

LIBRO II

Las personas

PARTE II

LAS SOCIEDADES MERCANTILES

CAPITULO PRIMERO

Nociones generales

§ 31.—LA PERSONALIDAD JURIDICA

Sumario.—300. Nociones generales.—301. Indicaciones históricas.—302. Las Sociedades mercantiles son *sujetos de derecho*.—303. Se rebaten las objeciones.—304. Son sujetos de derecho, con patrimonio propio.—305. La Sociedad es una persona jurídica incluso frente a los socios.—306. Consecuencias obtenidas por la jurisprudencia, de este concepto.—307. Las Sociedades tienen carácter mixto de fundaciones y Corporaciones.—308. Son instituciones de derecho privado aun cuando desempeñen servicios públicos.—309. Pueden adquirir por donación y por sucesión.

300. Las Sociedades mercantiles desempeñan hoy día las más complejas y atrevidas funciones del crédito y de la industria, y tienden con rápido e intenso movimiento a ocupar el puesto de las empresas individuales. Cumplen aquellas complejas funciones económicas con la figura de personas jurídicas y producen así la seguridad de una existencia duradera y autónoma (1).

La Sociedad tiene su base imprescindible en un contrato, pero este contrato posee la virtud especial de dar vida a una

(1) Si bien los caracteres de esta autonomía se hallan más destacados en las Sociedades por acciones, sin embargo, éstas no pueden separarse, en la construcción jurídica, de las otras formas de Sociedad (colectivas y comanditarias), porque el Código (art. 77) las reúne todas bajo el único concepto de entes colectivos distintos de las personas de los socios: la diferencia es de grado, no de sustancia.

persona que antes no existía, dotada de una voluntad propia que se regula, dentro de los límites señalados por la ley, según sus propios intereses: persona nueva y autónoma que persigue duraderamente su fin, aun cuando los socios que concurrieran a constituirla se hubieran separado de la misma, hubiesen muerto o trabajaran por destruirla.

La Sociedad es una persona jurídica, porque tiene voluntad propia, con medios destinados a conseguir el fin propio.—Su voluntad se forma necesariamente con el concurso de los socios, porque toda persona jurídica obra por medio de órganos humanos, pero se forma mediante especiales requisitos, de convocatorias solemnes, de libres discusiones, de votaciones secretas o públicas y de publicidad formal. Olvidaría todo este proceso a través del cual se elabora toda aquella voluntad colectiva quien sostuviese que la voluntad social es simplemente la suma de las voluntades expresas de los socios. Y es tan cierto que la voluntad social es esencialmente distinta de la suma de las voluntades individuales de los socios, que ni siquiera el consentimiento unánime de los mismos, cuando fuere recogido fuera de la Asamblea o en Asamblea ilegalmente constituida, podría expresar la voluntad social ni obligar a la Sociedad. Es tan cierto que la voluntad social es esencialmente distinta de las voluntades reunidas de los socios, que para determinar el alcance de una deliberación social no se va a investigar la intención de cada uno de los socios, sino la intención colectiva de la mayoría, cual resulta por sus órdenes del día, y que hasta la voluntad de los disidentes concurre a formar la voluntad social, porque por la ley fundamental se halla constreñida (1). Esta voluntad de la persona jurídica se manifiesta con una jerarquía de órganos, subordinada al órgano mayor, que es la Asamblea.

La Sociedad se halla asimismo guiada en el ejercicio de su propia actividad por el *fin propio*, que es esencialmente distinto del de cada uno de los socios, y encuentra en el propio ordenamiento jurídico, en los propios órganos de administración y vigilancia; en los Síndicos y en la autoridad judicial las adecuadas defensas contra las insidias externas de terceros y las internas de los socios. Contra estas últimas, que son las más peligrosas, la Sociedad no se halla desarmada, porque puede eliminarlas cuando pongan en peligro la hacienda social, constriñendo a los

(1) Código de Comercio, arts. 136 y 163; el Comité ejecutivo, el Consejo de Administración, el Director general, los Directores de cada una de las sucursales, y así sucesivamente, cada uno, en la órbita que le ha sido asignada, expresa la voluntad social.

socios a pasar por todas los acuerdos que el interés social reclama. Estas armas que la ley, desconfiada, proporciona a la Sociedad contra los peligros internos y externos, son una prueba de la autonomía que la misma consigue mediante su propia constitución.

Podría temerse que la íntima comunidad de intereses que entre la Sociedad y los socios existe, pudiera hacer peligrar de una parte la estabilidad del ente, y de otra, la libertad patrimonial de los socios. Pero la disciplina jurídica de la institución, con un perfeccionamiento técnico del que no hay semejante en la disciplina de otras personas jurídicas, concilia la doble autonomía patrimonial de la Sociedad con la de los socios, mediante un ordenamiento que tiene su embrión en las Sociedades colectivas y se desenvuelve en una admirable construcción jurídica en las de responsabilidad limitada, especialmente en las que tienen el capital dividido en acciones. Merced a este ordenamiento, el organismo administrativo de la Sociedad, por un lado, y el conjunto de sus cuotas o acciones, por otro, aunque apoyándose sobre la misma base patrimonial, se desdoblan para libremente seguir distintas vicisitudes. Mientras las participaciones sociales y los títulos que las representan circulan más o menos fácilmente según los mudables intereses de los socios y soportan en su valor las influencias del mercado, el organismo administrativo persigue el propio fin industrial. Cambian los socios y cambian sus derechos sobre las cuotas sociales, pero el organismo continúa duraderamente encaminado a conseguir su fin. La posibilidad concedida a los socios de disponer de su propia participación sin alterar el organismo social, aleja las peligrosas consecuencias que la conexión de sus intereses con los del ente social pudiera traer a la estabilidad de este último.

Las Sociedades forman un organismo autónomo, tanto en su período de desarrollo como en el de liquidación.—Desde el día de la constitución hasta aquel en que se cumple la última operación social, forman un organismo único y continuo, tanto en el espacio como en el tiempo. En el espacio, porque tienen una sola sede, un solo patrimonio y un solo balance, aun cuando su esfera de acción se extienda más allá de los confines del Estado. En el tiempo, porque todas las modificaciones de sus Estatutos y de sus ordenamientos se deben coligar con su originario acto de fundación, y porque quienquiera que entre a formar parte de una Sociedad ya existente, responde de todas las obligaciones sociales, aun de aquellas que precedieron a su admisión (1).

(1) Código de Comercio, art. 78.

La Sociedad es, por tanto, una persona jurídica que tiene un contenido real, es decir, una voluntad propia, organizada en defensa de su propio fin. La ley la reconoce, pero no la crea. La ley reconoce como sujeto de derecho a un ente que ya existe en la realidad. Si la ley no dijese nada de las Sociedades, con ello, no sólo padecería el ejercicio de estas instituciones: padecería el mismo ordenamiento jurídico, que pecaría de una grave y desmesurada laguna. Si el derecho ha de ir de acuerdo con la vida, debe reconocerlas, porque ellas constituyen otros tantos sujetos de actividad económica y jurídica, realmente existentes (1).

Estas personas jurídicas surgen necesariamente de un contrato de Sociedad, y adquieren una vida normal sólo cuando dicho contrato se publica con algunas formas solemnes. Pero puesto que en un tratado dogmático nos parece más lógico presentar antes la institución en su totalidad para hablar después de sus elementos esenciales, trataremos primero de la persona jurídica. El Código mismo, presentando a la Sociedad en este aspecto de persona comerciante (art. 8.º), nos enseña el camino por seguir (2).

(1) Las observaciones del texto prestan adhesión a la doctrina hoy día dominante bajo la influencia germánica que considera a la persona jurídica como un organismo jurídico o como una realidad organizada por el derecho. Vid. FILOMUSI-GUELFI, *Enciclop. giur.*, 4.ª edición, § 47, págs. 188 y siguientes; FADDA Y BENZA, en las notas a las *Pandette di Windscheid*, I, págs. 716 y siguientes; RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche*, en los *Studi giuridici*, dedicados a FRANCISCO SCHUPFER, 1898, págs. 337, 367 y siguientes; VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, 1901-1902, págs. 234 y siguientes; GIORGI, *Persone giuridiche*, 2.ª edición, volumen I, núms. 28 y siguientes; volumen VI, núms. 159 y siguientes; MICHOUX, *La notion de la personnalité morale*, Paris, 1899, págs. 4, 8 y siguientes; GIERKE, *Genossenschaftsrecht*, I, pág. 316, núm. 1; 317, núms. 1 y 2; REGELSDORFER, *Pandekten*, Leipzig, 1893, I, pág. 314, núm. 1.º; JELLINEK, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Friburgo, 1892, págs. 28 y siguientes.

(2) La doctrina y la jurisprudencia dominantes en Italia reconocen a las Sociedades mercantiles personalidad jurídica. Vid. FERRARA, en la *Riv. di dir. comm.*, 1910, h 13, 95 (esta magistral monografía forma parte del *Trattato sulle persone giuridiche*, Nápoles, 1907 y siguientes); COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, Milán, 1910, vol. I, pág. 198; GIORGI, *Le persone giurid.*, 2.ª edición, I, números 28-30 bis, volumen VI, núms. 153-173, con importantes referencias a la historia y a los trabajos preparatorios; BIANCHI, *Corso di diritto civile*, IX, números 52-56; FILOMUSI-GUELFI, *Successioni testamentarie*, *Lezioni*, 1900, pág. 65; VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, 1901-1902, págs. 240 y siguientes; FADDA Y BENZA, en las notas a las *Pandette di Windscheid*, I, págs. 802-811; VIGHI, *La personalità giuridica delle società commerciali*, 1900; BONELLI, en la *Legge*, 1887, II, pág. 317; en el *Archivio giur.*, 1897, pág. 411; y en la *Rivista di diritto comm.*, 1903, I, pág. 285; SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, Florencia, 1897, págs. 1-10; DELTIGNOSO, *La dottrina giuridica delle persone giuridiche*, pág. 59 y siguientes; y entre estos autores de la persona jurídica pudimos contar también a MANARA, *Il diritto ferroviario*, Bologna, 1888, pág. 49. De la copiosísima jurisprudencia citaremos sólo la más reciente de las Cortes Supremas, especialmente de la de Roma, la cual posee una tradición enérgicamente constante

301. Indicación histórica.—Las Sociedades mercantiles son personas jurídicas, es decir, organismos autónomos provistos de derechos patrimoniales. La personalidad jurídica de las Sociedades mercantiles es una conquista del derecho medieval italiano. El derecho romano reguló los efectos del contrato social, pero no se formó el concepto general de un patrimonio social distinto del de los socios y administrado por todos o alguno de ellos. Si bien en la vida romana ocurrió constituir contractualmente

en este sentido: Casación Roma, 26 Marzo 1896; *Giurisprudenza italiana*, 566; 1.º y 2 de Abril de 1897; id., 300 y 306; 26 de Marzo de 1898; *Foro*, 1.077; 13 de Septiembre de 1899; id., 1.328; 16 de Febrero de 1899; id., 279; 31 de Diciembre de 1900; *Giurisprudenza italiana*, 1901, 215; 27 de Agosto de 1901; id., 976; 18 de Enero de 1902; *Temi gen.*, 154; 5 de Marzo de 1908; *Legge*, 958; Casación Florencia, 30 de Diciembre de 1911, *Riv. di dir. comm.*, 1912, 11, 361.

No citamos los trabajos preparatorios, porque es tal la variedad de las doctrinas que se expusieron en sus fases sucesivas, que no hay sistema que no pueda encontrar su punto de apoyo. Debemos, no obstante, citar en sostén de la opinión profesada en el texto, la *Relazione MANGINI*, págs. 445, 446 y 460, como aquella a la que alcanza la mayor paternidad en la preparación del Código vigente, donde se lee: «En el seno de la Comisión de 1865 encargada de revisar el Código civil, propusimos que ante el ejemplo del Código civil austriaco (art. 26), todas las Sociedades lícitas, civiles o mercantiles, legalmente constituidas, fuesen expresamente reconocidas como *entes colectivos dotados de personalidad jurídica*, a fin de evitar los inconvenientes prácticos que pueden derivarse del silencio de la ley, acerca de este punto importantísimo. Pero la propuesta no fué aceptada. No se negó teóricamente el principio profesado por eminentes escritores, de que cualquiera Sociedad, ante el derecho racional, habiase de considerar como un cuerpo moral. Mas se dijo que prácticamente ello podía admitirse en las *Sociedades mercantiles*, porque éstas, por un lado, ya que necesariamente están fundadas sobre numerosas y frecuentes relaciones con terceros, no podrían ni concebirse ni eficazmente existir más que a condición de ser cuerpos morales, y por otro lado tienen un objeto público, cierto, determinado y fácilmente apreciable en todas las relaciones, esto es, el comercio; pero que esto no podía igualmente afirmarse respecto a las *Sociedades civiles*».

En Francia, la personalidad jurídica de las Sociedades mercantiles es un *jus receptum*; las críticas que se le hacen por doquier atacan su valor doctrinal, no su autoridad legislativa: Vid., PARDESSUS, núm. 992; BESLAY, *Commerçants*, núm. 175; VAVASSEUR, 5.ª edición, 1, núm. 27 bis; THALLER, *Traité élém.*, 3.ª edición, núm. 274; NEGULESCO, *Le problème jurid. de la pers. morale des soc. civ. et comm.*, 1900, págs. 99 y siguientes; THALLER ET PIC, *Des soc. comm.*, París, 1908, volumen 1, núm. 161 y siguientes.

En Alemania la personalidad jurídica fué reconocida expresamente a las Sociedades de responsabilidad limitada por la ley de 20 de Abril de 1892 (§ 13), a las Sociedades coloniales por la ley de 2 de Julio de 1899 y a las anónimas por el nuevo Código de Comercio (1900), §§ 33 y 210; véase LEHMANN Y RING, § 1, páginas 7, 370 y 428; LEHMANN, *Aktiengesellschaften*, volumen 1, págs. 227 y siguientes; COSACK, 5.ª edición, págs. 509, 645 y 729. Igualmente para todas las Sociedades mercantiles por la ley belga de 18 de Mayo de 1873, art. 2.º; Código español, art. 116; Código portugués, art. 108; Código mejicano, art. 90; Código Chileno, art. 424.

una caja social a fin de no liquidar de cuando en cuando las ganancias o pérdidas de cada negocio, aquella caja vino siempre considerada como copropiedad de los socios, contra la que los acreedores podían accionar como si fuese una porción del patrimonio del deudor (1). La gran corriente que produjo en el derecho moderno aquel fecundo concepto no derivó siquiera de la *comanda de mar*, tan floreciente al principio del medio evo, asociación de breve duración y sin sede estable que al igual que todo el comercio marítimo, daba ocasión a escasas relaciones de crédito personal; fué aquella una institución no progresiva, que continúa aún hoy bajo la forma descolorida de la asociación de cuentas en participación (2). Sólo más tarde, cuando el campo de acción de la comanda se desplazó pasando de la nave a la tierra, cuando se constituyó a fin de llevar a cabo una duradera serie de negocios, con domicilio propio, con propio capital y con propia contabilidad establemente ordenada, cuando alrededor de los socios permanentes que daban el propio nombre a la razón social—como en Florencia junto a los PERUZZI, los ALBERTI, los BARDI, los ACCIAI-NOLI—, se agolpaban de todas las partes de Italia los proporcionadores de capitales, entonces se formó viva en la conciencia común la convicción de que existía un ente autónomo distinto de los socios. El concepto de la personalidad jurídica de las Sociedades mercantiles surgió primeramente de esta comandita terrestre, no de la Sociedad de responsabilidad ilimitada, puesto que donde la responsabilidad de los socios es limitada, resulta más urgente distinguir el ente de los socios y dar a los acreedores sociales una garantía exclusiva sobre un patrimonio distinto y autónomo. Esta necesidad de una garantía determinada e in-

(1) Ley 13, § 1, D. de *praescriptis verbis* (XIX, 5): *quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse destitit.*—MAYNZ, volumen II, § 312, pág. 257; WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften*, Stuttgart, 1889, pág. 4; GOLDSCHMIDT, *System*, 3.ª edición, § 42, pág. 118; VIGHI, *La personalità giuridica delle società commerciali*, Drucker ed., 1900, pág. 22 y siguientes. Lo que se afirma en el texto no excluye que aun en el Derecho romano una Sociedad pudiese constituir la base de una persona jurídica como consecuencia de una concesión especial. Vid. LAVIGNY, II, pág. 258, nota h; GIORGI, volumen II, pág. 317; VIGHI, página 46.

(2) Ya en los *Statuti* de Pera, l. V, c. 211, y en el *Costitum usus*, de Pisa, a. 1.160, rubr. 22, se reconoce a los socios un derecho de preferencia sobre el capital social con relación a los acreedores particulares del socio comanditario (*tractator*); pero estos gérmenes, a causa de lo efímero de la vida de la comanda de mar, no podían conducir al concepto de la personalidad jurídica. Conforme VIGHI, pág. 49; SACERDOTI, *Le colleganze*, págs. 4 y sigs; WEBER, págs. 33, 103 y siguientes; GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, pág. 269, nota 121. Es cierta la observación de LASTIG, citada por WEBER, de que afuera estaba el *tractator* y adentro el *socius stans*, el dueño del negocio: existió uno u otro, pero aún no aparece la Sociedad frente a los terceros.

tangible, fué la que indujo a obligar a los socios a que publicaran su propio nombre y propias aportaciones en los locales del Banco, a hacer registrar los libros de la comandita por los oficiales de la Corporación o del Municipio, y a noticiar la constitución y sucesivas modificaciones en un registro público, en garantía de los acreedores sociales (1); y estas señales contribuyeron a manifestar más y más a la conciencia común la existencia de un ente social, autónomo y distinto de las personas de los socios. La literatura y la jurisprudencia de las Rotas le dieron figura jurídica utilizando el concepto romano de la personalidad jurídica, extendiéndolo desde las personas creadas para un fin de utilidad pública a las Sociedades que ejercían el comercio bajo el símbolo de una razón social (2).

(1) Injustamente se atribuyen estas conquistas jurídicas a las Sociedades colectivas. Conf. GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, pág. 269, nota 122; pág. 277, nota 143 y siguientes; LATTES, pág. 162, nota 68; LASTIG, *Florentiner Handelsregister*, págs. 15 y siguientes, 27 y siguientes; WEBER, págs. 128 y siguientes; SACERDOTI, l. c., pág. 13. La existencia de libros sociales en los que son distintas las cuentas de la Sociedad de las de cada uno de los socios, aparece ya en 1300; PERUZZI, *Storia del commercio e dei banchieri di Firenze*, págs. 223 y siguientes, y en los Estatutos de Calimala, 1301, II, rubr. 41 y 43; 1332, I, rubr. 83 y 84. En los *Consigli* de Bosco, escritos en 1400 (Vid. BENSA, *Lulla vita e gli scritti di Bartolomeo Bosco*, en el volumen de las «Onoranze a Serafini», Florencia, 1892, págs. 327 y siguientes) el concepto de un patrimonio social separado del de los socios y destinado al fin social, viene observado en muchas de sus prácticas consecuencias, especialmente en los Consejos 202, 414 y 476, donde se da la preferencia sobre el patrimonio social a los acreedores de la comandita y a los comanditarios, con relación a los acreedores del socio colectivo, ya fuese su mujer o su hija política por razón de dote, porque *istud privilegium confertur respectu causae ut invitentur personae ad accommandandum vel in societatem dandum*, Cons. 202. La publicidad de los contratos sociales fué totalmente ordenada en Bolonia por la Provisión de 28 de Mayo de 1583 que, en defensa de los acreedores, no sólo prescribe el llevar regularmente los libros encabezados con la razón de la comandita, sino que obliga a los socios a presentarse en el Tribunal de Comercio ante el Conservador del Tribunal, para declarar la constitución de la Sociedad y los límites de las obligaciones contraídas por los ellos. El Conservador debía anotar aquellos contratos en el Registro de las Comanditas que debería quedar en el archivo del Tribunal para perpetua memoria y transcribirlos en lengua vulgar, sustancialmente, en otro libro semejante, que habría de unirse cómodamente a una cadena «en forma que quien quisiera pudiese leerlo a su gusto». Estos libros, llevados regularmente desde 1583 a 1802, fueron reasumidos y descritos por LASTIG, *Boloneser quellen des Handelsrechts*, Halle, 1891. Un ordenamiento análogo hubo en Florencia, vid. FIERLI, *Dell'accomandita*, capítulos 2 y 8.

(2) El estudio de la doctrina de los postglosadores, en especial de BARTOLO († 1357), BALDO († 1400), BARTOLOME DE SALICETO († 1412) y de la Rota de Génova fué realizado con mucha diligencia por VIGHI, lib. cit., págs. 86 y siguientes; y por FADDA y BENSA, I, pág. 803. Vid. también la crítica que fué hecha por NAVARRINI, *Rivista italiana*, XXXI, págs. 379 y siguientes. Las decisiones de la Rota de Génova son todas conforme al sentido del texto: Vid. *Decis.*

Por medio de las Sociedades anónimas, aquel concepto llegó a un período ulterior y más avanzado, y llegó a ello, no tanto por la fuerza espontánea de la costumbre, cuanto por medidas artificiales del legislador. Hay quien une sus orígenes con las asociaciones que se formaban entre los suscritores de empréstitos públicos, a los que el Estado concedía en garantía y pago la exacción privilegiada de los impuestos en las colonias (1), y quien, con los consorcios creados en Holanda entre armadores marítimos, para el comercio con las Indias orientales (2). Pero hasta el presente no se ha descubierto ningún nexo cierto entre estas formas territoriales y aquella forma de carácter mundial, que es la Sociedad anónima. Esta se une con segura continuidad únicamente con las Sociedades constituídas en el siglo XVII con patentes reales y con privilegios para promover la conquista, el ordenamiento y el comercio de las colonias (3) y para fomentar el ejercicio de la industria minera y de la industria aseguradora, que falta a su misión desde que venía ejercida por aseguradores aislados, hechos insolventes por siniestros cuando más urgía la necesidad de la indemnización (4). Con la necesidad de grandes obras públicas y de grandes industrias, el número de estas Sociedades por acciones se multiplicó de tal modo a principios de este siglo que el ordenamiento concedido por privilegio se convirtió paulatinamente en forma general y libre para todas las empresas.

En consideración a su responsabilidad limitada, más recientemente, hasta las mutuas de seguros entraron en el número de las personas jurídicas. Eran primeramente meras oficinas de liquidación, que repartían las indemnizaciones entre los socios mediante órdenes de pago; después, cuando fueron reguladas con responsabilidad limitada (mutuas a cuota fija) y asumieron di-

Rotae Gen. 7, núms. 9 y siguientes: *Qui societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum*; Decis. 7, núm. 10: *Quidquid scribitur a socio dicitur scriptum ab ipso corpore seu societate*; Decis. núm. 10: *Societas est persona ficta*.

(1) Vid. GOLDSCHMIDT, especialmente para el Derecho genovés, *Universalg.*, págs. 290 y siguientes.

(2) LEHMANN, *Die Geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce*, Berlín, 1895; id., *Das Recht der Aktiengesellsch.*, 1, 1898, págs. 4 y siguientes; THALLER, *Des sociétés par actions dans l'ancienne France*, *Annales*. 1901, 185 y siguientes; NAVARRINI, núms. 272 y siguientes.

(3) Vid. VIGHI, *Notizie storiche sugli amministratori e i sindaci delle Società per azioni*, Camerino, 1898; RING, *Deutsche Kolonialgesellschaften*, 1887; id., *Asiatische Handlungskompagnien Friedrichs des Grossen*, 1890.

(4) La primera Compañía aseguradora por acciones, en Italia, es del 1598. Vid. BIANCHINI, *Finanze del regno di Napoli*, II, pág. 639. Sobre estas primeras Sociedades aseguradoras, vid. VIVANTE, *Di una nuova teoria del contratto di assicurazione*, *Rivista ital.*, vol. XI, págs. 164 y siguientes, y en la *Zeitschr.*, XXXIX (1891), págs. 453 y siguientes.

rectamente la obligación de indemnizar los siniestros, ofreciendo en garantía de los socios asegurados las propias reservas constituidas por beneficios acumulados, aparecieron en la conciencia común cual personas jurídicas dotadas de un patrimonio autónomo que constituía la exclusiva garantía de los acreedores sociales (1).

En las anónimas y en las mutuas, la persona jurídica aparece francamente destacada de las personas de los socios. Provistas de un completo organismo económico y contable, quietas en medio de la multitud libremente mudable de los socios, presentan el tipo más vigoroso de las personas jurídicas dimanantes de un contrato de Sociedad. En contraposición a aquéllas, las Sociedades colectivas arrastran durante su existencia el cascarón de la responsabilidad personal de los socios, de la que provienen. El ordenamiento de las Sociedades anónimas, como quien goza del amparo de una completa personalidad, forma el tipo al que tienden, en cuanto su naturaleza personal lo permite, las otras formas de Sociedad todavía ligadas al nombre y a las fortunas de los socios.

302. La Sociedad mercantil constituye *un sujeto de derecho* distinto de las personas de los socios que están interesados en la misma: ella es el verdadero titular de los derechos y las obligaciones que se crean por su actividad.

El intento de hacer desaparecer este sujeto de derecho tan evidente en la vida real, fragmentándolo entre los socios que lo forman y de considerar a éstos como copropietarios de las cosas y derechos que corresponden a la Sociedad y como codeudores de las obligaciones sociales, es una tentativa que va a contramarcha de la historia (vid., núm. 301), sumergiendo la lozana figura de la Sociedad mercantil en las formas retrógradas y confusas de la comunidad. Esta doctrina sería quizá sostenible cuando se pudiese aplicar a las Sociedades colectivas o en comandita, que se hallan unidos por muchos aspectos a las personas de los socios, pero constituye un verdadero absurdo jurídico desde que la ley, uniendo bajo un solo concepto a todas las Sociedades, ha dado a las formas más simples el sello mismo que imprimiere a las múltiples formas de las Sociedades por acciones, declarando que todas existen y que todas constituyen igualmente entes colectivos distintos de las personas de los socios (art. 77).

Cuando se medita que, según un concepto general y dominante en la doctrina, es persona jurídica todo sujeto de derecho distinto

(1) Vid. más adelante sobre mutuas de seguros (volumen II, cap. VII).

de la persona física, no se puede negar a la Sociedad mercantil este carácter. Precisaría cerrar los ojos a la ley para negar que todas las Sociedades están investidas de derechos propios, cuando se considere que no hay casi artículo de este título del Código que no declare ser la Sociedad el titular del derecho que allí se regula (1), y menos aún cuando se considere que ella está investida de derechos que ningún socio y ni aun todos los socios reunidos pueden ejercitar si no obran en nombre de la Sociedad.

Más aún: si la Sociedad no fuese más que la suma de los socios, si éstos fueran los verdaderos sujetos de todo derecho social, ¿cómo, pues, tendría la Sociedad derechos distintos de los socios? La suma no puede tener caracteres diversos de sus elementos. ¿Cómo, pues, la Sociedad podría contarse entre el número de los comerciantes, aun en el caso de que ninguno de los socios, por ejemplo, sus accionistas, fuese comerciante? Este carácter de comerciante que está impreso en la Sociedad, lleva consigo toda una serie de obligaciones y derechos que no se puede explicar sin un sujeto a quien referirlos. Sólo suponiendo esta existencia, se puede explicar la obligación de la Sociedad de llevar una contabilidad comercial, de solicitar suspensión de pagos y la propia quiebra, y el consiguiente derecho de obtener el convenio. ¿A quién se podría asignar estos derechos y obligaciones cuando todos los socios, cual ocurrir puede en las Sociedades por acciones y en las de seguros mutuos, estuvieran faltos del carácter de comerciante?

Otro argumento decisivo se encuentra donde sería uno menos tentado de buscarlo, es decir, en el ordenamiento de las Sociedades de responsabilidad ilimitada. Estas ofrecen en primera línea a los acreedores sociales la garantía del propio capital, y en segunda línea la subsidiaria y eventual garantía del patrimonio de los socios, porque los acreedores no pueden dirigirse contra el patrimonio de éstos si antes no han ejercitado la acción ejecutiva contra el patrimonio de la Sociedad (arts. 76 y 106). Los socios son, pues, garantes de la Sociedad y como tales deben constituir una persona distinta de ella, pues que nadie puede garantizarse a sí mismo.

303. Se renuevan, para resolver la controversia, viejos prejuicios rebuscados en la historia milenaria del concepto de persona jurídica. Se dice que las Sociedades mercantiles no se hallan comprendidas en él porque tienen por fin el bien de los socios y no el bien general.

(1) Arts. 77, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 105, 106, 108, 109, 110, 113, 114, 115 y 116, etc.

Pero el legislador ha repudiado hace mucho tiempo esta mezquina antítesis entre el individuo y la especie, considerando que sus intereses son solidarios e inseparables, que su aparente dualismo se funde en una latente pero esencial armonía; y por ello ha otorgado la recia armadura de persona jurídica, incluso a aquellas necesidades colectivas que, satisfaciendo en primer lugar intereses privados, cooperan al progreso social. En nuestro sistema jurídico los ejemplos abundan: así que no sólo hay ejemplos de personas jurídicas de fines privados constituídas por disposiciones especiales, como círculos instructivos, de recreo, de caza, de gimnasia y cajas profesionales de socorros mutuos, sino enteras categorías de instituciones reconocidas por ley cual personas jurídicas, que laboran en beneficio de sus miembros, como las Sociedades obreras de socorros mutuos (1), los consorcios administrativos de mejoras, riegos, obras hidráulicas y vías públicas (2). El fin encaminado en primer lugar al bien público no es, pues, esencial para la existencia de la persona jurídica.

Se afirma que las Sociedades mercantiles no son personas jurídicas porque su patrimonio, después de la liquidación, no va al Estado, sino a los mismos socios que lo aportaron, en proporción a sus respectivas cuotas. Pero es regla general de las personas jurídicas privadas el que su patrimonio se divida según los Estatutos y ante el silencio de éstos, entre los miembros que lo forman (3). El Estado cometería una expoliación ilegítima si se adueñase de lo que se ha formado con el ahorro y la obra de los socios. Muchas leyes demuestran que el legislador marcha por este camino: en la ley de 15 de Abril de 1886 sobre Sociedades obreras de socorros mutuos, personas jurídicas por expresa declaración de la ley (art. 1.º), el legislador quiere que en la disolución se sigan las nor-

(1) Ley de 15 de Abril de 1886, art. 1.º: «Pueden conseguir personalidad jurídica las Sociedades obreras de socorros mutuos».

(2) FERRARA, loc. cit., pág. 1.011; GIORGI, 2.ª edición, vol. V, núms. 279 y siguientes; RUFFINI, libro citado, pág. 348; FADDA, notas a WINDSCHEID, págs. 778 y 793; PORRENI, *I consorzi amministrativi di opere pubbliche*, Florencia, 1894, págs. 67 y siguientes; ARMANNI, *Temi ven.*, 1895, págs. 221 y siguientes. Que la publicidad del fin no sea por sí necesaria para constituir una persona jurídica, es incluso históricamente, un punto seguro: Vid. FADDA y BENSA, loc. cit., pág. 788; GIORGI, lib. cit., 1, núm. 28, VI, núm. 158 bis.; ARNDTS-SERAFINI, I, parte 1, § 42; VIGHI, *La personalità giuridica*, págs. 76 y 92.

(3) PACIFICI-MAZZONI, *Istit.*, 3.ª edición, II, núm. 119; CHIRONI, *Istit.*, I, § 28, pág. 43; FADDA, lib. cit., págs. 825 y siguientes; BENSA, *id.*, pág. 838; FERRARA, I. c., pág. 104 y siguientes; COVIELLO, I. c., págs. 219 y siguientes. Con razón dice NAVARRINI, *Sulla persona giuridica delle società commerciali*, en *Riv. Ital.*, 1901, pág. 20 (extracto): «El modo con que el patrimonio se disuelve en armonía con los motivos y necesidades que han dado origen al nacimiento del ente, es cosa totalmente secundaria y sin influencia».

mas de los Estatutos, que mediante éstos puedan los socios disponer de todo el patrimonio de la Sociedad en beneficio propio, separados los bienes que les fueron dejados con un fin determinado y perpetuo (arts. 3.º y 8.º); en la ley de 29 de Mayo de 1864 sobre supresión de las Corporaciones de artes y oficios (art. 2.º) se establece que sus haberes sean devueltos a tenor de sus respectivos Estatutos y Reglamentos, y la disolución de las Cajas de Ahorro, personas jurídicas por expresa disposición de la ley, puede hacerse, igualmente, según las disposiciones de los Estatutos (1).

Se afirma que la división, a la que se procede después de la disolución de la Sociedad, presupone una comunidad preexistente entre los socios (2). Pero toda unidad patrimonial puede ser dividida, ya esté formada por una propiedad o por una copropiedad: tan cierto es ello, que se divide el patrimonio del difunto, el de una persona jurídica y el de una comunidad. La división presupone una preexistente unidad patrimonial, no ya solamente una comunidad, y cuando esa unidad patrimonial cesa con el último acto de liquidación que pone fin al sujeto jurídico, el patrimonio liquidado se divide entre los que concurren a formar lo.

Se afirma que no son personas jurídicas porque se disuelven con la muerte, interdicción e inhabilitación de uno de los socios de responsabilidad ilimitada (3). Para que la afirmación fuese cierta se requeriría que todas las Sociedades se disolvieran por esas vicisitudes personales de los socios. Lo cierto es lo contrario, pues que las Sociedades por acciones no vienen afectadas en lo más mínimo por la muerte de los socios y continúan con los herederos (art. 169), y porque las de seguros mutuos no se disuelven por la interdicción ni por la muerte de los socios (art. 245). Las mismas Compañías colectivas y comanditarias pueden colocar su existencia a cubierto de esas vicisitudes mediante pacto en contrario (art. 191), o excluyendo al socio quebrado, interdicto o inhabilitado (art. 186, núm. 3.º, letra c). Entran, pues, en el grupo de las Sociedades mercantiles, tanto las que son insensibles a los vaivenes personales de los socios (Sociedad de responsabilidad limitada), cuanto las que si los socios quisieran, pueden quedar sujetas a aquéllos (Sociedad de responsabilidad ilimitada y mixta). Pero puesto que el legislador las definió a todas con la misma fórmula como entes colectivos distintos de las personas de los

(1) Ley de 15 de Julio de 1888, art. 1.º; GIORGI, 2.ª edición, volumen V, número 272.

(2) MANARA, *Soc. commerc.*, pág. 63, letra f; ROCCO, *Le società comm in rapporto al giudizio civile*, pág. 56.

(3) MANARA, *lib: o cit.*, pág. 60, letra c.

socios y para todas dictó las mismas disposiciones, por lo que deducimos y deduciremos su personalidad jurídica, ello significa que al atribuir a las Sociedades este carácter, no concedió importancia alguna a su disolución. Añádase también que para definir una relación jurídica, se deben tomar en consideración los efectos constantes e imprescindibles que la misma produce, no los totalmente facultativos, que por voluntad de los socios pueden desaparecer: si fuera de distinto modo, una misma Sociedad sería persona jurídica o no, según las cláusulas de la escritura de constitución.

304. Las Sociedades mercantiles son *sujetos de derecho, con patrimonio propio* distinto del patrimonio de cada uno de los socios, constituido con los bienes y derechos que ellos aporten y que se acrecientan con las ganancias acumuladas en los ejercicios sociales (1).

La existencia de este patrimonio autónomo fué negada. Se afirmó que los bienes aportados y sus sucesivos acrecentamientos quedan copropiedad de los socios sin pasar a propiedad de la Sociedad; y para justificar esta doctrina se trajo a colación la definición que el Código civil (art. 1.697) da de la Sociedad y se la aplicó a las Sociedades mercantiles, diciendo: «la Sociedad mercantil es un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner alguna cosa en común, a fin de dividir las ganancias que se puedan obtener realizando una o más operaciones mercantiles».

Ciertamente que la Sociedad se desarrolló históricamente por la comunidad, y en materia civil se ven de ello huellas pro-

(1) Esta doctrina, que podría considerarse unánime, fué combatida con sutil y aguda insistencia recientemente por MANARA, en varias monografías, y últimamente en su *Trattato delle società commerciali*, y a su doctrina se asoció también SACERDOTI, *Riv. ital.*, XXVI, 79. Pero puesto que MANARA ha manifestado por fin (*Trattato*, II, núm. 234) que acepta como punto de partida el concepto mínimo de la persona jurídica, aquel en que todos concuerdan, de un *sujeto de derecho, distinto de la persona física*, no vemos cómo sea posible negar el carácter de persona jurídica a la Sociedad mercantil, a la que el Código atribuye tantos derechos y obligaciones, que no pueden ejercitarse sino con ella y contra ella. Más lógica hubiera sido su obra si hubiese seguido la doctrina individualista, ahora condenada, de IHERING, *L'esprit du droit romain*, III, § 46, pág. 57; IV, § 71, págs. 340 y siguientes; VAN DEN HENVEL, *De la situation légale des associations dans but lucratif*, págs. 35 y siguientes, que no conocen otra realidad que la del individuo y funden toda persona jurídica en las personas físicas de los interesados, considerándola como un mero mecanismo destinado a favorecer sus intereses y sus fines individuales. Pero ya que el presupuesto de toda su tesis es que existen personas jurídicas y que sea tal *todo sujeto de derecho, distinto de los hombres*, nos parece que su doctrina no tiene más fundamento que una injustificada repugnancia en considerar como persona jurídica aquella que tiene una íntima comunidad de intereses con los propios miembros.

fundas. Pero el ordenamiento de la Sociedad mercantil es absolutamente incompatible con la figura de la comunidad y yerra, por tanto, quien le aplica la definición dada por el Código civil, porque éste no puede derogar al Código de Comercio (art. 1.º). Para dar a la Sociedad mercantil una verdadera autonomía, el legislador debió concederle el derecho absoluto de disponer y de gozar de las cosas y derechos aportados por los socios, eliminando todo rastro de comunidad. La historia de su formación se desenvuelve en este sentido (núm. 293). Ella se ha destacado de la figura primaria de la comunidad para constituir un tipo propio: así la cambial ha prescindido del cambio trayecticio, al que debía su origen. El estudio histórico nos informa no sólo de los caracteres tradicionales que se conservan en el seno de las instituciones vigentes, sino también de aquellos que fueron eliminados por el camino (1).

El patrimonio social no puede considerarse como copropiedad de los socios, no sólo porque el ente colectivo tiene vida propia y autónoma (art. 76), que no puede explicarse sin el derecho absoluto de disponer y gozar de los casos que se destinaron a sus fines, sino porque este concepto viene desechado por la voluntad de los contratantes y por el texto del Código, como resulta de las consideraciones siguientes:

1.ª Al constituir la Sociedad, los contratantes entienden proveer a la empresa de una dotación propia, adecuada a sus

(1) Cuando se abandona el concepto práctico y simple de la persona jurídica, se abre la puerta a todas las concepciones más ambiguas y personales. Centenares de ellas cuenta la doctrina alemana; es más, cuenta tantas cuantos son los autores, que difieren entre sí no sólo en los detalles, sino en los mismos conceptos fundamentales. ¡Menos mal que el nuevo Código ha sustraído a las Sociedades por acciones de la embrollada polémica! Mientras, la linterna mágica comienza a funcionar en Italia también, desde que la cuestión se ha iniciado: Rocco, *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile*, págs. 60 y siguientes, crea una figura de dos caras, persona jurídica respecto a terceros y comunidad frente a los socios; EGIDI, *Arch. giur.*, LVIII, págs. 166 y siguientes, aprovechando las doctrinas y tradiciones alemanas, sostiene que en las Sociedades mercantiles hay tantos sujetos de derecho simultáneamente activos cuantos son los socios y a más el ente colectivo originado por la colectividad organizada de aquéllos; NAVARRINI, *Commentario*, núms. 87 y siguientes, las define: *comunidades modificadas y reforzadas, en las que la pluralidad alcanza un grado más señalado de unidad*, como en la *communio zur gesamte Hand* del Derecho histórico alemán.

Dejando de lado estas doctrinas que se apoyan en conceptos germánicos de la propiedad, extraños al sistema de nuestro derecho privado, debe observarse que la concepción de MANARA no ofrece seguridad alguna para el ejercicio del derecho, suprema necesidad de todo ordenamiento jurídico, porque ella no presenta criterio alguno constante para determinar cuándo obran los socios como particulares y cuándo dentro de la unidad administrativa que para el ejercicio de los negocios sociales constituyeron; el Juez podría, pues, atenerse a uno u otro aspecto conforme al resultado a que deba llegar, según sus subjetivas apreciaciones del hecho.

finés, sobre la que, como órganos sociales, ejercerán un derecho de administración y de vigilancia. Es contrario a toda verosimilitud el que hayan querido poner sus aportaciones en copropiedad con miles de socios, los cuales pueden cambiar continuamente sin su consentimiento ni noticia y a quienes ni siquiera conocen.

2.^a Cuando la ley ha afirmado que los bienes aportados por los socios se vuelven propiedad social (art. 82) salvo pacto en contrario, ha fallado la cuestión, porque si esos bienes se convirtieran en objeto de una comunidad, la ley habría afirmado que, salvo pacto en contrario, se hacen copropiedad de los socios. El principio de contradicción no consiente que las mismas cosas se hallen simultáneamente en propiedad de la Sociedad y en copropiedad de los socios.

3.^a Los socios deben considerar al patrimonio social como cosa ajena; toda sustracción hecha en el patrimonio social es un hurto, no sólo por la parte que excede de su respectiva cuota, sino también por la que la comprende (1). No pueden los socios reclamar los créditos sociales ni siquiera por una cuota; no pueden comparecer en juicio por la Sociedad si no tienen la representación.

4.^a Los acreedores particulares de los socios no pueden considerar los bienes aportados en Sociedad por su deudor como parte del patrimonio de éste y, por tanto, como parte de la garantía de aquéllos (art. 85). Mientras la Sociedad exista, no pueden accionar contra dichos bienes, ni poner obstáculo al derecho, soberano en la Sociedad, de disponer. El derecho ejecutivo de ellos no puede hacerse valer más que sobre el eventual derecho de crédito del socio a título de dividendo o de división final, cual corresponde a todo acreedor sobre los créditos condicionales de su deudor; pero, repetimos, los bienes muebles e inmuebles de la Sociedad son intangibles para los acreedores particulares del socio, lo que no ocurriría si los socios poseyesen su copropiedad.

La fórmula usada en la legislación estatutaria y en la doctrina precedente al Código era equívoca (2), porque se limitaba

(1) Código de Comercio, arts. 110 y 111. El último período del art. 402 del Código penal que dice: «la cantidad de lo sustraído (en caso de hurto) se mide deduciendo la parte correspondiente al culpable» no puede aplicarse al socio de una compañía mercantil, porque nada pertenece al socio culpable.

(2) Así en Bosco, *Cons.*, 202: *Istud privilegium confertur respectu causae ut invitentur personae ad accomendandum vel in societate dandum. Inter socios et alios creditores, qui non sint creditores ejusdem henticae licet creditores sint priores tempore, prevalebunt socii in rebus societatis. Stat. Gen., 1589, cap. 12, libro IV: Creditores hujusmodi societatis in rebus et bonis societatum praeferantur quibus-*

a reconocer a los acreedores sociales un derecho de preferencia sobre el patrimonio de la Sociedad; de donde se podía argumentar que después de su pago, los acreedores particulares readquirían el derecho de disponer en garantía propia, de la cuota del mismo deudor. Pero la fórmula de la vigente ley trunca toda relación entre los acreedores particulares de los socios y el patrimonio social: ellos no pueden tocarlo aunque no hubiese acreedores sociales; si lo importunaran con embargos o pignoraciones, la Sociedad podría hacerlos anular, lo que significa que los bienes muebles e inmuebles son exclusiva propiedad social (1). Negando todo derecho de garantía a los acreedores particulares del socio sobre los bienes de la Sociedad, la ley ha reconocido que éstos no les pertenecen, porque si les pertenecieran constituirían la garantía común de sus acreedores.

5.º El socio que sale de la Sociedad, tanto si su separación es el ejercicio de un derecho como si es una sanción contra su mala conducta (2), no tiene derecho a una parte de los bienes sociales en especie, como podría exigirla si fuese un copropietario que pide la división de la comunidad (3), sino que debe contentarse con una suma de dinero que represente su valor.

6.º Los liquidadores de la Sociedad no deben formar las cuotas sociales con bienes equivalentes en especie, cual se practica en la división entre comuneros (4), sino que poseen entre sus facultades ordinarias la de convertir el activo en numerario, vendiendo los bienes sociales, y la división se verifica por regla general mediante la distribución de las sumas reunidas (5).

7.º Si los socios quedasen copropietarios de su cuota, ésta tendría carácter mueble o inmueble, según que el patrimonio

Abuscunque aliis creditoribus sociorum singulorum. FONTANELLA, *De pactis nuptialibus*, 1634, l. cl. 4, gl. 4; CASAREGIS, *Disc.*, 18, núm. 3; 39, núm. 18, etc.; BOTTINO, *Collationes ad statutum civile reip.*, Gen., 2.ª ed., Genus, 1787, ad lib. 4, cap. 12 págs. 307 y 308: *bona societatis non dicuntur bona soci nisi prius solutis debitis societatis.* Vid. MANARA, *Delle società di comm. irregol.*, págs. 20-37; NARARRINI, *Commentario*, págs. 101 y 102; VIGHI, pág. 216.

(1) Código de procedimiento civil, arts. 647, 699 y siguientes. Se ha intentado restar eficacia al argumento traído del art. 85, manifestando que si la Sociedad fuese ciertamente persona jurídica era inútil afirmar esta obvia consecuencia. Pero precisamente porque el legislador no ha declarado expresamente que la Sociedad mercantil es persona jurídica y que ha demostrado el acoger este concepto al hacer varias aplicaciones del mismo, es por lo que nosotros debemos seguir camino inverso para llegar a la síntesis, deduciéndola de las aplicaciones legislativas.

(2) Arts. 158 y 187.

(3) Código civil, arts. 684, 987 y siguientes.

(4) Código civil, arts. 684, 990 y siguientes.

(5) Arts. 201, 203 y 217.

común poseyese este o aquel carácter: la acción del socio que aportó bienes inmuebles tendría carácter de esta especie (art. 415, Código civil).

Al contrario, el Código civil declara que las acciones y las cuotas de participación en las Sociedades mercantiles e industriales, aun cuando a las mismas pertenezcan bienes inmuebles, tienen por prescripción de la ley carácter mueble (art. 418, Código civil). Por tanto, el derecho del socio después de la aportación, cambia de naturaleza, se convierte en un derecho de crédito, y no sólo formal, sino sustancialmente; no sólo temporalmente, mientras la Sociedad ejerza el comercio, sino definitivamente por toda su duración, aun durante la liquidación misma; y esta transformación tiene lugar, no ya porque la cuota dé derecho a un dividendo en dinero, sino porque tras la liquidación misma, la cuota da derecho a una suma en numerario metálico. Con la aportación, el socio que traspasa la propiedad de una cosa, cesa de ser su propietario y pierde el derecho de obtener su restitución; por ello su derecho real de propiedad se trueca en un derecho condicional de crédito. Si aun aportando la propiedad hubiese convenido readquirirla en lugar de su cuota, este derecho no podría considerarse más que como un derecho de crédito no oponible a los acreedores sociales, subordinado a las vicisitudes del ejercicio social y de la liquidación y cuyo incumplimiento podría dar lugar no más que a un derecho de indemnización (1).

Resumiendo: las Sociedades mercantiles tienen una existencia jurídica autónoma; están provistas de un organismo administrativo dirigido por la voluntad social; tienen responsabilidad jurídica y económica propias; poseen un domicilio, que es el centro de sus negocios, un nombre que pueden defender de toda usurpación y un patrimonio que se halla destinado a una finalidad propia. Ellas figuran como comerciantes (2), como contribuyentes (3),

(1) Intiérese del art. 236. Además de las que van implícitamente combatidas en el texto, MANARA, *libr. cit.*, págs. 60 y 64, aduce otra razón en prueba de la copropiedad de los socios: dice que el derecho que se les concede de obtener la comunicación de los libros sociales (art. 27) demuestra que son copropietarios. Pero, ¿cómo es que este derecho viene negado a los accionistas, que también serían copropietarios (art. 142)? ¿Cómo es que este derecho viene concedido en los casos de sucesión a los legatarios y donatarios y en los de quiebra a los acreedores sociales (vid. volumen 1, núms. 176 y 184) que, sin embargo, no son copropietarios? Esto sucede porque el instituto de la comunicación de los libros no descansa sobre el concepto de una copropiedad de los mismos libros, que sería insuficiente para explicarlo, sino más bien sobre el concepto de copropiedad de las inscripciones, que son el resultado de una colaboración jurídica.

(2) Código de Comercio, art. 8.º

(3) La Sociedad está considerada como un único contribuyente por la ley de 24 de Agosto de 1877 sobre riqueza mueble, arts. 13, 15 y 29.

hasta como electores en aquel campo de las Cámaras de Comercio en que se desenvuelvan sus intereses (1) y figuran como demandantes y demandados en juicio para sostener sus propios derechos. Ciertamente que necesitan de órganos humanos para obrar, como toda otra persona jurídica, pero no se puede desconocer que su voluntad va fijada por intereses que por su duración y fines son distintos de los que animan a los socios, quienes a menudo se hallan en conflicto entre sí y con los intereses sociales.

305. La Sociedad es una persona jurídica no sólo respecto a terceros, sino también respecto a los socios; es más, primero respecto a los socios, y después respecto a terceros, porque si se impidiese a la Sociedad ejercitar sus propias acciones contra los socios, no podría formarse el patrimonio que debe servir de garantía a los extraños.

Si el legislador dijo que constituyen un ente colectivo *respecto a terceros*, lo hizo porque al definir las Sociedades mercantiles se preocupó principalmente de su posición frente a tales terceros, y también porque cuando los socios obran como órganos internos de la Sociedad, cual miembros del todo, deliberando, administrando y vigilando la hacienda, no tienen existencia jurídica fuera de la Sociedad misma. Precisa coordinar esta disposición con otras esparcidas en el Código, para entender el pensamiento del legislador, y entonces se comprende fácilmente que la Sociedad puede contratar con los socios, citarlos a juicio en el lugar del domicilio social, excluirlos del propio organismo, y al contrario, impedir la retirada ilegítima y obligarles a pasar por los acuerdos adoptados conforme a los Estatutos y sus modificaciones legítimas: en todas estas diferencias la Sociedad obra como ente autónomo, valiéndose incluso de los fondos aportados por los mismos socios contra quienes ejercita sus derechos. Es más: hay Sociedades que contratan casi exclusivamente con los socios, como las cooperativas y las de seguros mutuos, y si en estas continuas relaciones no estuvieren apoyadas por la personalidad jurídica, perderían las eficaces defensas precisamente cuando las necesitaban para poder realizar su función esencial. El legislador, consciente de los equívocos a que puede dar lugar aquella frase, aprovechó la ocasión de la ley de 15 de Abril de 1886 sobre Sociedades de socorros mutuos para suprimir, en el art. 4.º, las palabras equívocas «respecto a terceros», y si se considera que

(1) Ley de 20 de Marzo de 1910 sobre Cámaras de Comercio e Industria, art. 16, letra b; conf. también la ley de 15 de Junio de 1893 sobre arbitrajes industriales, art. 15.

estas Sociedades cumplen una función análoga a las mutuas de seguros, que su constitución se verifica bajo las mismas formas legales prescritas para las Sociedades por acciones (art. 4.º), podráse afirmar que el mismo legislador ha dado la propia interpretación (1).

306. La doctrina y la jurisprudencia han llevado el concepto de la autonomía jurídica de la Sociedad a otras consecuencias además de las previstas por la ley. Mencionaremos algunas de ellas, entre las más características:

a) Así como los créditos y los débitos de la Sociedad no son créditos y débitos de los socios, talmente:

α) si la Sociedad hace valer un crédito contra un tercero, éste no puede oponerla en compensación el crédito que posea contra un socio: si lo pudiera efectuar privaría de su haber a la Sociedad (2);

β. si el tercero hace valer un crédito contra la Sociedad, ésta no puede oponerle en compensación un crédito del socio, salvo el caso en que haya obtenido ella la cesión, porque este crédito no la pertenece (3);

γ. si el tercero hace valer un crédito particular, contra un socio, éste no puede oponerle en compensación un crédito de la Sociedad: si tal hiciera, dispondría del patrimonio social en beneficio propio;

δ. si un socio hace valer contra el tercero un crédito particular, el tercero no puede oponerle el crédito que posea contra la Sociedad, excepto que haya ya ejercitado inútilmente su acción sobre el patrimonio social y el socio sea responsable personalmente

(1) En este sentido se expresan la jurisprudencia y la doctrina dominantes citadas en la nota 17. Añádase lo que admirablemente dice VIGNI, pág. 233: No se afirma que los socios quisieron privarse del derecho de propiedad sobre la cuota aportada y crear el ente autónomo sólo frente a terceros. No es lícito atribuir a aquéllos ni proteger en los mismos una voluntad antijurídica: de ser propietarios frente a algunos y no propietarios frente a otros, de querer introducir en el sistema jurídico un nuevo concepto de persona existente frente a determinados sujetos y no existente frente a otros y de querer desconocer en sus relaciones recíprocas a aquel ente que para alcanzar mejor los fines sociales desearon constituir. Vid. las copiosas observaciones de FERRARA, *Riv., cit.*, pág. 109.

(2) Estas soluciones son conciliadoras: en ese sentido, explícitamente, Código de comercio alemán de 1861, art. 121; Código húngaro, art. 96; Código suizo, art. 571; Código civil del Imperio alemán, §§ 719 y 720.

(3) Esta cesión podría ser hecha en juicio, pero la Sociedad debería pagar las costas. Así se expresa la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Comercio en Alemania, *Entscheid*, VI, pág. 419, y del Tribunal Supremo del Imperio, *Entscheid*, XI, pág. 116 y la copiosa literatura que allí se recuerda.

de las deudas sociales; en tal caso el débito de la Sociedad se habrá vuelto débito del socio (1);

ε. si la obligación del socio se sustituye con la de la Sociedad o viceversa, de modo que el antiguo deudor quede liberado, hay novación (2);

ς. si un acreedor de la Sociedad inscribe una hipoteca sobre bienes de la misma, pero a nombre del socio que ha aportado el inmueble, practica una inscripción ineficaz porque no está hecha a nombre del deudor (3).

b) Los bienes que la Sociedad asigna a un socio durante la existencia de la misma, por ejemplo, en caso de separación o de exclusión, cambian de propiedad y, por tanto, están sujetos al impuesto de transmisión (4).

c) Los mismos socios pueden constituir más Sociedades, incluso de responsabilidad ilimitada, con tal que hayan tenido la intención de crear entes jurídicos diversos, por ejemplo, por el domicilio, por la clase de comercio: la identidad de todos los socios no basta a hacerlas considerar como sucursales de una sola y misma Sociedad (5).

d) Cuando el legítimo representante de la Sociedad adquiere de buena fe una cosa mueble, de un socio que carecía del derecho de disponer de ella, ésta se halla protegida por la máxima «la posesión de las cosas muebles equivale al título», y por esto, el propietario, que la podría reivindicar el socio culpable, no puede reivindicarla de la Sociedad, que es un tercero de buena fe. Esto rige igualmente respecto de la entrega de las cosas aportadas por los socios (6).

e) Una Sociedad puede tomar parte en otras Sociedades mercantiles, tanto de responsabilidad limitada como ilimitada, y

(1) Arts. 106 y 216, Código de Comercio.

(2) Código civil, art. 1.267, núm. 2. Así ocurre aun en el caso de que el socio liberado viniese obligado, en razón de su responsabilidad ilimitada, a garantizar las obligaciones sociales: Casación Turín, 20 de Marzo de 1886; *Monit.*, 409.

(3) Art. 1.987, Código civil; Casación Turín, 9 de Marzo de 1893; *Foro*, 1.290, Apéndice Luca, 21 de Abril de 1899; *Giurisprudenza italiana*, 486.

(4) Nuestra jurisprudencia lo ha reconocido muchas veces, aplicando el impuesto de transmisión a la asignación de casas hecha mediante sorteo por las Sociedades cooperativas de construcción: Casación Roma, 18 de Enero de 1902; *Foro ital.*, 432; *Id.*, 26 de Marzo de 1896; *Id.*, 1.077 y las otras allí citadas.

(5) *Unaquaque societas est diversa et separata ab alia non obstante quod personae materialiter sint eadem; devotio unius in aliam minime influit*: CASAREGIS, *Disc.*, 39, núms. 18 y siguientes.

(6) Conforme Apelación Roma, 12 de Noviembre de 1903; *Rivista di dir. comm.*, 1904, 136; TARTUFARI, *Effetti del possesso*, II, núm. 895; STAUB, art. 306, § 11; RIESENFELD, *Monatsschrift f. Aktienrecht*, 1895, pág. 233 y la jurisprudencia allí citada. En contra, TRÖPLONG, *Prescrip.*, 934, 884.

puede administrarlas y vigilarlas por medio de sus representantes. Así, una anónima puede tomar parte en una de responsabilidad ilimitada, por ejemplo, colectiva, ya que el patrimonio de una anónima puede aumentar ilimitadamente por todos los medios de adquisición con que se acrece el patrimonio de un comerciante, y si la misma aporta todo su patrimonio en la Sociedad colectiva, extendiéndolo a todos sus bienes presentes y futuros, lo aporta ilimitadamente (1).

Se arguye que una Sociedad de responsabilidad limitada no puede garantizar ilimitadamente a los acreedores de una Sociedad colectiva, pero cuando a propósito de la anónima (art. 76, núm. 3.º), la ley habla de responsabilidad limitada, se refiere a la responsabilidad limitada de los accionistas, no a una responsabilidad limitada de la Sociedad, que, cual persona autónoma, responde con todo lo suyo de las deudas sociales. La solución afirmativa está en la ley: si las Sociedades mercantiles pueden realizar cualquier acto de comercio (art. 76), y la adquisición de una cuota de Sociedad mercantil es un acto de tal naturaleza, toda Sociedad anónima podrá adquirir una de esas cuotas concurriendo a la Constitución de una Sociedad colectiva, regular o irregular; el silogismo es perfecto. Solamente en el caso que la Sociedad anónima fuese simulada, sólo entonces se podría destrozar este vano simulacro y considerar ilimitadamente responsables a los accionistas que intentaron sustraerse al peso de la responsabilidad ilimitada constituyendo una Sociedad anónima ficticia, la cual a su vez concurriría a formar la Sociedad colectiva para realizar sus negocios con el beneficio de la responsabilidad limitada. En tal hipótesis, los accionistas de la anónima deberían considerarse como los verdaderos socios de la colectiva, en lugar de la Sociedad simulada. Pero sin presentar la hipótesis de un engaño, es frecuente el caso de varias Sociedades anónimas que constituyen una colectiva para colocar sus productos a interés común sin los riesgos de la competencia; el Sindicato indirecto así constituido tendrá a lo sumo la naturaleza de Sociedad regular o irregular de responsabilidad ilimitada, y no vemos la razón de anularla.

f) El juramento y el interrogatorio deben deferirse a la Sociedad y no a cada uno de los socios; la Sociedad lo presta por medio de sus órganos administrativos (2).

(1) Conforme VIGHI, pág. 155. Recientemente la Casación de Turín ha admitido que una Sociedad anónima puede ser socia de una colectiva, en sentencia de 20 de Julio de 1906; *Riv. di dir. comm.*, 302. En contra, MANARA, pág. 284; SRAFFA Y BONFANTE, *Riv. di dir. comm.*, 1922, 609.

(2) MATTIROLI, II, núm. 779 y siguientes, 787; LESSONA, II, 148; QUARTA,

307. Las Sociedades mercantiles tienen carácter mixto de fundaciones y de Corporaciones, de instituciones patrimoniales y personales (1). No son meras fundaciones, porque los socios concurren como titulares de las cuotas y de las acciones a administrar el caudal hacia el fin social. No son meras Corporaciones, porque precisan de un capital de fundación, se disuelven cuando éste se ha perdido total o aun solo parcialmente (art. 185, número 5), y continúan existiendo aunque todas las acciones se recojan en las manos de un sólo accionista (vid. 3.^a edición, número 750). El elemento personal y el patrimonial concurren en cualquier forma de Sociedad; es errónea la fórmula vulgar que califica a las Sociedades por acciones como Sociedades de capitales, como si en éstas no existiesen vínculos personales (número 350). Lo cierto es que el elemento personal y el patrimonial concurren en diversa medida, y el ordenamiento de la Sociedad se apoya ya sobre uno, ora sobre otro, para acrecentar su propia estabilidad.

308. Las Sociedades mercantiles, aun cuando desempeñan servicios públicos, conservan el carácter de instituciones de derecho privado. Aunque el Estado delegue en las mismas alguna de sus funciones, su organismo queda francamente destacado del Estado y pretende una finalidad propia y privada, la de lucro en beneficio de los socios.

Se han llamado instituciones públicas a las Sociedades que explotan una red ferroviaria del Estado, porque están sujetas a una continua vigilancia del mismo y porque la industria que ejercen interesa esencialmente a la vida económica y política del país.

Pero, en realidad, la naturaleza pública o privada de la industria no influye en lo más mínimo sobre el carácter jurídico de la empresa; puede influir sobre el carácter del empleado destinado al ejercicio de aquel servicio y otorgarle la condición de funcionario público, pero no sobre el carácter de la empresa de que depende. Existen entre nosotros Sociedades italianas y hasta extranjeras que asumen las más delicadas funciones de la administración pública, como la exacción de impuestos, la emisión de billetes de Banco, los transportes postales terrestres y marítimos, y estas instituciones conservan el carácter propio de su Constitución aun cuando ejerzan un servicio público. Para determinar su

L'interrogatorio e il giuramento delle persone giuridiche, núms. 147 y siguientes, limitado a las Sociedades anónimas.

(1) Vid. en sentido contrario FERRARA, *Riv. cit.*, pág. 114; LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, vol. II, págs. 249 y siguientes; ambos las incluyen entre las Corporaciones.

naturaleza, de si son instituciones de derecho público o privado, no se debe atender al objeto de su industria, sino que se debe considerar la razón por la que fueron constituidas, las fuentes de donde provino su capital y el fin que se proponen; si tienden al bien social o al de los accionistas; si los que *pro tempore* las dirigen y administran lo hacen en cumplimiento de una función social o para tutelar los propios intereses; si su patrimonio, después de la liquidación va a parar al Estado, al Municipio, a los pobres o a los accionistas: el examen ha de ser complejo, pues se trata de hacer la síntesis de un organismo. Nada importa que el Gobierno se haya reservado la facultad de aprobar los Estatutos y la modificación de la Sociedad; ello altera tan poco la esencia de la institución como la alteraba durante el tiempo en que la autorización era necesaria para todas las Sociedades. Si esta intervención del Gobierno bastase para transformar la índole de la institución, todas las Sociedades creadas durante la vigencia del Código antiguo y que aun subsistan, deberfan llamarse instituciones públicas.

Para poner en evidencia la diferencia esencial que existe entre una institución pública que ejerce el comercio y una Sociedad, compárese el ordenamiento de ésta con el del Banco de Nápoles, del que hubo de ocuparse la Casación de Roma para determinar la responsabilidad de sus funcionarios. En el cuerpo moral cual es el Banco de Nápoles, el patrimonio no pertenece a los accionistas; es un patrimonio que se emplea en las operaciones de Banca para aumentar el bienestar económico del país; el lucro que con él se obtiene, va a aumentar ese fondo de utilidad pública. Para regular el ejercicio de esta pública función, el Estado y los otros entes, como la Provincia y el Municipio en que se ramifica la administración pública, participan en la administración del Banco de Nápoles, incluso escogiendo a las personas encargadas de la misma, cual el Director general, el Consejo de Administración y el Consejo general, y hasta suspendiéndolas o destituyéndolas, reemplazándolas por un Comisario regio. El Estado, que ha dictado los Estatutos y Reglamentos del Banco, vigila continuamente, por medio de inspectores, su cumplimiento, de forma que hace considerar a la institución como un ramo de la Administración pública (1).

(1) Casación Roma, 26 de Julio de 1893; *Foro*, 424; id., 17 de Julio de 1897; *Foro*, 852; id., 21 de Junio de 1901; *Temí*, 844. Admirablemente, FADDA Y BENZA, 1, págs. 192 y sigs. Vid. también RUFFINI, libr. cit., pág. 384, o QUARTA, *L'interrogatorio e il giuramento delle persone giuridiche e degli enti collettivi*, Roma, 1900, pág. 194. La comparación podría útilmente repetirse con las Cajas de Ahorros fundadas por accionistas.

Esencialmente distinto es el organismo de una Sociedad, aun cuando ejerza una función pública. Se presenta como un organismo autónomo que se coloca ante el Estado en nombre de sus intereses particulares, con un fin de lucro, al que legítimamente dirige su propia actividad. En estas Sociedades, la Asamblea es el supremo poder social al que van a parar todos los otros; la Asamblea nombra a los Administradores, que gozan de la confianza de la misma, y éstos se reúnen y deliberan sin ingerencia alguna del Estado. La vigilancia interna de la Sociedad es ejercida exclusivamente por los Síndicos, elegidos asimismo por la Asamblea. Estos Administradores y estos Síndicos cumplen la misma función asignada por el Código de Comercio a los Administradores y a los Síndicos de las otras Sociedades mercantiles, ni más ni menos. A nadie puede ocurrírsele el considerarlos como funcionarios públicos investidos de públicas funciones y sujetos por sus culpas a las figuras de delito y a las penas que son imputables a los funcionarios de la administración pública, verbigracia, malversación, cohecho, etc. Ciertamente que el Estado ejerce una acción de policía y vigilancia sobre los servicios públicos confiados a estas Sociedades, pero es una vigilancia establecida en defensa del público, no una tutela que, como la que existe en las instituciones de carácter público, se halla establecida en defensa de la institución misma para completar su capacidad y para custodiar el patrimonio y el fin contra los abusos de los Administradores. La ausencia de esta tutela interna con la cual el Estado suele desplegar su solicitud hacia la institución que con él coopera al bien común, es una prueba de que dichas Sociedades son instituciones de carácter privado (1).

309. ¿Pueden las Sociedades mercantiles adquirir por herencia o donación? La cuestión no es académica. Son frecuentes los Estatutos de las Sociedades cooperativas que las autorizan para adquirir donaciones y legados: ¿debe el Juez considerarlos conformes a ley y aprobarlos? Son frecuentes asimismo los casos de Sociedades salvadas de inminente ruina por la generosidad de sus Administradores, con empréstitos o afianzamientos de capital perdido: quien las hizo el centro de su propia actividad, quien aportó su nombre al caudal de las mismas, quien se halla acusado de negligencia en sus deberes administrativos, tiene a veces sacri-

(1) Conforme casación Turin, 21 de Febrero de 1891; 28 de Noviembre de 1891; *Foro*, 1891, 567; 1892, 37; Apelación Roma, 25 de Marzo de 1899; *Foro*, 476. En contra, Apelación Milán, 22 de Enero de 1890; *Foro*, 261; 30 de Octubre de 1890; *Monitore*, 1.063.

ficado su propio patrimonio en aras del resurgimiento de la Sociedad: estas liberalidades, a menudo cubiertas con un título oneroso, ¿deberán estimarse nulas por incapacidad del beneficiado? (1). Por otro lado, la estabilidad e importancia financiera de las Sociedades mercantiles, ofrecen frecuentemente una garantía, la única eficaz, a las benéficas intenciones de los donantes; quien quiere unir su país a una estación ferroviaria, proveerlo de un acueducto o de un punete; quien desea asegurar la publicación de una obra científica, alcanza con seguridad su fin imponiéndolo como carga a la Sociedad llamada a sucederle. En estas y en otras análogas hipótesis, el interés público no se opone, sino que invoca el respeto a la bienhechora institución. Si forzando la interpretación del acto de última voluntad, fueren llamados cada uno de los socios a la sucesión a la que el testador quiso que la Sociedad fuera llamada, se aventuraría su benéfico fin a todas las incertidumbres y peligros de que, sustrayéndolo a la voluntad de cada socio, se le quiso librar; se correría el riesgo de ver dividido entre los socios el capital que el testador quiso asignar, para una duración más larga que la vida de aquéllos, a la consecución del fin social. La capacidad de suceder y de adquirir por donación de las Sociedades mercantiles, no encuentra obstáculo en el ordenamiento jurídico, porque esta capacidad constituye la regla vigente para toda persona física o jurídica (2), porque las causas legítimas de adquisición son las mismas para los individuos que para las personas jurídicas (art. 433, Código civil) y porque las leyes han declarado cuáles son las personas jurídicas a las que se ha negado o limitado la capacidad de suceder, y entre éstas no están comprendidas las Sociedades mercantiles (3). Las objeciones no resisten: están dominadas por el prejuicio de que las Sociedades mercantiles no son personas jurídicas, y nosotros hemos ya contestado ampliamente a esta objeción (números 292 y siguientes). Se añade que las Sociedades tienen una capacidad limitada para ejecutar actos de comercio (art. 76); pero como nosotros limitamos la validez de la donación al caso en que tenga por fin promover o ejercer el comercio social, la ob-

(1) Vid. un ejemplo de señalada liberalidad a favor de la fábrica de Ianni A. Rossi, de Milán, 27 de Abril de 1891, *Monitore*, 859, en que el Director abandonó por un bienio a favor de la Empresa los intereses del 6 por 100 sobre dos millones en acciones que constituían su fianza. Recientemente en Venecia, el Conde Doriá del.e Rose, Presidente de la Banca Popular, arruinada por abusos del Cajero, la regalaba dos millones para sustraerse sí a mismo y a sus compañeros de administración de toda responsabilidad.

(2) Código civil, arts. 723 y 1.053.

(3) Código civil, arts. 932 y 1.060.

jeción cede ante la limitación que establecemos (1). Se afirma que de este modo se benefician personas físicas sin determinarlas; pero esto ocurre normalmente cuando se benefician Corporaciones, y valga el ejemplo de las liberalidades hechas en beneficio de Sociedades de socorros mutuos, a las cuales nadie ha negado capacidad para suceder. Se ha temido que resurjan bajo formas de Sociedades mercantiles y por la complaciente tolerancia de la jurisprudencia, las Corporaciones suprimidas; pero, puesto que la suma concedida debe necesariamente emplearse en el comercio social, ese peligro no existe. Se ha temido que personas incapaces puedan beneficiarse por medio de la Sociedad; mas el temor se desvanece si se considera que en tales hipótesis, la disposición hecha bajo el nombre de persona interpuesta carecería de eficacia (art. 773, Código civil); sin embargo, la vigilancia del Ministerio público, que debe concurrir a la constitución de las Sociedades por acciones y de las mutuas de seguros y que puede en cualquier momento hacer revocar el Decreto que las reconoce, tutela suficientemente el orden público (2).

(1) Código de Comercio, arts. 76 y 4.º Admiten la capacidad jurídica de las Sociedades mercantiles para recibir por testamento: MIRAGLIA, en los debates habidos en el Senado, *Lavori preparatori*, vol. I, parte 1.ª, pág. 587; GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, núms. 129 y 137; FADDA Y BENSA, pág. 811; VIDARI, núm. 739; Apelación Turín, 1.º de Febrero de 1889; *Giurisprudenza tor.*, 266; RING, *Aktiengesellschaft*, 2.ª edición, pág. 296 y los autores allí citados (pero sólo para las anónimas); VAVASSEUR, 5.ª edición, núm. 27 ter; LYON CAEN ET REHAULT, II, núm. 119; NEULESCO, págs. 169 y siguientes. De conformidad, la jurisprudencia, en una sentencia de 30 de Marzo de 1881, del Tribunal civil del Sena; DALLOZ, 1883, 3, 31 (se trataba de un legado universal dejado para la publicación de una obra científica a una Sociedad editora). La tesis sostenida en el texto fue implícitamente acogida por la Audiencia de Burdeos, 20 de Junio de 1893, y por la Casación de 29 de Octubre de 1894; DALLOZ, 1896, 145, donde fallaron: *Sil s'agit d'une véritable société elle est capable de recevoir des donations*. La niegan: PESCATORE, en los debates habidos en el Senado relativos al nuevo Código de Comercio, *Lavori preparatori*, vol. I, p. 1.ª, pág. 587; ASCOLI, *Donazioni*, págs. 267 y siguientes; MARGHERI, 3.ª edición, núm. 9; VITALI, *Donazioni*, 1914, núm. 170; ROUSSEAU, *Questions nouvelles sur les sociétés comm.*, Paris, 1882, pág. 243 y siguientes; LABBE, nota en el *Journal du Palais*, 1881, 1.233; BAUDRY-LACANTINIERE ET COLIN, *Donations et testaments*, 1, núms. 228 y siguientes. Alejándose de todas las opiniones precedentes, FILOMUSI-GUELFI, *Successioni testamentarie*, Lecciones, 1900, pág. 65, considera válida la institución a favor de las Sociedades colectivas y comanditarias simples, y nula la hecha a las Sociedades anónimas por el principal motivo que los accionistas son mudables y por tanto inciertos (art. 830, Código civil). Pero, puesto que él reconoce que las Sociedades mercantiles son personas jurídicas distintas de los socios que las componen, se deduce lógicamente que el espíritu de liberalidad del testador pueda estar dirigido al beneficio de una persona determinada, aun cuando el instituido sea una Sociedad anónima, porque ésta puede ser cierta y determinada como cualquier persona física. A las otras objeciones se ha contestado en el texto.

(2) Código de Comercio, arts. 91, 96, 98 y 242. Conforme Apelación Turín.

§ 32.—EL CONTRATO

Sumario.—310. Definición.—311. Fin del contrato.—312. Número de socios.—313. El contrato de Sociedad es un acto de comercio.—314. Elementos especiales de este contrato.

310. La Sociedad surge mediante un contrato que se califica de *acto constitutivo*; más tarde, durante su existencia, puede aquélla aumentar el capital y el número de socios por medio de otros contratos que se pueden calificar de *contratos adjuntos*. Unos y otros tienen los mismos caracteres, con la diferencia de que los segundos presuponen la existencia de la Sociedad.

La Sociedad mercantil surge de un contrato «por el cual dos o más personas convienen en *formar con sus aportaciones un fondo social* con el fin de partir, las ganancias que puedan obtenerse en el ejercicio de uno o más actos de comercio». Es la definición que da el Código civil (art. 1.697), modificada por las disposiciones del Código de Comercio que son incompatibles con las del Código civil, la que hemos obtenido poniendo de manifiesto que las aportaciones de los socios no constituyen una comunidad de éstos, sino un patrimonio, una dotación de la Sociedad (1).

311. Con el contrato de Sociedad no acaece un trueque de valores o de cosas entre los socios, ni tampoco una comunicación de propiedad entre ellos. Con dicho contrato se realiza una asignación de bienes en propiedad o usufructo a la nueva persona a la que se da vida, con el fin de procurar a los socios, mediante la explotación de dicho fondo social, una ganancia que

16 de Noviembre de 1886; *Monit.*, 1887, 73; Casación Florencia, 10 de Febrero de 1887, *Foro*, 207; Casación Turín, 15 de Febrero de 1890; *Monit.*, 432; Casación Turín, 26 de Agosto de 1890; *Foro italiano*, 1.016. Casación Florencia, 29 de Noviembre de 1894; *Foro*, 150; Apelación Génova, 27 de Octubre de 1899; *Monit.*, 1900, 33.

(1) Vid. especialmente arts. 77, 82, 85, núm. 4 y 89 núm. 3, Código de Comercio; art. 418, Código civil; arts. 137 y 139, Código de procedimiento civil, y el examen que hemos hecho en el núm. 300 y sigs. MANARA, *Soc. comm.*, I, núm. 2, aplica sin más a las Sociedades mercantiles la definición del Código civil, salvo la referencia a la diversidad del objeto. Pero, según nuestras observaciones, no hay en esta materia un silencio del Código de Comercio que esté llenado por el Código civil: el Código de Comercio, cual ampliamente hemos demostrado, ha hablado y sus disposiciones modifican en un punto esencial la definición del Código civil.

no habrían podido conseguir si dicho fondo hubiera quedado dividido entre ellos. Si en el momento en que concluyen aquel acto constitutivo está *el uno frente al otro* como en cualquier otro acto bilateral y conmutativo, después, al ejecutarlo, cambian de postura y se encuentra *el uno al lado del otro*, porque mediante la escritura de Sociedad sus intereses opuestos se funden en un interés común: el contrato de Sociedad opera la transformación de sus intereses individuales y divididos en un solo interés colectivo.

312. En el contrato de constitución de una Sociedad pueden concurrir dos o más socios: el número mínimo es dos y el máximo es ilimitado. Nuestra ley no prescribe un número superior a dos, cual está dispuesto en muchas leyes extranjeras para las formas más complejas de Sociedad, como las anónimas. Incluso éstas pueden constituirse entre dos personas, salvo que después hay que hacer posible el ejercicio de la Sociedad, por ejemplo, la constitución de una Asamblea, mediante la cesión de las acciones.

313. El acto constitutivo de una Sociedad o el acto con el que se adhiere a otra Sociedad ya constituída, es indudablemente un acto de comercio (art. 3.º, núm. 5.º, 869, núm. 8.º). No figura entre los actos de comercio porque realice la acostumbrada función mediadora de facilitar la circulación de la riqueza, sino porque realiza una función preparatoria, instrumental, encaminada a crear un nuevo centro de actividad comercial.

314. Tres son los elementos esenciales propios de este contrato: *a)*, la constitución de un fondo social; *b)*, la división entre los socios, de las ganancias que se obtengan, y *c)*, el empleo de dichos fondos en actos de comercio.

Núm. I.—*La constitución del fondo social*

Sumario.—315. Es requisito para la existencia de una Sociedad la constitución de un fondo social: casos en que este requisito falta.—316. Significado jurídico de la palabra aportación.—317. No existe Sociedad si todos los socios aportan sólo el nombre.—318. Efectos de la aportación.—319. Tiempo y lugar de la entrega.—319 bis. Sanción para quien retarde la entrega de lo que ha aportado.—319 ter. Responsabilidad de quien aporte un crédito.—320. Sobre quien pesan

los riesgos y peligros de la cosa aportada.—321. Evaluación de la cuota.—321 bis. Evaluación de la cuota de industria.—322. Ningún socio puede ser obligado a aportar más de la cuota prometida ni tiene, tampoco, el derecho de hacerlo.

315. La intención de los contratantes debe hallarse encaminada a constituir un fondo social. La existencia del mismo, sea al principio como por toda la existencia de la Sociedad, es el presupuesto de todo su ordenamiento jurídico (1). Cada vez que el Código de Comercio o el civil hablan de capital social, se refieren a aquellos bienes que constituyen el patrimonio particular de la Sociedad, no a las garantías que los socios subsidiariamente prestan a la misma. Si el contrato no da lugar a la fundación de un fondo autónomo puesto a disposición de los administradores sociales para el ejercicio de los negocios de la Sociedad, no existe ésta.

Por tanto, no hay Sociedad si cada contratante continúa disponiendo de lo que ha aportado, como sucedería en el caso de que varios comerciantes convinieran en dividirse las utilidades de sus tiendas explotándolas separadamente. No hay Sociedad cuando el contrato viene a convertir propietario de todas las aportaciones a uno solo de los contratantes, cual ocurre en la asociación de cuentas en participación (art. 236, Código de Comercio). En este caso no hay contrato de Sociedad, porque no es intención de los socios el constituir un fondo social.

316. *Aportación* es en el sentido del Código palabra de significado amplísimo, porque equivale a toda prestación, y por tanto, a cualquier cosa que tenga un valor en uso o en cambio, a cualquier derecho, ya de propiedad, de uso, de usufructo, etc.; tanto si la prestación debe hacerse una sola vez al principio de la Sociedad, cuanto si debe hacerse por partes a petición de quien administre la misma o continuamente por toda la duración de ella, cual ordinariamente practica el socio de industria.

El significado jurídico de aquella palabra no corresponde a su significado filológico: no significa entrega, tradición, desembolso de la cuota, sino simplemente la obligación de dar, de hacer gozar a la Sociedad la prestación prometida. La entrega, el desembolso son considerados por la ley como actos posteriores de ejecución; para nuestra ley la aportación existe antes de la tradición. Cuota aportada, cuota prometida, cuota suscrita en el con-

(1) Código de Comercio, arts. 88, núm. 4; 89, núms. 3, 4 y 5; 96; 101; 104; 146 y 189, núm. 5, etc., Código civil, arts. 1.709 y siguientes.

trato social, son términos equivalentes en el lenguaje del Código: por tanto, deben considerarse aportadas por los accionistas, tanto las tres décimas que desembolsaron antes de la constitución de la Sociedad (art. 134), cuanto las siete décimas que suscribieron y que desembolsarán sólo cuando los administradores las reclamen, y por ello, deben estimarse como aportadas las contribuciones fijas desembolsadas o prometidas por los socios de una Mutua, aunque no deban pagarlas más que en el curso del ejercicio y después de su liquidación (1).

Ciertamente que la administración de la Sociedad es más expedita y factible, y la condición de sus acreedores más segura, cuando las cosas aportadas por los socios han sido entregadas y cuando el numerario metálico se ha desembolsado; más aún, la ley se ha preocupado tanto de esta idea, que ha negado el reconocimiento a las Sociedades anónimas si no han sido desembolsadas las tres décimas del capital suscrito (art. 131), y, con disposiciones comunes a todas las Sociedades, ha procurado asegurar con sanciones especiales la puntual entrega de las cosas aportadas (núm. 313). Subordinar la constitución de la Sociedad a la inmediata formación del total patrimonio social, hubiera resultado disposición desatinada y dañosa, pues que puede ser útil conceder tiempo a los socios para formarse, con el ahorro y también con las utilidades sociales, el capital prometido a la Sociedad; y puede ser útil dejarlo en sus caudales particulares, donde puede resultar más productivo y no costar nada a la Sociedad, mejor que reclamarlo para las cajas sociales antes de que se presente ocasión de emplearlo ventajosamente. Pero aun cuando no hubiese entrado una sola lira en las cajas sociales y ninguna de las cosas aportadas se hubiese entregado a los administradores, existiría, sin embargo, siempre una cuota social que está a su disposición y que ellos pueden materialmente constituir por medio del procedimiento ejecutivo.

317. La Sociedad que en el momento de constituirse no tiene por patrimonio más que el nombre de los socios, no existe, porque le falta una condición indispensable para su existencia: el fondo social (2). Ni puede decirse que el fondo social esté constituido

(1) En efecto, muchas disposiciones del Código señalan a la aportación y a la entrega como dos actos separados: la primera tiene lugar en la conclusión del contrato social, la segunda, de ordinario, posteriormente en la época determinada por el contrato o por la ley. Vid. art. 83: «El socio que tarda en *entregar la cosa aportada*»; art. 186: «El socio comanditario puede ser excluido cuando la cosa por él *aportada* a la Sociedad haya perecido *antes* de la entrega».

(2) Código de Comercio, arts. 88, 89, 100, 111, 189, núm. 5, etc.; Código civil, arts. 1.697 y 1.698.

por todos los bienes presentes y futuros de los socios, porque estos bienes no pueden formar parte simultáneamente del patrimonio de la Sociedad y del de los socios: si pertenecen a los socios, no pertenecen a la Sociedad. Añádase también que estos bienes no están a disposición de los Administradores para realizar las operaciones sociales y no constituyen una garantía especial de los acreedores sociales (1).

Sin embargo, la Sociedad puede reparar su vicio de origen formándose un capital con las utilidades: éstas equivalen a otras tantas entregas hechas por los socios, que habrían podido retirarlas y prefieren dejarlas en la caja social. Así, las cooperativas constituidas ilegalmente sin capital se colocan en las vías legales y no pueden ser disueltas, ya que subsanaron su vicio de origen mediante la posterior formación de un patrimonio (2).

318. La cosa puede ser aportada en propiedad, en goce, en uso, en usufructo, etc.; pero el legislador no ha hecho más que las dos primeras hipótesis, como las más frecuentes que son. Si se ha aportado en propiedad, el socio tiene las obligaciones de un vendedor (3); si lo ha sido en posesión, las de un arrendador:

(1) En tal sentido, un Decreto de la Audiencia de Venecia, 12 de Febrero de 1887, citado en la *Temí veneta*, 1888, 316, negó el reconocimiento a una Sociedad cooperativa a la que los socios pretendían aportar sólo su responsabilidad ilimitada. Así, Apelación Bolonia, 9 de Abril de 1897; *Foro*, 164; Casación Turín, 29 de Enero de 1897; *Giurisprudenza italiana*, 153 (esta sentencia considera irrisorio y por tanto inexistente un capital constituido con una lira por catorce socios); Apelación Turín, 4 de Julio de 1898; *Giurisprudenza italiana*, 1, 2, 789; MANARA, núm. 68; Conforme Casación francesa, 6 de Abril de 1853; DALLOZ, 1853, 1, 193, que considera inexistente una Sociedad comanditaria por acciones en que los socios colectivos no habían aportado nada y los comanditarios sólo se habían obligado a garantizar a la Sociedad de toda pérdida hasta cierta suma. Los escritores franceses se hallan muy divididos; no conceptúan legítima la aportación del solo nombre; AUBRY Y RAU, § 377₂; LAURENT, XXVI, núm. 143; VAVASSEUR, núm. 77; la creen legítima: PONT, *Des sociétés*, núms. 64 y 65; LYON - CAEN ET RENAULT, II, núm. 32.

Según las diferentes disposiciones del Código alemán (del 1861, arts. 85 y 86; Código del 1500, §§ 105 y 106) se considera posible en el territorio de su imperio una Sociedad colectiva sin patrimonio social. BEHREND, § 68₃; GAREIS UND FUCHSBERGER, art. 89, núm. 13; LEHMANN, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 1906, § 58, 11.

(2) Cual se demuestra por los arts. 1.309 y 1.310, Código civil; 189, núm. 5, Código de Comercio; MANARA, núms. 69 y 185, considera insubsanable dicho vicio de origen.

(3) Código civil, art. 1.709; Código suizo, art. 528; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, *Sociétés*, núm. 164; LYON-CAEN ET RENAULT, II, núms. 17 y siguientes, 23 y 310. Sin embargo, la aportación constituye una enajenación y no una venta, puesto que falta el elemento esencial del precio: no se halla, por tanto, sujeto al impuesto de registro de ventas mercantiles, sino al de aportación a la Sociedad; vid. Cas. Roma, 5 de Abril de 1892; *Foro*, 794; *Id.*, 6 de Mayo de 1891; *Foro*, 587; *Id.*, 28 de Septiembre de 1887; *Foro*, 1.233 y las otras allí citadas.

en el primer caso, las pérdidas y los aumentos de la cosa pasan a la Sociedad, y en el segundo, quedan del socio (1).

La ley presume que la cosa ha sido transferida en propiedad. Esta presunción en las relaciones entre los socios puede ser combatida por medio de cualquier prueba contraria que aparezca del contrato (2); pero todo pacto en contra no es eficaz frente a terceros si no se manifestó en la escritura de constitución (art. 88, núm. 4.º). Aun transmitiendo a la Sociedad la propiedad de la cosa, los socios pueden estipular entre sí un derecho de preferencia a la restitución al término de la Sociedad, caso de que la cosa no haya sido enajenada por razones sociales (3); este pacto, si resulta violado por los Administradores o los liquidadores, vendiendo sin necesidad la cosa reservada, podrá dar lugar a un derecho de indemnización del socio perjudicado contra los culpables.

(1) Código civil, arts. 1.715 y 1.731; Código de Comercio, art. 186, penúltimo párrafo. Adviértase, sin embargo, la excepción introducida por estos artículos para el caso en que la cosa aportada se pierda antes de la entrega.

(2) Casación Turín, 27 de Julio de 1920; Jurisprudencia Turinesa, 945. La fórmula del art. 82 del Código de Comercio convierte en general la presunción bastante limitadamente consignada en el art. 1.715 del Código civil, pero admite que se pueda combatir la presunción mediante cualquier prueba, con tal que se apoye en el contrato. Las intenciones restrictivas manifestadas en los trabajos preparatorios han sido superadas por el texto de la ley. Vid. la discusión en el Senado, del Relator LAMPERTICO, del Ministro y del honorable PESCATORE: «Toda interpretación indicial queda prohibida: o el contrato declara expresamente que se ha aportado sólo el uso o el usufructo, o bien en defecto de declaración expresa, consideraráis sin duda, que fué transferida la propiedad»; *Lavori preparatori*, vol. 1, p. 1.ª, págs. 616 y siguientes. En estos trabajos preparatorios se inspira la Casación Roma, 7 de Marzo de 1911; *Rivista di dir. comm.*, 206. El Código de Comercio alemán de 1861, art. 91, y hoy el Código civil del Imperio, § 706, al igual que nuestro Código civil, va con mucha prevención en presumir la transferencia de la propiedad. Por el contrario, concuerdan con nuestro Código de Comercio, el suizo, artículo 584; rumano, art. 83. En Francia se decide según la presunta intención de las partes; vid. LYON-CAEN ET RENAULT, II, núm. 28; PONT, I, núm. 63.

(3) A tenor del art. 236. El socio de industria que se proponga continuarla después de la disolución de la Sociedad, puede reservarse de esta forma el medio de emplear útilmente sus aptitudes personales. En el Registro de Comanditas de Bolonia, publicado por LASTIG, *Bologneser Quellen*, 1891, es frecuentísimo el pacto por el cual los socios estipulan para sí el derecho a obtener en la división, después de satisfechos los créditos sociales, la clase de géneros y mercancías que cada uno ha colocado en el patrimonio: vid. Contrato de 29 de Noviembre de 1589, página 36; 3 de Abril de 1625, pág. 40; 30 de Agosto de 1638, pág. 50; 15 de Abril de 1704, pág. 55; 16 de Diciembre de 1717, págs. 77 y 78; 12 de Mayo de 1732, pág. 108, núm. 23, y 17 de Febrero de 1780, pág. 116, núm. 18, donde se trata de una Sociedad comanditaria por acciones. Asimismo en varios contratos que hemos examinado en la Cancillería del Tribunal de Florencia, el socio de industria se reserva el derecho de recuperar las máquinas e instrumentos industriales por su precio justo o por el precio originariamente estimado. Vid. Contrato de 2 de Agosto de 1892, vol. I, fasc. 903; 13 de Abril de 1892, fasc. 841, y 24 de Agosto de 1891 fasc. 761, etc.

La aportación a la Sociedad produce los efectos de todo acto traslativo de dominio. Cuando se trata de cosas o de créditos individualmente determinados, pasan a ser propiedad social, por virtud del contrato (arts. 710, 1.125 y 1.538, Código civil). Cuando se trata de cosas indeterminadas, el tránsito tendrá lugar solamente mediante su especificación (vid. art. 1.450). Mientras las cosas no estén determinadas, los acreedores no se hayan bastante garantidos, ya que en caso de insolvencia de la Sociedad deben concurrir contra el patrimonio de los socios junto con todos sus acreedores particulares y partirse los remanentes por igual. Pero la aportación existe y es capaz para formar el patrimonio de la Sociedad (núm. 308).

319. La ley deja en libertad a los contratantes para fijar el tiempo y lugar de la entrega, pero suple las omisiones y vigoriza los acuerdos con sanciones de especial rigor, dictadas con el propósito de asegurar la efectiva e íntegra formación del fondo social, instrumento indispensable de una administración provechosa y garantía específica de los acreedores sociales. Con una disposición común a todas las Sociedades (art. 186, núm. 1 y 168), el socio que constituido en mora no entrega su cuota, puede ser excluido de la Sociedad.

Si el contrato no marca plazo de entrega, debe realizarse ésta apenas concertado aquél (1). El socio no puede eximirse de esta obligación objetando que la Sociedad no se haya constituido regularmente: ya porque el riesgo de disolución que siempre pesa sobre una Sociedad irregular no puede producir efecto alguno sino desde el día de la interposición de la demanda judicial (art. 99); ya porque el socio no puede invocar un defecto de forma que es imputable a su propia negligencia (art. 97). Sin embargo, el socio podrá sustraerse a la obligación de la entrega pidiendo, a su vez, la disolución de la Sociedad (art. 99): si esta demanda es admitida, el derecho a las aportaciones queda ineficaz, salvo los derechos de terceros sobre la garantía del patrimonio social (2). Igualmente, el socio no puede librarse de la obligación de aportar oponiendo al Administrador el que alguno de los otros socios haya faltado a la entrega, pues que el Administrador que actúa

(1) Código civil, arts. 1.173 y 1.707.

(2) Conf. MANARA, núm. 89, que critica justamente la doctrina sostenida en la 1.ª edición de este Tratado. Con justicia la Casación de Turín ha sostenido que la admisión de la demanda de disolución propuesta en vía de excepción por el socio y la consiguiente absolución del mismo de la demanda de entrega de su cuota, no le liberan de la demanda sucesoria de indemnización de perjuicios por el retraso en la entrega: sentencia de 2 de Julio de 1906; Foro, 1.176.

en juicio no es el incumplidor; sin embargo, tiene aquel socio el derecho de liberarse de la entrega pidiendo la disolución de la Sociedad cuando se cumplan las condiciones necesarias para ello (arts. 186 y 189, núm. 2).

319 bis. Quien retrasa culposamente la entrega de la cosa prometida debe resarcir a la Sociedad el daño del retraso; naturalmente que sólo el daño directo y previsible existente al tiempo del contrato; aquí la ley especial no ha aumentado el rigor de la ley común (1).

Si la cosa consiste en una suma de dinero, el socio moroso debe pagar en su lugar, además del resarcimiento del daño, los intereses mercantiles (2). Pero puesto que su retraso no le priva de la cualidad de socio, excepto en el caso de haber sido ya excluido de la Sociedad (arts. 186 y 168), conserva el derecho a su parte de utilidades, deducidos los intereses moratorios y el resarcimiento debidos.

319 ter. Si el socio ha aportado un crédito, es responsable de su íntegro y puntual pago (art. 80), diferentemente de lo que establece el Código civil en su art. 1.543. Por tanto, si el deudor no paga, el socio deberá pagar por él, además del capital, los intereses mercantiles desde el día del vencimiento y el resarcimiento del daño, lo mismo que si hubiese aportado una suma equivalente de dinero, porque ésta y no el crédito es lo que constituye la verdadera aportación. Pero si el crédito fué valuado por debajo de su valor nominal, el socio deberá sólo su valor convenido.

320. Entre las disposiciones consagradas en el Código para asegurar la íntegra constitución del fondo social, débese incluir la que pone a cargo de los socios comanditarios los riesgos y peligros de las cosas aportadas, mientras no hayan efectuado su entrega real a la Sociedad. La regla resulta tanto del párrafo penúltimo del art. 186 del Código de Comercio, como del art. 1.731 del civil. La disposición es común a entrambos, pero tiene sanción diferente, ya que en materia civil la pérdida de la cosa determina la disolución de la Sociedad, salva la obligación del socio culpable de resarcir los daños, mientras que en materia de comandita-

(1) Código de Comercio, art. 83; Código civil, 1.228.

(2) Si la obligación de pagar los intereses se halla conforme con la ley común (art. 1.231, Código civil), la obligación de resarcir el daño además de los intereses preceptuada en el art. 33 del Código de Comercio, está también en armonía con el art. 1.710 del Código civil.

rias determina la exclusión del socio, salva también, aquí, su deuda de resarcimiento para con la Sociedad. Así, según la tendencia de la ley mercantil, que favorece la conservación de estos centros de producción económica, la pérdida que ha sufrido un socio no se propaga a toda la Sociedad, toda vez que ésta puede también vivir sin su aportación.

El reconocimiento de esta regla trae por consecuencia el que nuestro derecho privado en materia de Sociedades se destaca de la norma general por la que los riesgos y peligros de la cosa enajenada se transmiten por el simple consentimiento (arts. 710 y 1.125, Código civil). Se destaca explícitamente, porque el Código civil dice (art. 1.731) que la cosa perece para el socio mientras no la haya *realmente* aportado, y el Código de Comercio, apartándose más paladinamente de toda ambigüedad, si es que existe, hasta acabar con la disensión que por mucho tiempo se agitó en el derecho francés, declara que la cosa perece para el socio si perece antes de la *entrega*; y esta palabra sustituyó a la palabra *aportación*, que se leía en el proyecto preliminar, par terminar con el prolongado equívoco (1).

La ley pone los riesgos de la cosa que aún no ha sido confiada al patrimonio social, a cargo del socio, como pone a cargo del mismo los riesgos del crédito aportado mientras no esté íntegramente satisfecho (art. 80), y por este sistema consigue eficazmente el propósito de que la Sociedad inicie su ejercicio teniendo a su propia disposición el capital. Si los riesgos pasasen a la Sociedad en el contrato social, se podría tener este resultado: que el socio perjudicado por el siniestro llegaría a ser socio sin haber aportado *realmente* nada, y que los acreedores sociales tendrían por garantía un patrimonio social bastante inferior al que públicamente se les prometió, inferior en la suma de la cosa perdida. Por otro lado, no es éste el primer caso en que el legislador, regulando los contratos traslativos de propiedad, abandona el principio dominante en el derecho común (art. 1.125, Código civil) para retrasar el paso de los riesgos y peligros a la misma inhe-

(1) *Lavori preparatori*, Exposición al proyecto presentado al Senado por los Ministros VIGLIANI Y FINALI, volumen 1, p. 1.^a, págs. 330 y 395. Conforme con la interpretación del texto: GIORGI, *Obblig.*, 6.^a edición volumen IV, núm. 256; COVIELLO, *Del caso fortuito*, pág. 339. En contra, MANARA, 1, núm. 76; pero por mantenerse fiel a la dominante doctrina francesa, después de tantos cambios de textos legales, MANARA, pág. 146, se ve obligado a decir «que la disposición del Código de Comercio es una disposición errónea e infelicitísima que agravó el error del Código civil»; pero el intérprete va en contra del pensamiento legislativo cuando, por respeto a la lógica del sistema, no tiene en cuenta una modificación del legislador, introducida por la especial razón de fortificar el ordenamiento de las Sociedades.

rentes hasta la entrega real: ya de ello hay otro ejemplo en el contrato de riporto (art. 73₂).

321. La cuota de cada socio debe hallarse indicada y valuada en el contrato social, por estos tres fines: *a*), para determinar cuál será el capital de ejercicio y la garantía inicial de los acreedores sociales; *b*), para determinar la parte de cada socio en las utilidades y en las pérdidas; *c*), y la parte que corresponda a cada uno en la división, a título de reembolso del capital.

No existe en el sistema legal una presunción de igualdad entre las aportaciones, como se prescribe para la comunidad (art. 674, Código civil), porque si la ley manda que se declare en el contrato cuál es el valor atribuido a cada cuota y la forma de su evaluación, esto no deja margen a la presunción de igualdad, y el silencio del contrato va integrado con todo medio de prueba (artículo 88, núm. 4.º, y 89, núm. 5.º) (1).

El valor de las cosas aportadas debe determinarse en el contrato social (arts. 88, núm. 4.º, y 89, núm. 5.º). En su silencio, el valor viene determinado por el precio corriente el día establecido para la entrega (art. 81). Si el contrato no señala este día, débese tomar por guía el valor corriente en el día del contrato, porque este día es decisivo para la entrega, considerando que cuanto se debe sin término fijo, débese inmediatamente (art. 1.173, Código civil). Con dificultad se lograría hacer siempre decisivo el día del contrato, en lugar del fijado para la entrega (2), sosteniendo que en aquel día la propiedad de la cosa aportada con sus riesgos y peligros pasa al comprador y que, por esto, desde ese día los riesgos de pérdidas y aumentos en el precio deben pasar a la Sociedad. La ley en toda esta materia de las aportaciones se inspira en este concepto materialista, pero práctico, de que se debe tener en cuenta la entrega real, porque sólo ésta coloca a la Sociedad en situación de utilizar las aportaciones de los socios para la explotación de su industria.

A esta regla se atiene el legislador al determinar el momento en que los riesgos materiales de la cosa aportada pasan del socio a la Sociedad (núm. 315), y a esta regla debemos atenernos al

(1) Apelación Gen., 4 de Septiembre de 1913; Trib. Gen., 680. En contra, RAMONI, Trib. de Ap., 1916, 65.

(2) MANARA entiende los arts. 1.731 del Código civil y 136 del Código de Comercio como si en ellos se hubiese escrito que los riesgos pasan del socio a la Sociedad el día en que se cierra el contrato, y por tanto nos lleva a las soluciones dadas por el derecho común para el tránsito de la propiedad y de los riesgos y peligros (núms. 73, 75, 76 y 92), mientras que fué intención del legislador romper con la perplejidad mediante la expresa llamada al hecho de la entrega.

fijar el momento en que pasan los riesgos económicos de su evaluación, porque las dos reglas van lógicamente unidas. Quien interpreta el art. 81 como si tuviese escrito «se entiende convenido el valor corriente el día del contrato», retorna al texto de un proyecto preliminar que fué abandonado como consecuencia de las críticas que le fueron hechas (1).

La evaluación de la cosa aportada puede decirse por los socios en cualquier tiempo, refiriéndose también a su valor en el día de la entrega; si la cosa ya no existe, se podrá recurrir a la descripción que de la misma haya sido hecha en el inventario, y a todo otro medio de prueba.

321 bis. La evaluación de la cuota aportada por el socio de industria en las Sociedades colectivas y en comandita simple (núm. 429) puede hacerse igualmente en el contrato social: Dicha evaluación puede servir para tres fines, y se determinará según la intención de los contratantes el fin para el cual se entienda: a), para constituir el capital social; b), para determinar cuál será la parte de aquel socio en las ganancias y pérdidas (art. 1.717, Código civil), y c), para determinar su parte en la división del patrimonio social. En su primera función, dicha evaluación puede producir efectos engañosos a la buena fe de terceros, porque valuando la industria como cuota de capital, se les ofrece una garantía que será difícilmente realizable en caso de ejecución o de quiebra, y que excepto el caso de un seguro sobre la vida del socio de industria, se perderá con su muerte.

En la duda, debe estimarse que no ha sido hecha para la formación del capital de la Sociedad, ni para la división del activo social al término de aquélla (núm. 812, 4.^a edición), sino sólo para el cálculo de las ganancias y pérdidas:

Si en los Estatutos de una Sociedad, la industria de un socio aportada para toda la duración de dicha Sociedad fué evaluada en 10.000 liras, los acreedores sociales no pueden obligar a los herederos de aquél a desembolsar aquella suma en proporción de los años en que no ha trabajado, porque aquel valor convencional fué dado a su industria (art. 88, núm. 4), teniendo en cuenta las causas que podían interrumpirla.

(1) En efecto, el texto actual, que marca para la valuación de la aportación *el día de la entrega*, fué acogido como consecuencia de las observaciones de la Casación de Nápoles y de los Tribunales de Apelación de CAGLIARI Y TRANI, los cuales manifestaron: «Cuando el día del vencimiento de la obligación de entregar la cosa aportada fuese posterior a la fecha del contrato, sería justo tomar, en su lugar, por base el valor corriente del día de la entrega, y por tanto deberíase introducir en el artículo la correspondiente distinción.» Trabajos preparatorios, 1, 1, pág. 329.

322. Ningún socio puede ser obligado por la mayoría a entregar más de cuanto ha prometido, ni a dejar en el fondo social las utilidades que, según el contrato, le correspondan, ni aun para completar el capital anteriormente disminuído o renovarlo cuando ha desaparecido, excepto en los casos en que esto se prescriba por la ley, como en las Sociedades comanditarias (1). A la inversa, ningún socio puede entregar una cuota social superior a la pactada, ni aumentarla dejando las utilidades que le pertenezcan: éstas, no quedarán en las cajas sociales a título de aportación, sino de depósito (2).

Núm. 2.—*División de las ganancias entre los socios*

Sumario. — 323. Qué se entiende por beneficios sociales.— 323. bis. Cómo deben distribuirse.—324. La ganancia debe ser el producto de la hacienda social.—324 bis. La demuestra que incluso la industria de las Sociedades mutuas de seguros producen ganancia.—325. División de los beneficios entre los socios;—derechos del socio industrial.—325 bis. Pactos leoninos.—326. Si se puede convenir el pago de los intereses a los socios, aunque no haya ganancia.—326 bis. Si el socio tiene derecho a la división anual de beneficios, ante el silencio del contrato.

323. *Las ganancias, los beneficios, las utilidades sociales, frases equivalentes en el derecho italiano, comprenden toda ventaja patrimonial de origen social que va a aumentar la fortuna par-*

(1) Vid. núms. 376 y 398; Código civil, art. 1.709; Arg. Código de Comercio, arts. 96, 108 y 158; para las Sociedades comanditarias, véase art. 117; PONT, I, núms. 312-314; LYON CAEN ET PENAUT, II, núm. 33 bis. Tribunal Roma, 2 de Agosto de 1909; *Foro. it.*, Rep. 1909, véase *Società*, núm. 55; Expresamente, Código de Comercio alemán (1861), art. 92; Código civil del Imperio, § 770; Código suizo, art. 757_g; Código húngaro, § 70. En contra, Código civil austriaco, § 1.189; Código prusiano, I, 17 y 91, según los cuales, se pueden excluir al socio que no desembolse el nuevo fundo para el fin social.

(2) MANARA, núm. 67; VOVASSEUR, I, 636; PONT, I, núms. 312 y 314; DE LANGLE, núm. 364, que con razón llama evidente a estos principios. Por el contrario VIDARI, 4.ª edición, núm. 986, considera con VENTURI, pág. 226, que la parte de ganancias dejada en el fondo social debe estimarse como cuota de aumento. Pero si tiene razón VENTURI, que explica el Código alemán, donde se dice en el art. 107 (§ 120 del Código actual): «la ganancia de cada socio se añadirá a su porción de fondo social», se equivoca VIDARI, porque un socio no puede cambiar el contrato social a su antojo, aumentando su aportación y con ello su derecho a los dividendos.

ticular de los socios y disminuye las cargas (1). Esta definición más amplia que la tradicional, que comprende sólo las utilidades que se dividen entre los socios, se ha hecho necesaria por la consideración de que en la definición debemos comprender todos los beneficios que los socios puedan conseguir por el trámite de una Sociedad (núm. 302), y puesto que encontramos incluidas entre las Sociedades las cooperativas de cualquier especie y las de seguros mutuos, debemos deducir de ello que en el concepto del Código, el ahorro de gasto obtenido por el socio de una cooperativa de consumo o de crédito y hasta el ahorro de gasto obtenido por el socio que se asegura en una mutua, son también ganancias. Y es una deducción lógica, que se halla de acuerdo con los hechos, porque a un ahorro en el gasto corresponde una ganancia, cuando se considera en la reducción que el patrimonio habría sufrido si se hubiese hecho el gasto normal (2).

323 bis. No sucede que todas las ganancias se distribuyen entre los socios, ya al término de cada ejercicio, ya al fin de la Sociedad. Parte de ellas puede ser consagrada a más nobles fines, como contribución de la empresa a aquellos sentimientos de solidaridad social que facilitan su ejercicio. Por consiguiente, la Sociedad no se desnaturaliza porque una parte de las ganancias se destine a constituir un fondo de pensiones, de seguros a los empleados; o también a fines más generales, a formar un fondo de resistencia para combatir las luchas del trabajo contra el capital, a socorrer las instituciones de socorros mutuos, de beneficencia o de culto. Es cuestión de medir: si el fin esencial de la empresa deja ganancias para los socios en la doble forma de un dividendo o de una economía en los gastos, hay un contrato de Socie-

(1) Esta definición lleva consigo la exclusión del número de las Sociedades de todas las asociaciones que se proponen fines extraños al lucro. Vid. el desenvolvimiento de esta investigación en el lugar en que se trata de las Sociedades civiles.

(2) Este concepto más amplio de la ganancia en materia de Sociedades se halla conforme con las enseñanzas del derecho romano: vid. ley 52, § 12 y 13, D. *Pro socio* (17,2); MAYNZ, II, § 310; ARNDTS-SERAFINI, § 317; PLANIOL, Nota de DALLOZ, 1895, II, 220. Este concepto, más amplio que el acogido generalmente por los escritores de derecho civil en Francia y entre nosotros, se impone después que nuestro Código de Comercio, separándose de los Códigos extranjeros, incluyó entre las Sociedades mercantiles a las cooperativas y las de seguros mutuos. Conforme con texto, BOLAFFIO, *Società commerciali e società cooperative. Temi ven.*, 1900 (págs. 57 y 58 del extracto); ARCANGELI, *Le cooperative di mutua assicurazione*, en el *Foro italiano*, 1900, I, 398; GOBBI, *Le società di mutuo soccorso*, pág. 25; MANARA considera ganancia el ahorro de gasto que hace el socio de una cooperativa, pero con poca lógica excluye de las ganancias el ahorro de gasto que hace el socio de una mutua de seguros: *Società*, vol. I, núms. 117, 123 y 131.

dad; si éste es un pretexto para cubrir un fin político, artístico o religioso, no hay más que una apariencia de Sociedad (1).

324. La ganancia de los socios debe derivar de la misma fuente, es decir, de la hacienda, del organismo económico constituido por el contrato social. Cuando la ganancia es resultado de su actividad separada, no hay Sociedad y, por tanto, su ganancia no es ganancia social. Así, si varios industriales compran a sus comunes expensas una fuerza hidráulica o una máquina y acuerdan emplearla por turno (2); si acuerdan no hacerse recíproca competencia trabajando cada uno bajo una razón distinta (3); si uniéndose en número considerable, obtienen rebaja de los proveedores o de los ferrocarriles, no hay Sociedad, porque falta el organismo industrial que produce la ganancia divisible entre los socios.

324 bis. Fué negado el carácter de *beneficio* a la economía de gasto que se obtiene asociándose en una mutua de seguros. Pero, en verdad, la negación era legítima cuando la función de la mutua se reducía al nuevo oficio contable de repartir al fin de cada ejercicio la suma de los siniestros entre los socios, y la economía de gasto hecha por los socios no tenía ningún carácter positivo. Pero hoy día en que las mutuas se hacen anticipar una *cuota fija* y reparten al fin de cada ejercicio un beneficio en dinero que se paga en numerario metálico o que se computa en disminución de las cuotas futuras o se emplea en acrecer el capital asegurado, la economía ha tomado el carácter positivo y concreto de una ganancia.

Se opone en contra como argumento el que esta economía de gastos no es el resultado de un proceso industrial, sino una mera operación de contabilidad que las mutuas efectúan en cada ejercicio. Este estrecho concepto de su función industrial ha deter-

(1) Conforme Casación Turín, 29 de Enero de 1897; *Giurispr. ital.*, 153; id. 25 de Enero de 1899; id., 631; Casación Roma, 5 de Marzo de 1899; *Foro ital.*, 1900, 310 (es cuestión de apreciación de los Estatutos); Apelación Turín, 20 de Octubre de 1899; *Cons. comm.*, 1900, 59; Apelación Bo'onia, 23 de Febrero de 1900; *Giurispr. ital.*, 248; id., 11 de Junio de 1901; *Foro*, 1.046; Apelación Milán, 31 de Enero de 1906; *Monitore*, 169; id., 16 Junio de 1905; *Giurispr. ital.* 530; MANARA, 1, pág. 233, nota 1, 287; GOBBI, en el *Monitore*, 1896, 771.

(2) Casación francesa, 4 de Enero de 1842; *Sirey*, 1842, 1.231; LYON-CAEN ET RENAULT, II, núms. 36, 85; PONT, I, núm. 301; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, núms. 10 y 555.

(3) Casación Turín, 14 de Noviembre de 1885; *Monitore*, 1.138; Apelación Nápoles, 2 de Julio de 1900, *Giurispr. ital.*, 703.

minado la construcción jurídica de MANARA (I), tan inadecuada con la realidad de las cosas. La mutua ejerce una industria que tiene ciertamente por esencia repartir las contribuciones sociales entre los damnificados, pero no puede aquélla prestar este servicio al mínimo costo y con seguridad perfecta, según su fin, sino operando con las múltiples advertencias de un tecnicismo muy complicado. Cuando las mutuas se limitaban a repartir anualmente las indemnizaciones entre los perjudicados de su región, ellas faltaban a su fin apenas el granizo, el incendio, la mortandad o las tormentas afectaban a un gran número de asociados. Para ponerse al seguro de estas crisis, para reducir de veras al mínimo el precio del seguro, debieron las mismas extender, por medio de intensa propaganda, su esfera de acción en un territorio extensísimo, nacional e internacional; proveerse de Consejeros técnicos para la prudente relación de los riesgos y para la liquidación de los siniestros (Agrimensores, Médicos, Ingenieros): buscar en los reaseguros activos y pasivos un medio para aumentar el número de sus riesgos y para igualar su importe; debieron buscar los más lucrativos, los más diversos empleos de los capitales recogidos; para disminuir el costo del seguro y debieron con prudentes y lentas divisiones de las utilidades, asegurarse de la fidelidad de los socios y defender los ejercicios futuros de las sorpresas de siniestros más graves. La economía de gastos que ellas procuran a los socios es, pues, el resultado de una industria mercantil técnicamente compleja, que buscando un útil resultado económico, el del seguro al mínimo precio, tanto la Sociedad mutua cuanto los socios arriesgan pagar su iniciativa con el desengaño de una quiebra (2).

325. El contrato señala ordinariamente la medida de beneficios que corresponde a cada socio; es más, debe señalarla, si quiere ser conforme a la ley (art. 88, núm. 5.º, 89, núm. 6.º); pero, ante su silencio, se encuentran en el Código civil algunas reglas que pueden suplirlo. La primera regla es ésta (art. 1.717):

(1). Vid. las citas hechas en la nota 22.

(2) En efecto, las Sociedades mutuas están incluidas entre los actos objetivos de comercio (art. 3.º, núms. 18 y 20) porque tienen fin de lucro. Así se lee en el *Informe parlamentario* MANCINI-PAZQUALI, núm. CXXXVIII: «No puede decirse que falte en estas asociaciones el fin de lucro, el cual, si no se ha estipulado recíprocamente a cargo de terceros, está, sin embargo, estipulado recíprocamente a cargo de los socios entre sí». Vid. volumen I, núm. 89, nota 89. La jurisprudencia ha reconocido siempre a las utilidades que las Sociedades mutuas reparten entre los socios el carácter de una renta sujeta al impuesto de la riqueza mueble; ley de 24 de Agosto de 1877, art. 30; Apelación Milán, 28 de Abril de 1899, *Foro*, 1.098; Casación Roma, 14 de Diciembre de 1900; *Foro*, 1.901, 153.

ante el silencio del contrato, cada uno participa en las ganancias y pérdidas a proporción de cuanto ha aportado. Esta regla *excluye cualquier presunción de igualdad de ganancias y pérdidas entre los socios* (núm. 316).

La segunda regla es ésta (art. 1.717₂): cuando un socio no aporta más que su trabajo, sea técnico ó administrativo, su parte en las ganancias y pérdidas se estima, ante el silencio del contrato, igual a la del socio que aportó la suma o porción menor. El socio industrial que encuentra lesiva esta igualdad no puede pedir la evaluación de su aportación, a tenor del art. 81, como si éste hubiese derogado la regla escrita en el art. 1.717 del Código civil. Derogación no hay, porque el primero supone la aportación de cosas y no de obras, la entrega de cosas y no la prestación de obras, la existencia de un precio corriente que puede encontrarse para las cosas, no para las obras, que tienen un valor distinto según los individuos que sean. Además, la regla escrita en el artículo 1.717 no es una regla dictada para la evaluación de la industria aportada por el socio, sino una regla encaminada a interpretar la voluntad de los socios sobre el punto del reparto de las ganancias, y, por tanto, las dos reglas no recaen sobre la misma materia y no son incompatibles entre sí (art. 5.º, Disp. prel.).

Cuando todos los socios aportan la propia industria, se debe estimar el valor de cada aportación para determinar su parte en las ganancias o en las pérdidas. Si los socios no son más que dos, y el uno aporta el trabajo y el otro una suma de dinero, la estimación es supérflua porque las partes se reputan iguales, no en virtud de la presunción escrita en el art. 674 para las cuotas de los comuneros, sino porque se debe aplicar también en este caso la regla por la que el socio de industria tiene derecho a las utilidades en la medida del socio que aportó la suma menor.

Generalmente se señala un salario al socio industrial a fin de que pueda vivir, como se asigna un interés a los proveedores del capital. Esta asignación debe ponerse a cargo de la explotación como un gasto, y debe pagarse aunque en el ejercicio haya pasivo. Sobre las utilidades netas que resten después de este pago, el socio industrial tendrá aún derecho a una parte de los beneficios igual a la cuota menor. Pero también deberá participar en las pérdidas, no sólo en el sentido de que si no hay utilidades que repartir, nada podrá obtener de su industria además del salario pactado, sino también en el sentido de que cuando se haya agotado el capital social deberá responder, respecto a terceros, con responsabilidad ilimitada, si así lo permite la naturaleza de la Sociedad, y respecto a los socios en razón de la porción que le fué asignada, y ante el silencio del contrato, en razón de las pér-

didadas que recaen sobre el socio que ha aportado la suma menor (art. 1.717, Código civil).

Estas reglas ceden ante una voluntad contraria, expresa o tácita. Si contrariando a la ley, los contratantes dividieron los beneficios en medida distinta de la proporción de las cuotas, las pérdidas se deberán dividir en la medida de los beneficios, no en la de las cuotas, porque las pérdidas son el contrapeso de los beneficios (1).

325 bis. La libertad de los contratantes se detiene ante dos límites esenciales para la validez del contrato: a), es nula la convención que atribuye a uno de los socios la totalidad de las ganancias; b), es nula la convención que atribuye a uno de los socios la inmunidad de toda pérdida para los capitales puestos en Sociedad (art. 1.719, Código civil). No se puede escapar de estas sanciones asignando a un socio una parte irrisoria en las ganancias o en las pérdidas.

La Sociedad de responsabilidad ilimitada no elude estas sanciones, por cuanto que los socios responden con todos sus bienes de las deudas sociales y, por tanto, corren el riesgo de perder todo su patrimonio. La ley considera a la Sociedad en su autonomía, en su patrimonio social, puesto que este sólo es lo que constituye el fondo de explotación de la Sociedad, y no tiene en cuenta aquella garantía que se da en vía subsidiaria a los acreedores sociales. Así, pues, la sanción le ataca aun cuando un socio de responsabilidad ilimitada se hubiese exonerado de toda pérdida referente a las cosas que hubiera aportado.

No se halla amenazado por esta sanción el pacto por el que el socio que ha provisto el capital se estipula para sí el reembolso con las primeras utilidades. En esta hipótesis no se puede afirmar que el socio capitalista no haya corrido los riesgos, pues que los corrió efectivamente durante todo el período necesario para su reembolso. Ni se puede afirmar que de este modo la Sociedad queda sin capital, porque el reembolso está hecho con las utilidades y el patrimonio social queda intacto. Ni se puede afirmar siquiera que el socio capitalista que se estipula el derecho al reembolso explota al de industria, porque reembolsado el capital, el socio de industria se coloca en condiciones iguales al otro y convertido en socio de capital, dividirá en caso de liquidación el patrimonio

(1) Apelación Génova, 6 de Agosto de 1890, *Foro*, 1891, 86; Apelación Génova, 22 de Junio de 1877; *Eco*, 767. Conforme Código suizo, art. 530₃; MANARA, núm. 140; PONT, I, 434; LAURENT, XXVI, núm. 282; DELANGLE, núm. 376; VASSEUR, núm. 136; Casación francesa, 11 de Enero de 1865; *Dalloz*, 1865, 1, 9.

social con el primero. Hay aquí una aplicación del mismo concepto que para las Sociedades anónimas inspiró el art. 144.

Es también lícito el pacto que priva al socio de todos los beneficios por una cláusula penal cuyo rigor pueda evitar (1); el pacto que le haga soportar las pérdidas sólo cuando excedan de un límite (2); el pacto que le otorga la preferencia en las utilidades hasta una congrua medida (*acciones privilegiadas*); el pacto que le exonera de los riesgos por un cierto período de tiempo (3), y el pacto que limita sus pérdidas a las utilidades de la industria (4) o a los intereses del capital que haya aportado (5). La renuncia a una parte de los beneficios a cambio de otras ventajas y la exención de una parte de las pérdidas a cambio de otro sacrificio, son mutuas concesiones que tienen su razón de ser en interés de las partes y en la reciprocidad de las prestaciones: el Juez no debe reemplazar a los contratantes para determinar la conveniencia. Pero si son traspasados aquellos dos límites esenciales, la nulidad no se limita al pacto leonino; la Sociedad, es nula totalmente. Sería injusto imponer el vínculo social a quien se hubiese atribuido todos los beneficios o a quien se hubiese exonerado de toda pérdida para hacer pasar a los socios por una ley esencialmente distinta de la deseada: esta pena, cuyo alcance nadie puede valuar, no está escrita en la ley y no puede ser aplicada por el Juez (6).

326. ¿Se puede convenir el pago de los intereses a los socios aun cuando no haya ganancias?

Hay en esta materia, según las diversas formas de Sociedad,

(1) PONT, núm. 441; LYON-CAEN ET RENAULT, II, núm. 44; VAVASSEUR, núm. 131.

(2) Apelación Venecia, 23 de Diciembre de 1884; *Temí ven.*, 1885, 7; Casación Florencia, 10 de Diciembre de 1885; *Temí ven.*, 1886, 2 (en este caso los accionistas privilegiados estaban expuestos al peligro de perder su capital sólo cuando se hubiese perdido el capital social desembolsado por los otros accionistas); Apelación París, 27 de Julio de 1869; *Journal du Palais*, 1870; 226; Casación francesa, 9 de Julio de 1885; *Dalloz*, 1886, 301.

(3) Casación Roma, 16 de Junio de 1917; *Rass. Comm.*, 1917, 132.

(4) Apelación Génova, 30 de Junio de 1885; *Giurispr. genov.*, 226; Apelación Venecia, 6 de Julio de 1886; *Temí*, 412.

(5) Casación Florencia, 31 de Mayo de 1881; *Temí ven.*, 431. No se debe, por tanto, seguir la doctrina francesa por la que el socio deberá quedar expuesto al menos a la pérdida del capital: vid. LYON-CAEN ET RENAULT, II, números 40 y 46; PONT, núms. 457-459; LAURENT, XXVI, núm. 293; THALLER, *Annales*, 1892, 297; Casación francesa, 14 de Junio de 1882; *Dalloz*, 1884, 1, 222; Apelación de Donai, 26 de Abril de 1888; *Annales*, 1888, 204.

(6) MANARA núm. 141; TROPLONG, núm. 662; AUBRY ET RAU, § 377g; LAURENT, XXVI, núm. 295; LYON-CAEN ET RENAULT, II, núm. 48; THALLER, 3.ª edición, núm. 388.

una graduación de prohibiciones adecuadas a la naturaleza económica de aquéllas. En las Sociedades por acciones rige la prohibición absoluta, porque no dan a sus acreedores otra garantía que el capital social y éste no debe desaparecer bajo forma de intereses: la prohibición puede ser limitada sólo temporalmente para facilitar la implantación de las Sociedades industriales (artículo 181). En las Sociedades comanditarias rige la misma prohibición para el socio comanditario, a fin de que no retire bajo el nombre engañoso de intereses lo que ofreció públicamente, en garantía, a los acreedores sociales (art. 117). Pero para los socios de responsabilidad limitada, la prohibición no se encuentra en la ley, y el intérprete no puede aplicarla. Probablemente el legislador ha pensado que se debían conciliar las garantías de los acreedores con la necesidad de los socios de responsabilidad ilimitada, para quienes los intereses periódicos pueden ser una necesidad alimenticia porque muchas veces aquéllos dedican toda su actividad y todos sus capitales a la empresa social; quizá ha considerado que los intereses pagados a los socios de responsabilidad ilimitada van a aumentar el patrimonio de éstos, y por tanto, no se sustraen a la garantía de los acreedores sociales. Por otra parte, ¿no estarán éstos advertidos, por la publicación legal del contrato social, del peligro que amenaza disminuir su garantía? Y quien teme las sorpresas, ¿no podrá, antes de contratar con la Sociedad, hacerse exhibir el balance? La reducción del capital social resultante de aquella retirada de intereses ha sido ya anunciada en la escritura de constitución; ¿por qué deberá darse el aviso con las mismas formalidades cada vez que se efectúe la reducción por el reembolso de intereses que no han sido cubiertos por utilidades equivalentes? La ley manda que se publique el acuerdo de reducción del capital social (art. 96), no su ejecución; y puesto que dicha reducción está ya implícitamente acordada en la escritura social que se supone debidamente publicada, una segunda publicación a cada reembolso de intereses no es necesaria (1).

(1) Conforme con el texto, ARCANGELI, *La società in accomandita semplice*, núms. 151 y 152; Casación francesa, 28 de Julio de 1886; Dalloz, 1897, 148. En contra, MANARA, núm. 144. Combatiendo nuestra opinión, éste recuerda también el art. 247, núm. 2, que castiga a los Administradores cuando hayan distribuido a los socios intereses no sacados de las utilidades efectivas. La cita sería decisiva, pero antes precisa probar que se puede relacionar con las Sociedades colectivas o en comandita simple, lo que nos parece difícil. En contra también SACERDOTI, *Dir. comm.*, 1900, 581 y siguientes. Adviértase que el pago de los intereses en cualquier caso es tan compatible con el ordenamiento de las Sociedades colectivas y en comandita simple que el Código alemán (Código del 1891, arts. 106 y 108; Código 1900, §§ 120, 121 y 122) concede a todos los socios el derecho al interés del 4 por 100 sobre su cuota que han de detrarse aunque no haya ganancia.

Nótese, sin embargo, que ante la duda del contrato social debe estimarse que los socios han pactado el pago de los intereses en atención a las ganancias presuntas, y que por ello, sólo cuando éstas existan realmente, y en la medida de las mismas, es cuando aquéllos deben pagarse. Esta interpretación secunda la probable intención de los contratantes, los cuales pusieron juntos el capital por toda la duración de la Sociedad, a fin de conseguir beneficios y no para volverlo a tomar con el título de intereses. Dicha interpretación tiene asimismo el mérito de mejorar la condición de los socios industriales exonerados de la obligación de sufrir la pérdida de los intereses debidos a los capitalistas. Ella, en fin, aumenta el crédito de la Sociedad y las garantías de los acreedores sociales (1).

326 bis. Cada año la Sociedad debe practicar, junto con el inventario propio, la cuenta de ganancias y pérdidas (art. 22); pero no se puede reconocer a todos los socios de cualquier especie de Sociedad un derecho al reparto anual de las utilidades, como si hubiere una ley o costumbre que hiciesen de ello una regla general, llamada a actuar ante el silencio del contrato. Puede ocurrir que por la brevedad de la empresa o por la dificultad de exactas evaluaciones, los socios hayan callado de propósito, con el prudente fin de defender el porvenir de la Sociedad, y el socio que adujese aquella pretensión para obligar a los otros a repartir las utilidades al fin de cada ejercicio, no encontraría fundamento alguno en la costumbre o en la ley. Y a la verdad, beneficios y éridas no existen definitivamente más que al fin del contrato social, confrontando la suma de las aportaciones con lo obtenido de la liquidación: la verificación periódica de las ganancias y pérdidas que la ley prescribe, tiene por fin advertir a los socios la situación financiera de la Sociedad, no el constatar una ganancia definitiva y divisible, y lo que se llaman ganancias no son en realidad si se mira al ciclo total de la hacienda social, más que créditos sobre la utilidad final. Se suele aducir una regla consuetudinaria para justificar su derecho al reparto anual de los beneficios (2); pero nuestras investigaciones nos convencen de que esta

(1) En sentido contrario, el Código de Comercio alemán de 1861, art. 103: «No hay ganancia si antes no se pagan los intereses, por los cuales se aumenta o constituye la pérdida de la Sociedad.» Vid. los motivos poco convincentes de este artículo en VENTURI, págs. 221 y siguientes: el mismo no se ha librado de las censuras (vid. BEEREND, § 70, nota 6), y el nuevo Código alemán ha abandonado este sistema, excluyendo ante el silencio del contrato todo derecho a los intereses.

(2) DELANGLE, núm. 125; PONT, I, núm. 431; II, núm. 1.477; LYON-CAEN ET RENAULT, II, 56; VIDARI, 4.ª edición, núm. 985; MANARA, núm. 138; NAVARRINI, núm. 15. Adviértase que si bien el legislador alemán ha reconocido a los so-

costumbre no existe en todas las Sociedades y que no fué establecido en el Código, como se puede demostrar por el art. 187², donde no se concede al socio excluido el derecho a reclamar la liquidación de su cuota al fin del ejercicio anual, sino sólo cuando las utilidades y las pérdidas sean repartibles a tenor del contrato social. El examen de muchísimos contratos (1) nos ha demostrado que los socios, habiendo señalado un interés fijo al capital y un salario a los socios industriales para que puedan atender a la ne-

cios el derecho a reclamar las utilidades anuales, donde esto no redunde en manifiesto perjuicio de la Sociedad (Cód. 1861, art. 108; Cód. 1900, § 122), les ha reconocido asimismo el derecho de dejar en el fondo social, para aumento de la propia cuota, las ganancias, considerando que los comerciantes estiman a la Sociedad por todo el tiempo de su duración como un solo todo; y manifiestan, ciertamente, cada año el estado de sus negocios, pero proceden a la formal liquidación sólo en el acto de la disolución». VENTURI, *Comm. all'art. 107*.

(1) Ya en los contratos estipulados en el siglo XIV por los Peruzzi y por los ALBERTI (PERUZZI, *Storia del comm.*, etc., págs. 241, 242 y 272) aparece la costumbre de liquidar las ganancias al fin de la Sociedad (a los 2, 5 ó 6 años). Así ocurre en el modelo de Sociedad en comandita dado por PERI, *Il negoziante Istruito*, parte 1, cap. XIII. Igualmente, en casi todos los numerosos contratos, cerca de 70 (tomados del Registro de Comanditas de Bolonia, del año 1583 al 1788, publicados por LASTIG, *Bologneser Quellen*, Halle, 1891), en los que los contratantes regulan el reparto de los beneficios, se concede una asignación fija al socio industrial o también a todos los socios, y se conviene en acumular las utilidades al capital, en convertir las en aumento del capital, en incorporarlas a la masa, ordinariamente por entero, a veces por mitad o por un tercio; pero la retirada parcial se consiente sólo en los últimos años de la Sociedad, de ordinario a los 3 de los 5 ó 6 que la misma debe durar. Contratos: 10 de Diciembre de 1614, pág. 35; 7 de Noviembre de 1620, pág. 39; 17 de Noviembre de 1625, pág. 43, núm. 49; 15 de Abril de 1704, pág. 56, núm. 19; 17 de Agosto de 1715, pág. 66, núm. 10; 28 de Mayo de 1716, pág. 69, núms. 13 y 20; 22 de Febrero de 1717, pág. 74, núm. 4; 15 de Septiembre de 1717, pág. 75, núm. 3; 25 de Abril de 1719, pág. 81, núm. 18; 13 de Febrero de 1722, pág. 85, núm. 9; 7 de Octubre de 1748, pág. 99, núm. 11; 16 de Mayo de 1732, pág. 108, núm. 19. La misma costumbre es hoy más viva que nunca, puesto que para el trienio 1890-1892, en las Cancillerías de los Tribunales de Roma, Florencia, Bolonia y Venecia, los socios convienen en dejar buena parte de las utilidades como aumento del capital, generalmente del 10 al 50 por 100. A veces se prescribe al socio que desembolsó un capital menor o no desembolsó ninguno, dejar todas las utilidades hasta que se haya formado una cuota igual que los otros; así, de socio industrial, se transforma en capitalista. En otras ocasiones y para mayor garantía, se acuerda depositar dicha reserva en un establecimiento de crédito o en una Caja Postal de Ahorros; vid. Cancillería Tribunal de Florencia, vol. 1, fasc. 835; En contra, 4 de Abril de 1892; volumen 1, fasc. 791; 18 de Noviembre de 1891; volumen 1, fasc. 680; 17 de Febrero de 1891; volumen 1, fasc. 590; 17 de Junio de 1890; volumen 1, fasc. 591; 20 de Junio de 1890; Cancillería Tribunal Venecia, fasc. 550; 20 de Febrero de 1892; fasc. 571; 2 de Mayo de 1892; fasc. 574; 18 de Mayo de 1892; fasc. 545; 25 de Enero de 1892, etc. Esta general solicitud por el porvenir de la hacienda social y por la garantía de sus acreedores, por la que los socios sacrifican el cobro inmediato de los beneficios, demuestra que la costumbre mercantil es en realidad más cauta y más honrada que la que los escritores se imaginan.

cesidad de la propia subsistencia, suelen dejar todas las utilidades o parte de las mismas en la caja social, especialmente durante los primeros años, considerando que las ganancias pueden ir seguidas de pérdidas en los ejercicios futuros y forman de este modo un fondo de reserva que se consolida con el capital. Si se puede atribuir a los socios la intención de disfrutar las ganancias, puede asimismo ocurrir perfectamente que los mismos hayan tenido la intención más prudente de acumularlas, a fin de que la Sociedad pueda formarse, casi diríamos automáticamente, un aumento de capital para explotarlo a medida que con el aumento de experiencia y de notoriedad pueda ella extender con más confianza su esfera de acción. Esta variedad de intención y de fines no nos permite obtener una regla general que reconozca, ante el silencio del contrato, a toda especie de Sociedad, el derecho al reparto anual de las utilidades.

§ 33.—LAS FORMAS Y SUS SANCIONES

(Las Sociedades irregulares) (1)

Sumario.—327. Motivos de las formas impuestas por el legislador para la constitución de las Sociedades mercantiles.—328. La escritura.—328 bis. Las firmas auténticas.—329. Las publicaciones.—330. Condición jurídica de las Sociedades irregulares.—331. La misma condición viene cumplida en las Sociedades anónimas irregulares.—331 bis. Las Sociedades irregulares existen también como personas jurídicas.—332. Las Sociedades irregulares en las relaciones recíprocas de los socios. Falta de escritura.—333. Derecho de disolución.—334. Las Sociedades irregulares en las relaciones de los socios con los acreedores sociales.—335. Continúa.—336. Resultados.—337. Posición del socio colectivo en una Sociedad irregular.—338. Posición de los accionistas.—339. Defecto en el

(1) Sobre este intrincado asunto ha vuelto MANARA, llegando con meritorias investigaciones a resultados en gran parte ciertos, en la *Giurispr. ital.*, 1896, I, 1, col. 15 y siguientes, en el *Dir. comm.*, 1896, 481 y siguientes; 1897, col. 5; en la *Giurispr. ital.*, 1898, IV, col. 1 y siguientes; y 1899, I, col. 1.011, en nota a la sentencia de 6 de Julio de 1899 de la Casación de Turín. De estos escritos y de las polémicas que los mismos suscitaron, vid. BONELLI, *Arch. giurid.*, volumen LVIII (1897), págs. 414 y siguientes y *Rivista di dir. comm.*, 1906, I, págs. 9 y siguientes y 112 y siguientes; DE ROSSI, *Temi ven.*, 1896, págs. 553 y siguientes; BOLAFFIO, *Temi ven.*, 1899, págs. 537 y siguientes fué inducido a extender y completar el estudio de esta institución, elaborando los conceptos fundamentales que habíamos expuesto en la 1.ª edición, núms. 302-308 y 330 y en el *Foro ital.*, 1895, 447.

contenido de las publicaciones.—340. Condición de los acreedores particulares de los socios.—341. Publicaciones de actos referentes a Sociedades irregulares.—342. Las modificaciones no publicadas se entienden no ocurridas, tanto respecto a terceros como respecto a los socios.—343. La modificación publicada opera simultáneamente en las relaciones internas y externas.—344. Cualquier modificación del contrato social debe ser publicada.

327. Las Sociedades mercantiles se constituyen ordinariamente siguiendo un complicado sistema de formas que fueron aconsejadas por las mismas razones sociales, si bien difieren de una especie a otra de Sociedad. Fueron indicadas en interés de la misma Sociedad, para que faciliten el crédito y la administración dando a conocer una vez para siempre a quien contrata con aquélla cómo está regulada su administración y cuáles son sus garantías; y fueron indicadas en interés de los acreedores particulares de los socios para que estén advertidos del menguado patrimonio de sus deudores; en interés de los acreedores sociales a fin de que puedan medir su confianza según el importe del capital y según la industria social; por fin, en interés del fisco, para que pueda exigir de la Sociedad su contribución, no sólo en el acto de su constitución, sino durante su ejercicio.

Cuando las formas legales no han sido observadas, la voluntad de los socios encaminada a la formación de un ente patrimonial autónomo, establemente ordenado, no alcanza completamente su fin, porque éste se halla expuesto al peligro de una disolución imprevista y ruinoso. La ley considera este estado irregular de existencia como un motivo de perturbación del orden económico y jurídico, y busca prevenirlo o reprimirlo con sanciones directas e indirectas, civiles y penales.

328. *La escritura.*—El contrato de Sociedad debe hacerse por escrito (arts. 87, 220 y 240): esta norma legal está de acuerdo con la naturaleza de las cosas y con el uso, puesto que es evidente la utilidad de sustraer a los falibles e interesados recuerdos de los contratantes y testigos las cláusulas de un contrato complejo y valedero para muchos años (1).

(1) Generalmente las leyes extranjeras sancionaron la obligación de la escritura y algunas hasta bajo pena de nulidad: vid. Código francés, art. 39; Ley belga, art. 4; Código español, art. 119; Código portugués, art. 594; Código argentino, artículo 393; Código brasileño, art. 300. Pocas leyes, siguiendo el ejemplo del Código alemán de 1861 (art. 85), estiman válido el contrato de Sociedad cuando no se haya otorgado documento alguno; vid. Código húngaro, § 64; y Código suizo, artículo 552.

El *contrato escrito* es la base normal de todas las publicaciones posteriores; pero no debe considerarse esencial hasta tal que en defecto del mismo deba la Sociedad considerarse como inexistente. No hay en el Código una sanción de nulidad por la falta de escritura que dé a la misma el carácter de elemento constitutivo y esencial a la existencia de las Sociedades: es más el Código mismo dice que la falta de escritura las priva sólo de la existencia legal, esto es, regular (art. 98), y presentando la hipótesis de que aunque falte la escritura subsistan las Sociedades, prescribe que deben responder frente a terceros de las obligaciones contraídas, no obstante la falta de la mentada escritura (art. 99). La omisión de la escritura se puede subsanar recurriendo a la vía judicial, a fin de que el Juez declare que la Sociedad existe, y la sentencia formará la base de la publicidad legal sucesiva.

El Código determina igualmente las indicaciones que deben hacerse constar en el contrato social, pero la escritura debe estimarse regular si puede ser complementada con las normas supletorias del Código de Comercio o civil, por ejemplo, sobre evaluación de los bienes aportados por los socios (art. 81), sobre su derecho de administración (art. 107) y sobre distribución de las ganancias (art. 1.717, Código civil). Estas normas han de estimarse tácitamente establecidas por los contratantes y rigen tanto entre los socios como frente a los acreedores sociales, cual si se hallasen consignadas en el contrato social (1).

328 bis. *Las firmas auténticas.*—Las suscripciones de los socios deben ser autenticadas: es ésta una regla general que por lógica fuerza de reglas esparcidas, más que por disposición determinada del legislador, resulta de nuestro sistema legislativo. Según este sistema, la publicidad que se realice en los registros públicos y en las hojas oficiales debe tener por base un documento auténtico precedente, porque dicha publicidad legal tendería una insidia a la buena fe del público si sirviese para divulgar la existencia de una Sociedad basada sobre un contrato de incierta procedencia (piénsese en la falsedad de las firmas). Así ocurre que dicha autenticación se exige en nuestro Código para las Sociedades colectivas y comanditarias (art. 90). Así, se impone tal forma auténtica a las Sociedades por cuotas y por acciones, sean anónimas cooperativas o civiles (arts. 128, 129, 130, 220 y 229), ya se constituyan simultáneamente (art. 128), ya mediante la

(1) Arts. 88, 89, 220 y 240, Código de Comercio; Apelación Génova, 17 de Marzo de 1902; *Temì genov.*, 178; Apelación Bolonia, 17 de Diciembre de 1901; *Temì*, 1902, 13; MANARA, *Società*, 11, 2, pág. 522.

suscripción sucesiva de las acciones (arts. 129 y 130); en esta hipótesis la autenticación del Notario se exige a continuación de cada una de las suscripciones, precisamente porque la escritura de constitución redactada después de la Asamblea general con el concurso del Notario, no lleva las firmas de todos los accionistas, sino sólo la de los que quisieron tomar parte en la misma y conceder su firma (art. 136). Así, con singular homogeneidad de disposiciones, el legislador ha dado una base cierta y uniforme a las obligaciones de los socios, la autenticación de sus firmas, y ha logrado impedir que ninguna forma de constitución escape de esta exigencia legal. Si se considera que a estas suscripciones, que son la verdadera fuente del capital social, habrán de recurrir los Administradores (art. 166), el liquidador (art. 202) y en general todos los acreedores de la Sociedad, ya directamente, ya por medio del Administrador de su eventual quiebra, durante toda la vida de aquélla, y no ya sólo contra los socios originarios, sino también contra sus herederos, después de muchos años, se comprenderá entonces la necesidad de proporcionar una base segura a estas obligaciones fundamentales de la Sociedad.

Por tanto, a una Sociedad debe tenérsela por irregularmente constituida cuando no haya recogido la firma de los socios en forma auténtica. Se infiere ciertamente del art. 90 que exige a las Compañías colectivas y comanditarias (art. 91) las firmas autenticadas en el extracto depositado en la Cancillería (Secretaría del Juzgado); se infiere asimismo del art. 128, que prescribe sea estipulada en instrumento público la Sociedad por acciones constituida simultáneamente; y se infiere, por último, del art. 130, que dispone sean autenticadas las suscripciones de las acciones en la constitución sucesiva de las Sociedades por acciones. La inobservancia de estas formalidades encuentra su sanción en la declaración del art. 98, que deduce explícitamente la constitución ilegal de la Sociedad, con todas las consecuencias que esta ilegalidad lleva consigo. Si a pesar de esta inobservancia fundamental la Sociedad pudiese considerarse como constituida regularmente, con todas las limitaciones de responsabilidad que una constitución regular produce, los socios obtendrían un beneficio de la inobservancia de la ley, porque cualquiera que quisiera actuar contra ellos debería probar la verdad de la suscripción de los mismos (artículo 1.320 y siguientes, Código civil); y en las prolongadas demoras de estos difíciles juicios, especialmente frente a los herederos que declarasen no reconocer la letra de su autor (art. 1.322, Código civil), podrían fácilmente desaparecer las garantías de los acreedores sociales, con evidente perjuicio del comercio, que necesita de procedimientos seguros y expeditos. Sin razón se objeta

que este rigor llevaría a considerar irregular a la Sociedad cuando los anuncios no contuvieran todas las minuciosas manifestaciones prescritas por los artículos 88 y 89 del Código de Comercio, pues que hay que tener en cuenta que la sanción de la ley se haya limitada al defecto en las formas y no se extiende al contenido de los anuncios (núms. 329 y 339) (1).

329. *La publicidad* es más o menos complicada según las diversas especies de Sociedad, y por tanto razonaremos tratando particularmente de las mismas. Mientras, se puede advertir que tiene los siguientes caracteres comunes:

a) La publicidad de los actos sociales equivale a una declaración pública y solemne hecha por los socios a quienes han de ser acreedores de la Sociedad, con lo cual se obligan directamente para con éstos a garantizar las deudas sociales, en la medida indicada por aquella publicidad.

b) Los anuncios prescritos para la constitución de la Sociedad deben practicarse en la forma establecida por la ley. No pueden suplirse entre sí ni ser reemplazados con equivalentes, aunque éstos puedan dar a los actos sociales una mayor publicidad de hecho, puesto que el Código dice que la Sociedad no se haya legalmente constituida hasta que no se han llevado a efectos los anuncios legales (art. 98). El defecto en los anuncios, aun cuando sea imputable al oficial público, por ejemplo, al Canciller o al

(1) En este sentido se expresa una jurisprudencia ahora ya concordante; vid. por último: Casación Turín, 14 de Abril de 1905; *Foro*, 828; *id.*, 22 de Junio de 1908; *Foro*, 1.444; *id.*, 24 de Marzo de 1909; *Foro*, 1.517; *id.*, 22 de Mayo de 1909, *Foro*, 1.387; *id.*, 9 de Septiembre de 1906; *Monit.*, 964; NAVARRINI, *Dir. comm.*, 1905, 161; DE GIULI, *Monit.*, Trib., 1909, 41; GUERRA, *Foro it.*, 1917, 33.

La doctrina contraria ha sido recientemente desfeudada por BONELLI, *Rivista di dir. comm.*, 1908, 11, 26; por A. SCIALOJA, *Foro*, 1908, 552; y por MANARA, *Rivista di dir. comm.*, 1910, 11, 40. Pero no puede menos de observarse que este último autor recoge en la jurisprudencia que reconoce contrariamente a su tesis la necesidad de la autenticación de las firmas, lo que ha sembrado, porque se lee en su *Trattato sulle società commerciali*, vol. 11, núm. 539, pág. 225: «He dicho que la suscripción en forma auténtica ha sido impuesta por el legislador para asegurar seriedad y autoridad en los registros de Cancillería. Por el contrario, ¿qué seriedad, qué autoridad tendrían estos registros si a alguien le fuese lícito hacer transcribir en ellos por juego o por broma, prescindiendo de intentos maliciosos o fraudulentos, un contrato de Sociedad simulado por él y que él quiera hacer pasar como mediado entre otros? etc.» En verdad, si se piensa que la Sociedad se ha a destinada a convertirse en un centro de actividad económica para terceros que la pueden confiar sus capitales, se comprenderá el peligro de que aquella pueda operar con firmas falsificadas de socios, o con firmas de personas incapaces, y cómo las inserciones hechas en los registros públicos, por oficiales públicos, de contratos inexistentes o nulos, aumentan el mal de dichas falsificaciones e incapacidades, en lugar de presarle remedio.

ujer encargado de la ejecución, impide la constitución legal de la Sociedad, porque aquél obra como un encargado de los socios y bajo su control (1).

Esta sanción tan absoluta se limita sólo al defecto de forma; en cuanto al contenido de las publicaciones, la sanción debe ser la adecuada a cada falta particular (núm. 339).

c) Los anuncios crean la presunción legal de que la Sociedad existe conforme a la declaración de los mismos, y los acreedores sociales no pueden alegar el haberlas ignorado, si los socios no pueden alegar a los mismos el no haber querido su publicación. Sus efectos no pueden desaparecer más que por otros anuncios legales (2).

d) La sentencia del Juez que constata la existencia del contrato de Sociedad, puede hacer las veces, como hemos dicho (número 328), de escritura auténtica para todas las publicaciones legales (3).

330. Condición jurídica de las Sociedades irregulares.—El defecto de las formas legales *no produce la inexistencia de la Sociedad* cuando proviene de un contrato adornado de todos los requisitos esenciales (consentimiento, capacidad, aportaciones, etcétera). La Sociedad no obstante aquel defecto, existe como contrato y como persona jurídica, pues que falta en la ley toda sanción de nulidad para aquel defecto de forma. Existe y se halla disciplinada por las normas impresas en el Código para la oportuna forma de Sociedad regular (4), excepto las sanciones que expresamente la amenazan por su irregularidad (5). Si la Socie-

(1) Apelación Génova, 26 de Junio de 1894; *Temi genov.*, 516; Apelación Cantanzaro, 17 de Marzo de 1891; *Foro*, Repert., 1891, vid. *Società commerciali*, número 88; Apelación Génova, 14 de Abril de 1891; *Temi genov.*, 317; Apelación Roma, 7 de Diciembre de 1893; *Foro*, Repert., 1894, vid. *Società commerciali*, núm. 141, según la cual el cumplimiento debe presumirse si el Canciller inscribió el extracto en el registro de orden y en el de transcripción. En contra, Apelación Casale, 3 de Marzo de 1899; *Temi gen.*, 501.

(2) Código de Comercio, arts. 96, 100, 101, 103, 194, 221 y 242.

(3) Código de Comercio, art. 87. Vid. núms. 332, 365 y 405. En contra, MANARA, II, núm. 587, el cual, aun admitiendo que la sentencia puede legítimar las firmas no autenticadas de los socios, le niega la virtud de suplir a la escritura: esta última opinión no nos parece admisible, porque tanto la escritura como la autenticación de las firmas tiene una función probatoria. Vid. núm. 365, nota 31.

(4) Por tanto las Sociedades irregulares están sujetas a la disciplina de las Sociedades regulares sobre contabilidad, competencia (arts. 90 y 96, Código de procedimiento civil), quiebra, convenio, etc. Estas consecuencias del principio expuesto en el texto, se admiten por la jurisprudencia en las sentencias citadas en la nota siguiente.

(5) Esta expresión *Sociedad Irregular* es mucho más exacta que la otra de *Sociedad de hecho*, adoptada especialmente en Francia bajo una ley que procla-

dad irregular no fuese regulada por las normas propias de la forma que tomó, no se sabría cómo regularla: quedaría fuera de ley, y mientras, el Código, tomándola en consideración para determinar en qué puntos tenga una disciplina especial, ha demostrado incluirla en la disciplina correspondiente a la Sociedad regular.

Las Sociedades irregulares no se encuentran en la misma condición que las asociaciones que aún no han sido reconocidas, casi diríamos fuera de la ley, y con esa estructura que a tientas le viene trabajosamente formando la jurisprudencia. Las Sociedades irregulares han tomado puesto en el Código de Comercio. El legislador ha creído oportuno regularlas, ya porque habría resultado impotente para destruir la tupida red de negocios que se desenvuelven cotidianamente por obra de las mismas, ya porque su actividad productora incitada, por el impulso de especulación, a aumentar la riqueza privada, excluye el peligro de instituciones perniciosas para el orden público. El legislador las ha tomado en consideración para regularlas, y lo ha efectuado con tal disciplina y tales sanciones que ha hecho comprender a sus socios administradores la conveniencia de ponerse en regla con la ley.

El legislador las ha reconocido como Sociedades, tanto en las relaciones internas como en las externas. En las relaciones internas, porque las ha regulado según todas las disposiciones propias del contrato de Sociedad deseado por los socios, a fin de que ninguno de ellos pida la disolución del vínculo social (art. 99, párrafos primero y último). En las relaciones exteriores, porque

ma la nulidad de las Sociedades constituidas irregularmente; *Sociedad de hecho* es frase que se debe abandonar, porque parece significar que dicha Sociedad es incapaz de producir efectos jurídicos, lo que constituye un error. Con el concepto formulado en el texto concuerdan las más autorizadas fuentes; *Relaz.*, MANZINI, LX1; Discursos pronunciados en el Senado, por el honorable CABELLA Y MIRAGLIA (*Lavori preparatori*, 1, parte 1, 716 y siguientes; 824 y siguientes); Casación Roma, 14 de Junio de 1892; *Foro*, 838; «Excusado es recordar que es principio unánimemente aceptado en la escuela y en el foro que para el período en el que una Sociedad ha tenido su ejecución se aplican, tanto en las relaciones de los socios con terceros cuanto en las de los socios entre sí, las sanciones de leyes que se habrían debido tener presentes si todas las formalidades prescritas para su constitución jurídica se hubiesen cumplido»; Casación Palermo, 5 de Marzo de 1892; *Legge*, 1892, 11, 665; Casación Florencia, 23 de Julio de 1891; *Tem ven.*, 490; Casación Roma, 31 de Mayo de 1894; *Foro*, 642; *id.*, 4 de Diciembre de 1901; *Cons. comm.*, 379; Casación Turín, 2 de Abril de 1902; *Tem genov.*, 512; Casación Florencia, 17 de Diciembre de 1903; *Giurispr. ital.*, 1904, 13; Casación Roma, 26 de Febrero de 1909; *Giurispr. ital.*, 393; Casación Florencia, 31 de Enero de 1910; *Foro*, 392; Conforme GABBA, *Foro ital.*, 1886, 918 y siguientes; ERRERA, en el *Dir. comm.*, 11, 3; VIII, 785; SRASSA, *Fallimento società comm.*, págs. 50 y siguientes; MANARA, *Trattato*, 11, núms. 475 y siguientes, 480 y siguientes y 485 y siguientes; VIVANTE, *Foro ital.*, 1895, 447.

ha autorizado a los acreedores para considerarlas como regularmente constituídas (art. 99), y a contar con todas las garantías que ofrecería la Sociedad si se hubiese constituido regularmente incluso la declaración de quiebra (art. 853) (1).

Merced a estas dos reglas generales que operan respectivamente en las relaciones internas y externas, las Sociedades irregulares, han sido puestas en estado de ejercer el comercio. Pero a fin de que aprovechando esta tolerancia, no prefieran quedar, en ese estado dañoso al ordenamiento jurídico y económico, pero cómodo por el ahorro de publicidad de gastos y de impuestos, el legislador ha castigado a los administradores que no las pongan en regla, con sanciones penales (arts. 247 y siguientes, y 863); a los que operan en su nombre, con sanciones, civiles de responsabilidad ilimitada y directa (art. 98), y a los socios, con la amenaza siempre inminente de una disolución repentina, total o parcial de la relación social (art. 99, primer y último punto); ha prohibido admitir sus títulos a las cotizaciones de bolsa (Reg. ejec., art. 162), y las ha excluido de los beneficios del convenio preventivo y del procedimiento para las pequeñas quiebras (ley 24 de Mayo de 1903, art. 1.º) (2).

(1) Apelación Turín, 7 de Octubre de 1887; *Giurispr. torin.*, 1887, 712; Casación Turín, 21 de Julio de 1888; *Monitore*, 1889, 54; *id.*, 9 de Febrero de 1889; *Foro*, 822; Apelación Roma, 15 de Febrero de 1890; *Foro*, 444; Casación Roma, 22 de Junio de 1890; *Foro*, 1.285; *id.*, 18 de Marzo de 1908; *Rivista di dir. comm.*, 526; Casación Florencia, 31 de Enero de 1910; *Foro*, 492; Código de Comercio, art. 863 princ. y núm. 1.º; Ley de 24 de Mayo de 1903, arts. 1.º y 2.º

(2) Además de estas sanciones generales, las Sociedades irregulares se hallan conminadas con sanciones especiales: en las comanditarias, los comanditarios quedan sujetos a responsabilidad ilimitada (núm. 337); en las Sociedades por acciones, los Administradores no pueden retirar las tres décimas depositadas para la constitución de la Sociedad (art. 133) y está prohibida la venta o cesión de las acciones (art. 137). Existen otras sanciones particulares para las cooperativas, a las que cuando no están legalmente constituídas se las priva de la facultad de concurrir a los arriendos públicos (Leyes de 12 de Mayo de 1902, 19 de Abril de 1906, 25 de Junio de 1909 y Real decreto de 12 de Febrero de 1911; del beneficio de exención del impuesto de consumos (Real decreto de 17 de Junio de 1909, art. 72); del beneficio de exención del impuesto de circulación (Ley de 23 de Enero de 1902, art. 12, y Real decreto de 23 de Marzo de 1902, art. 23); del beneficio de los préstamos para la construcción y adquisición de casas baratas (Texto único de 27 de Febrero de 1908, art. 2.º, 34), y de la rebaja de impuestos para la destilería de vinos o vinazas (Texto único de 16 de Septiembre de 1909, art. 4.º).

MANARA considera también como una sanción la disposición que priva a las Sociedades irregulares del beneficio de la prescripción de cinco años (art. 919). Pero puesto que, según nuestra opinión, volumen IV, núm. 2.225, 3.ª edición, están sujetas al mismo tiempo a la prescripción de diez años para el ejercicio de los créditos como de los débitos sociales, así existe para las Sociedades irregulares, a propósito de la prescripción, una pérdida y un beneficio que en gran parte se compensan.

331. Esta configuración de las Sociedades irregulares vale para todas las distintas especies de Sociedad, incluso para las anónimas, cooperativas y de seguros mutuos (1). Buscaríase inútilmente por su irregularidad de forma una sanción de nulidad, y el intérprete no puede ciertamente añadirla a la ley, que donde quiso la ha sancionado expresamente (2). Es más, la ley reconoce explícitamente estas Sociedades, ya que antes de su constitución legal hace surgir para Administradores y socios las obligaciones y derechos dimanantes del contrato de Sociedad (3), y obliga a los socios a responder de los negocios concluidos en nombre de la Sociedad hasta el día en que pidan ser liberados de sus suscripciones (art. 99⁴); expone a las Sociedades irregulares a la declaración de quiebra (art. 863, princ. y núm. 1.^o), y en el mismo libro de las quiebras en que se ocupa también de las Sociedades irregulares, autoriza al Administrador a exigir de los accionistas los desembolsos todavía no efectuados (art. 852).

La demostración es evidente por lo que concierne a la existencia del contrato, porque todos los socios están obligados a entregar las cuotas prometidas y a sufrir las consecuencias de los negocios realizados en nombre de la Sociedad hasta el día de la disolución. La demostración es igualmente evidente en lo referente a la persona jurídica, porque los socios no pueden oponer a los terceros con los que la Sociedad ha contratado el defecto de formalidad y salvarla de la declaración de quiebra, con todas las sanciones que esto lleva consigo: y no hay quiebra sin un quebrado, ni convenio sin fallido con quien concertarlo.

331 bis. BONELLI (4) define la Sociedad irregular como un

(1) Arts. 220, 221 y 242.

(2) Art. 44, último punto, 254, 322 y 590, Código de Comercio; 1.314, Código civil; Conforme, Casación Roma, 31 de Mayo de 1894; *Foro*, 642; Apelación Génova, 7 de Mayo de 1901; *Temi genov.*, 512; MANARA, *Giurispr. ital.*, 1896, 1, 15; 1897, 706; *Dir. comm.*, 1897, 24 y siguientes; BONELLI, *Arch. giurid.*, 1897, 414 y siguientes. En contra, BOLAFFIO, *Comm.*, 1.^a edición, 1, núms. 245 y 305.

(3) Arts. 91 y siguientes, 97; 147, núms. 5 y 247.

(4) BONELLI, en el *Arch. giurid.*, 1897, págs. 414 y siguientes, y en la *Rivista di dir. comm.*, 1906, págs. 9 y siguientes, y págs. 112 y siguientes. Contra esta demostración, dada por BONELLI con su acostumbrada riqueza de dialéctica y de doctrina, escribió cumplidamente MANARA, *Trattato*, II, págs. 497 y siguientes. Dejando a un lado el disentiimiento que nos separa de este autor sobre el modo de entender la personalidad jurídica de las Sociedades, del todo indiferente en la presente ocasión, conviene él con nosotros en atribuir al contrato la virtud de crear la autonomía, la separación de la Sociedad de las personas de los socios, escribiendo así: «Yo no dudo lo más mínimo en declarar que la calificación de entes colectivos distintos, respecto a terceros, de las personas de los socios es una calificación que trae su razón de ser del contrato de Sociedad mercantil válidamente estipulado, y no es ya el efecto de la observancia de formas determinadas, algo así como que

contrato social incapaz de dar vida a una persona jurídica: según su opinión, la observancia de los anuncios es esencial para la existencia de la persona jurídica; sin dichos anuncios no hay tal, pues que el contrato no da vida a la persona jurídica si no va seguido de aquella publicidad.

Según nuestra opinión, esta concepción carece de fundamento, porque el contrato y la persona jurídica se constituyen simultáneamente por la voluntad de los contratantes y sufren ambos las mismas vicisitudes. Opinamos que la voluntad de los socios se halla encaminada desde el principio a la creación de una Sociedad mercantil, es decir, de un ente provisto de personalidad propia y manifiesta, de modo que el contrato y la persona jurídica se maduran simultáneamente, y cuando aquél es definitivo porque los socios no pueden pedir la disolución, entonces la persona jurídica adquiere también su perfecta autonomía. En la formación de las Sociedades mercantiles la persona jurídica no surge como por un abrir y cerrar de ojos cuando el contrato ha llegado a ser irresoluble. Por la misma declaración de voluntad de los socios, quienes ponen en común sus energías, nace el contrato y el ente colectivo, como el órgano necesario para el fin social que se proponen. Sucesivamente el contrato se dirige por las vías legales a la adquisición de su asiento definitivo, y el ente procede a la consecución de su perfección, de modo que cuando el contrato ha alcanzado su irresolubilidad, el ente jurídico ha conseguido su estabilidad definitiva; los anuncios surten a un mismo tiempo ambos efectos, la irrevocabilidad del contrato y la estabilidad del ente para mientras dure (art. 99). Contrato y persona toman simultáneamente este asiento definitivo; las mismas vicisitudes que hacen nacer, transformar y disolver el contrato y que extienden su esfera de acción a nuevos domicilios o a nuevos ramos del comercio, dan origen, transforman y disuelven la persona jurídica y multiplican sus domicilios y representaciones: crecen

venga de fuera y que se añada o sobreponga al contrato. ¿Se tiene un contrato válido de Sociedad mercantil en que todos los requisitos que son esenciales a este contrato se encuentran reunidos? Pues bien, por esto mismo, se tiene como efecto del contrato un ente colectivo distinto, respecto a terceros, de las personas de los socios; y repetidas veces, en el mismo núm. 1.ª A repite y aclara el mismo concepto, que puede considerarse ya predominante en la jurisprudencia: vid. Casación Florencia, 17 de Diciembre de 1903; *Temi*, 1904, 1; id., 21 de Junio de 1894; *Giurisprudenza ital.*, 839; Casación Roma, 31 de Mayo de 1894; *Foro*, 642; id., 24 de Julio de 1899; *Temi gen.*, 105; id., 13 de Mayo de 1900; *Giurisprudenza ital.*, 150; id., 4 de Diciembre de 1901 (en secciones reunidas); *Foro*, 1902, 353; id., 18 de Marzo de 1908; *Rivista di dir. comm.*, 526; id., 8 de Mayo de 1905 (en secciones reunidas); *Temi gen.*, 353; Casación Turín, 2 de Abril de 1902; *Temi gen.*, 351, y en general las citadas en las notas 8, 9 y 12.

inseparablemente como el tronco y la corteza, como la sustancia y la forma.

La Sociedad irregular que haya ejercido durante muchos años su actividad mercantil para venirla a terminar mediante una liquidación honrada, con la quiebra, ha vivido como un ente jurídico, aun cuando defectuoso; las diferentes fases de disolución, liquidación y eventual quiebra por que debe pasar, confirman el concepto de que la Sociedad ha existido como persona jurídica, no obstante su irregularidad. ¡La liquidación del patrimonio dejado por un difunto demuestra muy a las claras que éste ha vivido, aunque no exista en el Registro su partida de nacimiento!

Hay aquí un contrato que por razón de su fin, va más allá de la esfera contractual, creando la persona jurídica. El Código civil (art. 1.130) establece el principio: «Los contratos no producen efecto más que entre las partes contratantes, *excepto en los casos establecidos por la ley*». El art. 77 del Código de Comercio, reconociendo a las Sociedades el carácter de entes colectivos distintos de los socios, contiene una de las más importantes aplicaciones de ese principio. Así, para favorecer la tendencia a una vida social más intensa, el legislador proporciona a quienes se asociaren para colaborar en un común fin económico, el instrumento de la personalidad jurídica.

El sistema del Código de Comercio se halla, orientado indudablemente en este sentido. Después de haber declarado en el primer punto del art. 98 cuáles son las Sociedades ilegalmente constituídas, es decir, aquellas que no dispusieron los anuncios, establece las sanciones, y entre éstas inútilmente se buscaría la privación de la personalidad jurídica. Las sanciones allí establecidas son dos. La primera, la ineficacia del vínculo social cuando los socios pidan la disolución: expresándose así el legislador demuestra que la Sociedad existe hasta el momento de la demanda de disolución. La segunda, la de que la Sociedad no puede oponer a terceros el defecto de los anuncios: ella se encuentra frente a los mismos como una Sociedad regular, puesto que está provista de personalidad jurídica. En este sentido está orientado todo el sistema, porque, como decíamos, la Sociedad irregular puede quebrar, puede concertar un convenio, y esto no es posible sin un quebrado dispuesto a llevar a cabo un acuerdo con sus acreedores (art. 830).

Razonando así, no reconocemos a los anuncios una sanción secundaria.

No es secundaria la sanción que hace pender sobre las Sociedades una continua amenaza de disolución y sobre sus órganos administrativos responsabilidades civiles y penales. Cier-

tamente que el legislador habría podido flagelarlas con una sanción más draconiana, privándolas de toda existencia. Por consiguiente, habría él podido llamar a todos los acreedores, tanto sociales como particulares de los socios, para dividir entre ellos el patrimonio social. Pero hubiese realizado una obra engañosa a la buena fe, porque las Sociedades irregulares se presentan en la vida de los negocios igual que las constituídas regularmente. Y si deben multiplicarse las sanciones que liberen al ordenamiento jurídico de estas existencias anormales, debe reconocerse todo lo posible su actividad, desde que existen las consecuencias de una actividad regular.

Elevando esta discusión a la altura en que debe estar colocada, hemos de reconocer a nuestra interpretación de la ley el mérito de aumentar, según la continua evolución del derecho privado, el poder de la voluntad individual. Ella les reconoce sin más la virtud de crear entes jurídicos fuera de todo reconocimiento y de toda solemnidad judicial. Ella corresponde al pensamiento del legislador que quiso favorecer la asociación de energías y capitales para fines comerciales. Y atribuyó la repugnancia en reconocer las Sociedades irregulares, es decir, el contrato social no publicado, a la engañosa tradicional influencia de la doctrina, ya desechada, que reconoce a la intervención de los órganos del Estado (que serían la Cancillería y el Tribunal) la exclusiva para crear personas jurídicas (1).

332. *La Sociedad irregular en las relaciones de los socios entre sí.*—No obstante la falta de escritura, los socios pueden probar, uno contra otro, la existencia de la Sociedad por medio de cualquier clase de prueba. Pueden demostrarla con testigos y presunciones, cuando no haya un principio de prueba por escrito. Aquí la sanción por falta de escritura no consiste, como dispondría la regla general (art. 53), en la limitación de la prueba testifical, sino en el derecho concedido a cada socio a pedir la disolución de la Sociedad: esta sanción especial excluye a la primera. Si rigiese la regla general, no se podría probar la existencia de la Sociedad si no por quien pudiese disponer de un principio de prueba por escrito proveniente de los socios que desconocieren dicha existencia. Pero esta restricción es incompatible con el sistema acogido por el legislador. En efecto, se comprende que los acree-

(1) Parécenos inútil invocar los trabajos preparatorios en este problema: pueden servir para todas las doctrinas. Ninguno de sus colaboradores tuvo una clara visión del sistema que terminó dominando en el texto definitivo a fuerza de correcciones, cortes y añadidos que se sobrepusieron por obra de distintas Comisiones durante el período de doce años.

dores sociales tienen derecho, en defensa de sus créditos, a repetir de cada socio el pago del propio crédito en la medida de su responsabilidad, y que éste, a su vez tiene el derecho de restitución contra los otros socios por la porción que corresponde a cada uno en el débito social (art. 1.199, Código civil). ¿Se pretenderá negarle esta acción de reembolso porque no hay posibilidad de demostrar con un principio de prueba por escrito la existencia de la Sociedad? ¿Es posible que ésta exista para él sólo cuando se trate de pagar? La libertad otorgada a terceros para probar en cualquier forma la existencia de la Sociedad lleva consigo, como inevitable consecuencia, el derecho de los socios a probar sus recíprocos créditos. Se comprende en segundo lugar que si hubiese dicha restricción de pruebas, se obtendría este absurdo resultado: que la falta de prueba escrita o de un principio de prueba por escrito, colocaría a los socios en la imposibilidad de ejercitar el derecho de disolución (art. 90) o de promover el cumplimiento de las formalidades legales (art. 97), precisamente cuando por falta de toda escritura la irregularidad es aún más grave e interesa más que nunca al orden jurídico el que la Sociedad se disuelva o se ponga en regla. Finalmente, es importante el parangón entre el sistema adoptado por el Código al regular el contrato de Sociedad y el adoptado para la asociación de cuentas en participación, puesto que el art. 238 dice así: «la asociación de cuentas en participación está exenta de las formalidades establecidas para las Sociedades, pero debe ser probada por escrito», y de esto se deduce: 1.º, que el Código ha querido someter la Asociación a las reglas ordinarias de la prueba escrita, a la que no están sujetas las Sociedades: si éstas estuvieran sujetas a la misma, el Código se habría limitado a decir simplemente que la Asociación estaba exenta de la publicidad establecida para las Sociedades, y 2.º, que en la mente del legislador, la escritura forma parte del sistema de formalidades establecidas para constituir regularmente las Sociedades, y que, por esto, la escritura está subordinada a las exigencias de este sistema y principalmente al derecho absoluto de cada socio a pedir la disolución de la Sociedad constituida sin escritura (1).

(1) En este sentido, la jurisprudencia dominante, si bien muchas sentencias llegan a la conclusión del texto recorriendo distinto camino y esto lo hacen considerando admisible en todo caso la prueba testifical porque, dicen, se trata de probar un estado social de hecho, sujeto al art. 44 del Código de Comercio, no una convención; pero es argumento poco exacto, porque la relación de Sociedad es una relación de derecho basada en una convención. Véanse en sentido conforme con el texto, la Casación Turín, en las sentencias de 2 de Julio de 1895, *Giurispr. torin.*, 567; 28 de Enero de 1895; id., 308; 5 de Marzo de 1901; *Tem. genov.*, 162 y 323; 16 de Junio de 1903; *Monit. Trib.*, 842; 6 de Julio de 1906; *Giurispr. torin.*, 1.200; la Casación de Florencia, en las sentencias de 23 de Julio de 1891;

333. Transcurrido inútilmente el tiempo concedido por la ley para publicar el contrato social (1), el miembro de una Sociedad colectiva o comanditaria simple puede pedir en cualquier momento la disolución total de la Sociedad, en juicio contradictorio, ante el Tribunal de su domicilio (2). Si se trata de una Sociedad por acciones, el socio sólo puede pedir la resolución de su propia obligación (art. 99): ciertamente pareció al legislador que la sanción habría sido desproporcionada con el interés del accionista si se le hubiese concedido, como en las otras formas más simples de Sociedad, el derecho a pedir la disolución (3). Inútil es añadir que tratándose de un derecho patrimonial, los acreedores de un socio pueden ejercitarlo en su lugar (art. 1.234, Código civil).

La disolución obra en un caso como en el otro desde el día

Temi ven., 490; 28 de Julio de 1897; *Foro*, 1.043; la Casación de Nápoles, 9 de Junio de 1900; *Temi genov.*, 560; la Casación de Roma, 22 de Junio de 1890; *Foro*, 1.285; 3 de Marzo de 1904; *Rivista di dir. comm.*, 340; 28 de Noviembre de 1908, *Foro, Rep.*, vid. *Società*, núms. 126; la Casación de Palermo, 23 de Noviembre de 1912; *Riv. di dir. comm.*, 1913, 337; BONELLI, *Rivista di dir. comm.*, 1906, 1, 122; CHIRONI Y ABELLO, *Trattato di dir. civ.*, volumen 1, pág. 616, texto y nota 5.^a

Admiten, por el contrario, la prueba testifical con las restricciones impuestas por el art. 53 del Código de Comercio la Casación de Nápoles, 12 de Octubre de 1907; *Foro*, 1908, 23; MANARA, *Società*, 11, núms. 576 y siguientes (las razones aducidas por el texto producen una polémica copiosa pero no decisiva; BOLAFFIO, *Comm.*, 1, núm. 305, pág. 545.

(1) La necesidad de conceder un plazo antes de aplicar la sanción, es obvia para quien piense que resultaría irrisoria la facultad concedida a los socios de llenar las formalidades prescritas (art. 97) si no se les dice el tiempo para hacerlo. Conforme Apelación Mesina, 21 de Diciembre de 1880; *Legge*, XXI, 489. Tribunal Génova, 12 de Febrero de 1909; *Dir. comm.*, XXVIII, 274. Este razonamiento viene limitado por el texto a las relaciones recíprocas de los socios. Conforme SRAFFA, *Dir. comm.*, 1889, 485; NAVARRINI, núm. 142; MANARA, 11, número 620, pág. 533.

(2) No creemos se pueda confiar a los árbitros la observancia de las normas relativas a la constitución regular de una Sociedad, porque son de orden público y no pueden ser modificadas o abandonadas por los socios expresa ni tácitamente: vid. Casación Nápoles, 15 de Junio de 1911; *Monit.*, 1.013 (en los motivos); Casación Turín, 10 de Diciembre de 1907; *Foro*, 1.908, 247; Apelación Milán, 26 de Julio de 1905; *Rivista di dir. comm.*, 570; Apelación Turín, 27 de Marzo de 1908, *Temi genov.*, 244; íd. 23 de Noviembre de 1908; *Giurisprudenza tor.*, 1909, 844; NAVARRINI, *Rivista di dir. comm.*, 1905, 11, 570. En contra, MANARA, 11, número 617, y las autoridades allí citadas; Casación Turín, 20 de Junio de 1903 y *Temi gen.*, 353.

(3) Esta facultad se puede ejercitar *a fortiori* si el Tribunal rechaza la demanda de reconocimiento o si se abandonaron las gestiones para obtenerlo: es éste un remedio indispensable a los accionistas a quienes está prohibida la venta de las propias acciones para salir del vínculo social (art. 137). Vid. Casación Turín, 26 de Mayo de 1894; *Monit.*, 605; BONELLI, *Rivista di dir. comm.*, 1906, 1, 116; MANARA, núm. 612.

de la demanda. El efecto de la sentencia no puede ser más retroactivo, porque el socio debe responder hasta aquel día de las obligaciones sociales para con los terceros que han contado también con su garantía; ni puede remitirse a un punto posterior, por ejemplo, a la publicación de la sentencia, porque de lo contrario los otros socios podrían trastornar su derecho a la disolución, poniendo en regla la Sociedad. Dicha disolución opera como una condición resolutoria por el cumplimiento de las formalidades legales; obra desde el día de la demanda y no desde el origen del contrato, como ocurre en todos los contratos de ejecución sucesiva, en que no se pueden destruir los hechos consumados (volumen IV, 4.^a edición, núm. 1.690). Ninguno de los socios puede renunciar anticipadamente a aquel derecho, porque ejercitándolo defiende no sólo el interés propio, sino el general del comercio, al que beneficia la constitución regular de las Sociedades (1).

Todo socio puede prevenir e impedir esa demanda judicial de disolución promoviendo la publicidad legal, aunque hayan transcurrido los plazos fijados por la ley y hasta el momento en que se pida la disolución (2). No hay términos perentorios para el ejercicio de este derecho, el cual tiene por fin hacer entrar en el ordenamiento legal a la Sociedad; contra los Administradores existen sanciones por su inobservancia (art. 248), no caducidad, para los socios, del derecho de poner en regla la situación de la Sociedad, subviniendo a la inercia ajena.

(1) Casación Turín, 15 de Mayo de 1882; *Foro*, 685; Apelación Venecia, 12 de Febrero de 1886; *Temi ven.*, 93; Apelación Venecia, 18 de Abril de 1890; Casación Florencia, 23 de Julio de 1891; *Temi ven.*, 1890, 276 y 1891, 490; Casación Turín, 26 de Mayo de 1894; *Temi genov.*, 482; Apelación Bolonia, 20 de Noviembre de 1900; *Anuario di giur. comm.*, 1901, 536; Casación Roma, 1.^o de Julio de 1909; *Temi gen.*, 551; Apelación Roma, 31 de Mayo de 1910; *Giurisprudenza ital.*, 1911, 200. Los socios no podrán privarse recíprocamente del derecho de pedir la disolución estipulando para ello contratos de prolongada duración, porque estos contratos podrían ser ejecutados por la Sociedad puesta en liquidación. Se discute vivamente que si el socio que tuviera la obligación de llenar las formalidades legales o que haya impedido dolosamente la ejecución, puede pedir la disolución de la Sociedad: lo niegan MANARA, *Loc.* 11, 616; BONELLI, *Rivista di dir. comm.*, 1906, 1, 120; BOLAFFIO, *Foro*, 1884, 310; SRAFFA, *Dir. comm.*, 1889, 487; NAVARRINI, *Comm.*, núm. 142; Apelación Venecia, 27 de Noviembre de 1884; *Foro*, 310; *id.*, 18 de Abril de 1890; *Foro*, 122; Casación Florencia, 23 de Julio de 1891; *Foro*, 1892, 24; Apelación Venecia, 24 de Marzo de 1893; *Foro*, 1894, 118; Apelación Aquila, 30 de Mayo de 1904; *Rivista di dir. comm.*, 437. Lo admiten: Casación Florencia, 11 de Junio de 1896; *Temi gen.*, 422; Apelación Génova, 21 de Febrero de 1899; *Temi gen.* 229; Casación Turín, 6 de Junio de 1894; *Giurisprudenza tor.*, 440; Apelación Bolonia, 20 de Noviembre de 1900; *Temi ven.*, 1901, 104; Conforme también Apelación Génova, 20 de Julio de 1908, y *Temi gen.*, 464.

(2) Conforme, por último, Apelación Florencia, 11 de Septiembre de 1909; Casación Florencia, 748.

Por otro lado, todo socio puede oponer un obstáculo definitivo a la constitución regular de la Sociedad, pidiendo la disolución (1); pero esta demanda llega tarde si otro socio ha pedido ya el que los Administradores sean condenados a publicar aquellos anuncios, o se ha depositado ya en la Cancillería del Tribunal el extracto firmado por los contratantes para que sea transcrito y publicado. El pensamiento dominante en el sistema acogido por el Código, el de establecer una justa proporción entre los derechos de los socios, no permite considerarlos autorizados para pedir la disolución una vez llegado el momento en que los otros socios hayan publicado todos los anuncios o éstos se hubiesen efectuado por los Administradores condenados a realizarlos: a), porque hecho el depósito regular del extracto, los anuncios del mismo no dependen ya de la diligencia del socio, sino de la del Canciller (art. 90), del Tribunal (art. 91), del Director del diario en que han de aparecer tales anuncios judiciales (art. 94) y del «Boletín oficial de las Sociedades por Acciones» (art. 95), que ordinariamente lleva retrasadas varios meses las inserciones, y no sería justo hacer soportar los daños del retraso de éstos al socio que inició oportunamente las gestiones necesarias para la constitución regular de la Sociedad; b), porque acogiendo la opinión contraria, se ofrecería ocasión al socio que conociese la intención del otro socio para la transcripción del extracto en los registros públicos o para la citación, de interceptarle el camino con una demanda de disolución: ¿con qué equidad se le permitiría aprovecharse de la publicidad practicada por el consorcio en términos legales, para impedir a este último alcanzar su legítimo intento de poner en regla a la Sociedad?; c), porque el art. 99 en su último inciso—donde dice que los accionistas pierden el derecho de pedir la propia liberación cuando se ha depositado la escritura de constitución en la Cancillería del Tribunal—, demuestra que la ley no quiere hacer recaer sobre los socios y los Administradores diligentes, los retrasos, a veces inevitables, de los empleados públicos, y que la obra iniciada por el socio la considera como terminada, y d), porque las dos facultades concedidas a los socios de pedir la publicidad o la disolución, son correlativas entre sí (art. 99), y por consiguiente, si la demanda de disolución produce sus efectos desde el día en que fué deducida, poniendo un obstáculo a la constitución regular de la Sociedad, así la petición de los anuncios hecha regularmente, es decir, mediante el depósito del extracto, debe obstaculizar a la demanda de disolución. Concediendo a los socios estos dos derechos contrarios que se excluyen recíprocamente: el de llenar las for-

(1) Conforme, Apelación Génova, 27 de Marzo de 1908; *Temi gen.*, 244.

malidades legales o hacer condenar a los Administradores a que las llenen, y el de pedir la disolución, la ley quiso hábilmente instarlos a ponerse en regla; pero este sistema sería condenado por sus consecuencias si se le convirtiese en una emboscada contra los socios de buena fe (1).

Parece a primera vista que esta interpretación obligará a la regla establecida al principio del art. 99 a sufrir una modificación, porque ella priva a los miembros de una Sociedad irregular del derecho de disolución, aun cuando las publicaciones hayan sido iniciadas (y proseguidas regularmente), pero no aún efectuadas. Mas dicho artículo no puede aislarse sin llevarlo a consecuencias incompatibles con los artículos precedentes. Aislado de éstos, autorizaría a los socios a pedir la disolución desde el día mismo en que fué firmado el contrato, antes de que hubieran transcurrido los plazos legales para llevar a cabo las publicaciones, porque dicho artículo concede el derecho absolutamente, fijando el plazo en que termina, no el en que comienza. Pero como para evitar este absurdo se debe relacionar ese artículo con los otros que fijan los plazos legales para efectuar los anuncios, débese relacionarlo con el art. 97, a fin de que el derecho que éste concede a los socios de poner en regla la Sociedad, no sea involucrado del modo más cínico (2).

334. *La Sociedad irregular en las relaciones de los socios con los acreedores sociales.*—Para mejor definir estas relaciones, creemos conveniente distinguir el caso en que la escritura de constitución se hace falta de toda publicidad, de aquel en que la publicidad falte sólo para una parte de la misma.

a) *Falta total de publicidad.*—Entendemos por falta total de publicidad aquella en que se omitió la publicación *íntegra* de la

(1) Conformes, Apelación Venecia, 3 de Febrero de 1911; *Foro ven.*, 147; Apelación Génova, 9 de Marzo de 1889; *Temi genov.*, 249; en ésta precisamente se negó a uno de los socios el derecho de pedir la disolución porque otro había ya presentado la víspera los documentos necesarios para el depósito y transcripción del contrato social, si bien los anuncios se efectuaron más tarde; Apelación Turin 12 de Septiembre de 1895 *Temi gen.*, 1896, 59; Apelación Aquila, 30 de Mayo, de 1904; *Rivista di dir. comm.*, 437; Apelación Turin, 23 de Noviembre de 1908; *Giurisprudenza Tor.*, 1909, 841. En contra: MANARA, *Loc.*, 11, núm. 588, pág. 397 y núm. 621; NAVARRINI, núm. 142; SRAFFA, en el *Dir. comm.*, 1889, 183 y siguientes; DE ROSSI, *ibid.*, 1890, 485 y siguientes.

(2) Según NAVARRINI, *Comm.*, núm. 145, el socio podría limitarse a pedir su propio desligamiento del vínculo social, esto es, su propia separación. Se puede acceder a esta opinión considerando que en la atribución mayor concedida por la ley, va comprendida la menor, y que cada uno de los otros socios, interviniendo en el juicio, puede completarlo con la demanda de disolución. Conforme, también, MANARA, núm. 622. En contra: BONELLI, *Rivista di dir. comm.*, 1906, 1, 118.

escritura de constitución o de sus elementos esenciales, y es indiferente bajo este aspecto que la omisión afecte a una u otra forma de publicidad: la transcripción en el Registro de Sociedades, la fijación de carteles o la publicación en el «Diario de Anuncios judiciales» o en el «Boletín de las Sociedades por Acciones», puesto que frente a terceros, una publicación defectuosa en este sentido, equivale a un defecto absoluto de publicidad (núm. 329).

En esta hipótesis, los acreedores de la Sociedad irregularmente constituida se hallan colocados por la ley en la favorable condición jurídica de poder considerar a la Sociedad como si estuviese regularmente constituida: así se impide a los socios aprovecharse de la inobservancia de la ley. Esta regla en defensa de los acreedores la encontramos escrita en el art. 99³: «la falta de las susodichas formalidades no puede ser alegada por los socios a terceros».

Esta protección se refiere, tanto a los acreedores que ignoraren la irregularidad, como a los que la conocieren. La derogación del art. 1.751 del Código civil es evidente, porque el art. 98 está de intento escrito para arrojar sobre los órganos sociales la responsabilidad de la inobservancia de la ley. Nuestra jurisprudencia es unánime en este sentido (1). Pero la Corte Suprema de Turín ha establecido una distinción que no está nada justificada. Dice: «Sólo los acreedores que contrataren de buena fe con la Sociedad, suponiendo que hubiesen estado llenadas las correspondientes formas legales, pueden pedir la quiebra» (2). Para comprender el error de esta interpretación basta considerar que mediante la misma se concedería la protección de la ley sólo a los acreedores negligentes, es decir, a aquéllos que pudiendo informarse en el registro del Tribunal, franqueado a toda petición del público, sobre la existencia irregular de la Sociedad, prefirieron quedar en la ignorancia. Lo cierto es que la ley concede su protección a todos los acreedores sociales, ya conozcan, ya ignoren la irregularidad, porque ellos no pueden subsanarla ni obligar a los socios a ponerse en regla.

335. Parecerá que la ley haya realizado en pro de los acreedores todo cuanto debía, al autorizarlos a considerar la Sociedad irregular como una Sociedad legalmente constituida y a ejercitar contra ella las propias acciones, cual si los socios hubiesen observado las formas legales. Pero el legislador debe haber considerado

(1) Casación Turín, 25 de Junio de 1887; *Foro*, 948; Casación Turín, 21 de Julio de 1888; *Monit.*, 1889, 54; Casación Turín, 9 de Febrero de 1889; *Foro*, 855; Casación Roma, 22 de Junio de 1890; *Foro*, 1.285; Casación Roma, 14 de Junio de 1892; *Foro*, 888.

(2) Casación Turín, 21 de Julio de 1888; *Monit.*, 1889, 54.

que el defecto de estas formas y de su publicidad puede volver difícil y ambiguo el ejercicio del derecho de los acreedores, porque éstos, a falta de los anuncios legales, deben probar la existencia de la Sociedad, y deseando resolver cualquier dificultad en daño de quien la ha producido y sin menoscabo de los acreedores que no podían obviarla, les ha autorizado a obrar directa e inmediatamente contra todos aquellos con quienes contrataron, cual si éstos hubiesen obrado en nombre propio y no en el de la Sociedad. Con el art. 98 no ha alterado él la disciplina interna y externa de la Sociedad irregular, para la que ha provisto en otro lado y especialmente en el siguiente art. 99; pero ha sobrepuesto a su responsabilidad y a la subsidiaria de los socios que aquélla lleva consigo, la responsabilidad solidaria, ilimitada y directa de los que asumieron la representación, creando un mero caso de representación con responsabilidad personal (art. 373).

Los acreedores pueden accionar contra estos representantes, sean socios, promotores, Administradores o Directores que operan en nombre de la Sociedad. Las personas enumeradas por el artículo 98 lo están por modo demostrativo, como las que de ordinario actúan por la Sociedad: está última cláusula, amplísima, que comprende cualquier figura de representante que obre por la Sociedad, pone en evidencia aquel carácter demostrativo (1).

Los acreedores pueden accionar simultáneamente contra la Sociedad irregular y contra los que contrataron para ella. No existe contradicción alguna al conceder a los acreedores esta doble acción: contra la Sociedad, su deudora, y contra los que operaron en nombre de la misma, porque la facultad que se les ha concedido de accionar contra con quienes contrataron no tiene por presupuesto la inexistencia de la Sociedad: la Sociedad existe porque también existe la Sociedad irregular, pero las ambigüedades que pueden surgir sobre el modo de su existencia, están cubiertas por la responsabilidad ilimitada de sus representantes desde el día en que comenzaron a tratar en nombre de ella hasta el en que la pusieron en regla.

(1) La demostración acabada de esta interpretación la da MANARA, *Loc.*, II, núm. 558 y en la *Rivista di dir. comm.*, 1910, II, págs. 56 y siguientes. Conforme Casación Florencia, 31 de Enero de 1910; *Foro*, 492 y *Rivista di dir. comm.*, 306, la cual diste de esta construcción sólo en cuanto sostiene que los comanditarios conservan incluso en las Sociedades irregulares el beneficio de responsabilidad limitada (Vid., núm. 337). Conforme también con el texto, Casación Florencia, 14 de Febrero de 1910; *Foro*, 421. En sentido contrario, vid. por último, Casación Roma, 1.º de Julio de 1909; *Temi gen.*, 55; *id.*, 26 de Febrero de 1909; *Giurisprudenza ital.*, 293; Casación Turín, 1.º de Junio de 1909; *Monit.*, 968; *id.*, 24 de Marzo de 1909; *Foro*, 1.517; *id.*, 5 de Abril de 1910; *Rivista di dir. comm.*, 333; etc.

Esta responsabilidad surge desde el primer día cuando aún no han transcurrido los plazos legales para efectuar los anuncios, porque la misma aparece *ope legis* para sustituir a las formalidades legales y suplir el defecto de las mismas. Existe desde el primer día, porque el art. 98 fija el fin, no el principio de esta responsabilidad, y diciendo: «hasta la constitución legal de la Sociedad» comprende todo el período de tiempo que es necesario para constituir la, sin distinciones; es más, para los promotores empieza aun antes de que la Sociedad exista (art. 126). No ocurrirá, ciertamente, grave daño a los responsables, porque es de suponer que las obligaciones contraídas en esos primeros días pueden estar suficientemente cubiertas por el patrimonio social (1).

Este remedio se traduce en una sanción, y como toda sanción, debe ser tomada en sus taxativos términos. Ella pende sobre los socios, los promotores y los administradores sólo por las operaciones que han concluído en nombre de la Sociedad, no por todas las operaciones sociales. Por consiguiente no rigen aquí—en que nos hallamos fuera del contrato social, porque se trata de una responsabilidad ilimitada de los Administradores, proveniente de su efectiva gestión—, las reglas por las que toda operación de la Sociedad se presume acordada colectivamente por los Administradores, salvo que sea propia de un oficio determinado y personal (art. 147, núm. 5.º), o que el Administrador disidente haya hecho notar su disenso (art. 149) (2). Los acreedores que quieran accionar contra estos socios y estos Administradores con todo el peso de una responsabilidad principal e ilimitada, deben probar que éstos trataron en nombre de la Sociedad, y, por tanto, que asumieron su representación, y sólo por créditos dimanantes de estas operaciones, podrán accionar directamente contra ellos como si fuesen los titulares del negocio. Esta responsabilidad ilimitada, pero relativa a las obligaciones contraídas, gravita sobre todos los que operaron en nombre de la Sociedad, sean socios o no, de responsabilidad ilimitada o limitada, sin excluir a ninguno; de modo que los acreedores podrán ejercitar su crédito simultáneamente y por entero contra cada uno de aquéllos y contra la Sociedad. La condición de los acreedores no experimentará ventaja sensible cuando se hallen éstos frente a una Sociedad de responsabilidad ilimitada, porque en la hipótesis de que el miembro de la Sociedad irregular haya operado en nombre de la misma, podrán inmediatamente citarlo a juicio y perseguir sus bienes sin antes ejercitar la acción contra la Sociedad y sobre su pa-

(1) Casación Turin, 20 de Enero de 1920; *Foro*, 659.

(2) Vid. con cierta divergencia sobre este punto, MANARA, 11, núm. 598.

rimonio. A su vez, la condición del socio que ha operado en nombre de la Sociedad empeora, aunque sea un socio de responsabilidad ilimitada, puesto que ya no puede oponer a los acreedores el beneficio de excusión (art. 106), como podría si no hubiese operado en nombre de la Sociedad, ya que rigen para las Sociedades irregulares las disposiciones de las regulares, en cuanto no fueren modificadas por la ley (núm. 330).

336. Las precedentes investigaciones nos han conducido a fijar estos dos resultados: *a*), las Sociedades irregulares están disciplinadas por las mismas disposiciones que rigen para las regulares, salvo modificaciones específicas de la ley, y *b*), quienes operan en nombre de la Sociedad irregular responden sin límite de las obligaciones contraídas, de modo que los acreedores pueden, ante una Sociedad irregular, contar con todas las garantías principales y subsidiarias que dicha especie de Sociedad llevaría consigo si se hubiese constituido regularmente y por añadidura, con la responsabilidad solidaria e ilimitada de quienes contrataren en nombre de la misma.

Pues que todo negocio jurídico se supone constituido regularmente, los acreedores deberán probar la irregularidad, por ejemplo, con un certificado de la Cancillería. Probada esta irregularidad, podrían valerse de la favorable posición en que les ha colocado la ley, para seguir uno de estos caminos: *a*), demandar en juicio y lograr sean condenados al pago, quienes contrataron el negocio, dejando al cuidado de éstos el citar en garantía a la Sociedad irregular o el ser reembolsados por la misma; *b*), demandar en juicio simultáneamente a dichos representantes de la Sociedad irregularmente constituida y a la Sociedad misma, porque ésta se halla sujeta a las normas de las Sociedades regulares y antes que a ninguna, a la obligación de pagar sus deudas, y *c*), demandar en juicio, primero, a la Sociedad sola, y después, advertida su irregularidad, hacer participar en el mismo a quienes contrataren en su nombre.

De suerte que una sola cosa está prohibida a estos acreedores: el demandar en juicio a los representantes de la Sociedad para hacerlos condenar personalmente, sin probar la irregularidad de su constitución, porque esta irregularidad es el presupuesto de su condena personal (1).

(1) Se afirma—y nosotros mismos incurrimos en este error en la 1.ª edición—que los acreedores sociales pueden, si les conviene, reconocer la existencia de la Sociedad, o desconocerla y actuar inmediatamente contra los socios, cual mandantes de quienes operaron en nombre de la Sociedad. Esta doctrina ha penetrado en nuestro derecho a imitación del francés; pero fué una imitación equivocada, derivada

337. De estas premisas debería ser lógicamente deducir que los comanditarios de una comandita simple que se abstuvieren de tratar los negocios sociales no responderán más que en los mismos límites en que responderían si la Sociedad se hubiese constituido regularmente, es decir, con sólo su cuota. El silogismo sería éste: si las Sociedades irregulares están regidas por las normas de las regulares, y en las Sociedades regulares el socio comanditario responde solamente con su cuota, igualmente responderá sólo con su cuota el comanditario de una Sociedad irregular. Pero existen otras disposiciones legales que detienen dicho silogismo en su desenvolvimiento. En nuestro sistema legislativo, la comandita se ejerce por medio de una razón social (arts. 77 y 114), y la razón social comprende virtualmente todos los nombres de los socios: *nomina omnium sociorum simul collecta* (1); de modo que puede afirmarse que el socio cuyo nombre no se excluya de la misma mediante la publicación del acto que lo declara socio comanditario, queda comprendido en aquélla y va considerado como socio de responsabilidad ilimitada, a tenor del art. 114.

de la errónea observación de que en Francia (art. 56, ley de 24 de Julio de 1867), como en Bélgica (art. 4.º ley 18 de Mayo de 1873), las formalidades sociales están prescritas *bajo pena de nulidad*, mientras según nuestro art. 98, están prescritas sólo bajo pena de hacer irregular a la Sociedad. Los terceros no pueden desconocer la existencia de la Sociedad con que contrataron, porque la ley considera a la Sociedad irregular como existente y llama *Sociedad* (art. 99) a la Sociedad irregular, y *socios* a los socios de la entidad irregular contra los que aquéllos están autorizados para actuar (art. 98), llamando responsables a quienes contrataron en nombre de la misma. Los terceros no pueden desconocerla, ni cuando actúan contra los socios precisamente porque se valieron del nombre de la Sociedad, ni cuando actúan directamente contra la misma, que por esto implícitamente reconocen. BONELLI, *Arch. giurid.*, 1897, págs. 22, 42 y 59, y BOLAFFIO, *Tem. ven.*, 1899 (extracto, página 40), han criticado justamente esta importación del derecho francés al nuestro. Aquel derecho de opción existe para los acreedores en el sentido de que pueden considerar a la Sociedad como regularmente constituida, renunciando aunque sea momentáneamente a la acción directa contra quienes contrataron en nombre de la misma, o bien como irregularmente constituida, ejercitando la acción contra éstos y contra ella. La doctrina propugnada en el texto está ya consolidada en la jurisprudencia: vid. últimamente Casación Roma, 26 de Febrero de 1909; *Giurisprudenza ital.*, 1909, 393.

(1) Es una observación recogida de la historia concorde de la razón social, el que ésta comprende elípticamente a todos los socios: *signum societatis quo representatur corpus totius societatis et nomina omnium sociorum simul collecta* (núm. 382), qué socios deban ser incluidos en la razón social, se determina frente a terceros por los registros públicos que deben ser llevados en el Ayuntamiento o la Corporación y siempre en regla con el nombre de todos los socios colectivos y comanditarios, a fin de que cada uno responda según su respectiva responsabilidad: LATTE, *Legis. stat.*, pág. 162, texto sobre la nota 68; LASTIG, *Florentiner Handelsregister*, págs. 15, 27 y siguientes; GOLDSCHMIDT, *Handelsgeschichte*, páginas 276 y siguiente, notas 140 y siguiente.

que declara responsable sin limitación al comanditario *incluido* en la razón social.

Este argumento jurídico se refuerza mediante la consideración de que los peligros para el crédito público, que el legislador quiso remediar con el sistema de publicidad, resurgirían si el socio colectivo pudiera valerse del beneficio de la responsabilidad limitada. En efecto, considérese que el socio colectivo de una comandita simple es un socio estable y manifiesto, cuyo nombre los socios Administradores pueden libremente usar en todos los negocios sociales, mostrándolo a la confianza de los clientes de la Sociedad: el mismo socio colectivo puede declarar públicamente que él es socio y expresarse como tal sin decir que posee el beneficio de la responsabilidad limitada: esta reticencia no le expone a ningún inconveniente, porque la ley le convierte en responsable ilimitadamente sólo cuando trata personalmente los asuntos sociales (art. 118). Los peligros de esta ambigüedad, que dimana del hecho de que tanto los socios colectivos como los comanditarios son socios estables y manifiestos y permanecen tales durante toda la vida de la Sociedad mientras no se modifique la escritura de constitución (cfr. núm. 338), desaparecen cuando ésta tuvo publicidad legal. Pero cuando esta publicidad falta, ¿qué medio tienen los terceros para saber que actualmente se trata de una Sociedad en comandita cuyo socio sobre quien más se fundamentaba la garantía responde para con sus deudas sólo con una cuota y aun, quizá, es ésta irrisoria?

En el momento crítico de la quiebra se opondría a terceros el contrato escrito, tenido escondido hasta entonces, o una prueba testifical encaminada a demostrar que dicho socio quiso limitar su responsabilidad a la cuota aportada, y así él escaparía a las consecuencias de la confianza que su nombre hubiera despertado entre los acreedores. Si la ley no previniese semejantes engaños, precisaría reformarla; pero, por fortuna, la jurisprudencia, que atiende a las voces de la vida más que a las de la escuela, no ha perdonado a los comanditarios (1). La razón para conde-

(1) Apelación Turín, 23 de Junio de 1886; *Foro*, 1.250; Casación Turín, 25 de Junio de 1887; *Foro*, 948; Casación Florencia, 23 de Junio de 1887; *Foro*, 666; Casación Nápoles, 26 de Febrero de 1892; *Foro*, 1.064; Apelación Turín, 26 de Julio de 1892; *Monit.*, 699; Casación Roma, 21 de Febrero de 1889; *Glurispr. ital.* 93; Casación Turín, 7 de Agosto de 1894; *id.*, 994; Apelación Génova, 11 de Octubre de 1898; *Tem. gen.*, 532; Apelación Milán, 17 de Septiembre de 1907; *Foro*, 1908, 522; Casación Turín, 22 de Junio de 1908; *Foro*, 1.144; Apelación Turín, 16 de Mayo de 1904; *Rivista di dir. comm.*, 545; Apelación Génova, 9 de Julio de 1909; *Rivista di dir. comm.*, 1910, 40; Casación Turín, 5 de Abril de 1910; *ibid.*, 333; *id.*, 5 de Noviembre de 1918; *Monit.*, 424; *id.*, 20 de Enero de 1920; *Foro*, 650; SRAFFA, *Fallimento delle società commerciali*, págs. 183 y 188, quien, sin em-

narlos a responsabilidad ilimitada no está escrita, como se suele repetir, en el art. 98, porque éste aplica dicha sanción sólo a los socios que operaron en nombre de la Sociedad (núm. 334), y nosotros suponemos que el comanditario se ha abstenido. La razón decisiva estriba en que el comanditario es un socio estable y manifiesto, que se encuentra formalmente, mientras la escritura de constitución no se publique, en la misma condición que el socio de responsabilidad ilimitada cuyo nombre no se haya incluido en la razón social, y que para remover la presunción de que él responde con todo lo suyo como los otros, debe hacer saber que su cuota es limitada.

En un sistema legislativo tan desconfiado como el nuestro que hace perder al socio comanditario el beneficio de la responsabilidad limitada si ejercita mayores facultades de las que se le confirieron por el contrato social (art. 1.183), no se puede admitir sin caer en contradicción que el legislador haya querido conceder dicho beneficio al comanditario que deja ignorar a terceros si responde él o no con todo lo suyo de las deudas sociales y además no publica el contrato por el cual pueden deducir si ha traspasado o no él los límites contractuales de su encargo. La ley dice al comanditario: si tú ejercitas mayores facultades que las que te son permitidos por el contrato social, perderás el beneficio de la responsabilidad limitada. Pero si el contrato social no fué publicado, ¿cómo harán los terceros para saber que aquél no ha traspasado dichos límites y cómo podrán hacer valer tal responsabilidad? ¿Es posible construir un sistema jurídico en que la inobservancia de la ley proporcione beneficios? ¿Es posible que la ley haya evitado sus sanciones a quien es más peligroso para la fe pública? La ley considera al comanditario como a un socio de responsabilidad ilimitada mientras no se coloque al amparo de la publicidad legal, y precisamente por esto ha dejado abierto el camino de su quiebra, cuando, con frase general, no dijo que

bargo, crítica la severidad legal; ARGANGELI, que aduce inmejorables razones históricas en apoyo de la misma opinión, núms. 106 y siguientes y en la *Rivista di dir. comm.*, 1910, 11, 40. Precisa convenir en que este autor hace a nuestra doctrina una concesión decisiva, escribiendo, núm. 608: «Si la Sociedad en comandita irregular se manifiesta a los terceros con quienes entra en relaciones jurídicas, por el consentimiento, aun tácito, de los mismos socios comanditarios, como una Sociedad colectiva, ella vale porque se manifiesta. Así, la fuerza de las cosas pilla la mano hasta a aquél muy consecuente autor. En contra, también, NAVARRINI, *Comm.*, núm. 269, nota 3, el cual, contestándonos, no ve los peligros de su sistema cuando el socio colectivo hace creer que en aquel «y compañía» añadido a su nombre para formar la razón social y que va escrito en el rótulo de su negocio y en su correspondencia, se comprende el nombre del comanditario como socio de responsabilidad ilimitada, sin que el tercero pueda descubrir el engaño.

en las comanditas quebraban sólo los socios colectivos, sino que dijo que quiebran todos los socios que sean responsables sin limitación (art. 847) (1). De esta manera, el comanditario que no se cuide de llenar las formalidades legales, queda expuesto, desde el día en que la Sociedad se constituye hasta aquel en que se pone en regla con la ley, a responsabilidad ilimitada, incluso en aquellos primeros quince días que se conceden a los Administradores para cumplir el deber de los anuncios, porque la ley autoriza al comanditario para, al igual que a aquéllos, insertarlos desde el primer día (2).

Se objetó que esta interpretación viene determinada por una prevención, y es que según los términos legales, existe una culpa en los comanditarios que omitieren aquellas formalidades, mientras el art. 97 les concede una simple facultad, no impone una obligación. Respondemos que no partimos de la prevención de que haya una culpa imputable a los comanditarios; partimos, por el contrario, del presupuesto de que en el sistema legal la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios comanditarios es una sustitución legal en defecto de aquellos anuncios que son necesarios para dar a conocer la limitación de la responsabilidad de los mismos. Ella opera tanto si tienen culpa, como si no la tienen, porque su fin es suplir, corregir aquella laguna, mientras no se haya puesto remedio (vid., finalmente, núm. 338).

338. Naturalmente, cuando faltan razones especiales para derogar el principio según el cual las Sociedades irregulares se hallan disciplinadas por las disposiciones que rigen para las Sociedades regulares del mismo tipo, resurge el imperio de aquel

(1) Admitida la responsabilidad ilimitada del comanditario, su declaración de quiebra es la consecuencia inevitable, en garantía de los acreedores sociales. Conforme MANARA, II, pág. 461, nota 1; pág. 423, nota 4; págs. 484 y siguiente; Casación Turín, 7 de Agosto de 1894; *Giurisprudenza ital.*, 994; Casación Nápoles, 18 de Agosto de 1900; *Temi genov.*, 456; Apelación Milán, 17 de Septiembre de 1907; *Foro*, 1908, 522; Apelación Génova, 9 de Julio de 1909, *Foro*, 1.333. Vid., no obstante, en sentido contrario: SRAFFA, libr. cit., págs. 190 y siguientes y en el *Dir. Comm.*, 1895, 335 y siguientes, el cual no admite la responsabilidad ilimitada del comanditario más que a causa de las obligaciones contraídas por él a nombre de la Sociedad, a tenor del art. 98; BOLAFFIO, *Temi ven.*, 1899, pág. 26; Casación Turín, 5 de Abril de 1910; *Foro*, 555.

(2) Arts. 90 y 97. Vid. el núm. 335. Conforme Casación Palermo, 21 de Marzo de 1903; *Temi genov.*, 326; MANARA, II, núm. 603. SRAFFA, pág. 177, sostiene que los comanditarios no están expuestos a aquella sanción mientras no hayan transcurrido quince días desde la constitución de la Sociedad. Por el contrario, según nuestra opinión, esta limitación rige solamente en las relaciones contractuales de los socios, no frente a terceros, a quienes la ley quiso poner a cubierto de todas las insidias dimanantes, de inexistente o defectuosa publicidad.

principio. Por tanto, en las Sociedades anónimas irregulares pueden también los socios gozar del beneficio de responsabilidad limitada. Esta regla nada quita, a los acreedores, de las garantías sobre las que podían legítimamente contar, aun sin conocer los Estatutos, porque la denominación y el ordenamiento de la Sociedad anónima son tales que los nombres de los accionistas aun cuando las acciones sean nominativas, no son publicados ni dados en garantía de los acreedores sociales. No habría nexo lógico alguno entre la falta de publicidad y la responsabilidad ilimitada de los accionistas, porque la publicidad no iría destinada, como en las comanditas, a excluir la responsabilidad ilimitada de los socios, a distinguir a los socios responsables con limitaciones de los responsables ilimitadamente. Ya que los acreedores saben a este respecto, por el solo hecho de que les consta que tratan con una Sociedad anónima, todo lo que habrían sabido si la publicidad se hubiese hecho regularmente, no hay razón alguna para protegerlos contra un daño que no pueden sufrir. Los textos se orientan en este sentido, puesto que permiten que los acreedores consideren a la Sociedad irregular como regularmente constituida (1), pero no el que la consideren como una Sociedad distinta: los acreedores han tratado con la misma, la han reconocido y deben aceptarla como es, con su responsabilidad limitada, avalorada por la responsabilidad personal de quienes contrataron en nombre de la misma (art. 98). Los textos se orientan en este sentido, también, porque el art. 99, concede a los socios de una anónima irregular la facultad de pedir la propia liberación de las suscripciones — sin mermar nada de las garantías que se deben a los acreedores sociales hasta el día de la demanda—, y esta facultad de separarse del vínculo social, concedida a los socios, se refiere necesariamente a todo el vínculo que contrajeron. Si por motivo de haber omitido los anuncios la responsabilidad de los accionistas hubiese perdido sus límites y se hubiese cambiado en responsabilidad ilimitada, el legislador no hubiera hablado de responsabilidad dimanante de las suscripciones, sino de responsabilidad ilimitada, y les habría liberado de ésta y no de aquélla

(1) Creemos con MANARA, *Loc.*, vol. II, núms. 483, 493, 508-511 y 605-606, que el segundo párrafo del art. 90 rige también para las anónimas, ya que si su colocación material se refiere sólo a las Sociedades colectivas y en comandita simple, son tales y tantas las disposiciones del Código que reconocen a los acreedores sociales el derecho de tratar a las Sociedades anónimas irregulares cual regularmente constituidas (arts. 97, 98, 99, párrafo último, 248 y 863 al principio y número 1.º), que puede concluir con seguridad que tampoco la Sociedad anónima puede invocar contra sus acreedores aquel defecto de formalidad que constituye una infracción legal suya. Conforme Casación Roma, 26 de Febrero de 1909; *Giurisprudenza ital.*, 394.

dimanante de las suscripciones, que no tendría ya razón alguna de ser (1).

Se creará coger en contradicción a esta tesis objetando: si consideráis ilimitadamente responsable a los comanditarios, ¿cómo podréis contentaros con la responsabilidad limitada de los accionistas?, pues que el art. 98 mide a todos los socios con el mismo rasero y cualquier distinción es imposible. Respondemos: la razón por la que consideramos ilimitadamente responsables a los comanditarios no la hemos encontrado en el art. 98, que no resuelve el problema (núm. 337), sino en el ordenamiento de las Sociedades comanditarias, que tienen una razón social en la que los terceros pueden estimar incluídos a los comanditarios en defecto de anuncios. Este equívoco, engañoso para terceros, no es posible cuando contratan con una anónima, que hace patente a todos con esta denominación que aquéllos no pueden contar con la responsabilidad ilimitada de ninguno de los socios. Además, el incumplimiento de la publicidad en las comanditarias tiene por sanción casi exclusiva frente a terceros la responsabilidad ilimitada de los comanditarios; suprimida ésta, el incumplimiento reporta a los socios más beneficios que perjuicios. Pero en las Sociedades anónimas el cumplimiento de las formalidades se halla bajo la férula de graves sanciones penales para los Promotores, Administradores y Síndicos (arts. 247 y siguientes y 863), con lo que la transformación de la anónima en una Sociedad de responsabilidad ilimitada, no sólo violentaría la voluntad de los contratantes y deprimiría sustancialmente el espíritu de asociación, sino que sería supérflua o al menos desproporcionada con el fin del cumplimiento de la publicidad legal.

339. Defecto en el contenido de los anuncios. — Se presenta aquí la hipótesis de que las publicaciones regulares en la forma, contengan los elementos esenciales para las Sociedades, pero no todas las indicaciones prescritas por la ley (núms. 328 y siguiente), pues que si faltasen los elementos esenciales, el anuncio debería estimarse totalmente inexistente (2). En la hipótesis de indicacio-

(1) Reforzando esta argumentación dice justamente la Casación Roma, 26 de Febrero de 1909; *Giurispr. ital.*, 394: «La facultad concedida a los accionistas por el art. 99, de pedir ser liberados de sus suscripciones significa que el no ejercicio de esta facultad deja subsistente dicha obligación». Conforme Casación Florencia, 31 de Mayo de 1910; *Foro*, 492; Casación Turín, 6 de Julio de 1899; *Foro*, 1.042; Casación Nápoles, 26 de Febrero de 1892; *Foro*, 1.064; MANARA, *Tratt.*, 11, núms. 590 y siguientes; SRAFFA, en *Giurispr. it.*, 1892, 985; BONELLI, *Arch. Giur.*, LVIII, núm. 15.

(2) Conforme Apelación Génova, 31 de Mayo de 1909; *Foro*, 1.534. Apelación Venecia, 3 de Febrero de 1911, *Foro*, V, 147.

nes incompletas, los acreedores podrán considerar las lagunas del contrato como llenadas por las disposiciones del Código (núm. 328). Si los socios prefirieron no publicar ciertas cláusulas de cuya publicidad temían descrédito o dificultades para la hacienda social, no podrán en lógica consecuencia oponerlas a terceros, quienes, así, gozarán completamente de la tutela con que la ley quiso defenderlos: cualquiera otra sanción sería supérflua (1). Por tanto, si el extracto no indica a qué socios se ha concedido el uso de la firma social, se entenderá que todos lo tienen (2)—si no indica que los socios se reservan la propiedad de la cosa, se entenderá que pasa a la Sociedad (art. 82)—; si no indica la parte de cada socio, se entenderá que cada uno participa en las ganancias y pérdidas proporcionalmente a su cuota (3), y si no indica qué ventajas se reservan a los fundadores y esta cláusula se tuviere secreta, los acreedores sociales podrán considerarla como inexistente (4).

340. Así como la Sociedad irregular existe bajo las mismas normas que rigen para las Sociedades regulares, salvo las excepciones establecidas en el Código, así sus bienes forman una masa destinada exclusivamente a garantizar a los acreedores sociales. Los acreedores particulares de los socios, salvo el caso de una constitución fraudulenta (art. 1.235, Código civil), se encuentran respecto a los acreedores sociales, en la misma condición jurídica que los socios contra quienes ejercitan los derechos, y como éstos no pueden oponer a aquellos acreedores la falta de formalidades legales (art. 99₃), así los mismos deben considerar a la Sociedad como regularmente constituida. Un solo derecho personal concede la ley a ciertos acreedores particulares más dignos de respeto, para abreviar la prolongada expectativa durante la que deben esperar a que la Sociedad termine para ejercitar su acción



(1) Casación Turín, 20 de Junio de 1911; *Giurispr. Ital.*, 936; Apelación Macerata, 13 de Diciembre de 1910; *Rivista di dir. comm.*, 1911, 348; Apelación Génova, 30 de Noviembre de 1886; *Eco di Giurisprudenza*, 353. Va demasiado lejos BONELLI, *Rivista di dir. comm.*, 1906, 1, 120, cuando sostiene que ninguna de las indicaciones que constituyen el contenido de los anuncios sea esencial al efecto de la regularidad de la Sociedad. Si fuese ello así, cualquier inserción, aun irrisoria o falta de unidad o de sentido, sería suficiente para formar una Sociedad irregular.

(2) Código civil, art. 1.723; Apelación Catania, 21 de Junio de 1907; *Giur. Caf.*, 110; Apelación Turín, 6 de Junio de 1882; *Annali*, 1882, 525; Apelación Milán, 31 de Marzo de 1879; *Monit.*, 406; Casación Turín, 12 de Enero de 1876; *Giurispr. tor.*, 327; PARDESSUS, núm. 1.009; BOISTEL, núm. 359; LYON-CAEN ET RENAULT, 11, núm. 226; MANARA, 11, núms. 522 y siguientes y 532 y siguientes.

(3) Código civil, art. 1.717.

(4) Código de Comercio, arts. 85, 201 y 850.

contra la cuota que se asigne a su deudor, y se halla consignado en el art. 102. Pero esta consideración especial concedida a los acreedores particulares demuestra que en cualquier otro caso no tienen más que los derechos de los socios sus deudores. No serán perjudicados por esto, porque podrán pedir en lugar del socio deudor suyo la disolución del vínculo social (art. 99, y 4), y si prefieren respetarlo, esto significaría que esperaban obtener en el porvenir, por conducto de la empresa social, un aumento de garantías para su crédito (1).

Si el Código hubiese adoptado la regla que muchos intérpretes le atribuyen (nota 27), según la que los terceros pueden si les tiene cuenta considerar a la Sociedad como inexistente, se podría afirmar, incluyendo a los acreedores sociales entre aquellos terceros y tomada esta palabra en un sentido generalísimo, que incluso dichos acreedores podían optar por la inexistencia. Pero, puesto que la Sociedad irregular existe respecto a todos, y nadie puede considerarla como inexistente mientras no haya sido disuelta por sentencia judicial, se sigue el que incluso por esta razón los acreedores particulares deben reconocer su existencia y observar la disciplina que atiende a sus fines. Por otra parte, si los acreedores particulares tuviesen el derecho de considerar a la Sociedad irregular como inexistente para perseguir sus bienes dentro de los límites de la cuota correspondiente a su deudor, este derecho lo tendrían también contra la Sociedad de responsabilidad limitada, porque se trataría de una regla general. Pero, ¿para qué ejercitar este derecho disolvente, si pueden vender la cuota o la acción correspondiente a su deudor? (art. 85). La inutilidad de este derecho, que castigaría a toda Sociedad anónima irregular con la disolución, es su condena. Y si el mismo no existe contra estas Sociedades, no existirá tampoco contra las otras, porque la condición jurídica de las Sociedades irregulares es una sola para todas las clases de Sociedad.

El sistema legislativo se halla totalmente dominado por el pensamiento de garantías a los acreedores sociales y para favorecer por este camino el crédito de la Sociedad. Este pensamiento no cesó de inspirar al legislador, aun cuando las Sociedades estén irregularmente constituidas. En efecto, al reconocer a los socios el derecho de liberarse en cualquier tiempo del vínculo social, no dió efectos retroactivos a su demanda de disolución, ni a la que en lugar de ellos podrían deducir sus acreedores particulares, precisamente porque no quiso que se mermasen las garantías ofrecidas a los acreedores sociales en el contrato de

(1) Código de Comercio, arts. 85, 201 y 850.

Sociedad (art. 99, y 4.); y en el libro de los quiebras, que rige expresamente (art. 863), también, para las Sociedades irregulares, los acreedores particulares no tienen derecho más que sobre el remanente del socio, después de satisfechos los acreedores de la Sociedad (1).

341. *Las modificaciones de las Sociedades irregulares.*—El principio ahora dominante (núms. 330 y siguientes) que manda se rijan las Sociedades irregulares, en sus relaciones internas y externas, por el contrato social—salva la responsabilidad ilimitada, para con los acreedores sociales, de quienes operan en nombre de aquéllas—, lleva lógicamente a considerar como igualmente eficaces las modificaciones que los socios hayan ido sucesivamente introduciendo en las mismas. Forman también parte del contrato social y producen sus efectos frente a terceros si además de la responsabilidad subsidiaria desean ejercitar sus acciones contra la Sociedad.

Las desastrosas e injustas consecuencias a que conduce la doctrina opuesta que considera inexistentes las modificaciones no publicadas, nos indujeron a examinar el problema. Hemos presenciado el caso de socios retirados muchos años ha del comercio y emigrados de Italia después de haber renunciado a una Sociedad irregular; de herederos de un socio fundador que se habían dividido la herencia después, sin tener en cuenta aquella relación jurídica de la que no encontraban huella alguna en su patrimonio, perseguidos después de muchos años por los acreedores de una Sociedad que había sido llevada a la quiebra por los socios supérstites. Estos casos de responsabilidad son inicuos, tanto más porque en este campo la prescripción no puede producir su función liberadora, pues que, faltando la publicidad de la renuncia o separación anticipadas, no podría comenzar nunca su decurso en favor de los socios y de sus herederos.

(1) Art. 850.—En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia ahora dominantes. Vid. Casación Roma, 22 de Junio de 1890; *Foro*, 1,285; Apelación Catania, 19 de Septiembre de 1898; *Cons. comm.*, 1899, 5; Apelación Bolonia, 12 de Diciembre de 1898; *Giurispr. ital.*, 1898, 48; Casación Florencia, 29 de Julio de 1896; *Temi ven.*, 544; Casación Roma, 12 de Mayo de 1900; *Giurispr. ital.*, 301. Apelación Milán, 24 de Abril de 1903; *Rivista di dir. comm.*, 411; ERRERA, *Dir. comm.*, 1890, 785 y siguientes; NAVARRINI, núms. 141-142; BOLAFFIO, *Temi ven.*, 1900, pág. 41, extracto; MANARA, *Loc.*, 11, 469 y 483, quien acertadamente observa que ningún argumento puede inferirse de la contraria jurisprudencia francesa, puesto que la ley de 24 de Julio de 1867, art. 56, establece que las formalidades legales deben observarse «a peine de nullité à l'égard des intéressés». Vid. las razones históricas y exegéticas que nos habían inducido en la 1.ª edición, núm. 308, a seguir la opinión contraria, que fué seguida por SRAFFA, *Dir. comm.*, 1895, 335, y por importante jurisprudencia por nosotros allí citada.

Razones deducidas del texto legal y de su sistema, además de la fuerza lógica que entraña el susodicho principio colocado como base de la disciplina de las Sociedades irregulares, nos indujeron a abandonar la opinión sustentada en las ediciones precedentes:

a) La regla escrita en el Código por la que las modificaciones no producen efecto mientras no sean publicadas (art. 100), rige sólo para las Sociedades publicadas debidamente, porque el Código dispone naturalmente bajo el presupuesto de que sus normas imperativas hayan sido observadas. Sería extraño, como manifestó la Casación de Florencia, «que se deba transcribir y publicar la modificación de unos Estatutos cuya existencia no se conoce y de los que se ignoran los términos, pues que no fueron transcritos ni publicados». Esta acertada intuición se justifica con dos observaciones detraídas de los textos legislativos. En primer lugar, considérese que la publicación de la modificación viene impuesta sólo a las Sociedades que pertenecen a las clases enumeradas por el Código, es decir, a las que por el art. 76 tienen una especie determinada, mientras las Sociedades irregulares no forman una especie de Sociedad sino una deformación de todas las especies, de modo que muchas veces tienen una naturaleza mixta o ambigua que no halla comparación con las especies reguladas por el Código. En segundo lugar, el Reglamento para su ejecución prohíbe a los Tribunales admitir y transcribir la modificación introducida en una escritura de constitución si al mismo tiempo no se presenta la prueba de que la Sociedad se ha constituido regularmente (art. 8.º, núm. 10 y art. 9.º): el Reglamento considera a la modificación como un acto accesorio, que ha de transcribirse en las páginas opuestas del folio íntegro que se reserva a toda Sociedad cuando publica su constitución (art. 7.º, párrafo segundo). De aquí la consecuencia de que no existe posibilidad de publicación de las modificaciones sino para las Sociedades ya registradas. Si las no registradas quieren ponerse en regla, deben publicar simultáneamente la escritura social y su modificación, es decir, el acto constitutivo modificado por la renuncia o exclusión del socio, y por el cambio introducido en la razón social o en los socios que tienen el uso de la firma social, etc. Por tanto, la modificación no tiene ni puede tener efecto si antes no se ha constituido la Sociedad regularmente.

b) Ninguna ley autoriza a terceros a contar con la estabilidad del contrato originario y a excluir las modificaciones que en el mismo se hayan introducido posteriormente. Estas modificaciones son acuerdos de los socios, de la misma naturaleza del que ha dado origen a la Sociedad y no se alcanza la razón por

la que los acreedores sociales deberían poder exigir la observancia del contrato primitivo en detrimento del que lo ha modificado. Se comprende que en el caso de Sociedad regular, puedan los terceros contar con la estabilidad del contrato social que fuere debidamente publicado, mientras otro anuncio no haya dado noticia de su cambio; pero si el contrato social no fué publicado, no importa él, más que la modificación que se le haya introducido. La ley ha hecho una aplicación de esta regla disponiendo que en las Sociedades irregulares, los efectos de la disolución surten desde el día de la demanda judicial, es decir, desde el día de la citación (art. 99, párrafo primero), demostrando con ello que los terceros no pueden contar con la publicación legal de la modificación.

c) Inoportunamente se invocaría contra el miembro de una Sociedad irregular para hacerle pasar por el contrato primitivo, la regla establecida en el art. 99: «la falta de las susodichas formalidades no puede ser opuesta por los socios contra terceros»; se la aplicaría en falso. Puesto que el socio que sostiene la eficacia de su renuncia o de otra modificación introducida en el contrato social a su favor, no invoca la falta de publicidad de la modificación para crearse una defensa, como acaecería si invocase la omitida publicación para negar la existencia de la Sociedad y de sus obligaciones, sino por el contrario, pide que la modificación sea considerada eficaz frente a terceros, como si hubiese sido publicada. Aquella regla aplicada al caso, daría este resultado: «los acreedores pueden considerar la modificación como ocurrida aunque no haya sido publicada». Y el socio responde: «Perfectamente, porque yo no deseo otra cosa que ser considerado como renunciante». Para que la regla establecida en aquel párrafo produjese el resultado apetecido por los acreedores, debería ser transformada en esta otra: «La falta de las susodichas formalidades deja intacta a la Sociedad en favor de terceros». Si la prohibición impuesta por el art. 99 a las Sociedades irregulares, de alegar a terceros la falta de las formalidades legales comprendiese también las formalidades relativas a las modificaciones del acto constitutivo, cual se debería argüir por la referencia a todos los artículos precedentes, se llegaría a la consecuencia de que las modificaciones introducidas en los actos constitutivos de las Sociedades irregulares deberían surtir efecto aunque las formalidades hubiesen sido omitidas. Como la constitución se considera válida y eficaz frente a terceros aunque no haya sido debidamente publicada, así, por lógica aplicación de la misma regla, la modificación debe considerarse como eficaz frente a terceros aun cuando no se haya publicado.

d) Si son válidas y eficaces para terceros las condiciones primitivas del contrato de Sociedad aunque no hayan sido publicadas, lógico es que no se exiga más para las modificaciones que se introduzcan sucesivamente. Si el contrato de Sociedad irregular se disuelve cuando llega el fin de su duración originaria, no hay razón por la que una modificación sucesiva, que abrevie aquel término, no lo pueda disolver antes del mismo término. Aquella primera declaración de voluntad de los socios no ha tenido ni mayor publicidad ni mayor autoridad que la segunda, pues que entrambas se apoyan sobre la mera voluntad de los contratantes, y teniendo el mismo origen, deben tener los mismos efectos (1).

342. Modificaciones no publicadas en las Sociedades regularmente constituidas.—Las modificaciones que vienen introducidas en una Sociedad regularmente constituida deben considerarse como no habidas, respecto de todos, tanto de los acreedores sociales como de los socios, mientras no se publiquen regularmente. Existen, como lo prueba la observación de que todo socio tiene la facultad de promover su regular publicación (art. 96), pero se difiere cualquier efecto hasta el tiempo de la publicación, en favor de los socios y de los terceros que hagan regir las cláusulas debidamente publicadas en contra de la modificación no adquirida para el ordenamiento jurídico por defecto de publicidad (2). Por tanto, existe entre la omitida publicación de la escritura de constitución y la de sus sucesivas modificaciones esta radical diferencia: que la omisión de la primera, vuelve irregular a la Sociedad, y la omisión de la segunda no atañe a la regularidad de la misma, ya adquirida. Ella hace que dichas modificaciones deban considerarse carentes de toda eficacia por falta de un elemento esencial para su actuación, salva disposición legal en contrario que modifique esta sanción (3).

(1) Ley 35, *Dig. de reg. iur.*, ley 17: *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est*. Apelación Roma, 26 de Febrero de 1891; *Temí Rom.*, 184; Apelación Brescia, 31 de Marzo de 1895; *Monit. Trib.*, 1896, 581; Casación Florencia de 12 de Junio de 1909 y 14 de Febrero de 1910; *Foro*, 1909, 895 y 1910, 421. El largo espacio de tiempo transcurrido entre estos dos períodos fué llenado por una jurisprudencia casi constante en sentido contrario al texto; vid. especialmente: MANARA, *Società*, 11, núm. 675; Casación Roma, 8 de Mayo de 1905; *Giurispr. ital.*, 825; Casación Palermo, 6 de Julio de 1899; id., 932; Casación Turín, 3 de Diciembre de 1895; *Monit.*, 1896, 186.

(2) Código de Comercio, arts. 96 y 100.

(3) Por ejemplo, arts. 158, párrafo último, 187 y 192. Los socios no podrían además oponer a los terceros la falta de publicidad, porque no pueden prevalerse, de su negligencia y de la de sus Administradores (arts. 97 y 99). Conforme MANARA, núms. 680 y siguientes; A. SCIALOJA, *Foro*, 1905, 755; Casación Palermo, 6 de Di-

Por consiguiente, la escritura de constitución de la Sociedad, no obstante sus sucesivas modificaciones no publicadas, continuará regulando sus relaciones con terceros. Para éstos, la disolución anticipada podrá considerarse como no ocurrida y podrán citarla en su domicilio por medio de sus Administradores, aun con posterioridad (1). La retirada de un socio no podrá oponerse a los acreedores, y aquél responderá por las deudas sociales durante todo el tiempo que la Sociedad habría debido subsistir (2). La prórroga no privará a los acreedores particulares de un socio del derecho de proceder ejecutivamente contra su cuota (3). Cuando por la especie de Sociedad el socio deba responder solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales, responderá incluso en la quiebra, aunque se hubiera retirado de toda clase de comercio desde más de cinco años atrás (art. 690), porque siendo su retirada carente de efectos jurídicos (art. 100), los acreedores tienen derecho de considerarlo como socio, como partícipe en el comercio de la Sociedad y como responsable de sus obligaciones, hasta de las más recientes que la arrastraron a la quiebra. Pero esta su responsabilidad no se prolonga más allá del término primitivamente fijado para la duración de la Sociedad, no obstante las prórrogas que hubiesen sido convenidas por los otros socios después de la retirada de aquél, porque los acreedores nada más pueden pretender de él que la ejecución del primitivo contrato que fué regularmente publicado (art. 99).

343. La modificación opera simultáneamente tanto en las relaciones internas como en las externas a raíz de la inserción de los anuncios legales. La modificación opera simultánea e indivisiblemente en entrambas direcciones, tanto contra los socios como contra terceros. Aunque de los trabajos preparatorios se deduzcan muy incompletamente los motivos de esta doble sanción, sin embargo se puede justificarla por estos tres motivos que surgen del sistema del Código:

ciembre de 1898; *Monit.*, 1899, 627; Apelación Génova, 13 de Febrero de 1897; *Temí genov.*, 144; Apelación Mesina, 6 de Julio de 1904; *Temí genov.*, 1904, 571; Apelación Génova, 9 de Mayo de 1905; *Temí genov.*, 333; Apelación Milán, 12 de Mayo de 1907; *Monit.*, 792.

(1) Apelación Génova, 11 de Marzo de 1910; *Temí genov.*, 173; Apelación Venecia, 20 de Agosto de 1896; *Temí ven.*, 1897, 45; Casación Turín, 3 de Diciembre de 1895; *Temí genov.*, 1896, 98; Apelación Casale, 15 de Septiembre de 1888; *Eco*, 297; Apelación Venecia, 17 de Marzo de 1885; *Temí ven.*, 117; Casación Turín, 6 de Noviembre de 1883; *Monit.*, 1884, 27.

(2) Casación Palermo, 6 de Abril de 1899, *Temí genov.*, 489; Apelación Bolognia, 5 de Abril de 1898; *Monit. giur.*, 106; Apelación Génova, 25 de Julio de 1896; *Temí genov.*, 460; Apelación Lucca, 15 de Abril de 1890; *Dir. comm.*, 503.

(3) Apelación Trani, 14 de Marzo de 1910; *Giurispr. ital.*, 565.

a) Se quiso conceder eficacia a la modificación sólo cuando hubiese alcanzado la estabilidad inherente a su publicación, dejando libre el camino para revocar la modificación hasta que se hubiese publicado regularmente, a fin de que los socios pudieran salvar a la Sociedad de las perniciosas consecuencias de la reforma. Ya veremos cómo este intervalo de posible arrepentimiento puede ayudar a la salvación de la Sociedad, especialmente en el caso de una excesiva retirada de socios (núm. 518).

b) Se quisieron imponer a los socios las cargas inherentes a la modificación sólo cuando se les hubiese asegurado las ventajas de una publicidad regular, y

c) Se quiso conceder eficacia a la modificación frente a terceros sólo cuando se pudiesen distribuir las cargas entre todos los socios en la medida y en los términos acordados en la modificación.

El resultado de este sistema es esencialmente jurídico, porque da unidad de efectos a un negocio jurídico que los socios quisieron ciertamente llevar a cabo en su integridad.

El texto de la ley lo consagra indudablemente, porque mientras antes (art. 99) y después (art. 103) limita la eficacia de algunas disposiciones a sólo las relaciones de la Sociedad con terceros, ahora, en el art. 100, dice absolutamente sin limitaciones, que las modificaciones son suspendidas en sus efectos hasta su publicación legal. Así, el cambio del socio Administrador o del domicilio de la Sociedad colectiva podrá ser desconocido tanto por el acreedor de la Sociedad, que la podrá citar válidamente en la persona de su precedente Administrador o en su antiguo domicilio, como por el socio que niega al nuevo Administrador el derecho de citarlo para el pago del resto de su cuota o rehusa admitir la nueva sede judicial para las controversias entre los socios (1).

(1) La *Relaz.* MANZINI en el Senado, LXVI, se halla de perfecto acuerdo con la fórmula absoluta del art. 100: «La publicación de los actos referentes a modificaciones que se introducen en el contrato constitutivo de las Sociedades ya existentes, es de suma importancia para el interés de terceros. *Pero conviene que el interés de los socios sea también excitado al cumplimiento de esta obligación, y a tal efecto no parece demasiado grave la sanción de que, si no, los cambios no publicados deben quedar ineficaces.* Hay, en efecto, una gran diferencia entre las consecuencias de la anulación de una Sociedad que, si bien instituida sin observar las formas prescritas, puede haber tenido, no obstante, existencia real y dado origen a una infinidad de relaciones, y la consecuencia de la ineficacia de una simple modificación posterior introducida en el acto social. Tanto en interés de los socios entre sí, cuanto en interés de terceros, el acto social regularmente realizado y publicado presenta ya una segura base a la determinación de los derechos recíprocos, porque la publicación prescrita se puede, sin inconveniente, establecer como condición esencial de la eficacia de las posteriores modificaciones». Conforme Casación Turín, 6 de Noviembre de 1883; *Monitore*, 1884, 27; Casación Turín, 4 de Junio de 1892; *Giurispr. ital.*, 954; Casación Roma, 17 de Febrero de 1893; *id.*, 492; Apelación Ve-

Cuando el legislador declara que las modificaciones quedan en suspenso hasta su regular publicación, su palabra debe referirse y limitarse a los acuerdos tomados por el ente social mediante sus órganos legítimos, sean la Asamblea o los Administradores, según la diversa clase de Sociedad y los Estatutos que la gobiernan. Pero esto no impide el que los socios puedan ser obligados por otro título a respetar la modificación no publicada. Para justificar esta limitación, sirve una distinción bastante fecunda en resultados y muchas veces utilizada en el curso de este volumen, entre la declaración de voluntad del socio como órgano social, por ejemplo, como miembro de la Asamblea y su declaración de voluntad personal, emitida como titular de su particular patrimonio. Mientras la primera no le obliga directamente en su caudal, la segunda le obliga directamente y produce sus efectos aun sin publicidad legal alguna. Por tanto, si él como titular de su propio patrimonio, se obligó a aumentar la propia cuota, a asumir la responsabilidad de socio colectivo, a prorrogar la Sociedad *animus contrahendi*, como ocurre generalmente en las modificaciones que se acuerdan entre todos los socios conformes de las Sociedades colectivas y comanditarias, o bien si demostró ésta su voluntad personal cumpliendo el acuerdo, entonces viene obligado para con los socios y no puede aducir pretexto alguno por los anuncios omitidos, con el fin de sustraerse a las obligaciones contraídas. Ni podrá sustraerse frente a terceros para quienes dicha modificación vaya encaminada en la mente de los contratantes, si éstos pensaron aprovecharse de ella. El vínculo personal contraído por el socio, como contratante, respecto a los otros socios, le quita la posibilidad de oponer la falta de publicidad: si cualquier socio puede efectuarlas o hacerlas efectuar por los Administradores (art. 97), es evidente que ninguno de aquéllos puede, retirando la propia palabra, impedir su cumplimiento (1).

neccia, 25 de Febrero de 1896; Foro, 818; Apelación Bolonia, 5 de Abril de 1898; Casación Palermo, 6 de Abril de 1899; *Temi genov.*, 489; Casación Florencia, 21 de Mayo de 1917, Foro, V, 444; P. E. BENSA, Foro, 1903, 1, 69; NAVARRINI, número 159; MANARA, 11, núm. 679; A. SCIALOJA, *Riv. di dir. comm.*, 1905, 574; BOLAFFIO, *Rivista di dir. comm.*, 1905, 196 y siguientes. En contra, Casación Roma, 28 de Marzo de 1903; *Temi ven.*, 250, Véase núm. 518.

(1) No llega a resultados muy diferentes A. SCIALOJA, *Studi di diritto privato*, Roma, 1906, págs. 35, 349 y siguientes; pero actúa con otro concepto cuando dice que el socio debe respetar la modificación si la diere ejecución por medio de una implícita renuncia al derecho de impugnarla. Esta explicación no nos parece ni suficiente ni exacta: no es suficiente, porque no justifica que el socio deba respetar la modificación, que es resultado de un acuerdo contractu 1, ni exacta, porque el socio no puede renunciar a sanciones que tienen el carácter de disposiciones de orden público.

Se aproxima mucho a la construcción del texto una importante sentencia de la

344. Todas las modificaciones del contrato social que durante el curso de la Sociedad alteren las disposiciones ya publicadas, deben tener la misma publicidad: ya deriven de la declaración individual de un socio, de un acuerdo de la mayoría o de un acuerdo unánime de los socios, cuando sean éstas fuentes legítimas de la modificación. Todas estas modificaciones, por surtir efecto ya al interior entre los socios como al exterior frente a terceros, deben ser publicadas. El art. 96, que preceptúa esta publicidad para toda modificación, y el art. 100, que contiene la sanción, no permiten distinción alguna entre modificaciones voluntarias e involuntarias; la distinción llevaría consigo una limitación a la voluntad del legislador. Por tanto, si como consecuencia de la muerte de un socio de una colectiva, por una cláusula contractual (art. 191), debieran los herederos ocupar su puesto, deben publicarse los nombres de estos nuevos socios que contrajeron responsabilidad ilimitada para las obligaciones sociales. Se deberá publicar la exclusión de un socio, aunque se debiese a motivo independiente de él, como la interdicción o la inhabilitación (art. 191), si por alguna cláusula contractual, continúa la Sociedad entre los otros socios. Si por falta de determinado rendimiento en las utilidades, por el contrato social tiene un socio derecho de retirarse de la Sociedad, esta retirada debe publicarse (art. 96). Los anuncios legales no reflejarían el estado jurídico de la Sociedad, si eximiendo de la publicidad a las modificaciones involuntarias, se admitieran en su sistema estas enormes lagunas: resultaría éste herido en su esencia, porque la publicidad que no es completa se vuelve engañosa.

MANARA (I) ha expuesto esta singular doctrina: las modificaciones involuntarias no deberían publicarse porque no se derivan de un acuerdo social. Pero esta distinción no tiene el apoyo del legislador. Este quiere que toda modificación se publique, sin distinción, y precisamente porque no siempre la modificación viene determinada por un acuerdo colectivo de los socios, declara en los artículos 96 y 101 que la modificación puede resultar tanto de un acuerdo como de una declaración del socio. Al sobrevenir

Apelación Mesina, 6 de Julio de 1904, tomada por ALAGGIA, *Rivista di dir. comm.*, 1905, pág. 69, en donde se lee: «Un socio no puede pedir a otro la ejecución de la modificación todavía no publicada, debiéndose presumir que los socios han querido cambiar, hasta el cumplimiento de aquellas formalidades; su respectiva condición y responsabilidad en la repercusión que las obligaciones frente a terceros producen en las relaciones internas. Esto, sin embargo, no impide que la voluntad de los socios pueda manifestarse en sentido opuesto o con pacto especial o también con la ejecución voluntaria». Conforme Casación Turín, 4 de Julio de 1919 9 de Marzo de 1920; *Foro*, 1919; 1.094, 1.920, 672.

(1) *Trattato delle soc.*, núms. 663 y siguiente.

la muerte, la retirada o la expulsión de un socio, ya previstos en la escritura de constitución (4.^a edición, núm. 727), el socio interesado, sea quien se va, sea uno de los que queden, presentará en la Cancillería del Tribunal su declaración referente a la modificación ocurrida y su causa. El art. 97, que concede a los socios la facultad de publicar o de hacer que se publiquen por los Administradores todas las modificaciones indicadas en el artículo precedente, nos señala el camino por seguir. La escritura que contenga aquella declaración proveerá al acto fundamental de las sucesivas transcripciones y anuncios.

No es cierto que los otros anuncios establecidos por el Código puedan hacer sus veces (arts. 104, 177, 179, 180 y 313-315), porque son anuncios fragmentarios, esporádicos y encaminados a fines diversos, que no podrían proporcionar nunca a los interesados una publicidad estable y completamente ordenada a dar a conocer la situación jurídica de la Sociedad, cual las transcripciones y anuncios ordenados por la ley para la publicidad de la escritura de constitución y de sus modificaciones (1).

§ 34.—OBJETO DE LA SOCIEDAD

Sumario.—345. Qué se entiende en el Código por objeto de la Sociedad. Cuándo hay modificación.—346. Sociedades civiles y Sociedades mercantiles.—347. El objeto de una Sociedad mercantil debe ser un acto objetivo de comercio.—348. Puede tener por objeto tanto un acto mercantil como una serie de actos mercantiles.—349. Objeto ilícito.—350. Cuándo adquiere la Sociedad carácter mercantil.

345. El objeto de la Sociedad, según el lenguaje del Código, está constituido por las operaciones mercantiles que la misma se propone ejercitar (2), y, como en todo contrato, dicho objeto debe

(1) La opinión de MANARA se puede combatir con las mismas resoluciones que él aporta para otras modificaciones previstas en la escritura de constitución. Dice él que el aumento de capital, la prórroga de la Sociedad, la extensión de su comercio, la retirada voluntaria del socio, etc. (núms. 665, 667, 670 y siguientes), si bien previstos, deben ser publicados. Con esto reconoce que el acto constitutivo penetra en el ordenamiento jurídico sólo con la publicación. Ahora bien. ¿cómo se podrían adoptar dos pesos y dos medidas y tolerar el que una Sociedad viva en una semipublicidad porque la modificación haya tenido una causa más bien que otra? Lo que aquí interesa son los efectos y no las causas de la modificación, y para aquéllos es necesaria la publicidad.

(2) Código de Comercio, arts. 76 y 87, párrafo 1.º, 88, núm. 4, 89, núm. 2, 131, 158, núm. 6, 177, 189, núm. 2, etc.

determinarse por los contratantes (1). Si una determinación desmesurada puede impedir a la Sociedad el que desenvuelva sus iniciativas, puede, no obstante, ayudarla a mantener a sus Administradores en una esfera precisa de actividad, en garantía de los socios y de los acreedores sociales (2). La duda de que si los Administradores han salido afuera del objeto social, de si una modificación de los Estatutos ha producido un cambio del objeto de la Sociedad, se reduce a una interpretación del contrato social, que debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto de sus cláusulas y de las primitivas intenciones de los contratantes. Estimamos que como reglas generales sólo pueden sentarse éstas: no hay cambio de objeto en la Sociedad cuando se acuerda reducirlo a alguna de las operaciones ya comprendidas y previstas en la escritura de constitución, excluyendo a las otras, y no hay cambio aunque haya sido acordado como si fuese tal, cuando realmente no reúne sus caracteres.

346. Las Sociedades civiles que toman forma mercantil y las Sociedades mercantiles se distinguen esencialmente por su objeto, pues que éstas realizan operaciones mercantiles y aquéllas operaciones civiles (3).

347. El acto que constituye el objeto de la Sociedad mercantil debe ser un acto objetivo de comercio, es decir, uno de los enumerados en el art. 3.º del Código mercantil. La circunstancia de que uno de los socios ejerza por cuenta propia el comercio y sea comerciante no proyecta este carácter sobre la Sociedad, ya que, para determinar el carácter comercial de una Sociedad, débese tener en cuenta el objeto de su actividad y no el objeto de la actividad de los socios (4). Alrededor de esta actividad principal pueden desenvolverse y se desenvuelven habitualmente múltiples actos subjetivos que sirven para facilitar aquel ejercicio (art. 4.º). Los actos esencialmente civiles se salen, por su naturaleza, del campo de acción de aquélla y exceden a su capacidad, por lo que pueden ser anulados a petición de quienquiera

(1) Código civil, arts. 1.104 y 1.117.

(2) Código de Comercio, arts. 108, 115 y 158, núm. 6, y párrafo 2.º La cuestión del cambio de objeto social será tratada de nuevo con ocasión de las Sociedades anónimas.

(3) Código de Comercio, art. 76 y art. 3.º La teoría de los actos de comercio se aplica a las Sociedades mercantiles como a los comerciantes. Para el estudio del objeto de las Sociedades civiles, vid. la última parte de este volumen.

(4) Art. 76. Código de Comercio; Casación Roma, 14 de Enero de 1918; *Giurispr. ital.*, 274.

tenga interés en ello, porque la nulidad es absoluta, como que va impuesta por razones de orden público.

348. La Sociedad puede tener por objeto ejercer una serie de actos de comercio, o también un solo acto, por ejemplo, un arrendamiento. Esto es jurídicamente indiferente; sin embargo, el Juez suele tener presente la índole ocasional y efímera del negocio como indicio de que los contratantes tuvieron intención de estipular una asociación de cuentas en participación y no una Sociedad (1).

349. El objeto del comercio social debe ser lícito (2); por tanto, deberán considerarse como inexistentes—y ni el tiempo podrá convalidarlas—las Sociedades instituidas para ejercer la lotería clandestina y el contrabando o para impedir la libertad de las almonedas. Consecuencias: si la Sociedad no había comenzado su ejercicio, cada socio puede retirarse de la misma reclamando su cuota (3); si lo había comenzado, el socio podrá retener para sí cuanto hubiera cobrado como ganancia y reclamar el capital aportado, porque no existe una causa que pueda constreñirle a dejarlo, pero no puede reclamar otras ganancias o ser obligado a contribuir a las pérdidas; así se niega al contrato todo efecto ante los Jueces (4). La Sociedad debe considerarse inexistente incluso con respecto a quien ejercite un derecho derivado de los socios; por tanto, los acreedores particulares de un socio pueden perseguir los bienes que éste haya aportado.

350. La Sociedad adquiere carácter mercantil tan pronto como queda constituida y, por consiguiente, antes aun de que

(1) Apelación Casale, 12 de Diciembre de 1891; *Dtr. comm.*, 1892, 231; Apelación Génova, 4 de Agosto de 1877; *Eco*, 651; Apelación Venecia, 8 de Marzo de 1878; *Tem ven.*, 174; Apelación Milán, 7 de Enero de 1864; *Gazz. Trib.*, p. 1; Apelación Turín, 2 de Agosto de 1861; *Giurispr. ital.*, X111, 2, 672.

(2) Código civil, arts. 1.698, 1.116 y 1.119.

(3) MANARA, núms. 181 y siguientes; NAVARRINI, núms. 32 y siguientes; PONT, núms. 3-54; LAURENT, XXVI, núms. 165 y 166; DELANGLE, núm. 101; LYON-CAEN ET RENAULT, II, 73; GUILLOUARD, núm. 57; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, núm. 91 y la jurisprudencia francesa allí citada. El principio regular es éste: la ley no puede proteger las consecuencias, jurídicas de un hecho ilícito (art. 1.119, Código civil).

(4) Vid. en diferente sentido los autores citados en la nota precedente. Toda solución deja dudas, porque no se puede evitar el doble escollo de atribuir algún efecto a un contrato ilícito al reconocer a los socios el derecho de dividir las utilidades y las pérdidas, o de legitimar el enriquecimiento injusto de los más culpables al negar al contrato de Sociedad todo efecto para la repartición de los utilidades y de las pérdidas.

ejerza profesionalmente el comercio (arts. 8.º y 76); es más, la intención de los contratantes, de constituirla, imprime el carácter mercantil a los actos que preparan su constitución, como la suscripción de las cuotas y de las acciones (art. 3.º núm. 5.º).

§ 35.—VARIAS ESPECIES DE SOCIEDAD Y SU TRANSFORMACION

Sumario.—351. Varias especies de Sociedad. Criterios para su distinción.—352. Se critica la distinción entre Sociedades de personas y Sociedades de capitales.—353. Los cambios de especie no producen la constitución de un ente nuevo.—354. Se responde a las objeciones.—355. Se trata particularmente de la transformación de una Sociedad en comandita por acciones, en Sociedad anónima.

351. Las varias especies de Sociedad se distinguen según las garantías que ofrecen a terceros, precisamente porque la ley las considera como entes patrimoniales en el ejercicio del comercio. Las normas que fijan dichas garantías tienen fuerza imperativa, y por tanto, no pueden ser modificadas por el contrato social. Los socios que adopten un tipo de Sociedad, se obligan categóricamente a prestar todas las garantías que por fuerza de ley aquél lleva consigo; no pueden evitarlas o atenuarlas sin pasar a otro tipo de Sociedad.

Desde el punto de vista en que se ha colocado el legislador, es decir, en consideración a dichas garantías, las Sociedades pueden distinguirse según la responsabilidad de los socios y según la estabilidad de su capital. El art. 76 del Código de Comercio repite la primera distinción tradicional y no hace mención de la segunda, si bien ésta se halla establecida por las meras figuras de Sociedad que fueron nuevamente acogidas en sus disposiciones.

Desde el punto de vista de la responsabilidad de los socios, las Sociedades se distinguen en colectivas, comanditarias y anónimas. En todas estas Sociedades los socios asumen una responsabilidad subsidiaria y solidaria por las deudas sociales. Pero mientras en las Sociedades colectivas esta responsabilidad de los socios es ilimitada, en las anónimas se halla limitada a la suma que han aportado, y en las comanditarias, que llámense también Sociedades de responsabilidad mixta, la responsabilidad es ilimitada para los socios colectivos y limitada para los comandita-

Desde el punto de vista de la estabilidad del capital, las Sociedades se distinguen en Sociedades de capital fijo y en Sociedades de capital variable. Las primeras tienen un capital determinado desde el principio y no pueden variarlo, ni para acrecentarlo ni para reducirlo, sin cambiar su organismo jurídico con una modificación de la escritura de constitución y de los Estatutos que debe publicarse, como lo fué la constitución de la Sociedad. Las segundas se hallan reguladas de modo que pueden variar el propio capital sin dar de ello publicidad alguna, de forma que la variabilidad del capital debe considerarse como un estado permanente y legal de su organismo. La ley no conoce más que dos tipos de Sociedades de capital variable: las Sociedades cooperativas y las mutuas de seguros.

352. La primera distinción entre Sociedades de responsabilidad ilimitada, limitada y mixta, se reproduce a menudo en una forma más brillante que sólida, diciendo que las Sociedades se distinguen en Sociedades de personas y Sociedades de capitales. Se incluyen entre las primeras aquellas en que los acreedores sociales pueden contar con el patrimonio de todos los socios o de alguno de ellos; entre las segundas, aquellas en que su garantía está limitada por el capital social.

La distinción es inexacta, ya porque incluso en las así llamadas Sociedades de personas, es decir, en las colectivas y comanditarias, los acreedores sociales pueden contar con un capital estable de por sí, constituido con la aportación de los socios y en garantía de aquéllos exclusivamente, ya porque aun en las segundas, es decir, en las anónimas, mientras todo el capital suscrito no esté desembolsado, los socios se hallan ligados personalmente, y la obra de los mismos es siempre necesaria para la administración de la Sociedad, al menos para la constitución de la Asamblea; detrás de las acciones están los accionistas, y sin éstos, ni el vínculo social se habría formado, ni la Sociedad podría desenvolver su actividad. La distinción es también engañosa, porque puede hacer creer que en las así llamadas Sociedades de personas estén los socios mismos agrupados para ejercer el comercio social, mientras también aquí la hacienda social viene explotada por un ente autónomo, separado de las personas de los socios (I), y por otro lado puede hacer creer que no sea compatible con las Socie-

(1) Conforme Casación Roma, 3 de Junio de 1896; Foro, 962: «La proposición de que las Sociedades anónimas son una reunión de capitales no es exacta, porque también para ellas es indispensable el concurso de varias personas recíprocamente obligadas y revestidas de la cualidad de socios».

dades anónimas lo que es frecuentísimo especialmente en las anónimas cooperativas: la obligación de una prestación personal de los socios.

353. Una Sociedad puede pasar de una forma a otra sin cambiar su propia personalidad, pues que no debe perderse de vista que la forma tiene una función instrumental y secundaria respecto a los fines prácticos que los socios se propongan. Y el cambio de estos fines en su conjunto, en relación con el objeto, el capital, el domicilio, etc., es lo que determina el cambio de la persona jurídica.

Estos cambios de forma son frecuentes, porque la experiencia, la expansión o la contracción de los negocios y las vicisitudes sufridas personalmente por algunos de los socios facilitan la ocasión para ello. Es frecuente el caso de que una Sociedad colectiva se transforme en comanditaria o anónima para aumentar, con el número de socios, el capital, para limitar la responsabilidad de los mismos o para sustraer la hacienda social de la fortuna personal de los socios; o bien que una Sociedad comanditaria por acciones, después de la pérdida de su fundador, se transforme en anónima (1). Las Sociedades anónimas se transforman frecuentemente en cooperativas para gozar de los beneficios concedidos a estas últimas (2), y viceversa, los socios de las cooperativas cierran a menudo su lista transformándolas en Sociedades anónimas, para disfrutar en número limitado de los beneficios de la hacienda social (3).

Estas transformaciones, ¿producen la disolución de una Sociedad ya existente y la constitución de otra nueva? La cuestión tiene una gran importancia práctica por razones de derecho privado, por ejemplo, para decidir si el socio que disiente tiene derecho a retirarse (4), si los nuevos socios admitidos en la Sociedad son responsables de las deudas preexistentes (5), y, antes de

(1) Apelación Turín, 3 de Agosto de 1888; Casación Turín, 13 de Abril de 1889; *Monit.*, 1889, 389, texto y nota; Apelación Florencia, 20 de Octubre de 1882; *Eco*, 1883, 72; Apelación Milán, 2 de Diciembre de 1896; *Monit.*, 1897, 108; ídem 23 de Julio de 1897; *Monit.*, 890; Casación Roma, 14 de Junio de 1889; *Giurispr. Ital.*, 1.022.

(2) Disposiciones transitorias para la ejecución del Código de Comercio, art. 7.º Casación Turín, 5 de Diciembre de 1884; *Monitore*, 1885, 20.

(3) Apelación Génova, 14 de Diciembre de 1888; *Eco*, 292

(4) Vid. Casación Turín, 5 de Diciembre de 1884; *Monit.*, 1885, 20; Tribunal Milán, 31 de Enero de 1910; *Rivista di dir. comm.*, 791.

(5) Código de Comercio, art. 78; Apelación Casale, 15 de Septiembre de 1888; *Monitore*, 1889, 382; Casación Turín, 21 de Diciembre de 1889; *Monitore*, 1890, 367; Apelación Génova, 10 de Mayo de 1889; *Foro*, 819; Apelación Génova, 14 de Diciembre de 1888; *Foro*, 1889, 424.

la ley de 29 de Abril de 1911, también por razones de derecho fiscal (1).

Nuestro sistema legislativo se halla dominado en todos sentidos por la idea de que precisa otorgar a las Sociedades una disciplina flexible, capaz de adaptarse durante su existencia, que a veces excede a la de varias generaciones, a las variables exigencias de la libre concurrencia y de los intereses personales de los socios. Por esto, aun considerando en vigor el contrato primitivo, así como la primitiva Sociedad, el Código permite introducir en ellos cambios radicales que quedan injertados sobre aquel único tronco.

Nuestro sistema legislativo admite las hipótesis de que nuevos socios entren en la Sociedad (art. 78) y que otros se salgan de la misma; de que se reduzca, se aumente o se complete su capital, y de que se prorrogue su disolución, y califica estos hechos como *meras modificaciones introducidas en los Estatutos* (artículo 96), insuficientes para transformar el ente social en otro diferente. El Código ha continuado con este concepto incluso en sus aplicaciones formales, porque prescribe que estas modificaciones sean anotadas en el Registro público de Sociedades, a continuación de la inscripción originaria de su escritura de constitución, considerándolos como otras tantas fases del mismo ente

(1) Antes de la nueva ley de 29 de Abril de 1911, que modifica las leyes sobre los impuestos de registro y Timbre, se discutía mucho sobre si el tránsito en una Sociedad de una especie a otra producía por sí solo la constitución de una nueva Sociedad y debía, por tanto, quedar sujeto al impuesto de transmisión más bien que al fijado para las modificaciones de los Estatutos. Vid., por último, en sentido conforme con el texto, Casación Roma, 17 de Octubre de 1904; *Foro*, 1.338; 15 de Abril de 1910; *Rivista di dir. comm.*, 937 con nota adjunta de Tosca DI CASTELLAZZO; Apelación Turín, 5 de Mayo de 1905; *Foro*, 905; 25 de Junio de 1909; *Foro*, 1910, 50; Apelación Milán, 11 de Junio de 1908; *Foro*, 1.400. En sentido contrario: Apelación Florencia, 17 de Julio de 1909; *Foro*, 1910, 51, y la misma Casación Roma, 16 de Junio de 1911; *Rivista di dir. comm.*, 778; 17 de Febrero de 1912; *Foro*, 269. La citada ley de 29 de Abril de 1911 ha resuelto la cuestión, estableciendo en el art. 8.º que «las transformaciones de Sociedades de una en otra de las especies indicadas en el art. 76 del Código de Comercio, incluida la transformación de las comanditarias simples en comanditarias por acciones, están sujetas al impuesto de una lira por cada diez mil, indistintamente aplicable sobre todo el patrimonio social». Como resulta de las *Istruzioni* ministeriales de fecha 30 de Junio de 1911, no se ha querido sujetar las transformaciones de Sociedades al impuesto fijado para las simples modificaciones estatutarias, «ya que la transformación implica algo más que una simple modificación de Estatutos, iniciando una nueva fase de existencia que tiene naturaleza, funcionamiento y normas distintas de la precedente». El legislador ha reconocido así explícitamente que tal transformación constituye una modificación de los Estatutos, si bien de notable importancia, y no implica disolución de la Sociedad existente y constitución de otra nueva, sino solamente una nueva fase de existencia de la anterior Sociedad. Conforme Decreto-ley de 24 de Noviembre de 1919, núm. 2.163.

jurídico (arts. 7.º y 8.º, n.º 10 del Reglamento para la ejecución del Código de Comercio). El Código mismo declara que la exclusión de un socio no produce la disolución de la Sociedad (art. 187), y puesto que dicho socio puede ser el único colectivo, he aquí un ejemplo de transformación por el que una Sociedad comanditaria se convierte en colectiva sin que tenga lugar dicha disolución que, sin embargo, es necesaria para que la misma ceda su puesto a una nueva Sociedad. Pero no es preciso acudir a argumentaciones lógicas. En nuestra opinión, el Código ha resuelto la cuestión con respecto a todas las Sociedades. Para las colectivas y comanditarias simples, porque declara que la mayoría de los socios, si talmente fuere estipulado, puede modificar la especie de la Sociedad—y el legislador determina la especie de la misma por la distinta forma que asuma (arts. 76, 100 y 219)—y si la mayoría de los socios pueden introducir este cambio en el contrato primitivo, significa que éste continúa estando en vigor; y para las anónimas, porque este caso del cambio de forma no es de los que conceden derecho a los socios disidentes para separarse de la Sociedad (art. 158). Quizá se podría afirmar que en los casos de modificaciones en que los socios pueden separarse, se renueva el contrato mediante su tácito consentimiento; pero cuando no existe el derecho de retirada, esto es signo de que el contrato primitivo actúa sobre los accionistas y continúa teniéndolos ligados a la Sociedad preexistente.

354. La cuestión no puede considerarse resuelta si no se contesta a esta objeción: el cambio de forma, aunque sea poco notable en sus efectos prácticos, tiene, no obstante, por consecuencia hacer pasar a la Sociedad de una especie, de un tipo jurídico, a otro (art. 76), y, por tanto, da lugar a la Constitución de una nueva Sociedad.

La objeción parte del concepto de que toda Sociedad de especie distinta, constituye persona jurídica diferente. Esto es exacto cuando se consideran las Sociedades en orden al espacio, porque todas las que existen simultáneamente no son ni pueden ser más que personas jurídicas distintas, no tanto por la diversidad de forma, cuanto porque tienen un organismo comercial propio y diferente. Pero esto no es exacto si se consideran en orden al tiempo, es decir, sucesivamente, porque la misma Sociedad, evolucionando, puede adoptar formas diversas sin mudar su personalidad. Ocurrirá inevitablemente esta modificación si el Código hubiera reconocido a estas varias especies de Sociedad un distinto carácter de personalidad; pero puesto que a todas las recoge y define con las mismas palabras: «ellas constituyen respecto a ter-

«ceros, entes colectivos distintos de la persona de los socios» (artículo 77), es evidente que desde el punto de vista de la personalidad, la Sociedad puede cambiar de forma sin cambiar de personalidad, porque permanece cual era antes: un ente colectivo distinto de las personas de los socios (I).

355. La transformación de la Sociedad comanditaria por acciones en anónima es una evolución tan natural y frecuente de aquella primera forma de Sociedad, que merece especial atención (2). Al principio, la Sociedad se apoya en la energía y perspicacia del socio fundador; después, para no sufrir las fatales vicisitudes de su vida caduca, se aparta de las mismas y se pone a cubierto duraderamente, adoptando la forma de Sociedad anónima. Esta transformación suele estar tan presente en la atención de los socios fundadores, que ellos la prevén y regulan en la escritura de constitución (3) y esperando efectuarla construyen establecimientos industriales y toman a su cargo servicios públicos que deberán durar hasta más allá de la vida del Gerente. Quien estime que la Sociedad deja de existir precisamente cuando los socios, para asegurar la estabilidad y duración de la misma, llevan a cabo el propósito de transformarla en Sociedad anónima,

(1) Esta doctrina, defendida por nosotros anteriormente en el *Monit. del Trib.*, 1889, 577, y en las anteriores ediciones de este Tratado, se halla ahora seguida y desenvuelta en el mismo sentido por MANARA, *Trattato delle soc.*, 1, números 306 y siguientes. Conforme también, A. SCIALOJA, *Foro*, 1906, 1.020 y 1.910, 51, y los autores allí recordados.

(2) Dicha transformación es tan frecuente que en las leyes extranjeras se leen disposiciones para facilitarla. Vid. Código de Comercio alemán (a. 1.900), §§ 332 y 333: «Toda Sociedad comanditaria por acciones puede ser transformada en anónima por acuerdo de la Asamblea general y de todos los socios colectivos, y se aplicarán en este caso las disposiciones referentes a las modificaciones de los Estatutos. Publicado el acuerdo, la Sociedad continúa funcionando en forma anónima». Conforme la ley anterior sobre Sociedades por acciones (art. 206 a).

(3) La jurisprudencia italiana y francesa suelen conceder mucha importancia a esta circunstancia, por considerar excluida la constitución de una nueva Sociedad cuando la transformación se hubiere previsto en la escritura de constitución; Casación Roma, 14 de Junio de 1898; *Monit.*, 905; Apelación Milán, 23 de Julio de 1897; *Monit.*, 890; Casación Roma, 17 de Octubre de 1904; *Foro*, 1.338; Apelación Turín 5 de Mayo de 1905; *Foro*, 905; Casación francesa, 26 de Octubre de 1910; *Revue des sociétés*, 1911, 19; Apelación París, 7 de Abril 1887; ídem 1888, pág. 7; Apelación Besançon, 15 de Junio de 1869; *Dalloz*. 1870, 2, 33: *Il ne s'opère une mutation possible de droit proportionnel, lorsqu'une société en commandite par actions se transforme simplement en société anonyme, alors surtout qu'elle a été prévue et autorisée par une clause de ses statuts*; VAVASSEUR, 5.ª edición, 1, núm. 456; ROUSSEAU, *Manuel des sociétés par actions*, París, 1900, núm. 1.260; HOUPIN, *Traité des sociétés*, 1, pág. 360: *Si la transformation a été prévue par les statuts, elle ne donne pas naissance à une société nouvelle*. En contra: PANZARASA, en el *Foro it.*, 1905, pág. 905.

no puede, ciertamente, creerse que interpreta la voluntad de aquellos.

Aun cuando el contrato primitivo calle, esta transformación de la comanditaria por acciones en anónima es de tal índole, por determinadas condiciones particulares suyas, que hace bastante fácil y sencilla la solución.

En efecto, tanto la comanditaria por acciones como la anónima por acciones son en nuestro derecho dos Sociedades que buscan sobre todo su crédito en el patrimonio de la Sociedad. Tanto la una como la otra están sujetas para con su escritura de constitución y para con todas las modificaciones de sus Estatutos a las mismas formas de publicidad y especialmente a la intervención del Magistrado que re liza en todas las misma función (arts. 89, 91 y siguientes). Tanto la una como la otra se hallan sujetas a las mismas disposiciones dadas por el Código para su constitución; para la administración, para las Asambleas, para las acciones, para las obligaciones, para el balance y para las reservas (arts. 126-185); de modo que su disciplina varía sólo en las pocas normas que se refieren a la responsabilidad del Gerente (arts. 119 y 120). La profunda homogeneidad de estas dos especies de Sociedad fué vivamente sentida en los trabajos preparatorios, que se inspiraban en la tendencia dominante en las legislaciones vigentes. En efecto, se lee en la *Relazione Mancini* (pág. 316): «En Francia se ha llegado a una igualación casi completa de dichas dos especies de Sociedad: esta tendencia a un igual tratamiento de las Sociedades comanditarias por acciones y de las anónimas, se ha manifestado en los Códigos alemán e italiano; tal es, pues, la dirección del proyecto, el cual ha reunido en la sección IV, para entrambas tales especies de Sociedad las disposiciones concernientes a la formación, al organismo y a los actos principales del ente social colectivo». Esta homogeneidad fué sentida también por la Casación de Roma, cuando dijo que «la transformación de una comanditaria por acciones en una Sociedad anónima por acciones no hace más que completar el carácter de Sociedad de capitales que en la primera era mucho más preponderante» (1).

La sola razón para distinguir estas dos especies de Sociedad, que tienen al igual el propio capital dividido en acciones, es la garantía personal del Gerente, garantía subsidiaria, accesoria, que se puede hacer valer por los acreedores sociales sólo en el caso extraordinario de que el patrimonio de la Sociedad haya sido insuficiente para pagarles (arts. 106 y 116). El carácter subsidia-

(1) Casación Roma, 13 de Junio de 1898; *Monit.*, 905.

rio de esta garantía es un concepto de ahora en adelante introducido en nuestro derecho y en el extranjero (1). Cuando se discutió en el Senado el proyecto del Código vigente, dijo el Senador CABELLA: «Los socios quedan personal y solidariamente obligados por las operaciones sociales; su obligación es accesoria y encaminada a garantizar a terceros el cumplimiento de la Sociedad, que es la principal obligada». Dijo el Senador PESCATORE: «Los socios, que no son *garantes solidarios*», y el informe MANCINI remachó el concepto diciendo: «La obligación de los socios no es la de verdaderos codeudores, sino que es sólo *subsidiaria de la obligación principal*» (2).

Con la conversión de la comanditaria por acciones en anónima sucede sustancialmente este solo cambio: la supresión del garante y, por tanto, la extinción de una obligación accesoria, subsidiaria, la cual no puede cambiar la naturaleza del ente jurídico, como la renuncia a una garantía real o personal no cambia la naturaleza de la obligación principal.

Ciertamente puede ocurrir que cambiándose la especie de la Sociedad, se cambie simultáneamente el capital, el objeto, la duración, el domicilio, y otros elementos importantes, de modo que venga a formarse un nuevo cuerpo social sobre las ruinas del antiguo, utilizando algún elemento de éste. Pero generalmente, cuando la Sociedad conserva intactos sus elementos característicos, el capital, el domicilio, el objeto y la dirección, entonces su vida jurídica no se trunca: Sea cual fuere la importancia que se quiera dar a las formas jurídicas, no se debe olvidar que éstos tienen una función subsidiaria, la de custodiar y ejecutar la voluntad efectiva de los interesados, y si es patente que éstos quisieron continuar en una nueva forma la misma hacienda, se procedería contra el fin de la reforma de aquéllos al atribuir nueva personalidad a aquel contenido que ha quedado esencialmente invariable.

(1) Conforme: VIDARI, 11, núm. 751; SRAFFA, *Fallimento delle società commerciali*, pág. 357; ROCCO, *Soc. comm. in rapporto al giudizio civile*, pág. 238; FADDA, y BENZA, Notas a las Pandectas de WINDSCHEID, pág. 809; Casación Roma, 25 de Mayo de 1892; *Giurispr. ital.*, 828; Apelación Turín, 13 de Marzo de 1906; *Foro*, 1.018; PARDESSUS, 11, núm. 1.026; PONT, 11, núm. 1.403; LYON-CAEN ET RE-NAULT, 11, núms. 280 y 281; HOUPIN, 3.ª edición, núm. 198, etc.

(2) *Lavori preparatori del Cod. di comm.*, vol. 1, parte 1, 771 y siguientes; *Relaz. MANZINI*, págs. 302 y 303.