.

Operación Relevante: a la Operación que se realice con los billetes y las monedas metálicas de curso legal en los Estados Unidos Mexicanos o en cualquier otro país, así como con cheques de viajero y monedas acuñadas en platino, oro y plata, por un monto igual o superior al

¹⁴⁰ Vid. Anexo 1

equivalente en moneda nacional a diez mil dólares de los Estados Unidos de América.

Para efectos del cálculo del importe de las Operaciones a su equivalente en moneda nacional, se considerará el tipo de cambio para solventar obligaciones denominadas en moneda extranjera pagaderas en la República Mexicana, que publique el Banco de México en el Diario Oficial de la Federación, el día hábil bancario inmediato anterior a la fecha en que se realice la Operación”¹⁴¹

Con ello podemos observar que la regulación prevé que se reporten como operaciones relevantes aquellas que se realicen por un monto igual o superior a diez mil dólares americanos (con la aclaración correspondiente al tipo de cambio para solventar operaciones en moneda extranjera), por ello es importante considerar lo anteriormente o mencionado sobre el llamado “murfing” o “pitufeo” donde la dispersión de los recursos será por debajo del umbral de reporte esto es de los diez mil dólares americanos. Considerando lo que se manifiesta como una operación inusual, como lo establecen las disposiciones son aquellas que no concuerda con los antecedentes o la actividad conocida por la Entidad o declarada a esta, sin embargo, las sociedades creadas con propósito de la comisión de fraudes o el lavado de dinero, su propio funcionamiento y estructura hace que sus operaciones sean usuales para su actividad.

Esto toma relevancia porque precisamente, la creación de empresas para poder realizar el lavado de dinero es una práctica común, y esto se realiza muchas veces usando la simulación de capitales para

¹⁴¹ Disposiciones de Carácter General a que se refieren los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito en relación con el 87-D de La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y 95-Bis de éste último ordenamiento, Aplicables a las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, publicado en el D.O.F. el 17 de marzo de 2011

su constitución. También esta práctica es empleada para crear empresas cuya verdadera función es la realización de fraudes, aparentando tener una solidez financiera que sólo está en una pantalla y no es real, todo ello con la finalidad de integrar los recursos de procedencia ilícita al sector formal.

Ahora bien, una práctica común para el Lavado de Dinero es el uso de empresas fantasmas, esto es, constituyen la empresa A (simulando capital) cuyos Estados Financieros muestran una capacidad económica importante, y constituyen la empresa B (simulando capital) demostrando sus Estados Financieros también una gran solidez financiera, estas empresas pueden “prestarse” ganancias provenientes de sus propias actividades ilícitas, aparentando una operación legítima; esta estructura genera que la empresa se auto pague intereses sobre el préstamo y al mismo tiempo deducirlos para efectos fiscales como un gasto indispensable para el negocio.

Los delincuentes transfieren sus ingresos en efectivo a la Empresa A, a través de una cuenta “offshore”¹⁴², la empresa A, celebra un contrato de préstamo con la Empresa B, quien pagará intereses y capital a la empresa A, quien puede o tiene cuentas en países o territorios no cooperantes o con escasa regulación de prevención de lavado de dinero, una vez estos recursos se tienen en dichas cuentas, son transferidos a una cuenta “onshore”¹⁴³ donde la Empresa A dirá que son intereses ganados en el Extranjero, por lo que si se sigue el rastro del dinero se perderá por la cantidad de movimientos en cuentas establecidas en países no cooperantes; y por último los mismos

¹⁴² Cuenta “of shore” son las inversiones que realiza una persona física o jurídica en un país distinto a su país de residencia. Las inversiones offshore son conocidas también como inversiones en paraísos fiscales o jurisdicciones extraterritoriales. Disponible <https://www.offshore.finance/> 14/05/2016

¹⁴³ *Idem*, el concepto no está oficialmente dado, sin embargo en sentido contrario al concepto de cuenta “offshore”, la cuenta “on shore” se refiere a una cuenta apertura en el país de residencia del cuentahabiente.

delincuentes obtienen préstamos completamente legales, proponiendo como garantía los depósitos de los fondos ilícitos en cuentas “offshore” gracias a una pignoración de los depósitos de cuenta, con estos créditos los delincuentes compran empresas “limpias”, bienes muebles, inmuebles, etc.

El problema estriba en que los controles del sistema bancario conforme a las operaciones inusuales y relevantes pueden ser “burladas” conforme a las prácticas que hoy en día tienen las sociedades que lavan dinero, uno de los principales retos de la Prevención de Lavado de Dinero es lo referente al llamado “smurfing” donde se emplean a diversos prestanombres o testaferros para enviarles cantidades de dinero de poca cuantía (debajo el umbral de reporte) a través de diversas instituciones financieras y por tiempo determinado para sacar los recursos en efectivo o reingresarlos al sistema, para ellos se apoyan también en sociedades mercantiles de diversos giros comerciales. Al ser operaciones de baja cuantía por debajo del umbral de reporte, la autoridad suele no “verlas” o ser omisa en cuanto al seguimiento de cada uno de dichos movimientos por la simple cuestión de que no hay forma humana para seguir cada movimiento de dinero que se da en el país.

CONCLUSIONES

Se propuso como hipótesis del presente trabajo los siguientes cuestionamientos, mismos que al ser demostrada la hipótesis de la presente investigación generaron las siguientes conclusiones:

¿La simulación de capital social y el blanqueo de activos en las sociedades anónimas tienen como consecuencia daños, perjuicios e inseguridad jurídica?

1.- Sí. La simulación del capital social es un problema generado por las lagunas legal es reflejadas en los artículos 6, 89 y 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como el artículo 20 de la Ley Federal de la Correduría Pública y el artículo 45 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y sus correlativos en las leyes que corresponden a cada entidad, no solo al momento de la constitución de la S.A., sino también a lo largo de toda su vida jurídica, misma que tiene como consecuencia daños, perjuicios e inseguridad jurídica.

¿La falta de controles en la legislación favorece la simulación de capital y el blanqueo de activos en la constitución de la Sociedad anónima?

2.- Sí. La figura del Corredor Público y del Notario Público, sin duda juegan el papel más importante en la constitución de las sociedades, por lo que la legislación que regula sus actos, debería concederles mejores controles en el momento de constituir una sociedad, así como todas las facultades y atribuciones pertinentes, a fin de asegurar a los socios, terceros o cualquier otro interesado en la nueva S.A., que han dado fe y verificado el cumplimiento cabal de la Ley.

Como variables de la hipótesis se formularon los siguientes cuestionamientos: ¿la legislación mexicana es deficiente en la regulación del manejo del capital en materia societaria?

3.- Sí. La regulación mercantil y societaria en México, han quedado rebasadas por la realidad social y económica global, por lo que es urgente una reforma jurídica integral. Sin mencionar el exceso de formalidades, umbrales de identificación y avisos a los que ahora está sujeta la fe pública en relación a Ley Federal para la Prevención de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, siguen siendo insuficientes para dar una solución al problema planteado.

4.- A partir del análisis particular de la regulación societaria, se han evidenciado algunos problemas específicos, vinculados estrechamente con la simulación de capital, tales como: La necesidad de facultar al Fedatario Público para verificar la realidad de las aportaciones, el establecimiento de un término por Ley para liquidar el saldo insoluto de las acciones suscritas y la regulación de la vía sumaria dentro de la L.G.S.M.

5.- Los elementos analizados de en la Legislación Española, aportan seguridad jurídica y económica tanto a los socios que constituyen la sociedad, como a terceros y acreedores. Dichos elementos resultan muy interesantes y podrían ser analizados por el legislador mexicano y considerarlos para ser incluidos en nuestra regulación, especialmente la facultad de certificar la veracidad de la aportación y otorgarle una vigencia.

¿La legislación en materia de prevención de lavado de dinero y las regulaciones complementarias contemplan controles para verificar la aportación de capital social y su lícita procedencia?

6.- Sí, sin embargo el sistema bancario mexicano a través de su regulación no permite realizar depósitos en una cuenta que está a nombre de una S.A., si está no se encuentra debidamente constituida e inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio según se

analizó en el capítulo IV, lo que constituye un impedimento de hecho y de derecho para que ante el Fedatario Público se pueda exhibir de manera documental a través de un estado de cuenta bancario del pago de las aportaciones de los socios.

7.- Existe una discrepancia conceptual y práctica entre la Norma de Información Financiera y la L.G.S.M. respecto a las aportaciones suscritas y no pagadas, toda vez que en la regulación Mercantil éstas se computan como parte del Capital Social, sólo por el hecho de estar suscritas, mientras que la Norma de Información Financiera establece que cuando los propietarios no exhiben totalmente el importe de las acciones suscritas, el importe no exhibido debe restarse del capital social suscrito para presentar el capital social exhibido, lo cual es una incongruencia entre las Normas de Información Financiera y la L.G.S.M., lo que genera incertidumbre.

8.- Por lo tanto, simular con capitales suscritos y no aportados en una Sociedad Anónima actualmente es posible, asimismo es posible practicar el blanqueo de activos no llegando a los umbrales establecidos por la Ley a través de los esquemas de estructuración con pitufeo o smurfing anteriormente expresados, así como a través de cuentas offshore. Esto derivado de la falta de controles en la legislación y que éstos aún estipulados en la Ley, no han sido llevados a la práctica.

Por lo tanto, tanto la hipótesis como sus variables quedaron plenamente demostradas a través de las presentes conclusiones expuestas y los razonamientos establecidos a lo largo del capitulado de la investigación.

PROPUESTAS

Considerando las anteriores conclusiones es permitente establecer las siguientes propuestas:

- a) La reforma de los artículos 6, 89 y 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como el artículo 20 de la Ley Federal de la Correduría Pública y el artículo 45 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y sus correlativos en las leyes que corresponden a cada entidad, en el sentido de establecer la obligación de hacer verificativa la aportación al momento de constituir la Sociedad, y poder hacerlo de la misma manera en el momento de establecer los aumentos y disminuciones de capital.

Para ello, considerando lo establecido en la *Política de Identificación del cliente y del Usuario* establecida en las Disposiciones de Carácter General a que se refieren los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que actualmente no es posible abrir una cuenta bancaria a nombre de una persona moral que no se encuentre legalmente constituida. Derivado de la L.F.P.I.O.R.I, las obligaciones impuestas a los Fedatarios públicos, generar una modificación legislativa que obligue a los accionistas de la Sociedad exhibir el capital social a través de diversos instrumentos bancarios que hoy existen en la legislación, como es la Carta de Crédito, Cheque Certificado, etc., con ello se busca:

- a. Tener identificado plenamente no sólo a los accionistas per se, sino también el origen de los recursos que estarán en la Sociedad.
- b. Al obligar la exhibición a través de instrumentos bancarios, existe un filtro, que es el Due Dilligence que realiza la institución financiera, así como los reportes (dependiendo

de montos y tipo de operaciones) a la UIF, lo cual genera una mayor certeza jurídica del origen y destino de los recursos, acción primordial para la prevención del lavado de dinero y de financiamiento al terrorismo, y se podría contar con un mecanismo para hacer verificativo la aportación del capital, entonces, tendríamos un doble control, para verificar dichas aportaciones.

- b) En relación al capital suscrito, se propone una reforma en los artículos 64, 89 Fr. II, 97 y 98 de la L.G.S.M. a fin de determinar un plazo obligatorio para pagar las acciones suscritas y no pagadas en la S.A. a fin de poder homogeneizar éste criterio con lo establecido en la NIF C-11 en cuanto a considerar o no aportado el capital suscrito.
- c) La reforma y estudio de equiparación de los establecimientos contenidos en el artículo 182 Fr. III de la L.G.S.M., sin embargo en la práctica las Sociedades Anónimas en sus Estatutos contemplan que el aumento del capital en su porción variable puede ser en una Asamblea Ordinaria la cual no se registraría ante el Registro Público del Comercio ni tampoco se elevaría a escritura pública, lo cual debe contemplarse en una reforma que haga obligatoria para toda Sociedad la adecuación en un tiempo perentorio de sus Estatutos con este artículo, y que en caso de no hacerlo, se podría considerar dicha estipulación como “no puesta” para obligar a las Sociedad a elevar en escritura pública sus aumentos y posterior registro, de la misma forma, el art. 17, Fr. XII, A), c) y el art. 17, Fr. XII, B), b) de la L.F.P.I.O.R.I, establece que en la prestación de los servicios de fe pública serán objeto de “Aviso” las operaciones que se realicen por un monto igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario

d) mínimo vigente en el Distrito Federal, tratándose de la modificación del aumento o disminución de capital social, dicha obligación de aviso no contempla la realidad legal de las Sociedades, puesto que como he mencionado en párrafos anteriores, la práctica común es que los aumentos de capital en su porción variable se realizan en una Asamblea Ordinaria la cual no es obligación de elevarla a escritura pública y por ende en una gran parte de las Sociedades esta obligación de aviso es letra muerta, al no elevar dicho aumento a escritura pública y estar inscrita en el Registro Público, por ello, para que esta obligación sea llevada a cabo a cabalidad es necesario hacer hincapié en la propuesta contemplada en este inciso c) para que todo aumento sea en escritura pública y registrado, contemplando para aquellas sociedades que en sus estipulaciones estatutarias contemplan lo contrario un tiempo perentorio para la reforma en los términos de la L.G.S.M., sin embargo deja abierta la posibilidad del blanqueo de activos respecto de los aumentos o disminuciones de capital que se celebren por debajo de éste umbral bajo el esquema planteado en el capítulo cuarto.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

ACOSTA ROMERO, Miguel, García Ramos, Francisco de A, García Álvarez, Paola, *Tratado de las sociedades Mercantiles con énfasis en la Sociedad Anónima*, 2a ed., Porrúa, México, 2004.

ARETAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, s/ed., Ed. Oxford University Press, México, 1998.

BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.

BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de Derecho mercantil*, Porrúa, 8a ed., México, 1989.

BRUNETTI, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, s/ed., trad. Felipe de Sola Cañizares, Orlando Cárdenas Editor, Irapuato, Gto., 1994.

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN LII legislatura, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, v. VIII, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1985.

CASTRILLÓN LUNA, Víctor Manuel, *Sociedades Mercantiles*, Porrúa, México, 2003.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho Mercantil*, Editorial Herrero, México 1975.

FRISCH WALTER, Philipp, *La Sociedad Anónima Mexicana*, 2a ed., Porrúa, México, 1982.

GARRIGUES, Joaquín, *Derecho Mercantil*, 8a ed., Porrúa, México, 1987.

GARRIDO PALMA, Víctor Manuel, *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, s/ed., Ed. Civitas, Madrid, 1991.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., *Derecho mercantil I*, 11a ed., Ed. Ariel, España, 2007.

MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho Mercantil*, 29a ed., Porrúa, México, 1993.

NÚÑEZ, CAMACHO MARÍA DE LA LUZ, *El fenómeno del lavado de dinero en México*, Ed. Porrúa, México 2008.

PINA VARA, Rafael, *Derecho mercantil mexicano*, 27a ed., Porrúa, México, 2000.

PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 13a ed., Porrúa, México, 2003.

QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Legislación Mercantil, Evolución Histórica*, Porrúa, México, 2005.

QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Instituciones de derecho Mercantil, Evolución Histórica*, Porrúa, México, 2005.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, t. I, 6a ed., Porrúa, México, 1981.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, 8a. ed., Porrúa, México, 1978.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, OSCAR, *Asambleas, Fusión, Liquidación y escisión de Sociedades Mercantiles*, 11 ed., Ed. Porrúa, México, 2009.

ZAMORA, PIERCE JESÚS, *El Fraude*, Editorial Porrúa, México, 2008.

HEMEROGRAFIA

CABRERA BECK, Carlos Germán, "Ensayo Corregido sobre las aportaciones no dinerarias a la S.A.", en revista Iuristantum, Otoño-Invierno, 1996, núm. 7, México, Universidad Anáhuac.

GAGLIARDO, Mariano, "El aporte en la S.A.", en revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t.50, Marval & O'Farrell, Agosto 1990, núm 2, Buenos Aires, Argentina.

REINA ANTUÑA, Arturo, "Capital y Patrimonio en la S.A.". Los denominados "principios reguladores del capital social", en revista *Iuristatum*, otoño- invierno, 1996, no. 7, México, Universidad Anáhuac.

ZORRILLA A., Pedro, *En Conferencia el notario y el Derecho de la empresa*,
Revista UNAM , Núm. 28, diciembre 2003, p. 182.

LEGISGRAFÍA

México, Código de Comercio, 65a ed., México, Porrúa, 1997.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917, s/ed., México, Ed. SISTA, 2009.
Código Civil Federal, México, 2016
Código Penal Federal, México, 2016
Código Civil para el Distrito Federal, México, 2016
Disposiciones de Carácter General a que se refieren los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito en relación con el 87-D de La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y 95-Bis de éste último ordenamiento, Aplicables a las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, publicado en el D.O.F. el 17 de marzo de 2011
Ley de Inversión Extranjera, 1a ed., Ediciones Delma, México 2007.
Ley del Notariado para el Distrito Federal, *C. Com.*, 65a ed., México, Porrúa, 1997.
Ley Federal de la Correduría Pública, *C. Com.*, 65a ed., México, Porrúa, 1997.
Ley del Mercado de Valores, *Agenda financiera 2010*, 24a ed., Isef, 2010.
Ley de Banco de México, *Agenda financiera 2010*, 14a ed., Isef, 2010.

España Ley de Sociedades de Capital: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Reglamento del Registro Mercantil” Volumen 25 de textos legales, s/ed., Ed. Ministerio de Justicia de España, España, 2006.

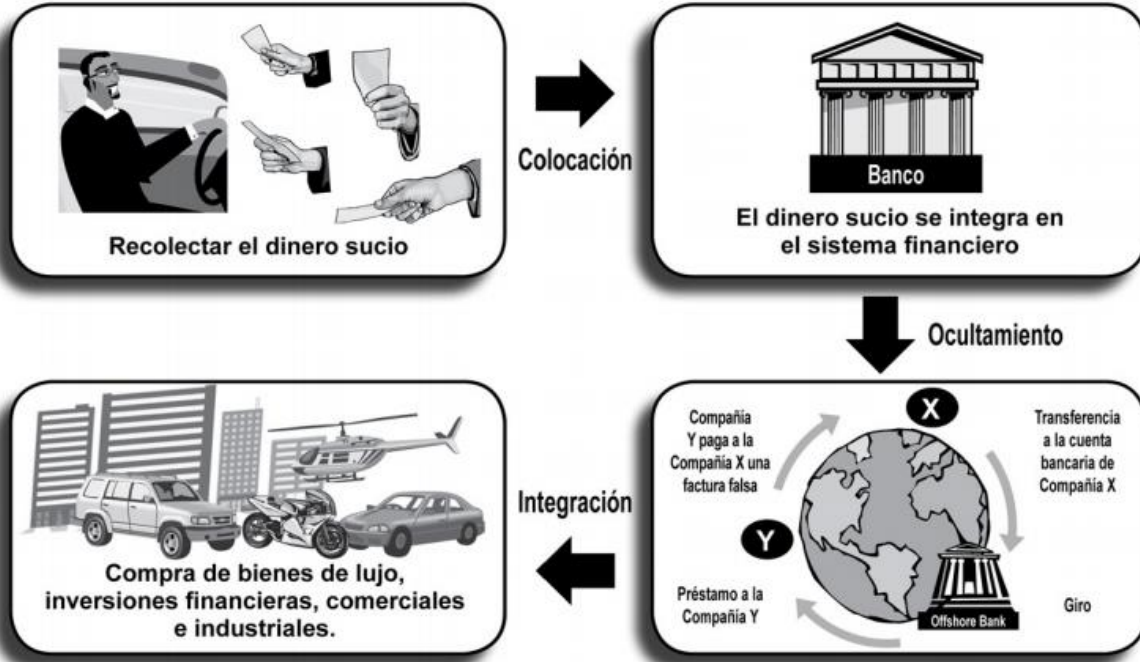
Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 para el Reino de España

CIBERGRAFÍA

- ESTRICHE, JOAQUÍN, *Diccionario Razonado de la legislación y jurisprudencia*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, [citado 26-05-2016], Librería de la Rosa, París 1851, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/364/33.pdf>
- GLOSARIO DE TÉRMINOS ANTI LAVADO DE DINERO, *Guía de estudio para el examen de certificación de CAMS*, [en línea], Capítulo 7, 5ª ed, [citado 26-05-2016], México, disponible en internet: <http://docplayer.es/3372678-Capitulo7-glosario-de-terminos-antilavado-de-dinero.html>
- RIESGOS Y MÉTODOS DE LAVADO DE DINERO Y FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO, *Guía de estudio para el examen de certificación de CAMS (Certified Anti-Money Laundering Specialist)*, [en línea], Capítulo 2, 5ª ed, [citado 26-05-2016], México, disponible en internet: <http://www.acams.org/guia-de-estudio-espanol/>
- NIF C-11 Norma de Información Financiera, Consejo Mexicano de Información Financiera A.C. (CINIF), México, 2011. http://www.cinif.org.mx/imagenes/archivos/auscultacion/NIF_C-11.pdf
- Concepto offshore, sitio internacional sobre la práctica, en línea [citado 06-06-2016], México, disponible en internet: <https://www.offshore.finance/>

ANEXO 1

Típico Esquema de Lavado de Dinero



Fuente: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito